

MARIA MICELI

**STUDI SULLA
«RAPPRESENTANZA»
NEL DIRITTO
ROMANO**

I VOLUME

| | |
|--|-----------|
| MARIA MICELI..... | 1 |
| STUDI SULLA «RAPPRESENTANZA» | 1 |
| NEL DIRITTO ROMANO..... | 1 |
| CAPITOLO I..... | 7 |
| PREMESSA METODOLOGICA ED OBIETTIVI DELL'INDAGINE | 7 |
| 1. Premessa metodologica ed identificazione dell'ambito della ricerca | 7 |
| 2. - Revisione critica degli strumenti dogmatici utilizzati: identificazione del fenomeno rappresentativo come criterio di «imputazione» degli effetti giuridici del negozio, contro ogni indebito ed eccessivo processo di «astrazione» dello stesso..... | 10 |
| 3 - Obiettivi dell'indagine..... | 14 |
| 4- L' <i>actio ad exemplum institoriae</i> e la realizzazione di effetti negoziali di 'tipo rappresentativo'..... | 18 |
| 5. - Regime degli acquisti ' <i>per extraneam personam</i> ': contributi forniti dallo studio dell' <i>actio ad exemplum institoriae</i> anche in ordine a questa tematica. Proiezione storica dello studio..... | 23 |
| CAPITOLO II..... | 26 |
| LE « <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> » E LA RAPPRESENTANZA | 26 |
| 1- La «responsabilità adiettizia» e la rappresentanza diretta ed indiretta..... | 26 |
| 2- Il regime delle <i>a.a.q.</i> tra regole riguardanti l'originaria struttura potestativa della <i>familia</i> romana e innovazioni giurisdizionali..... | 29 |
| 3 - Il regime delle <i>a.a.q.</i> e la responsabilità diretta del <i>dominus, pater</i> o preponente. | 34 |
| 4 - Critica alla costruzione delle <i>a.a.q.</i> quali azioni con trasposizione di soggetti, che prevedano nell' <i>intentio</i> la menzione dell' <i>obligatio naturalis</i> o dell' <i>obligatio</i> del <i>filius familias</i> .37 | |
| 5. – Le <i>a.a.q.</i> e l' <i>agere alieno nomine</i> . Si tratta di azioni che sanzionano una responsabilità personale e diretta dell'avente potestà o del preponente, che trova tuttavia la propria origine fattuale nel <i>negotium</i> concluso dal servo, dal <i>filius</i> o dal preposto nei limiti della <i>praepositio</i> , del <i>iussum</i> , del peculio o della <i>merx peculiaris</i> | 41 |
| 6.- L'ambito di applicazione della disciplina pretoria delle <i>a.a.q.</i> e la rappresentanza..... | 47 |
| 7 - La <i>praepositio</i> : peculiarità e limiti della responsabilità sancita tramite le <i>actiones exercitoriae</i> ed <i>institoriae</i> | 50 |
| 8- Il mutuo ' <i>navis reficiaendae causa</i> ' e le attività connesse a quelle individuate tramite la <i>praepositio</i> | 53 |

| | |
|--|-----------|
| 9- La <i>praepositio</i> : contenuto, limiti ed efficacia..... | 57 |
| 10 - L' <i>actio quod iussu</i> e la rappresentanza..... | 63 |
| CAPITOLO III | 74 |
| <i>PROCURATOR</i> : ORIGINE, FUNZIONE, POTERI..... | 74 |
| 1-Il <i>procurator</i> , la <i>familia</i> e la gestione dei <i>latifundia</i> | 74 |
| 2 - La rilevanza giuridica del <i>procurator</i> in età preclassica: fonti letterarie ed editti giurisdizionali..... | 77 |
| 3 - L'editto ' <i>Quod publicanus...vi ademerit quodve familia publicanorum</i> ' e l'originaria irrilevanza della figura del <i>procurator</i> dall'ambito delle ' <i>negotitationes</i> '. | 80 |
| 4 - <i>Procurator, tutor, curator</i> . Cic., <i>pro Caec.</i> 20.57 e il <i>procurator 'paene dominus'</i> ... | 82 |
| CAPITOLO IV | 90 |
| LA FIGURA DEL <i>PROCURATOR OMNIUM BONORUM</i> IN ETÀ CLASSICA..... | 90 |
| 1-La figura del <i>procurator</i> nelle fonti giurisprudenziali classiche. Sopravvivenza della prospettiva potestativa nella figura del <i>procurator quasi dominus</i> . Emersione e consolidamento della prospettiva dell' <i>officium</i> nella figura del <i>procurator ad litem</i> , e nel processo di avvicinamento al mandato..... | 90 |
| 2 Il <i>procurator 'quasi dominus'</i> in età classica. La tesi del Bonfante ed i poteri del <i>procurator omnium bonorum</i> in età classica: D. 3.3.63; D. 20.6.7.1..... | 94 |
| 3- La tesi del Bonfante ed i poteri del <i>procurator omnium bonorum</i> in età classica: 13.7.11.7; D. 19.1.13.25..... | 101 |
| 4- <i>Procurator omnium bonorum</i> , mandato generale e ' <i>administratio omnium bonorum</i> '. | 106 |
| 5- Il <i>procurator omnium bonorum</i> e il « <i>ius vendendi rem alienam</i> »..... | 111 |
| 6- Gai 2.64 e la « <i>potestas alienandi</i> » del <i>procurator</i> | 117 |
| 7 - D.41.1.9.4 (Gai 2 <i>rer. cott.</i>): la ' <i>libera negotiorum administratio</i> ' ed il potere di vendere e realizzare la <i>traditio</i> di ' <i>res aliena</i> ' con pieno effetto traslativo. | 121 |
| 8- I poteri del <i>procurator omnium bonorum</i> in età classica: la capacità di ricevere ed effettuare pagamenti, permutare e novare. | 128 |
| 9 - Altre testimonianze relative ai poteri del <i>procurator omnium bonorum</i> in età classica. | 136 |
| 10 - Considerazioni conclusive sui poteri del <i>procurator omnium bonorum</i> in età classica. | 140 |

| | |
|---|----------------|
| CAPITOLO V | 149 |
| LA CLASSICITÀ DEL <i>PROCURATOR AD LITEM</i> E IL <i>PROCURATOR UNIUS REI</i> | 149 |
| 1 - Il <i>procurator unius rei</i> ed il <i>procurator ad litem</i> : testimonianze e dibattito dottrinale. | 149 |
| 2 - Il <i>procurator ad litem</i> e l'emersione netta del principio dell' <i>officium</i> : «l' <i>agere alieno nomine</i> »..... | 153 |
| 3- La classicità del <i>procurator unius rei</i> | 155 |
| CAPITOLO VI | 158 |
| IL MANDATO ED I RAPPORTI INTERCORRENTI CON LA FIGURA DEL <i>PROCURATOR</i> | 158 |
| 1- <i>Procurator</i> e mandatario: stato delle fonti e della dottrina. Identificazione dei principali aspetti problematici che caratterizzano il rapporto tra procura e mandato. | 158 |
| 2- Origini e natura del mandato. | 161 |
| 3- D.3.3.1 pr: la definizione di <i>procurator</i> di Ulpiano e la «guerra al mandato»..... | 167 |
| 4- Divieto di acquisto tramite <i>extranea persona</i> e regime degli acquisti realizzati dal mandatario e dal <i>procurator</i> : stato delle fonti e della dottrina..... | 174 |
| 5- Acquisto del possesso tramite <i>procurator</i> : la posizione di Nerazio (D.41.3.41) e quella di Gaio (Gai 2.95)..... | 179 |
| 6- Acquisto del possesso tramite <i>procurator</i> | 182 |
| 7- Acquisto del possesso tramite ' <i>libera persona</i> '. | 187 |
| 8- Impossibilità di procedere all'acquisto del possesso o della proprietà tramite semplice mandatario..... | 192 |
| 9- <i>Procurator</i> , mandato e acquisto della proprietà. | 194 |
| 10- <i>Procurator</i> e mandatario: considerazioni conclusive su una vicenda complessa che si determina e svolge all'insegna dell'accentuazione della prospettiva dell' <i>officium</i> e della consensualità. | 200 |
| CAPITOLO VII | 204 |
| MANDATO, <i>PRAEPOSITIO</i> E <i>PROCURATIO</i> :..... | 204 |
| CONFRONTO E DISTINZIONE DEGLI AMBITI SPECIFICI DI APPLICAZIONE..... | 204 |
| 1- <i>Procurator</i> , <i>institor</i> e mandatario in età classica: ambito di applicazione e disciplina. | 204 |

| | |
|--|------------|
| 2. D.14.3.5.10: <i>procurator, institor</i> e la responsabilità del <i>dominus negotii</i> o del preponente. | 205 |
| 3- La responsabilità del preponente per fatti illeciti : il regime delle <i>actiones furti et damni adversus nautas, caupones, stabularios</i> . | 207 |
| 4- Altri brani giurisprudenziali in cui si profila con chiarezza la netta distinzione tra la figura del <i>procurator</i> e dell' <i>institor</i> in età classica. | 212 |
| 5 - Mandato e <i>praepositio</i> . | 214 |
| 6- Mandato generale: profili di classicità. Il <i>procurator omnium bonorum</i> ed il mandato generale. | 217 |
| CAP. VIII | 224 |
| L' <i>ACTIO</i> «AD EXEMPLUM INSTITORIAE». | 224 |
| 1-Quadro riassuntivo della pluralità dei presupposti tecnico-giuridici necessari per la creazione dell' <i>actio ad exemplum institoriae</i> . | 224 |
| 2. - D. 14.3.19pr: l' <i>actio ad exemplum institoriae</i> e la <i>praepositio procuratoria</i> . Azione dei terzi contro il preponente per i negozi conclusi dal <i>procurator praepositus</i> . | 227 |
| 8.3. - D. 3.5.30(31); D. 17.1.5.10: mandato conferito al <i>procurator</i> , al <i>libertus</i> o all' <i>amicus</i> , come situazione idonea ad ingenerare l'affidamento dei terzi, e pertanto, meritevole di tutela a prescindere dall'esistenza di una <i>praepositio</i> in senso tecnico. | 232 |
| 4. - D. 19.1.13.25: <i>procurator, actio ad exemplum institoriae</i> e azione diretta del <i>dominus</i> contro i terzi per gli atti negoziali conclusi dallo stesso <i>procurator</i> . | 238 |
| CAPITOLO IX | 244 |
| L' <i>ACTIO INSTITORIA</i> E L'AZIONE CONCESSA AL PREPONENTE CONTRO I TERZI. | 244 |
| 1. - D.14.3.1: Marcello e la concessione di un'azione diretta al preponente contro i terzi che hanno negoziato con l' <i>institor</i> . | 244 |
| 2. - D.14.1.1.18: riconoscimento dell'azione diretta al <i>dominus negotii</i> contro i terzi contraenti nella prassi dei <i>praesides provinciarum</i> e dei <i>praefecti annonae</i> . | 248 |
| 3.- D.19.1.13.25: l' <i>actio ad exemplum institoriae</i> e la concessione di un'azione diretta al <i>dominus negotii</i> contro i terzi che hanno negoziato col <i>procurator</i> . | 251 |
| 4 - Valutazioni conclusive sulla classicità dell'azione concessa al preponente contro i terzi che hanno stipulato negozi con il preposto. | 255 |

| | |
|---|------------|
| CAP. X..... | 263 |
| L'APPROCCIO ROMANO AI PROBLEMI CONNESSI ALL'AGIRE IN NOME | |
| ALTRUI..... | 263 |
| 1. - Assenza di una disciplina unitaria dei fenomeni di sostituzione negoziale. Tipicità sociale e giuridica delle figure dei sostituti negoziali. Tipicità come strumento di certezza del diritto. | 263 |
| 2- Considerazioni finali sull'originaria caratterizzazione sociale e giuridica del <i>procurator</i> , dell' <i>institor</i> e del mandatario, e dei relativi settori d'attività. Costatazione dell'iniziale inscindibilità esistente tra la titolarità di un diritto e la legittimazione a disporre. Prevalenza della matrice potestativa nei rapporti di sostituzione negoziale. | 267 |
| 3- Le figure dell' <i>institor</i> , del <i>procurator</i> e del mandatario in età classica: inesistenza di una configurazione unitaria e di una disciplina generale del fenomeno rappresentativo. Obliterazione progressiva della matrice potestativa e prevalenza della prospettiva dell' <i>officium</i> , e dunque, dell' <i>agere alieno nomine</i> | 272 |
| 4- <i>Disciplina della rappresentanza romana per 'nuclei problematici'. Sistema casistico ed elaborazione di soluzioni giurisprudenziali di elevato spessore tecnico-giuridico. La tradizione romanistica e la rappresentanza: prospettive di ulteriore sviluppo dell'indagine. Contributo del diritto romano alla costruzione del «modernes Rechts der Stellvertretung».....</i> | 274 |

CAPITOLO I

PREMESSA METODOLOGICA ED OBIETTIVI DELL'INDAGINE.

1. Premessa metodologica ed identificazione dell'ambito della ricerca

In lavori precedenti ci siamo occupati della struttura formale delle *actiones adiecticiae qualitatis*¹, e della rilettura di alcuni interessanti responsi che pongono in relazione le figure del *procurator* e dell'*institor* - ora per distinguerle nettamente², ora per assimilarne il relativo regime giuridico³ - nella convinzione, già precedentemente espressa⁴, che la ricostruzione delle formule e la corretta interpretazione di tali responsi, potesse avere importanti riflessi su questioni di carattere più generale relative alla rappresentanza nel mondo romano, ed estendersi poi a tematiche e riflessioni attinenti alla rappresentanza nell'esperienza giuridica attuale.

Ora, vorremmo completare il percorso questi studi, valutando un ulteriore aspetto che ha animato e continua ad animare la riflessione romanistica sul tema: l'effettiva configurabilità nell'esperienza romana di fenomeni di «rappresentanza», riconducibili proprio al caso delle *actiones adiecticiae qualitatis*, del *procurator*, del mandato.

In realtà siamo consapevoli del fatto che quella posta è una domanda tipica di un giurista moderno, che ben conosce l'istituto giuridico della rappresentanza nella sua configurazione attuale, e non di un giurista romano.

¹ MICELI, 'Fictio libertatis': rilevanza dei 'debita servorum' all'interno della struttura formale delle 'actiones adiecticiae qualitatis', in *AUPA* 45.2 (1998) 323-361; ID., *Sulla struttura formale delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001, 1-364.

² D. 14.3.5.10 (Ulp. 28 *ad ed.*).

³ D. 3.5.30(31)pr. (Pap. 2 *resp.*); D. 14.3.19pr. (Pap 3 *resp.*); D. 19.1.13.25 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 17.1.5.10 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 46.5.5 (Paul 48 *ad ed.*).

⁴ MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica*, in *IVRA* 53 (2002) [Pubbl. 2005] 57-176; ID., *L'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita conclusa tramite intermediario libero ('institor' o 'procurator')*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, 2, Padova, 2007, 109-170; ID., *L'actio institoria e l'azione concessa al proponente contro i terzi che hanno negoziato con un preposto libero*, in *Studi per G. Nicosia*, 5, 369-403.

Vi sono, tuttavia, diverse ragioni che ci spingono a dare una risposta all'interrogativo in questione, proprio allo scopo di acquisire maggiore consapevolezza di alcuni percorsi metodologici e epistemologici che guidano i nostri studi⁵.

Ed, in effetti, non vi è ricerca romanistica che riguardi le *a.a.q.*, il *procurator* o il mandato in cui non si faccia riferimento alla dogmatica e alla concettualizzazione moderna della rappresentanza⁶. Da ultimo Wacke⁷, il quale tende a riconoscere un pieno riconoscimento della rappresentanza già nel diritto romano, ipotizzando una prospettiva evolutiva che prevede il passaggio progressivo dalla rappresentanza indiretta a quella diretta⁸.

In realtà le posizioni dottrinali espresse sul tema sono estremamente varie.

Vi è chi sostiene, e forse a ragione, che in ordine all'istituto della rappresentanza si verificherebbe una sorta di 'discontinuità' più evidente dal diritto romano⁹, per cause dipendenti da diversi fattori, derivanti principalmente dalla particolare struttura della *familia* romana, o dal divieto generalizzante di acquistare *alieno nomine*¹⁰.

Altra parte della dottrina¹¹, riconosce, invece, che nell'evoluzione del diritto romano si sia addirittura realizzata un'inversione della regola-eccezione. Così mentre

⁵ Avevamo già considerato la questione nell'intervento dal titolo *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di G. La Pira* - destinato al Convegno di Roma del novembre del 2004 che si è tenuto presso l'Università "La Sapienza" per la celebrazione del centenario dalla nascita di Giorgio La Pira, dal titolo "*La cattedra "strumento sacro". Incontro dei romanisti* - ora pubblicato in *Index*, 34 (2006) 209-218.

⁶ BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino, 1898, 3 ss; ID., *Corso di diritto romano*. 3, *Diritti reali*, Roma, 1933 (rist. Milano 1972) 287 ss.; ID., *Corso di diritto romano*. 4, *Le obbligazioni*, Milano, 1979, 373 ss; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA* 14 (1930) 389 ss; ID., *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione del diritto romano*, in *Scritti Ferrini*, Pavia 1946, 41 ss; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 546- 552; ID., *Diritto Romano. I. Parte generale*, Padova, 1955, 405; SCIALOJA, *Studi giuridici*, Roma, 1950, 101ss.; SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, in *Scritti di diritto romano I*, Napoli, 1955, 277 s.; ID., *La definizione del procuratore*, in *Scritti di diritto romano II*, Napoli, 1957, 557; ID., *Procuratori senza mandato*, in *Scritti di diritto romano II*, Napoli, 1957, 569ss.; ID., *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, in *Atti Napoli* 58, 1937, ora in *Scritti di diritto romano 3*, Napoli, 1960, 601 ss; COPPOLA BISAZZA, *Aspetti della sostituzione negoziale nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista di diritto romano* 3 (2003), 1-15.

⁷ WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. Erster teil: Von der Reeder und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, ZSS 111 (1994) 280ss; ID., *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettizie*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*. II, Napoli, 1997, 583ss; ed anche marginalmente in «Fideiusio» = «iussum»? *Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber*, in *INDEX* 27 (1999) 523ss.

⁸ WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 606; 614.

⁹ CAPPELLINI, voce "Rappresentanza" (*Diritto intermedio*), in *Enciclopedia del dir.*, 38, Milano, 1987, 440 e bibliografia ivi citata.

¹⁰ Il principio è chiaramente attestato nelle fonti: Gai. 2.95; D.45.1.38.17; D. 50.17.73.4; I. 2.9.5; I. 3.19.19; v. QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*), in *Enciclopedia del dir.*, 38, Milano, 1987, 418; 426, a cui si rinvia per un'ampia e completa rassegna bibliografica sul tema.

¹¹ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 4, cit., 373 ss.; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 411ss; ID., *Scritti di diritto Romano*, 2. *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10.3.14 (Paul. 3 ad Plautium)*, Palermo, 1964, 395; ORESTANO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*) in *Nss.D.I.* 14 (1967) 795ss e bibliografia ivi citata.

originariamente il riconoscimento della rappresentanza si sarebbe posto unicamente come eccezione ad una regola contraria, successivamente sarebbe divenuto esso stesso la regola.

In ogni caso, pur nella diversità delle posizioni concettuali, vi è precisa consapevolezza che i principi del diritto romano rappresentino comunque il fondamento dei principi moderni della rappresentanza.

Infatti, anche se il diritto romano non elaborò mai un concetto tecnico ed unitario di rappresentanza - anche dal punto di vista terminologico - tuttavia nelle sue fonti vi sono soluzioni che riguardano certamente casi di sostituzione negoziale, che sono stati oggetto di studio nelle epoche successive, e che hanno sicuramente condizionato la formazione del moderno istituto della rappresentanza.

Scrivono, infatti, Cappellini¹² che “..è evidente l'importanza - per la successiva, difficile sistematizzazione in un «modernes Recht der Stellvertretung» - della regolazione normativa romana, pur così settorializzata in una serie di campi problematici, e del suo sottofondo sociale, dato che la scienza del diritto comune si concepirà, almeno formalmente, come *interpretatio* di (quei) testi preesistenti, sottoponendosi già solo per questo ad un lento, assai poco lineare e soprattutto non unitario processo di emancipazione”.

Anche gli studiosi del diritto intermedio sono pronti a riconoscere, dunque, che il diritto romano si è distinto per la rilevante quantità dei problemi sollevati sotto il profilo tecnico-giuridico in tema di rappresentanza.

La caratteristica dello stesso diritto, tuttavia, sarebbe stata quella di proporre una trattazione parcellizzata per «*nuclei problematici*»¹³ della tematica in questione, ancora mantenuta e tramandata dal diritto giustiniano, che costituirebbe solo la piattaforma iniziale sulla base della quale, solo nelle epoche successive, si sarebbe pervenuti alla vera scoperta del problema della rappresentanza come tale.

Ebbene - premesso che non possiamo occuparci *tout court* della rappresentanza nei suoi molteplici aspetti e dimensioni problematiche - vorremmo tuttavia incentrare la nostra attenzione su alcuni aspetti peculiari della stessa, cercando quanto meno di impostare la ricerca su criteri metodologicamente corretti.

In realtà, a noi sembra che la materia sia caratterizzata da alcune petizioni di principio e da alcuni equivoci che vanno chiariti.

Infatti, come giuristi moderni sappiamo di non poter prescindere dall'utilizzazione, anche inconsapevole, del bagaglio concettuale che fa parte del nostro stesso modo di pensare il diritto. Tuttavia, dobbiamo averne coscienza al fine di impostare ricerche metodologicamente corrette.

Spesso, infatti, è accaduto che l'interpretazione esegetica delle fonti romane è stata condizionata da impostazioni dogmatiche di stampo moderno - anche inconsapevolmente adottate - che hanno condotto, ad esempio, a ritenere che il fenomeno rappresentativo

¹² CAPPELLINI, voce “*Rappresentanza*” (*Diritto intermedio*), cit., 441.

¹³ Si veda, in particolare, CAPPELLINI, voce “*Rappresentanza*” (*Diritto intermedio*), cit., 442.

non si realizzasse compiutamente nell'esperienza romana, o che si realizzassero prevalentemente casi di rappresentanza 'indiretta'¹⁴.

E ciò vale sia in riferimento a prospettive di carattere generale, sia in ordine a problemi di carattere specifico¹⁵.

Così come viceversa nella formazione e nell'articolazione dell'odierno concetto di rappresentanza si è stati, e si è, per certi versi, ancora fortemente influenzati dall'esperienza e dalla tradizione romanistica, anche se spesso non vi è precisa consapevolezza di tali influenze e condizionamenti.

2. - Valutazione critica degli strumenti dogmatici utilizzati: identificazione del fenomeno rappresentativo come criterio di «imputazione» degli effetti giuridici del negozio, contro ogni indebito ed eccessivo processo di «astrazione» dello stesso.

In realtà, va riconosciuto che lo stesso concetto di rappresentanza, e soprattutto quello di rappresentanza indiretta, sono oggi fortemente discussi.

Una breve pausa di riflessione in tal senso è doverosa anche in un'indagine di tipo romanistico. Infatti, dal punto di vista metodologico, può rilevarsi recentemente una tendenza che, pur muovendo da una giustificata critica al dogmatismo, sta conducendo all'eccesso opposto, e forse ancor più pericoloso, di un abbandono dello studio e dell'approfondimento dei concetti e delle categorie giuridiche, che restano pur sempre strumenti indispensabili e necessari nello studio e nel pratico svolgimento del diritto.

Ci sembra, allora, necessario, al fine di effettuare un'indagine di tipo induttivo volta a verificare il concreto atteggiarsi delle forme rappresentative nell'esperienza romana, soffermarci a valutare brevemente il concetto stesso di rappresentanza, così come noi oggi lo intendiamo¹⁶, perchè, più o meno consapevolmente, costituisce pur sempre il punto di partenza, il presupposto di ogni nostra ricerca e ne costituisce, o almeno ne dovrebbe costituire, il punto d'arrivo. L'approfondimento dei concetti giuridici, e dei fenomeni

¹⁴ L'impostazione tradizionale della scienza romanistica tende, infatti, a prospettare i fenomeni di sostituzione negoziale realizzati tramite intermediari non soggetti a *potestas* come 'eccezioni' ad una regola contraria. Pochi hanno tentato un esame più dettagliato ed approfondito della questione, meno legato a condizionamenti teorici di stampo moderno; v. *supra*, nt. 11.

¹⁵ Basti pensare, infatti, a titolo esemplificativo, al rapporto intercorrente tra la figura generale della rappresentanza e quella del mandato, oppure a quello esistente tra le diverse figure di rappresentanza, o meglio di cooperazione rappresentativa, che involge anche la complessa relazione esistente a tal proposito fra diritto civile e commerciale; v. *infra*, § 1.2 nt.17; § 1.4, nt.53.

¹⁶ In questa sede non possiamo neanche tentare una completa rassegna bibliografica sul tema della rappresentanza che – in relazione agli scopi e all'oggetto dell'indagine – risulterebbe in ogni caso riduttiva e di carattere meramente ricognitivo. Una ragionata ricognizione bibliografica sarà, invece, proposta nel secondo volume dei nostri studi sulla rappresentanza nel mondo romano, che sarà dedicato anche ad una trattazione del concetto di rappresentanza nell'esperienza moderna e contemporanea.

giuridici nel loro complesso¹⁷, costituisce, infatti, il fine delle nostre ricerche, che hanno e devono avere ad oggetto il diritto nella sua totalità, come esperienza giuridica considerata nel suo complesso. Ed è questo, nella particolarità degli studi, che deve essere il fine ultimo a cui tendere.

Inoltre, nel caso della rappresentanza l'esigenza di approfondimento è ancora più necessaria poiché l'istituto in questione, nell'ambito del vasto panorama dei concetti giuridici moderni - pur se costituisce uno dei principi cardine dell'intero sistema, e non solo nell'ambito privatistico - rimane tuttavia molto controverso nella sua stessa configurazione. Infatti, nonostante i numerosi studi in materia, resta sempre aperto il contrasto su alcuni aspetti della configurazione e della disciplina applicabile alla rappresentanza.

Si discute, addirittura di una certa 'vaghezza' dell'istituto che andrebbe addebitata forse, secondo l'opinione comune¹⁸, ad una presunta giovinezza dello stesso, che solo di recente ha ricevuto una compiuta sistemazione. Ma l'incertezza è dovuta, forse, a problematiche ben più complesse, che riguardano lo stesso inquadramento della figura in questione nell'ambito dell'ordinamento giuridico, frutto di condizionamenti teorici e dogmatici, dei quali spesso non si vuole riconoscere l'esistenza.

Rimane pertanto ancora aperta la disputa sul fondamento stesso della rappresentanza, e, dunque, se sia da considerare e disciplinare come un autonomo rapporto fondato sulla procura, o se vada considerata solamente come l'aspetto esterno

¹⁷ La ricerca storico giuridica non può, infatti, risolversi nella realizzazione di una «*Dogmengeschichte*» secondo un modello che, muovendo da una definizione dell'istituto, mutuata dalla dottrina giuridica attuale, procede, per così dire all'indietro, nell'alveo della tradizione, descrivendo i concetti più generali, le loro trasformazioni, il loro vario impiego nella costruzione del sistema ad opera dell'una o dell'altra scuola di pensiero. Si tratta, piuttosto, di seguire ed esaminare il processo storico di affermazione, consolidamento, modifica e, spesso, anche di trasformazione radicale o abbandono di concetti, figure e modelli giuridici in relazione al variare delle condizioni politiche ed economiche. In proposito v. MARRONE, *Problemi delle obbligazioni: una rilettura in chiave storica*, in *Riv. Critica dir. privato*, anno VI-4 (1988); ZIMMERMANN, *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, South Africa- Deventer-Boston, 1990; ID., *Roman Law, Contemporary law, European law, The civilian Tradition today*, Oxford, 2001; AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, 1, Napoli, 2003; ID., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006; GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 907ss; ID., *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl., Anno XV, Nuova serie, 1/2006, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 71ss; ID., *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *Turis vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, 4, Napoli, 2001, 73ss, ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi. Il giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca. Percorsi formativi*, Padova, 2005, 237ss.

¹⁸ NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, 1 ss.; CAPPELLINI, voce "Rappresentanza" (*Diritto intermedio*), cit., 437. L'affermazione in questione può essere condivisa solo se si fa dipendere la compiuta definizione di un concetto o di un istituto dall'esistenza di una specifica regolamentazione codicistica o normativa che lo riguardi. Accettando questa impostazione, dovremmo allora sostenere che in Germania fino all'emanazione del codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch*) non fosse stato elaborato un compiuto concetto di rappresentanza, mentre sappiamo con certezza che lo stesso concetto in esso trasfuso, si ritrovava già in tutti i suoi elementi costitutivi nelle opere della dottrina tedesca del XIX sec.

del rapporto di gestione¹⁹; resta, soprattutto, da accertare se possa ancora essere accettata la dottrina tradizionale che, all'interno dello schema unitario della rappresentanza, identifica due forme, nettamente distinte negli effetti e nella struttura, definibili come rappresentanza indiretta e diretta.

In particolare, ad esempio, viene ritenuta impropria la terminologia 'rappresentanza indiretta', tanto che si propone di adottare, in sostituzione, l'espressione 'interposizione gestoria'²⁰. Ebbene, è nostra convinzione che l'adottare l'una o l'altra espressione non sia, come comunemente si ritiene, solo una questione terminologica, ma che coinvolga problemi di carattere sostanziale, nell'individuazione stessa del concetto di rappresentanza, che non possono essere disattese dal giurista, nei suoi processi di conoscenza ed interpretazione.

Bisogna avere coscienza infatti che, mantenendo a tal proposito l'impostazione tradizionale, accolta dalla dottrina prevalente, si produce l'effetto di determinare, in ordine alla rappresentanza, uno stato di incertezza, che non consente di determinare con esattezza «...la posizione del soggetto, sul piano delle qualificazioni giuridiche, rispetto ai profili strutturali e funzionali del negozio giuridico²¹».

¹⁹ FERRARA, *Gestione d'affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962, 118 ss.; GRAZIANI, *Negozi di gestione e procura*, in *Studi di dir. civile e commerciale*, Napoli, 1963, 113ss.; PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 196; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 276 ss; NATOLI, *La Rappresentanza* cit., 39 ss.; SACCO-DE NOVA, *La conclusione per altri*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, Obbligazioni e contratti*, 10, 2, Torino, 1982, 393ss; PAPANTI-PELLETTIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, 3 ss; GALGANO-VISENTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, 4, *Obbligazioni, art. 1372-1405*, Bologna, 1993, 249ss. Il legislatore italiano ha, infatti, disciplinato autonomamente la rappresentanza nella sezione dedicata ai contratti in generale, ed il mandato tra i contratti speciali. La novità introdotta dal legislatore è stata accolta da parte della dottrina (PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza* cit., 395 s.) come una necessaria e dovuta distinzione, idonea, forse, a portare chiarezza finalmente in tale tormentato settore. Purtroppo, va constatato come l'innovazione in questione ha prodotto l'effetto esattamente contrario, in quanto, in base al nuovo assetto prospettato, la dottrina prevalente ha accentuato il principio della netta separazione, e quindi dell'indipendenza della procura dal rapporto di gestione. Sul punto specifico - con particolare riguardo ai lavori preparatori al codice civile italiano - si veda BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)* in *Rend. lettere dell'Istituto Lombardo Scienze e Lettere*, 74, fasc. 2, 395ss; ID., *Osservazioni e proposte sul progetto del libro quarto «Delle Obbligazioni»*, cit., 27ss. Il legislatore, invece, nel disciplinare la rappresentanza autonomamente dal mandato probabilmente voleva solo sottolineare che la rappresentanza non è necessariamente collegata al contratto di mandato, ma può ricorrere in altri casi quali il contratto di agenzia (art. 1753), di società (artt. 2266-2267-2318-2348-2465-2487-2535), di lavoro (art. 2234). Si tratta, tuttavia, di una problematica complessa e articolata della quale ci occuperemo nel secondo volume dei nostri studi sulla rappresentanza, al quale rinviamo per una dettagliata rassegna bibliografica e una compiuta trattazione dell'argomento.

²⁰ TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, 6ss; NEPPI, *La rappresentanza nel diritto privato moderno*, Padova, 1930, 306ss; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 120; ALBANESE, *Atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 343ss; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 265.

²¹ LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, 32, Milano, 1984, 19 ss.

L'errore sta nel «mancato approfondimento del fenomeno rappresentativo²²», che spesso deriva dall'impostazione dogmatica di chi guarda al nostro codice attuale come punto di arrivo di un lungo processo evolutivo, che troverebbe nell'assetto da esso recepito il suo apogeo²³.

È un errore dei più comuni e fuorvianti. Basterebbe rendersi conto che quella del nostro codice civile italiano, ad esempio, è una scelta - più o meno consapevole - ma solo uno degli assetti possibili e configurabili della rappresentanza; non il migliore, né il più perfetto. E soprattutto bisogna acquisire consapevolezza del fatto che si tratta di una scelta che si è formata storicamente e che è stata fortemente condizionata da esperienze precedenti.

Lo studio della rappresentanza richiede, allora, un ulteriore sforzo, forse ancora più radicale, un'impostazione del tutto diversa dello studio, volta a dare alla rappresentanza *una configurazione che prescinderebbe dalle costruzioni dogmatiche e dalle artificiose elaborazioni dottrinarie in materia.*

Nella più recente storia dell'istituto si è assistito infatti, a nostro parere, ad un ingiustificato processo di "astrazione" del fenomeno. Bisognerebbe, invece, valutare adeguatamente che la considerazione autonoma, o la previsione di una disciplina apposita e specifica per la rappresentanza, è frutto di un processo logico, utile e forse anche necessario concettualmente, ma è pur sempre un'operazione teorica e concettuale²⁴.

La rappresentanza è un fenomeno che attiene alla «imputazione» degli effetti giuridici, in virtù del quale gli effetti di un negozio possono prodursi in capo ad un soggetto diverso da quello che lo ha posto in essere. È dunque, come invece spesso si dimentica, *un semplice meccanismo, un artificio giuridico escogitato e posto, pur sempre, a servizio di un concreto sistema di interessi ed effetti.* Un fenomeno, quindi, il cui studio e la cui regolamentazione concreta non può prescindere dal riferimento continuo e costante agli interessi delle parti in causa, e soprattutto al negozio sottostante, che è, e rimane indiscutibilmente, la fonte effettiva e sostanziale della produzione di tali effetti, mentre la rappresentanza è solo il 'mezzo', il meccanismo giuridico attraverso il quale si realizzano.

In questa prospettiva, allora, possiamo forse discutere di rappresentanza, nel senso compiuto del termine, anche nel mondo romano.

Ci sembra, infatti, che i giuristi romani avessero profonda coscienza di questa circostanza, tanto è vero che non disciplinarono mai la 'rappresentanza' in via generale e astratta, ma di volta in volta gli 'effetti rappresentativi' che nascevano dai negozi conclusi

²² LUMINOSO, *Mandato* cit., 34 ss.

²³ Già BONFANTE, *Diritto romano*, Milano, 1976, 300, aveva ironicamente messo in guardia da tale atteggiamento.

²⁴ La considerazione autonoma ed astratta della rappresentanza è dovuta principalmente alla scuola tedesca del XIX sec., ed in particolare a SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlino, 1840, 90-98, il quale, per la prima volta nella storia giuridica, assegna alla rappresentanza una posizione autonoma, soprattutto dal punto di vista sistematico, inserendola nell'ambito delle dottrine generali, e abbandonando decisamente, secondo una tendenza che diventerà sempre più imperante, la configurazione della rappresentanza nel mondo romano, in cui essa era, invece, strettamente connessa al mandato, alla rappresentanza processuale, alle *actiones adiecticiae qualitatis*.

dalle parti²⁵. Ciò non significa, tuttavia, che non avessero consapevolezza di una certa *unitarietà* del fenomeno in questione, ma solamente che ne davano un'interpretazione in senso *concreto ed effettuale*, ponendo in raffronto analogico le fattispecie simili e non esitando, laddove fosse necessario, ad estendere e applicare soluzioni, nate e sperimentate in ordine ad alcune di esse, anche alle altre qualora si determinassero le stesse necessità ed esigenze.

3 - Obiettivi dell'indagine.

Ebbene, fatte queste premesse, ci preme chiarire fin dalle prime righe di questo lavoro che esula dalle nostre indagini l'intenzione di accertare se il diritto romano abbia conosciuto e praticato la rappresentanza diretta o indiretta, o se possa attribuirsi ai romani la creazione del concetto di rappresentanza, aggiudicando loro la 'primogenitura' dell'elaborazione del concetto in questione.

Siamo interessati, invece, allo studio e all'approfondimento delle *soluzioni tecniche* tramite le quali i romani risolvevano i problemi connessi all'*agire in nome altrui*, analizzandone anche l'evoluzione storica - anche se limitatamente ad alcuni aspetti - nell'intento di *acquisire consapevolezza della stessa complessità del fenomeno nelle sue molteplici articolazioni e manifestazioni*.

Si tratta, infatti, di una realtà fortemente controversa e, forse, non pienamente riconducibile a linee unitarie e univoche²⁶.

Ed è proprio questa realtà che abbiamo voluto rappresentare nel nostro lavoro, nell'intenzione specifica di seguire l'impostazione delle fonti romane in cui troviamo delineate discipline diverse per *institores*, *procuratores*, *curatores*, rappresentanti processuali, nella consapevolezza che, forse, è proprio questo particolare assetto che disorienta gli interpreti moderni. Questi ultimi, infatti, sono spesso condizionati da alcune impostazioni di stampo dogmatico, e pertanto orientati alla spasmodica ricerca di principi e regole comuni da applicare a tutti i casi di sostituzione negoziale e processuale, pena l'inesistenza del fenomeno rappresentativo.

Non vi è dubbio, infatti, che *una certa «impostazione unitaria» del fenomeno rappresentativo* - esplicitamente concretizzato nella previsione di una disciplina unitaria e generale della rappresentanza di matrice tedesca²⁷ - *ha influenzato anche l'interpretazione delle fonti romane sulle quali è stata costruita, ma alle quali è profondamente estranea*.

²⁵ ALBANESE, *Atti negoziali*, cit., 327, infatti, in maniera significativa non dedica alcun capitolo alla rappresentanza, ma tratta del fenomeno in questione in un paragrafo intitolato *'Imputazione degli effetti negoziali?'*

²⁶ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 2.

²⁷ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., 90-98; JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jahrbücher für die Dogmatik*, 1957, 273ss; LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch*, in ZHR (1886) X, 186ss.

Scopo della nostra trattazione è mostrare come nel diritto romano non fosse neanche stata concepita una trattazione unitaria della rappresentanza, ma questa circostanza di per sé non comportava che non si conoscessero e praticassero fenomeni di sostituzione negoziale, quanto piuttosto che questi fossero disciplinati in relazione alle diverse situazioni da cui si originavano e alle quali dovevano riferirsi.

A noi sembra, inoltre, che l'assenza di una disciplina unitaria da applicare²⁸, pur nel rispetto delle differenze tipologiche configurabili, non fosse particolarmente avvertita e che non producesse particolari problemi interpretativi, poiché era la giurisprudenza a colmare le eventuali lacune, operando estensioni analogiche, armonizzando soluzioni e casi.

Infatti, ad essere oggetto di disciplina e previsione erano i singoli casi di sostituzione, ciascuno con le sue caratteristiche peculiari. Inoltre, qualora fosse necessario integrare la disciplina applicabile a ciascuno di essi per far fronte a nuove o rinnovate esigenze, ciò avveniva grazie all'«interpretazione analogica» effettuata in sede giurisdizionale o giurisprudenziale²⁹.

Si tratta di un sistema alternativo rispetto a quello che contempla, invece, la predisposizione di una disciplina generale, che sia eventualmente derogabile e specificabile in ragione delle specificità dei casi concreti.

Siamo in presenza, infatti, solo di sistemi diversi di configurazione della sostituzione negoziale, rispetto ai quali non si possono esprimere giudizi di valore identificando nell'uno o nell'altro il sistema migliore o più evoluto.

In tal senso, in una prospettiva di sviluppo storico, non ci convince l'eventuale ricostruzione *'in senso evolutivista'* dalla rappresentanza romana che vede un progressivo passaggio da un sistema improntato prevalentemente su casi di rappresentanza indiretta ad uno che si avvale sempre più di quella diretta, secondo un processo evolutivo ininterrotto che troverebbe il suo culmine nella legislazione di Giustiniano³⁰.

D'altronde, non ci sembra di poter ravvisare nella legislazione giustiniana alcun tentativo di configurare un sistema unitario e armonico della disciplina della rappresentanza, o più genericamente della sostituzione negoziale. È assai verosimile, invece, *che i compilatori si siano limitati a mutuare le soluzioni create nell'ambito del sistema controversiale e giurisprudenziale classico, spesso generalizzandole e semplificandole, e facendo, pertanto, torto alla loro originaria ricchezza e complessità.*

Tanto è vero che dal Digesto non emerge una prospettiva unitaria in ordine alla rappresentanza. Il quadro è tutt'altro che omogeneo. Basti pensare alle numerose *fallentiae* riscontrate dagli stessi glossatori³¹, e alle numerose incongruenze riscontrabili tra i pareri riportati dai compilatori, che lasciano affiorare poche ma visibili tracce di un originario ed animato dibattito, di cui non resta memoria se non per brevi cenni.

²⁸ *Infra*, Cap. X.

²⁹ *Infra*, Cap. VIII-IX

³⁰ WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit. 606 ss.

³¹ COSENTINI, *Lezioni di esegesi delle fonti di diritto romano*, Catania, 1977, 274ss.

Anzi, a ben esaminare la disciplina giustiniana, sembra proprio che per certi versi si compia un passo indietro nel riconoscimento degli effetti della sostituzione negoziale, e dunque della rappresentanza.

Così, ad esempio, la volontà di legare strettamente la figura del mandato a quella del *procurator* sembra rispondere all'intento di limitare e circoscrivere i poteri del *procurator*, originariamente illimitati, più che allargarne lo spettro.

In definitiva, è nostra convinzione, innanzitutto che per comprendere i fenomeni di sostituzione negoziale del mondo romano, *debba farsi ricorso alle categorie moderne con estrema cautela, ed inoltre che sia necessario operare delle scelte metodologiche molto ponderate.*

Così, ad esempio, se non si vuol fare riferimento al concetto di rappresentanza nella sua configurazione odierna, non si può neanche impostare la trattazione dei casi di sostituzione negoziale nel diritto romano solamente nella prospettiva dell'*agere alieno nomine*, perché sfuggirebbero dall'ambito descritto delle figure importanti, quali in primo luogo quella del *procurator omnium bonorum* - almeno nella sua configurazione iniziale - e genericamente tutti quei casi di sostituzione, frequentissimi nelle fonti, in cui non è presente la prospettiva dell'*officium*³².

Di conseguenza, se si vogliono proprio tratteggiare delle linee storiche di evoluzione e sviluppo del diritto romano in ordine ai fenomeni di sostituzione negoziale è necessario, a nostro parere, *abbandonare prospettive unitarie ed unificanti.*

Bisogna, invece, incentrare l'attenzione sulle singole figure di sostituzione negoziale, procedendo, semmai, ad identificare nella loro storia le linee fondamentali di uno sviluppo che comporta la progressiva attenuazione ed involuzione della prospettiva potestativa a vantaggio della lenta emersione di quella dell'*officium*, secondo un percorso che non giunge mai, anche in piena età classica o giustiniana, ad una disciplina unitaria delle figure che operano in qualità di 'intermediari'.

Se talora affiora o si manifesta per tratti una prospettiva unitaria, è solo il frutto di un'interpretazione giurisprudenziale che si svolge e attua in un contesto marcatamente controversiale. D'altronde, neanche Giustiniano giungerà mai a delineare una disciplina unitaria della rappresentanza.

Sarà solo la dottrina pandettistica³³ a dare origine ad una reale concezione unitaria della rappresentanza, forzando il dato testuale offerto dalle fonti romane, ponendo così le premesse anche per *gravi fenomeni di incomprensione* delle stesse fonti, e al tempo stesso i presupposti per *gravi aporie* presenti nei sistemi codicistici moderni.

In conclusione, non si può non concordare sostanzialmente con Cappellini³⁴ quando sostiene che il diritto romano ha affrontato le problematiche relative alla rappresentanza non in modo unitario ma per «nuclei problematici».

Si tratta, infatti, di una affermazione perfettamente aderente alle fonti romane che può essere pertanto pienamente sottoscritta, se ed in quanto non miri a porre in evidenza «un'imperfezione» del diritto romano, quanto piuttosto le peculiarità del sistema in questione. La trattazione parcellizzata delle questioni relative alla rappresentanza non

³² Per ulteriori chiarimenti v. *infra*, § 3.1; 3.4.

³³ *Supra*, nt. 22-25.

³⁴ CAPPELLINI, voce "Rappresentanza" (*Diritto intermedio*), cit., 442; cfr. *supra*, § 1.1.

costituisce, infatti, una sorta di «imperfezione» del sistema romano - che non sarebbe riuscito ad esprimere una visione unitaria e corente del fenomeno - ma solo la conseguenza di un sistema controversiale e giurisprudenziale, in cui l'attenzione dei giuristi era rivolta non alla formulazione di regole astratte e generali, ma di volta in volta alla risoluzione dei singoli problemi. *Si incorrerebbe, inoltre, nell'errore semplicistico di considerare la storia giuridica come un processo evolutivo che partendo da forme primitive ed imperfette è progredito verso forme sempre più definite e perfette.*

Ed, ancora, si tratta di un'affermazione - quella di Cappellini - che non implica di per sé la conclusione che gli stessi giuristi non avessero una visione unitaria del fenomeno e delle problematiche connesse alla sostituzione negoziale, e che quindi trattassero necessariamente in maniera distinta del profilo obbligatorio e di quello degli acquisti senza mai saldarli in una prospettiva unitaria. Questa eventualità, come vedremo, dipendeva di volta in volta dai casi concreti ad essi sottoposti³⁵.

Quella dei giuristi romani era solo un'impostazione pragmatica, incentrata sulla prospettiva della tutela degli interessi, più che sull'edificazione di costruzioni dogmatico-concettuali astratte.

Inoltre, esistono più assetti possibili della disciplina del fenomeno giuridico esaminato, sulle quali non possono esprimersi giudizi di valore, ma solo valutazioni tecniche relative alla maggiore o minore validità, o efficienza nel dare risposte adeguate alle istanze del corpo sociale. D'altronde, anche il diritto francese, ad esempio, pur nella sua impostazione legislativa e codicistica, disciplina gli effetti rappresentativi del mandato³⁶, della preposizione dell'istitore³⁷, e non la rappresentanza come istituto generale.

Ebbene, coerentemente a queste premesse, nell'identificare i caratteri del fenomeno rappresentativo nel mondo romano, vorremmo trattare delle principali forme di sostituzione negoziale previste e disciplinate dallo stesso diritto, ed in particolare del regime delle *actiones adiecticiae qualitatis*, del mandato e del *procurator* ed, in fine, dell'*actio ad exemplum institoriae*, poiché rappresenta - come vedremo - un punto di osservazione fondamentale, come momento di intersezione tra le discipline relative alle principali figure di sostituzione negoziale conosciute nell'esperienza romana classica. Quello relativo all'*actio ad exemplum institoriae* è un tema, infatti, che ci consente - chiarita, ove possibile, la disciplina applicabile a ciascuna delle figure di 'rappresentanti' (*institor*, *procurator*, mandatario, etc.) - di esaminare anche i rapporti tra loro intercorrenti.

In realtà, non ci occuperemo specificamente del diritto arcaico, né dei fenomeni di sostituzione processuale nel sistema delle *legis actiones*, sia per l'esiguità delle fonti esistenti a tal proposito, ma anche in considerazione della scarsa rilevanza rivestita da tali esperienze nella storia giuridica successiva. Si tratta, infatti, di soluzioni estremamente singolari, legate a contesti giuridici anch'essi del tutto peculiari, alle quali tuttavia faremo

³⁵ *Infra*, Cap. IX.

³⁶ Cfr. artt. 1984ss del Code Civil.

³⁷ Cfr. art. 1384. del Code Civil. Per un approfondimento della tematica relativa ai rapporti tra mandato e rappresentanza nell'ordinamento francese cfr. CARBONNIER, *Droit civil*, 4. *Les obligations*, Thémis-Paris, 1988 ; LARROUMET, *Droit civil*, 3. *Les obligations*, 1°, Paris, 1986 ; MAULAIRYE, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Paris, 1988.

riferimento ove sia necessario, e anche possibile, per cogliere e valutare i presupposti che hanno condotto alla creazione delle soluzioni giuridiche più tarde. Dovendo, infatti, operare delle scelte - data l'impossibilità di trattare tutti gli aspetti relativi alla rappresentanza negoziale e processuale nel diritto romano dall'età arcaica all'età classica - abbiamo preferito privilegiare lo studio delle fonti che meglio conosciamo e delle soluzioni giurisprudenziali che presentano un grado di elaborazione tecnica più accentuata e che, per tale motivo hanno rivestito un valore determinante anche in relazione ad esperienze storiche successive.

Infatti - come avremo modo di constatare nella sede apposita³⁸ - le fonti relative alla tematica da noi esaminata sono anche quelle che nella storia successiva sono state oggetto di particolare studio ed elaborazione, e hanno fortemente influenzato la formazione e la disciplina degli istituti del mandato e della rappresentanza odierni.

4- *L'actio ad exemplum institoriae* e la realizzazione di effetti negoziali di 'tipo rappresentativo'.

L'actio ad exemplum institoriae è un'azione tramite la quale, ad un certo momento dell'evoluzione giuridica di Roma, le figure dell'*institor* e del *procurator* vengono assimilate dai giuristi romani al fine di estendere al caso del *procurator praepositus* la disciplina prevista dai magistrati giurisdicenti per l'*institor*.

L'azione rappresenta un'estensione analogica dell'*actio institoria*, cioè di uno dei cinque rimedi processuali designati come *actiones adiecticiae qualitatis*³⁹, predisposti dal pretore per consentire che la responsabilità di alcune operazioni negoziali realizzate dai soggetti *in potestate* gravasse direttamente in capo al soggetto che tale potestà esercitava, qualora tali operazioni fossero state compiute per sua volontà e nell'ambito dell'attività da lui prescelta. Presupposto dell'*actio institoria* era, infatti, la *praepositio* di uno schiavo o di un *filius* ad un'attività commerciale terrestre.

L'opinione tradizionale⁴⁰, ancora oggi dominante, ritiene che, nel caso delle *actiones exercitoria e institoria* qualora il soggetto preposto fosse un soggetto libero, non si sarebbero realizzati dei casi di rappresentanza diretta ma di responsabilità adiectizia, assimilabile semmai alla rappresentanza indiretta, o all'interposizione gestoria; gli effetti negoziali si

³⁸ *Infra*, § § 1.5; 10.4.

³⁹ ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 159 ss; *ID.*, *Atti negoziali*, cit., 350, nt 403; BUTI, *Sulla capacità negoziale dei servi*, Napoli, 1976; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1984, 54 ss; GUARINO, *Actiones adiecticiae qualitatis*, in *Nss.D.I.* (1957) 270 ss; TALAMANCA, voce "Processo civile" (*Diritto romano*) in *Enciclopedia del dir.*, 36, 1988, 60; VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis» y sus relaciones básicas en derecho romano*, in *AHDE.* 37 (1967), 337 ss; *ID.*, *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias*, in *AHDE.* 38 (1968), 377 ss; *ID.*, *La capacidad de las personas «in potestate» en derecho romano*, in *Revista del Derecho Notarial* 57-58 (1967) 99 ss.

⁴⁰ BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, 332; BETTI, *Diritto Romano*, cit., 394; PASTORI, *GLi istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1988, 711; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 267 ss.

sarebbero prodotti, infatti, sia in capo al rappresentato sia al rappresentante, il quale generalmente avrebbe agito in nome proprio.

In età classica si sarebbe poi realizzato un fenomeno evolutivo che avrebbe consentito il progressivo passaggio dalla rappresentanza indiretta a quella diretta⁴¹, nell'ambito del quale avrebbe assunto un ruolo del tutto determinante proprio l'introduzione dell'*actio quasi institoria*. Con essa si sarebbe aperto «..un nuovo corso nella disciplina della sostituzione negoziale, uno spazio nuovo in cui la giurisprudenza intravede e sperimenta nuove possibilità organizzative; un punto di passaggio del concetto di rappresentanza nell'esperienza romana, un passaggio cruciale nell'acquisizione di una nuova mentalità, di un nuovo costume⁴²».

Lo strumento concreto utilizzato sarebbe stato proprio la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae* o di un'*actio quasi institoria*; il giurista, al quale attribuire l'innovazione, sarebbe Papiniano.

Va detto subito che i brani che ci testimoniano la creazione di siffatte azioni sono particolarmente noti alla dottrina romanistica, e sono stati oggetto di animate dispute interpretative⁴³. Infatti, in essi ricorrono casi di *praepositio* o *mandatum* conferiti ad un *procurator*, ad un *libertus* o ad un *amicus*, e viene concessa ai terzi, che hanno agito con essi nei limiti del mandato o della *praepositio*, un'*actio ad exemplum institoriae actionis* da esercitare direttamente contro il preponente o il mandante⁴⁴.

Ed, in effetti, quello dell'*actio ad exemplum institoriae* rimane tuttora, nonostante i numerosi studi in proposito⁴⁵, un tema controverso; osservava, a ragione, Kaser⁴⁶ che «...die Haftung des Geschäftsherrn aus der *actio institoria* und ihrer analogen Erweiterung

⁴¹ WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit. 606 ss.

⁴² QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*), cit., 431.

⁴³ I brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae* sono D. 3.5.30(31); D. 14.3.19.pr; D. 19.1.13.25; D. 17.1.5.10. La bibliografia è vasta: COSTA, *Actio exercitoria ed institoria*, Parma, 1891, 3 s.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR* 23 (1911) 147 ss., ora in *Scritti di diritto romano I*, Napoli, 1955, 482 ss.; ID., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR* 25 (1912) 133 ss., ora in *Scritti di diritto romano I*, Napoli, 1955, 567 ss. (da cui si cita); ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, in *Studi di Dir. Rom.*, 4, Milano, 1912, 187-218; RABEL, *Ein Rubmesblatt Papinians in Festschrift für Zitelmann*, Leipzig, 1913, 1-25 ora in *Gesammelte Aufsätze, IV. Arbeiten zur altgriechischen, hellenistischen und römischen Rechtsgeschichte 1905-1949*, Tübingen, 1971, 269-293; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, in *Studi in on. di Bernardino Scorza*, Roma, 1940, 143 s.; KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis*, in *Festschrift für Wenger II*, München, 1945, 73-101; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, in *Atti dell'Accademia Scienze di Torino* 84 (1949-50) 84 (che da ora si cita in estratto); ID., «*Actio ad exemplum institoriae*» e categorie sociali, in *Studi in mem. di Guido Donatuti*, I, Milano, 1973, 191ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR* 71 (1968), 230-248; ID., *Il procurator*, Milano, 1971; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, in *Studi Scherillo* 2, Milano, 1972, 620 ss.; VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 337 ss.; ID., *La capacidad de las personas «in potestate»*, cit., 99 ss.; ID., *Las relaciones básicas*, cit., 377 ss.; ALBANESE, *Le persone*, cit., 159 ss.; ID., *Atti negoziali nel diritto privato romano* cit., 350 nt. 403; HAMZA, *Zur frage der gewillkürten Stellvertretung in klassischen römischen Recht*, in *Ann. Scient. Budap. Sectio Juridica* 21 (1979) 19 ss.; ID., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *INDEX* 9 (1980) 193 ss.; BENKE, *Zur Papinians actio ad exemplum institoriae actionis*, in *ZSS.* 105 (1988) 592 ss.

⁴⁴ *Infra*, Cap. VIII, § 2; 3; 4.

⁴⁵ *Supra*, nt. 41.

⁴⁶ KASER, *Das römische Privatrecht*, München 1971, 608 ss.

auf den Procurator sowie aus der *actio exercitoria* bleibt eine offene Frage». Potremmo dire, ancora oggi, che è aperto il campo delle ricerche sull'argomento. Si può, infatti, ancora ragionevolmente discutere delle ragioni e dei limiti in cui fu operata una tale estensione analogica.

Secondo l'ipotesi preferibile⁴⁷, l'ambito di applicazione originario delle *actiones adiecticiae qualitatis* avrebbe riguardato l'attività negoziale compiuta da soggetti *alieni iuris* per conto del proprio *dominus* o *pater*. Ben presto sarebbe stata riconosciuta, però, l'applicabilità di tali azioni - in particolare dell'*actio exercitoria* ed *institoria* - anche al caso in cui il soggetto preposto non fosse legato al preponente da un rapporto potestativo. La *praepositio* si sarebbe staccata così dal rapporto potestativo per legarsi, anche, ad un rapporto di carattere contrattuale.

Ma l'innovazione sarebbe stata ancora più decisa; infatti, secondo un processo che sarà meglio descritto nel corso della trattazione, si sarebbe imposta alla considerazione dei giuristi la necessità e l'opportunità di apprestare tutela a situazioni che, sebbene non rientrassero specificamente nell'ambito della *praepositio institoria*, presentavano comunque delle affinità con essa.

Particolarmente sensibile a tale esigenza sarebbe stato il giurista Papiniano, il quale, come ormai comunemente si ritiene⁴⁸, avrebbe operato tale estensione mediante la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* o *quasi institoria*⁴⁹. Tramite l'azione in questione, si sarebbe riconosciuta tutela al terzo che aveva contrattato non con un *institor*, ma con un soggetto libero, di solito *procurator* - a cui era stato affidato l'esercizio di un'attività commerciale - contro il soggetto che gli aveva affidato tale incarico.

Appaiono, dunque, evidenti le ragioni per le quali si ritiene che con tali innovazioni ci si avvii decisamente verso il riconoscimento della rappresentanza diretta nel mondo romano.

Non ci convince, tuttavia, l'idea di configurare il fenomeno in questione come un processo evolutivo verso il raggiungimento di un sistema migliore, ipotizzando il passaggio da una forma imperfetta di rappresentanza ad una sempre più perfetta.

A noi sembra che nel processo descritto non si riscontri un fenomeno definibile in termini di 'evoluzione' ma più che altro di 'sviluppo' e 'modifica' della disciplina applicabile, in relazione allo sviluppo e alla modifica del contesto sociale ed economico nel suo complesso.

⁴⁷ E' più plausibile credere, infatti, che la prassi di preporre *magister* o *institor* soggetti liberi sia invalsa successivamente; originariamente, invece, doveva trattarsi solo di soggetto *alieni iuris*; in tal senso DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 37 nt. 12, e dottrina ivi citata. Sul tema v. *infra*, § 2.2.

⁴⁸ D.3.5.31(30) (Pap. 2 *resp.*); D.17.1.10.5 (Ulp. 31 *ad ed.*); D.14.3.19 pr (Pap. 3 *resp.*); D.19.1.13.25 (Ulp. 32 *ad ed.*); C.4.25.5 (Impp. Diocl. et Max., a. 294); C.4.25.6 (Impp. Diocl. et Max., a. 293).

⁴⁹ In passato si riteneva di dover distinguere i brani in cui fosse adottata l'espressione *actio quasi institoria* da quelli in cui si menzionava, invece, l'*actio ad exemplum institoriae*, credendo che i primi fossero stati oggetto di interpolazione come quasi tutte le espressioni costruite col 'quasi'; cfr. ALBERTARIO, *Op. cit.*, 216; CARRELLI, *Op. cit.*, 168; KRELLER, *Op. cit.*, 88. La dottrina più recente propende oramai per per la classicità e l'equivalenza delle due espressioni; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 239; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 209.

Può ipotizzarsi, semmai più propriamente un passaggio da un sistema giuridico fondato prevalentemente sulla *'tipicità sociale ed economica'* ad uno basato prevalentemente su una *'tipicità di tipo 'giurisprudenziale'*. E, dunque, da un sistema rappresentativo fondato su *'rapporti di natura prevalentemente potestativa'*, ad uno basato principalmente su *'rapporti di carattere negoziale'*.

Nulla di strano nel credere, quindi, che il regime romano della rappresentanza possa aver ricevuto un impulso decisivo dalla vita dinamica dell'attività commerciale⁵⁰. Non ci convince, invece, la prospettazione di una teoria 'evoluzionista' del regime romano della rappresentanza che procede da un sistema più imperfetto di rappresentanza indiretta verso uno sempre più perfetto di rappresentanza diretta.

È, infatti, plausibile supporre, ieri come oggi, che l'impulso per l'introduzione di determinati rimedi o soluzioni giuridiche provenga, prima che altrove, proprio dalla prassi commerciale, in relazione alle esigenze vive e concrete degli scambi e delle contrattazioni. Non vi è dubbio, d'altronde, che il settore commerciale - con le sue esigenze solo apparentemente contrastanti di celerità e, al tempo stesso, di sicurezza - svolga una funzione trainante, costituendo fattore di propulsione e innovazione di tutto il sistema.

Non ci convince, invece, l'ipotesi che il sistema creato tramite le *actiones exercitoria* ed *institoria* costituisse un sistema di 'rappresentanza imperfetta'. Abbiamo dedicato un intero lavoro monografico⁵¹ alla dimostrazione del fatto che tramite quelle azioni si faceva valere *direttamente una responsabilità personale del preponente e non del preposto*.

D'altronde, ci sembra poco verosimile che, anche nell'ambito dell'ordinaria contrattazione negoziale, non si fossero sperimentate e praticate forme compiute ed efficaci di sostituzione negoziale, a fronte di fenomeni giuridici di grande sviluppo e importanza riferibili alle figure dei *procuratores*, *tutores*, e per certi versi dei *curatores*⁵².

Si trattava solo di forme differenti di sostituzione negoziale non riconducibili perfettamente ai nostri moderni schemi della rappresentanza diretta ed indiretta, ma ciò non comporta di per se che si trattasse di forme meno perfette. Le une, cioè quelle riconducibili alle figure degli *institores* e dei *magistri*, si iscrivevano e rispecchiavano, infatti, le peculiarità del sistema commerciale, a vocazione fortemente imprenditoriale, che caratterizzava il sistema giuridico romano dal III sec. a.C. al III d. C.⁵³. Le seconde, invece, quelle riportabili alle figure *procuratores*, *tutores*, e *curatores*, nascevano e si sviluppavano prevalentemente nell'ambito di un sistema familiare del tutto peculiare, caratterizzato da una forte struttura potestativa.

Inoltre, non è verosimile che tramite le *actiones ad exemplum institoriae* si sia operata una mera estensione del regime previsto per il settore commerciale a quello civilistico. Ci

⁵⁰ QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*), cit., 431-432; SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, cit., 20.

⁵¹ *Sulla struttura formulare*, cit., 1-364.

⁵² Basti pensare ai casi testimoniati nelle stesse fonti ciceroniane, che esamineremo successivamente (v. *infra*, § 3.4), ma anche in altre numerose fonti in nostro possesso; in proposito cfr. ALBANESE, *Le persone*, cit., 437ss; ID., *Atti negoziali*, cit., 354ss; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit. 371ss; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit. 3ss.

⁵³ CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004, 25ss.

sembra più probabile ipotizzare, sulla base delle fonti a nostra disposizione, che si sia realizzato piuttosto *uno sviluppo parallelo delle due discipline*, che, in ordine ad alcuni punti, si sia risolto successivamente in un interscambio di soluzioni e di rimedi.

Infatti, dalle fonti a nostra disposizione sembra evincersi che non solo le regole nate per l'*institor* siano state estese al *procurator* (*actio ad exemplum institoriae*), ma viceversa che anche quelle sviluppatesi originariamente nel settore propriamente civilistico in ordine al *procurator*, siano state applicate anche nel settore più propriamente commerciale, e dunque all'attività relizzata dall'*institor* (azione diretta concessa al preponente o al *dominus negotii* contro i terzi che avevano agito con l'*institor* o *procurator*⁵⁴).

D'altronde, pur riconoscendo una certa importanza alla creazione delle *actiones ad exemplum institoriae*, non ne vorremmo sopravvalutare la portata, in quanto non si tratta della prima importante affermazione della rappresentanza, ma forse di quel fenomeno che più fortuna ha avuto nelle epoche successive, e che *più si avvicina nella sua configurazione a fenomeni moderni di rappresentanza*.

Ciò non toglie, tuttavia, che lo studio dell' *actio ad exemplum institoriae* possa risultare di particolare interesse, in quanto costituisce un punto di osservazione privilegiato. Quell'azione è infatti un istituto di confine tra il sistema economico, dei traffici commerciali, e il sistema civilistico in senso stretto. Anzi rappresenta proprio l'anello di congiunzione delle due esperienze⁵⁵, e forse, proprio per questo motivo, rappresenta l'angolo visuale privilegiato per mostrarne, al contempo, peculiarità e similitudini.

⁵⁴ In particolare v. D.14.3.1; D.19.1.13.25; D.46.5.5.; cfr. *infra*, Cap. IX.

⁵⁵ Va detto, inoltre, che la rilevanza delle *actiones adiecticiae qualitatis* non si esaurisce in questo; come nota giustamente il MAYER-MALY, Rec. a DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, in *IVRA*, 35, 1984, 195 ss, si è soliti considerare queste azioni come strumenti di rappresentanza, senza tener conto dell'importanza che hanno rivestito nell'ambito dell'economia e dell'organizzazione imprenditoriale romana. Sono azioni che, introdotte dal pretore, e con l'apporto della giurisprudenza, «...hanno disegnato, strutturalmente e funzionalmente, tutto il sistema giuridico d'impresa»; cfr. *praecipue* SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 18 ss.

È altrettanto vero, tuttavia, che i due profili - quello prettamente giuridico e quello più specificatamente economico - pur se distinti e distinguibili, risultano strettamente connessi, anzi ne è auspicabile lo studio congiunto, per poter cogliere appieno la complessità del fenomeno giuridico.

Con tale affermazione si sfiora l'annoso, e pur sempre insoluto, problema dei rapporti tra il diritto commerciale, ammettendo che esista come categoria autonoma, ed il resto dell'ordinamento giuridico.

I romanisti al riguardo sono stati fortemente condizionati da opinioni diffuse presso la dottrina moderna (basti in proposito, fare riferimento al GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts* I, Stuttgart 1891, trad. it. A cura di V. Pouchain e A. Scialoja, Torino, 1913, la cui idea della specialità del diritto commerciale, se pur discussa ha avuto e continua ad avere largo seguito) che hanno dato adito ad un equivoco di fondo, non ancora del tutto eliminato, e cioè all'idea di una presunta separazione tra diritto commerciale e civile. Si tratta, infatti, di una separazione concepita quasi come un dogma che ha causato, tra l'altro, «...l'enfatizzazione di false problematiche, quali, ad esempio, l'intendere il diritto commerciale come specifico corpo di norme avente l'esclusiva funzione di regolare l'attività commerciale», e come tale assente nell'esperienza romana; cfr. GALGANO, *Storia del diritto commerciale* Bologna, 1976, 24.

Ne è derivata la conseguenza che i romanisti, studiosi del diritto privato, si sono ritenuti civilisti, storici del diritto civile, e non del diritto privato nel senso romano, comprensivo cioè della disciplina dell'attività commerciale; v. GALLO, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*, in *Imprenditorialità e diritto*

5. - Regime degli acquisti ‘per extraneam personam’: contributi forniti dallo studio dell’ *actio ad exemplum institoriae* anche in ordine a questa tematica. Proiezione storica dello studio.

Vi è un ulteriore aspetto del regime dell’*actio ad exemplum institoriae* su cui vorremmo soffermarci, e che forse ne costituisce l’aspetto più controverso e problematico.

Si tratta della possibilità - riconosciuta in uno dei frammenti in nostro possesso (D.19.1.13.25) - che l’azione in questione non fosse esperibile solo dal terzo contro il *dominus negotii* per le obbligazioni assunte dal *procurator praepositus*, ma che ne fosse riconosciuta l’esperibilità diretta anche al *dominus negotii* contro il terzo per gli eventuali acquisti operati dallo stesso *procurator*⁵⁶.

La prospettiva è particolarmente interessante perché riconoscendo la classicità di questa soluzione si ammetterebbe la «saldatura» del profilo passivo e attivo della rappresentanza e, dunque, la realizzazione della stessa in maniera compiuta, superando i divieti espressamente attestati nelle fonti romane riguardo all’acquisto ‘per extraneam personam’⁵⁷.

Sappiamo che anche la dottrina più recente⁵⁸ - che tende ad ammettere, già nell’esperienza romana classica, la realizzazione di ampie deroghe al divieto di acquisto

*nell’esperienza storica. Atti del Convegno di Erice, 22-25 Novembre 1988, Palermo, 1992, 133 ss. E viceversa, questa impostazione ha fatto mancare agli studiosi moderni un interessante apporto ricavabile dal diritto romano: la dimostrazione che il diritto commerciale - concepito come ramo speciale del diritto o diritto speciale - non costituisce un dato assoluto, bensì un fenomeno esistito ed esistente solo in determinati contesti storici, e va inteso, pertanto, come una categoria «storica» e non «ontologica»; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 79 ss. Sul tema da ultimi CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 3ss.*

È vero che il diritto commerciale è dotato, tutt’oggi, di peculiarità proprie di cui non si può negare l’esistenza, ma proprio tali peculiarità, in alcuni casi, hanno determinato e favorito la creazione di rimedi e principi giuridici, che sono poi spesso divenuti principi cardine dell’intera esperienza giuridica. Se ne sono resi conto già in passato studiosi quali Carnazza, Huvelin, Fadda (CARNAZZA, *Il diritto commerciale dei romani*, Catania, 1891; FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione con una nota di lettura di L. Bove, in Antiqua*, 47, Napoli, 1987; HUVELIN, *Etudes d’histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, 77 ss), i quali non hanno esitato a riconoscere che rimedi giuridici - quali la presunzione di solidarietà, nonchè di onerosità di tutte le obbligazioni, la materializzazione delle obbligazioni, la semplificazione delle procedure, la soppressione degli eccessivi formalismi - sono derivati proprio dalla prassi commerciale, e molti di essi erano già presenti nell’esperienza romana.

⁵⁶ D.19.1.13.25 (Ulp. 32 ad ed.).

⁵⁷ Basti ricordare i noti precetti ‘*nobis per extraneam personam adquiri non potest*’, ‘*alteri stipulari nemo potest*’; ‘*nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*’: GAI 2.95; I.2.9.5; C.4.27.1 pr (Imp. Diocl. et Max., a.290); D.50.17.73.4. (*Quint. Muc. Scaev. lib. sing. optov*).

⁵⁸ CORBINO, *Forma librare ed intermediazione negoziale*, in *Sodalitas Scritti in onore di A. Guarino V*, Napoli, 1984, 2271, nt.50.

tramite *extranea personam* - ritiene, comunque, rigorosamente inammissibile la possibilità di ammettere efficacia acquisitiva diretta, in favore del *dominus negotii*, di quei negozi conclusi da un intermediario, in virtù di intermediazioni fondate sul semplice rapporto interno tra autore materiale del negozio e *dominus negotii*.

E' possibile, allora, che la saldatura avvenga per il fatto che ad agire è un *procurator*, soggetto in ordine al quale si derogava ampiamente al divieto di acquisto *per extraneam personam*, e a cui, al contempo, era stata conferita una *praepositio*, o lo svolgimento di un'attività giuridica ad essa assimilabile.

Si sarebbe realizzata in questo modo la fusione della disciplina relativa alla responsabilità del preponente per le obbligazioni assunte dal preposto nell'ambito della *praepositio*, con quella che consentiva l'acquisto del possesso e, per certi versi della proprietà, tramite il *procurator*.

La tesi è fortemente suggestiva e merita attenzione. Vanno indagate indagate, però, le ragioni profonde e le motivazioni che indussero i giuristi a proporre tale soluzione, per comprenderne appieno la portata.

Ebbene, di solito si ammette che con l'estensione delle *actiones exercitoria* ed *institoria* al caso di *magister* e *institor* soggetti liberi - così come nel caso dell'*actio ad exemplum institoriae* - si sia pervenuti ad una situazione del tutto inversa rispetto a quella, in cui, nel *ius civile*, si trovavano originariamente il *pater familias* o *dominus* rispetto all'attività negoziale realizzata dai propri sottoposti: il preponente sarebbe rimasto obbligato *in solidum, iure honorario*, per i negozi posti in essere dal preposto, mentre gli acquisti compiuti da tali soggetti sarebbero stati regolati unicamente in base ad un meccanismo di rappresentanza indiretta⁵⁹.

Risulta difficile credere, però, che nell'esperienza romana in cui, seppur limitatamente, si ammise la possibilità degli acquisti per *extraneam personam*, proprio nel settore delle *actiones adiecticiae qualitatis* - in cui fu riconosciuto addirittura un effetto rappresentativo diretto in ordine all'assunzione delle obbligazioni, solitamente escluso - sia stata, invece, negata tale possibilità.

Si sarebbe creata una situazione di «asimmetria» e «squilibrio» del tutto contraria all'*aequitas*, soprattutto in ordine a quei negozi caratterizzati dalla «bilateralità» delle obbligazioni, legate tra loro da un nesso di corrispettività e reciprocità.

E', dunque, più facile supporre che i giuristi romani in alcuni casi specifici abbiano proposto di concedere azione diretta al *dominus negotii* (rappresentato) contro il terzo che aveva agito con l'*institor* o con il *procurator*, non tanto per riconoscere l'*operatività di un principio di rappresentanza* che non conoscevano come principio generale e astratto, ma per realizzare proprio la corrispettività effettiva, l'*equilibrio tra le posizioni in gioco, tra sacrifici e attribuzioni* a ciascuno spettanti.

D'altronde, l'esigenza descritta (riconoscere l'azione al preponente di un *institor* libero contro i terzi) era viva e fortemente sentita in tutti gli ambienti commerciali, terrestri e navali, ed ad essa avevano cercato di dare una valida risposta non solo i giuristi, ma anche i magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, sia nell'ambito della giurisdizione urbana, che provinciale (*infra*, Cap. IX).

⁵⁹ v. QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*), cit., 431, e dottrina ivi citata.

Non possiamo precisare, tuttavia, se tali soggetti abbiano operato applicando il principio di «interdipendenza delle obbligazioni» o un più generico principio di equità. Ammettendo, infatti, che sia sempre possibile distinguere nettamente i due principi, anche nell'esperienza moderna, è certo tuttavia, che nei casi in questione i giuristi sono stati guidati soprattutto dalla volontà di realizzare un equilibrio reale e concreto tra le posizioni complessive delle effettive parti negoziali⁶⁰.

In tal senso lo studio dell'*actio ad exemplum institoriae* può fornire un utile contributo anche per la comprensione e la precisazione della antica regola proibitiva dell'acquisto dei diritti *per extraneam personam*, soprattutto in ordine alla portata ed ai limiti del suo superamento, e principalmente riguardo all'idea, a nostro parere, aprioristica, che le fonti romane affrontino e trattino del problema dell'acquisto sempre distintamente e separatamente da quello dell'assunzione di obbligazioni⁶¹, col risultato di dover ammettere che non si configuri in esse, ancora, dal punto di vista tecnico, l'idea compiuta della rappresentanza, che si comporrebbe inscindibilmente di entrambe i profili.

⁶⁰ *Infra*, § 9.4.

⁶¹ CAPPELLINI, voce "Rappresentanza" (*Diritto intermedio*), cit., 442.

CAPITOLO II

LE «*ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS*» E LA RAPPRESENTANZA

1- La «responsabilità adiettizia» e la rappresentanza diretta ed indiretta.

Nel discutere di rappresentanza nel mondo romano si fa sempre riferimento alle *actiones adiecticiae qualitatis* con l'intento di riconoscere in esse un caso di realizzazione della stessa rappresentanza oppure, al contrario, per escludere ogni forma di assimilazione tra i due fenomeni considerati.

Con l'espressione *actiones adiecticiae qualitatis*, infatti, si fa riferimento a quelle azioni create nell'ambito del *ius honorarium* dall'attività dei magistrati giurisdicenti, e così dette perché la responsabilità da esse sancita si sarebbe aggiunta a quella prevista dalle azioni ordinarie.

Si tratta, infatti, di cinque azioni esperibili contro l'avente potestà o preponente nel caso in cui a concludere il negozio fosse stato un soggetto a potestà o un preposto: l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria*, l'*actio de peculio et de in rem verso* e l'*actio quod iussit*⁶². In realtà, più

⁶² KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich, 1827, 420ss; ID., *Einige Einwände gegen die Aufsätze in Bd. II Nr. 1 und 12. «Das Peculium im Römischen und heutigen Recht», und «Über die processualische Consumption bei den actiones adiecticiae qualitatis»*, *Jahrb. des gem. deut. Rechts* III, 1859, 194ss; ID., *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Leipzig, 1883, 152ss; BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1873, 2, 333; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 111ss; MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, II, Tübingen, 1876, 259-262; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1879, 203ss; BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess*. II. *Die Adjecticischen Klagen*, Berlin, 1882; KRÜGER, *Zur formel der actio de peculio*, *ZSS* 4 (1882) 108ss; DIETZEL, *Über die processualische Consumption bei den actiones adiecticiae qualitatis*, in *Jahrb. des gem. Rechts* II, 415ss; FERRINI, *Die processualische Consumption der actio de peculio*, *ZSS* 21 (1890) 190ss; COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma 1891, 98ss; ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, *ZSS* 19 (1898), 327ss; LENEL, *Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis*, ora in *Gesammelte Schriften*, 2, 1892-1902, 1990, Napoli; SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*. I. *Actio de peculio contro venditore e compratore*, *BIDR* 17 (1905) 208ss; ID., *Studi sull'actio de peculio*. II. *Actio de peculio contro usufruttuario e proprietario*, *BIDR*. 18 (1906) 229ss; ID., *Studi sull'actio de peculio*. III. *Actio de peculio «aucto peculio»*, *BIDR* 20 (1908) 5ss; ID., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 479ss; GRADENWITZ, *Zwei Bemerkungen zur Actio de peculio*, *ZSS* 27 (1906) 228ss; CICOGNA, *Del «Iussus» (Actio quod iussu)*, Padova, 1906, 5ss; BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, 706ss; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 187-218; RABEL, *Ein Rubmesblatt Papinians*, cit., 269-293; LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 151ss; ID., *Zum Gaius von Oxyrhynchos*, in *Studi Bonfante*, Pavia, 1930, 2, 275ss; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, 1913, 9ss; ID., *Beiträge*

propriamente la dottrina precisa che si tratta di responsabilità adiettizia solo nel caso in cui il preposto era un soggetto libero⁶³.

Orbene, l'esistenza di una «responsabilità adiettizia» non rinvierebbe ad un fenomeno di rappresentanza in senso stretto, ma ad un fenomeno giuridico in

zur Kritik der römischen Rechtsquellen, ZSS 66 (1948) 265ss; ID., *Romanistische Studien*, ZSS. 46 (1926) 95ss; ID., *Romanistische Studien II*, ZSS 50 (1930) 46ss; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1924, 702ss; LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 3°, Leipzig, 1927 (d'ora innanzi: EP.), 255; COLLINET, *Les nouveaux fragments des institutes de Gaius (P. Oxy. 2103)*, in RH 1928, 96; MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule, dit projective, depuis l'édit «de peculio» jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 143ss; KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 73-101; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 84; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 191ss; GUARINO, *Actiones adiecticiae qualitatis*, cit., 270ss; ID., *Magister e gubernator navis*, ora in «*Pagine di diritto romano*», VI, Napoli, 1995, 224ss; DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, in *Rivista del diritto della navigazione*, VII, 1-2, 1941, 7ss ora in *Diritto, Economia e società nel mondo romano*, I, NAPOLI, 1995, 495ss (da cui si cita); ID., *Ancora sull'actio exercitoria*, in *Labeo* 4 (1958) 274ss ora in *Diritto, Economia e società nel mondo romano*, I, NAPOLI, 1995, 629ss (da cui si cita); PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, in *Labeo* 3 (1957) 308ss; SAUTEL, *Note sur l'action «quod iussu» et ses destinées post-classiques*, in *Mélanges Levy-Bruhl*, Paris, 1959, 257ss; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 230-248; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 262ss; ID., *Das römische Privatrecht*, cit., 608ss; ID., *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, in ZSS 91 (1974), 146-204; G. LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 620ss; VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, in SDHI 33 (1967) 103ss; ID., *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 337ss; ID., *La capacidad de las personas «in potestate»*, cit., 99ss; ID., *Las relaciones básicas*, cit., 377ss; BUTI, *Studi sulla capacità negoziale*, cit., ; ALBANESE, *Le persone*, cit., 159ss; ID., *Atti negoziali*, 350, nt. 403; HAMZA, *Zur frage der gewillkürten Stellvertretung*, cit., 19ss; ID., *Aspetti della rappresentanza*, cit., 193ss; VISKY, *L'affranchi comme 'institor'*, in BIDR 83 (1980) 207ss; MAC CORMACK, *The early history of the «Actio de in rem verso» (Alfens to Labeo)*, in *St. Biscardi II*, 319ss; WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, in *Studi Biscardi 3*, Milano, 1982, 391ss; BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria» nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1987, I, 190; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 54ss; ID., «*Filius*», «*servus*», «*libertus*», *strumenti dell'imprenditore romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo, 1992, 231ss; ID., *Il diritto commerciale romano. Una zona «d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ric. in onore di Gallo III*, 413ss; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 592ss; SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 18ss; AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome (200 B.C. - A.D. 250)*, Columbia University, 1991, 52ss; CHIUSI, *Landwirtschaftliche Tätigkeit und «actio institoria»*, in ZSS 108 (1991) 73ss; ID., *Contributo allo studio dell'editto 'De tributoria actione'*, in *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, 1993, vol. III, fasc. 4, 283ss; PILAR, *El insum en la relaciones potestativas*, Salamanca, 1993; WACKE, *Die adjektivischen Klagen*, cit., 280ss; ID., *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 583ss; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione dello «iussus domini»*, *Labeo* 42 (1996) 345ss; FÖLDI, *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in SDHI 64 (1998), 183; WACKE, «*Fideiussio*» = «*iussum*»? , cit., 523ss; MICELI, «*Fictio libertatis*», cit., 323-361; ID., *Sulla struttura formulare*, cit., 1-340; LIGIOS, «*Taberna*», «*Negotiato*», «*Taberna instructa*» nella riflessione giurisprudenziale classica, in *Antecessori oblata. Cinque studi dedicati ad A. Dell'Oro*, Padova, 2001, 23- 143; FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione del rischio e 'regime' della nosalità nelle azioni penali 'in factum contra nautas, caupones et stabularios'*, Torino, 2002; COPPOLA BISAZZA, *Lo insum domini e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, I, Milano, 2003, 1ss; ID., *Aspetti della sostituzione negoziale*, cit., 8ss.; CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., ss.

⁶³ ALBANESE, *Le persone*, cit. 146, nt. 634; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 267.

conseguenza del quale dalla conclusione di un singolo atto giuridico deriva responsabilità non solo in capo a chi l'ha compiuto ma anche in capo ad un terzo soggetto.

Inoltre, è da alcuni decenni che la rilevanza delle *actiones adiecticiae qualitatis* non si esaurisce in questo; come notava già Mayer Maly⁶⁴ - in una recensione al volume di Di Porto dal titolo *Impresa collettiva e schiavo manager*⁶⁵ - si è soliti considerare queste azioni come strumenti di rappresentanza, senza tener conto dell'importanza che hanno rivestito nell'ambito dell'economia e dell'organizzazione imprenditoriale romana. Infatti, sono azioni che, introdotte dal pretore, e con l'apporto della giurisprudenza, «...hanno disegnato, strutturalmente e funzionalmente, tutto il sistema giuridico d'impresa»⁶⁶.

Ebbene, per definire ed inquadrare il fenomeno in questione - senza voler far appello necessariamente a categorie moderne quali rappresentanza o impresa - è forse più corretto mantenere la tradizionale dizione *actiones adiecticiae qualitatis*, considerandola, tuttavia, nella sua originaria configurazione.

Essa risale, con molta probabilità, a Lauterbach⁶⁷, uno studioso del XVIII sec. il quale - non ancora condizionato dall'impostazione dogmatica della Pandettistica⁶⁸ - poneva in evidenza il tratto fondamentale della disciplina pretoria: il soggetto convenibile era tale in quanto dotato di una particolare *qualitas*. Infatti, nell'affrontare la trattazione dei titoli del Digesto relativi alle *a.a.q.* l'Autore sostiene espressamente che: “*In hoc (XIV) et sequenti (XV) plures proponuntur actiones, quae non ex natura sua, sed ex adiecta a praetore qualitate competunt adversus patrem et dominum?*”

Pertanto, l'espressione *actiones adiecticiae qualitatis*⁶⁹ nel suo significato originario non sembrerebbe implicare un generico riferimento ad un'eventuale 'responsabilità aggiunta' del preponente, come ritiene semplicisticamente gran parte della dottrina, quanto piuttosto - come chiariremo meglio in seguito - una responsabilità che consegue ad una particolare '*qualitas*' rivestita dal soggetto chiamato in giudizio.

La responsabilità sancita da queste azioni si lega non tanto al soggetto che ha concluso l'atto negoziale ma al soggetto che rappresenta il vertice dell'attività economica esercitata, rappresentato dallo stesso Gaio⁷⁰ come colui che fa proprio il *cottidianus quaestus*.

⁶⁴ MAYER-MALY, Rec. a Di Porto, *Impresa collettiva*, cit., 195 ss.

⁶⁵ DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano, 1984.

⁶⁶ SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 18 ss.

⁶⁷ vd. LAUTERBACH, *Collegium theoreticum-practicum a libro primo Pandectarum usque ad vigesimum*, Tübingen, 1726; in proposito CERAMI, *Dal contrabere al negoziari*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparativa*, Roma 13-16 Settembre 1999, Torino, 2001, 171, nt. 6.

⁶⁸ E' solo dal pensiero della dottrina tedesca del XIX sec. che prende avvio e si consolida l'impostazione dogmatica in questione; cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., 90-98; JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, cit., 273ss; LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften*, cit., 186ss. In proposito v. *supra*, ntt. 22; 25.

⁶⁹ L'espressione in questione, infatti, non è direttamente ascrivibile all'esperienza romana ma è stata coniata in età moderna; cfr. *supra*, nt. 65. Può essere, tuttavia, utilizzata proficuamente come dizione unificante delle azioni in questione poiché ben si attaglia al fenomeno considerato. In proposito cfr. CERAMI, *Dal contrabere al negoziari*, cit., 171 nt. 6; MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 208, nt. 47.

⁷⁰ *Infra*, § 2.6

Il fenomeno delle *a.a.q.* si inserisce, infatti, in un ambito del tutto peculiare, quello dei rapporti commerciali, e si applica, inoltre, a quei rapporti che non sono qualificabili come meri atti di '*commercium*', ma che si caratterizzano per l'abitudine e professionalità del loro svolgimento, e per l'organizzazione di beni e uomini predisposta per la loro stessa realizzazione⁷¹.

Così, non è lontano dal vero l'affermazione di Buckland⁷² a parere del quale il fondamento giuridico delle *a.a.q.* può essere ravvisato in «the principles of taking riks» più che in quelli della rappresentanza.

Ed, in effetti, a ben valutare i dati desumibili dalle fonti non sembra che gli stessi giuristi romani concepissero e configurassero la responsabilità del *pater*, del *dominus* o del preponente sancita dalle *a.a.q.* in senso 'rappresentativo', almeno secondo il modello proposto dall'elaborazione concettuale della pandettistica.

Tuttavia, per poter dare una risposta valida alla domanda relativa alla riconducibilità del regime delle *a.a.q.* al fenomeno rappresentativo, è fondamentale esaminare alcuni aspetti del regime delle stesse azioni, che si legano anche alla loro peculiare struttura formulare⁷³.

Si tratta, tuttavia, di un problema estremamente complesso per l'elevato numero delle fonti da esaminare, per l'ampiezza delle problematiche da esse sollevate, ma anche in considerazione del fatto che il regime delle *a.a.q.* ha una natura ibrida che deriva dall'intersezione delle differenti realtà ordinamentali tipiche della struttura pluralistica del diritto romano preclassico e classico.

2- Il regime delle *a.a.q.* tra regole riguardanti l'originaria struttura potestativa della *familia* romana e innovazioni giurisdizionali.

L'assetto della disciplina relativa alle *a.a.q.* che si può ricavare dalle fonti a nostra disposizione è, infatti, frutto di una *complessa stratificazione ed intersezione* di principi civilistici risalenti, e di nuove e più recenti soluzioni proposte e perfezionate dai magistrati giuridici nello svolgimento della loro *iurisdictio* tra il III ed il II sec. a.C.

⁷¹ *Infra*, § 2.6; 2.9.

⁷² BUCKLAND, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, II ed., Cambridge, 1965, 217ss. Sulla particolare forma di responsabilità prevista in ordine a queste attività v. CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 43ss; PETRUCCI, *Neque enim decipi debent contrabentes. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardo repubblicano e del principato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, III, Padova, 2003, 93; ID., *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magisteri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, in *IVRA* 53, 2005, 27ss; FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 10ss; CARDILLI, *Il ruolo della 'dottrina' nella elaborazione del 'sistema': l'esempio della 'responsabilità contrattuale' in Roma e America. Diritto romano comune* 1 (1996) 106ss.

⁷³ *Infra*, § 2.4.

Il regime giuridico delle *a.a.q.*, infatti, affonda le sue radici nella particolare struttura potestativa della *familia* romana, ma trova la sua compiuta e sistematica definizione solo nell'editto pretorio. Inoltre, riceve ulteriore impulso e sviluppo dall'attenta, costante e sistematica interpretazione giurisprudenziale, spesso sostenuta ed integrata dall'intervento di alcuni funzionari imperiali nell'ambito del nuovo sistema cognitorio.

Ebbene, proprio *l'ibrida e complessa natura* descritta è la ragione che rende più difficoltosa la piena comprensione dell'istituto per l'interprete moderno, ma al contempo, è il presupposto che ha consentito la maggiore coerenza sistematica del suo sviluppo, e una più durevole realizzazione nel tempo.

Così, esaminando le fonti relative alle *a.a.q.*, è facile notare che il caso più ricorrente nelle fonti è proprio quello in cui a realizzare gli atti negoziali sono principalmente schiavi o soggetti *alieni iuris*. Diversa questione è quella di stabilire se fin dall'origine tali soggetti fossero esclusivamente *alieni iuris* - di solito pure legati da rapporti potestivi al *pater familias*- oppure anche soggetti liberi⁷⁴.

Si tratta di un dato che non potremo mai determinare con certezza. Tuttavia, osservando da vicino il regime delle *a.a.q.* si può rilevare facilmente che la sua configurazione è stata certamente influenzata dalle originarie strutture potestative della famiglia romana. In particolare, ha rivestito un'influenza determinante la regola - apparentemente contraddittoria, ma certamente funzionale alle logiche dell'economia familiare - che prevedeva l'automatico acquisto per il *pater familias* o *dominus* di tutti i diritti derivanti dai negozi conclusi dai propri sottoposti, mentre non consentiva allo stesso modo che quest'ultimi con la loro attività negoziale potessero obbligare i rispettivi aventi potestà: *melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*⁷⁵.

Nel corso dell'evoluzione storica del diritto romano, tuttavia, questa regola venne ritenuta contraria all'*aequitas* dai magistrati giurisdicenti, i quali - considerando appunto iniquo che il *pater* o il *dominus* potessero solo derivare un arricchimento dall'attività dei loro sottoposti - ritennero giusto che gli stessi soggetti fossero chiamati a rispondere anche delle obbligazioni assunte dai loro *fili* o schiavi⁷⁶.

Tale responsabilità, tuttavia, non venne però riconosciuta in maniera indistinta e generalizzata - come per gli acquisti - ma solo con riferimento ad alcune attività, e in relazione a determinate modalità di svolgimento delle stesse⁷⁷.

Ciò spiega la diversità del regime delle *a.a.q.* da quello delle altre azioni che trovano il loro fondamento nella struttura potestativa della famiglia romana, quali in primo luogo quello delle azioni nossali e delle *actiones familiae nomine*⁷⁸.

⁷⁴ In realtà, si tratta di un questione molto controversa. Sul tema v. in particolare DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 37 nt. 12, e dottrina ivi citata. Di recente, v. anche ALLE ORIGINI DELLA RAPPRESENTANZA DIRETTA, cit., 589-590. In proposito v. *infra*, Cap. IX, §§ 3; 5; 5.2..

⁷⁵ D. 50.17.133 (Gai 8 *ad ed. prov.*).

⁷⁶ E' opinione consolidata presso la dottrina romanistica che la creazione delle *a.a.q.* debba riportarsi al II sec. a.C.; cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 605 ss.; ALBANESE, *Le persone* cit., 160-161; TALAMANCA, voce "Processo civile", cit., 61 nt. 441. Solo VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis»* cit., 344 ss., propone per una riconoscimento più tardo delle azioni in questione, ritenendo che possa essersi realizzato tra la fine del II sec. e gli inizi del I sec. a. C.

⁷⁷ *Infra*, § 2.6; 2.7; 2.8; 2.9.

Nel caso delle *a.a.q.*, infatti, il preponente era responsabile non solo in virtù del rapporto potestativo che lo legava al *filius* o allo schiavo, e dunque per il fatto di essere *dominus* o *pater* di colui che aveva posto in essere l'attività negoziale, ma principalmente per il fatto di aver affidato a tale soggetto lo svolgimento di un'attività commerciale nell'ambito della quale rientrava il negozio o i negozi compiuti.

Di conseguenza, fin dall'inizio questa responsabilità non aveva unicamente una *connotazione soggettiva* (legame potestativo tra *pater* e *filius*, o tra *dominus* e servo), ma anche una *connotazione oggettiva*, che ne caratterizzava a pieno la natura, e che concerneva l'attività concretamente svolta e le *modalità di svolgimento* della stessa. Non tutti gli atti negoziali compiuti da servi o *filii familias* determinavano responsabilità in capo al *dominus* o *pater*, ma solo quelli che fossero stati realizzati nell'ambito di una *praepositio* o di un *peculio*.

D'altronde questa connotazione oggettiva era chiaramente specificata negli editti pretori⁷⁹, e nel tempo tende a divenire prevalente su quella soggettiva, secondo un criterio evolutivo fondamentale per cui il *pater* o *dominus* vengono chiamati a rispondere dell'attività dei loro schiavi o *filii*, prima soprattutto in quanto 'vertici' della struttura potestativa della *familia* e, successivamente in qualità di titolari dell'attività svolta in maniera continuativa ed organizzata⁸⁰.

Tanto è vero che il regime delle *a.a.q.* ora descritto non subisce alcuna alterazione dall'inserimento in qualità di *institor* o *magister* di un soggetto libero o di uno schiavo altrui:

D. 14.1.1.4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, sibi imputaturo qui praeposuit.*

A parere di Ulpiano, infatti, non ha alcuna rilevanza la condizione personale del soggetto preposto. Può trattarsi di un soggetto libero o di un servo, e, in quest'ultimo caso, di un servo proprio o altrui, né interessa l'età dello stesso soggetto poiché, secondo le regole dell'editto, '*sibi imputaturo qui praeposuit*'.

Il giurista non ha esitazioni nell'affermare l'assoluta irrilevanza dello stato personale e giuridico del *magister* e, così, d'altronde anche dell'*institor* in ordine all'applicazione dell'*actio institoria*:

D. 14.3.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus.*

D. 14.3.8 (Gai 9 *ad ed. prov.*): *Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt.*

⁷⁸ Per una più approfondita valutazione del raffronto tra il regime delle *a.a.q.*, delle azioni nossali e delle *actiones familiare nomine* v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 48 ss.

⁷⁹ *Infra*, §§ 2.6; 2.7; 2.8.

⁸⁰ In particolare v. SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 7-10 ottobre 1993, Torino, 1995, 71.

L'irrelevanza dello *status* giuridico del preposto discende - anche in relazione a soggetti liberi preposti, ed ancora in piena età tardo classica - dal principio fondamentale che sta alla base del regime delle *a.a.q.*: ai fini dell'esercizio delle *actiones institoria* o *exercitoria* rileva unicamente lo *status* del preponente, perché la responsabilità da esse sancita viene imputata unicamente in capo a tale soggetto.

L'intento perseguito dai magistrati giurisdicenti con la creazione di tali azioni è unicamente quello di *perseguire il titolare dell'attività commerciale*, e non il soggetto che pone in essere l'attività negoziale ad essa strumentale.

Il regime delle *actiones exercitoria* ed *institoria* è strutturato in maniera tale da non lasciare dubbi in proposito. Tutte le fonti in nostro possesso ci restituiscono e commentano delle disposizioni edittali in materia che riguardano unicamente la responsabilità dell'*exercitor* preponente, o semmai, qualora le due figure non coincidessero, quella del titolare dell'attività economica esercitata⁸¹.

Nessun frammento giurisprudenziale tra quelli a noi pervenuti ci permette di poter affermare che la responsabilità del soggetto preposto, *magister* o *institor* sia stata oggetto di intervento diretto da parte dei magistrati giurisdicenti negli editti relativi alle *a.a.q.*

Ebbene, questa precisazione assume, a nostro modo di vedere, un'importanza decisiva, poiché non vi è dubbio che - qualora il preposto era un soggetto libero - questi poteva essere convenuto per adempiere le obbligazioni assunte.

È altrettanto evidente però che la *convenibilità del soggetto preposto non discende dagli editti pretori*. La responsabilità del *magister* o dell'*institor* deriva dalle normali regole processuali in base alle quali chiunque assume un'obbligazione può essere convenuto in giudizio per l'adempimento della stessa.

Tanto è vero che nelle testimonianze relative all'*actio exercitoria* in cui viene espressamente prevista la possibilità di agire contro il preposto⁸² - che sarebbero poi quelle in cui si realizzerebbe la vera e propria 'responsabilità adietizia'⁸³ - tale possibilità non deriva direttamente da disposizioni magistratuali.

Si tratta, inoltre, solo di tre testimonianze, che riguardano unicamente il regime dell'*actio exercitoria*.

A ciò si aggiunge che la loro stessa formulazione rinvia alla soluzione di casi estremamente particolari⁸⁴ e non alla configurazione di principi di carattere generale. E'

⁸¹ D. 14.1.1.19 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur*; cfr. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 57, DE MARTINO, *Ancora in tema di*, cit., 187; FÖLDI, *Appunti sulla responsabilità per l'exercitor in potestate*, in *Tanulmányok Benedek Ferenc Tiszteletére*, Pécs, 1996, 75; ID., *La responsabilità dell'avente potestà*, cit., 183; PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 311; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 228ss..

⁸² Si tratta di frammenti che si riferiscono unicamente all'*actio exercitoria* e si ritrovano unicamente nel titolo del Digesto ad essa relativa (D.14.1); cfr. *infra*, nt. 82.

⁸³ *Supra*, nt. 67.

⁸⁴ D. 14.1.1.17 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus*; D. 14.1.5.1 (Paul. 29 *ad ed.*): *Item si servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstat, quo*

nostro parere, infatti, che solo successivamente siano stati oggetto di un'interpretazione 'generalizzante' che ha attribuito loro una portata ed un valore che originariamente non rivestivano.

Ed, ancora, va ricordato che - a differenza di quanto accade per il *magister* - nelle fonti da noi conosciute non vi è alcun brano in cui si menziona una responsabilità diretta dell'*institor*, o un'azione direttamente esercitabile nei suoi confronti per gli atti negoziali conclusi nell'ambito della *praepositio*⁸⁵.

D'altronde, da un punto di vista strettamente pratico e concreto, va riconosciuto senza ombra di dubbio che l'interesse dei terzi creditori era quello di chiamare in giudizio

minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit: nam et cuius alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit: hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.; D. 14.1.1.24 (Ulp. 28 ad ed.): Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.

Come già sostenuto in altra sede (v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 208 ss.), ci sembra significativo che tutti i frammenti citati, in qualche modo, sembrano riferirsi a casi in cui l'*exercitor* era un soggetto a potestà. Tutti e tre i brani, infatti, si collegano direttamente o indirettamente ad ipotesi in cui l'*exercitor*, e dunque il preponente, era un *alieni iuris*. In questi casi la regola generale - forse contemplata nello stesso editto pretorio - prevedeva che l'*actio exercitoria* fosse proposta contro colui che esercitava la potestà sull'*exercitor*: D. 14.1.1.19 (Ulp. 28 ad ed.); cfr. *supra*, nt. 79.

Qualora si verificassero ragioni per cui era impossibile o inopportuno convenire chi esercitava la potestà sull'*exercitor*, allora i giuristi - in maniera residuale - suggerirono di optare per una diversa soluzione, consigliando di proporre azione contro lo stesso preposto, qualora fosse un soggetto libero. Ebbene, a noi sembra, che solo in questi casi eccezionali (D. 14.1.1.17; D. 14.1.5.1; D. 14.1.1.24), e che quindi solo in forma residuale, sia stata proposta dai giuristi romani la possibilità di convenire il *magister*.

In tal senso risulta particolarmente esplicito lo stesso brano in base al quale è stata coniata l'espressione 'azioni adietizie': D.14.1.5.1. In realtà, il caso in esso contemplato è del tutto particolare in quanto riguarda un'*exercitor alieni iuris*, ed un'operazione negoziale conclusa dal *magister*, da lui preposto, con il suo stesso *dominus*. Il soggetto che ha concluso un atto negoziale col *magister* del suo schiavo *exercitor* non può, infatti, esperire l'azione contro l'*exercitor* stesso in quanto schiavo, né può avvalersi del rimedio espressamente previsto per il caso dell'*exercitor* in potestà (D. 14.1.1.19), altrimenti dovrebbe proporre azione contro se stesso ('*Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur*'). Di conseguenza l'unica soluzione possibile - suggerita probabilmente da Paolo - è quella di chiamare in giudizio il *magister*, il quale - nel caso specifico - era soggetto libero e capace.

Simili considerazioni valgono anche per i responsi contenuti in D. 14.1.1.17 e D. 14.1.1.24, nei quali, in realtà, non si accenna espressamente ad *exercitores alieni iuris*. Non è un caso, tuttavia, che entrambe seguano immediatamente ad altri responsi in cui si tratta proprio di fattispecie relative ad *exercitores alieni iuris*; D.14.1.1.16 (Ulp. 28 ad ed.): *Parvi autem refert, qui exercet masculus sit an mulier, pater familias an filius familias vel servus: pupillus autem si navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem*; D. 14.1.1.23 (Ulp. 28 ad ed.): *Quamquam autem, si cum magistro eius gestum sit, dumtaxat polliceatur praetor actionem, tamen, ut Iulianus quoque scripsit, etiamsi cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenebitur*. Per un'approfondimento del tema mi sia consentito di fare rinvio a quanto già detto in MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 208ss. Sullo stesso tema, di recente, si è pronunciato anche PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni*, cit., 54ss.

⁸⁵ Cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 216 nt. 61-62-63.

il titolare dell'attività, al quale dovevano fare capo ingenti risorse economiche, e non il preposto, che, invece, di solito non poteva contare su rilevanti risorse proprie.

In ogni caso, anche a volerne ammettere la rilevanza, va ribadito chiaramente che l'eventuale responsabilità del preposto libero deriva dalle normali regole contrattuali in virtù delle quali un soggetto libero e pienamente capace, che ha concluso un atto negoziale, è convenibile per l'adempimento dello stesso.

La responsabilità del preposto, qualora sia soggetto libero, non deriva dagli editti pretori in tema di *actiones exercitoria* ed *institoria*.

Gli editti in questione, infatti non prevedono una convenibilità alternativa tra il preposto e il preponente, ma un'unica responsabilità, quella del preponente.

Infatti, nel passo di Paolo si esplicita chiaramente che l'azione adiettizia esercitabile contro i preponenti '*non transfertur sed adicitur*' a quella esperibile nei confronti dei loro preposti⁸⁶.

Si tratta chiaramente di due azioni differenti, dunque, a sanzione di due distinte responsabilità⁸⁷. L'una, quella del proponente derivante dagli editti magistratuali che crearono le *actiones institoriae* ed *exercitoriae*, l'altra, quella del preposto libero, derivante direttamente dalla realizzazione dell'atto negoziale e perseguibile tramite l'azione nascente dallo stesso.

3 - Il regime delle *a.a.q.* e la responsabilità diretta del *dominus, pater* o preponente.

Le *actiones exercitoria* e *institoria* sembrano, dunque, sanzionare una *responsabilità personale e diretta del preponente*, anche quando il preposto sia un soggetto libero. L'eventuale azione esercitabile contro il preposto che sia un soggetto libero e capace non discende dagli editti che introdussero tali azioni ma dalle normali regole della responsabilità negoziale.

A noi sembra che una stessa considerazione debba valere a proposito delle *actiones* ricomprese nell'*edictum triplex* (*actio de peculio et de in rem verso, actio quod iussu*).

In ordine a queste ultime azioni il dato è più evidente, anche perché i soggetti che concludono l'atto negoziale sono sempre soggetti a potestà, del tutto privi di capacità giuridica.

⁸⁶ D. 14.1.5.1 (Paul. 29 *ad ed.*); *supra*, nt. 82.

⁸⁷ Non è un caso, infatti, che quello del concorso di azioni e della preclusione processuale costituisca proprio il terreno sul quale si sono aperte alcune delle più aspre dispute in relazione alla struttura processuale delle *a.a.q.* Non a caso il lavoro di KELLER, *Über Litis Contestation und Urteil*, cit., 420 s. - in cui è stata prospettata la prima controversa ricostruzione formulare delle *a.a.q.* - riguardava proprio la preclusione processuale; cfr. anche DIETZEL, *Über die processualische Consumption*, cit., 415 ss.; LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* I, Berlin, 1918, 151 s; NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. civile*, 3, Torino, 1988, 253 ss.

Così, in tutti i casi descritti quella sanzionata sembra essere una responsabilità personale del *pater*, del *dominus* o del preponente che trova tuttavia il suo fondamento nell'attività negoziale conclusa dal *filius* o dal servo (*fili nomine* o *servi nomine*).

Le azioni in questione, dunque, non sembrano costituire una 'sanzione indiretta' della responsabilità del servo, ma *neanche forme di rappresentanza*, perché l'individualità e la capacità soggetto che conclude l'atto è del tutto irrilevante in ordine alla fattispecie negoziale, e costituisce solo il *presupposto di fatto* che determina la responsabilità.

Ed, in effetti, dalle fonti sembra emergere con particolare evidenza ed estrema chiarezza che l'*obligatio* che si sanziona tramite le *a.a.q.* è quella che grava direttamente sul *pater*, sul *dominus* o sul preponente.

Vi sono numerosi responsi nel Digesto, in cui si legge espressamente che nei casi rientranti nell'ambito di applicazione delle *a.q.q.*, ad essere obbligato è proprio *dominus* o *pater*, o comunque il soggetto a vantaggio del quale si producono gli effetti del negozio concluso (preponente).

Di essi ci siamo diffusamente occupati in precedenti lavori⁸⁸, svolgendo alcune considerazioni che vorremmo riprendere in questa sede nel tentativo di ribadirne la validità, e arricchirne il contenuto con nuove valutazioni, derivanti anche dal confronto con i nuovi brani che ci accingiamo ad esaminare.

Infatti nei brani in questione si legge chiaramente di un *exercitor*, di un preponente dell'*institor*, di un *pater* o di un *dominus* che '*obligantur*' o '*esse obligati*', così anche di un *servus*, *filius* o preposto che '*obligant exercitorem, patrem o dominum*'.

Le espressioni in questione ricorrono, inoltre, a proposito di tutte le *a.a.q.*, nessuna esclusa. Così a proposito dell'*actio exercitoria*⁸⁹, dell'*actio institoria*⁹⁰, dell'*actio de peculio et de in rem verso*⁹¹, dell'*actio tributaria*⁹² ed, infine, dell'*actio quod iussu*⁹³.

⁸⁸ v. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 186-320.

⁸⁹ D. 14.1.1.3 (Ulp. 28 ad ed.): *Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisque emendis: sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine OBLIGAT EXERCITOREM*; D. 14.1.1.4 (Ulp. 28 ad ed.): *Cuius autem condicionis sit magister, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, SIBI IMPUTATURO QUI PRAEPOSUIT*;

⁹⁰ D. 14.3.1 (Ulp. 28 ad ed.): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam OBLIGARI NOS ex contractibus ipsorum et conveniri....*; D. 14.3.5.11 (Ulp. 28 ad ed.): *Non tamen omne, quod cum institore geritur, OBLIGAT EUM QUI PRAEPOSUIT, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit*;

⁹¹ D. 15.1.3.3 (Ulp. 29 ad ed.): *Pedius etiam impuberes DOMINOS DE PECULIO OBLIGARI ait: non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes....*; D. 15.1.3.5 (Ulp. 29 ad ed.): *Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. Et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, NON OBLIGABITUR DOMINUS DE PECULIO*; D. 15.1.3.6 (Ulp. 29 ad ed.): *Iulianus quoque libro duodecimo digestorum scribit, si servus mandaverit, ut creditori meo solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, ESSE OBLIGATUM DOMINUM DE PECULIO: quod si intercessoris officio functus sit, NON OBLIGARI DOMINUM DE PECULIO*; D. 15.1.3.9 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed si filius fideiussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio PATREM OBLIGAT, quaeritur. Et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper OBLIGARI PATREM DE PECULIO et distare in hoc a servo*; D. 15.1.5.1 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed et si precario res filio familias vel servo data sit, dumtaxat de PECULIO PATER DOMINUSVE OBLIGANTUR*; D. 15.3.3.5 (Ulp. 29 ad ed.): *Idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos*

Si potrebbe obiettare che i termini ‘*obligatio*’ o ‘*obligari*’ non rinviano necessariamente ad un concetto tecnico di ‘*obligatio*’.

D'altronde, è pur vero che la terminologia ‘*obligari*’, ‘*obligatus est*’ ricorre solo nelle fonti tardo-classiche che riguardano le *a.a.q.*, che compongono, tuttavia, gran parte dei titoli del Digesto ad esse dedicati. Si tratta, inoltre, di testimonianze riferibili ad un momento storico alquanto lontano da quello relativo al regime originario delle *a.a.q.*

Ed, infatti, a ben valutare, lo stesso Gaio nelle *Institutiones*, non fa alcun accenno al vincolo obbligatorio gravante sul *pater* o *dominus*, ma si riferisce soltanto alle *a.a.q.* che *dantur* o *competunt* ‘*in solidum*’, o ‘*de peculio et de in rem verso*’, contro l'avente potestà o il preponente (Gai 4.69-74).

Ebbene, a nostro parere la diversità riscontrata non è indice di una scarsa attendibilità delle fonti tardo classiche raccolte nel Digesto, o addirittura la conseguenza di eventuali interventi manipolativi sui testi⁹⁴, ma con molta probabilità solo il frutto di un radicale mutamento di prospettiva che matura e si realizza compiutamente tra il II e il III sec. d.C.

Il mutamento riguarda, infatti, l'affermarsi di tutta una diversa visione del diritto che prevale in età classica avanzata. Sappiamo, infatti, ormai con certezza che il diritto romano evolve da un sistema che privilegia la prospettiva processuale ad uno basato, invece, su quella sostanziale. Inizialmente l'attenzione si incentra sull'*actio*, successivamente, sull'*obligatio*.

Pertanto, la vicenda descritta non muta, soprattutto in relazione al nostro tema, la sostanza delle cose, ed in particolare il fatto che la responsabilità che si fa valere tramite le *a.a.q.* - sia se si guarda all'azione, che alla prospettiva obbligatoria - è sempre quella del *pater*, *dominus* o preponente.

L'unica differenza riguarda il fatto che età classica, in seguito al consolidarsi dell'editto perpetuo, è ormai possibile affermare che a fronte di un'azione - che sanzioni

crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est: quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis. Ex qua causa hactenus ERIT DOMINUS OBLIGATUS, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat.

⁹²D. 14.4.1.2 (Ulp. 29 ad ed): *Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, DOMINUM TRIBUTORLA OBLIGAT, ita demum si sciente eo negotiabitur.*

⁹³ D. 15.4.1.5 (Ulp. 29 ad ed): *Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.*

⁹⁴ Già SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, Milano, 1930, cit., 599 concordava con Perozzi (*Istituzioni di diritto romano. Obbligazioni romane*, 135, nt.1), nel ritenere non classica la contrapposizione tra *obligationes civiles* e *obligationes honorariae* o *praetoriae* (e forse anche costantemente insiticia la locuzione *obligatio praetoria* o *honoraria* che si trova in vari passi delle nostre fonti), ma non nutriva dubbi, tuttavia, sul fatto che il termine *obligatio* indicasse nelle fonti classiche il vincolo obbligatorio tanto se trovasse la sua origine nel *ius civile*, che nel *ius praetorium*. Di conseguenza, riteneva che «per ogni specie di formule di azioni pretorie, *ficticiae*, con trasposizione di soggetti, *in factum conceptae*, ed anzi non solo per queste, è parola nel diritto classico di *obligatio*, *obligare*, *obligari* (p. 610)». Nello stesso senso anche TALAMANCA, voce ‘*Obbligazioni*’, cit., 39, nt. 254-256, nt. 119; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 480.

una responsabilità del *dominus*, *pater* o preponente per l'attività compiuta da un *institor*, *magister*, o schiavo debitamente autorizzato o fornito di peculio - si configuri un vincolo definibile in termini di *obligatio*.

A conferma di ciò va detto che allo stesso risultato si perviene, direttamente o indirettamente, attraverso l'esame completo delle testimonianze riferibili a tutte le *a.a.q.*

Infatti, nonostante le principali testimonianze in nostro possesso riguardino fonti di tarda età classica, ciò non toglie, tuttavia, che esse possano rivestire - forse proprio per questa circostanza - un interesse ancora maggiore, in quanto ci permettono di conoscere un sistema in cui si è già affermato il concetto di *obligatio naturalis* per i servi, e i *filius familias*, probabilmente, hanno già assunto la capacità di obbligarsi.

Quest'ultima circostanza non è priva di valore, anzi è di particolare importanza poiché ci permette di chiarire meglio i rapporti intercorrenti tra la responsabilità del *dominus*, *pater* o preponente, e quella dei rispettivi servi, *filius* o preposti.

4 - Critica alla costruzione delle *a.a.q.* quali azioni con trasposizione di soggetti, che prevedano nell'*intentio* la menzione dell'*obligatio naturalis* o dell'*obligatio* del *filius familias*.

E' probabile, infatti, che nel II o I sec. a. C. - quando con molta probabilità furono create le *a.a.q.*⁹⁵ - ai *servi* o ai *filius familias* non fosse stata riconosciuta alcuna forma di capacità giuridica, anche minima.

Allo stato attuale delle nostre conoscenze testuali, la dottrina prevalente ritiene, infatti, che tali soggetti abbiano acquisito piena capacità giuridica solo agli inizi dell'età classica.

Per quanto riguarda i *filius familias*, in particolare, non disponiamo di dati certi per l'identificazione del momento storico in cui venne loro riconosciuta la capacità di obbligarsi autonomamente. In tal senso, si può soltanto far riferimento ad alcune circostanze, fatti o provvedimenti normativi⁹⁶ che sembrano presupporre l'avvenuto

⁹⁵ *Supra*, nt. 74.

⁹⁶ D. 14.6.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri"*. Il fatto stesso che si rese necessario un intervento volto in maniera specifica a stabilire che i mutui concessi ai *filius familias*, sebbene validi *iure civili*, potevano essere neutralizzati nei loro effetti dal pretore - tramite *denegatio actionis* o mediante l'inserimento nella formula di un'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* - sembra attestare decisamente un'autonoma capacità di obbligarsi da parte dei *filius familias*; in proposito cfr. LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro erogato al "filius familias"*, Napoli, 1993, 19.

riconoscimento. La dottrina prevalente⁹⁷ ritiene, tuttavia, che tale riconoscimento sia avvenuto nella prima età classica.

Per quanto riguarda i servi, invece, sembra proprio che il primo riconoscimento formale della loro capacità di obbligarsi si sostanzi nella creazione del concetto di *obligatio naturalis*⁹⁸.

Si tratta, tuttavia, di un riconoscimento che - a quanto ci è dato sapere - dovrebbe essere attribuito *ad un periodo storico certamente successivo* a quello di creazione delle *a.a.q.* In dottrina, è infatti, del tutto pacifico che tale innovazione sia da collocare temporalmente nella prima età classica⁹⁹.

Di conseguenza, è estremamente difficile sostenere che la creazione dell'*obligatio naturalis* abbia potuto giustificare la riferibilità di un *oportere* in capo al servo nell'*intentio* delle *a.a.q.*

Allo stato attuale delle nostre ricerche è più probabile ritenere che il riconoscimento della capacità naturale di obbligarsi per i servi non fosse stata suggerita dall'intento di consentire la riferibilità in capo agli stessi di obbligazioni *iure civili* valide, quanto piuttosto da quello di riconoscere qualche, seppur limitato, effetto all'attività negoziale da essi realizzata (*fideiussio, soluti retentio*).

Nonostante tale riconoscimento resta ferma, infatti, l'impossibilità di far gravare in capo ad essi un'*obligatio* in senso proprio, da far valere processualmente¹⁰⁰. Il giudizio di Lenel espresso a tal proposito non lascia margini di dubbio: «...keinem römischen Juristen aber ist es jemals eingefallen und konnte es einfallen, aus dieser Personalhaftung ein vermögensrechtliches *oportere* abzutheilen, den Sklaven zu Schadenersatz oder gar, wie beim *furtum*, zu einer vergleichweisen Abfindung (*damnum decidere*) des Geschädigten verpflichten zu wollen».

Di conseguenza, è estremamente improbabile supporre che fosse possibile configurare un *oportere* a loro carico nell'*intentio* delle formule delle *a.a.q.*

Rimane da spiegare perché le indiscutibili considerazioni di Lenel ora riportate dovessero valere a proposito delle azioni nossali e non anche delle *a.a.q.*

⁹⁷ v. in proposito, ALBANESE, *Le persone*, cit., 277 nt. 323; SERANGELI, 'Abstenti', 'beneficium competentiae' e 'codificazione dell'editto', Ancona, 1989, 31 ss.; LUCREZI, *Il problema del mutuo*, cit., 19ss. Del tema ci siamo brevemente interessati in precedenza; v. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 91 ss. In senso contrario si espressa di recente LONGO S., *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003, 1-327, sulla base di un'ampia e approfondita trattazione del tema, della quale non si condividono pienamente i risultati, ma alla quale si rinvia per una completa ed accurata disamina delle fonti e delle opinioni dottrinali espresse sulle stesse.

⁹⁸ La dottrina prevalente riferisce a Giavoleno la prima menzione esplicita dell'*o.n.*; cfr. tra tutti TALAMANCA, voce 'Obbligazioni' cit., 61 nt. 431; BURDESE, *La nozione classica* cit., 31 ss.; ID., *Dubbi in tema di naturalis obligatio*, in *Studi Scherillo* 2, Milano, 1972, 497; ID., *La «naturalis obligatio» nella più recente dottrina*, in *Studi Parmensi*, 32 (1983) 5 ss.

⁹⁹ *Supra*, nt. 95.

¹⁰⁰ LENEL, *Die formeln der actiones noxales* cit., 18.

D'altronde, non ci convince in proposito la soluzione proposta da Lenel per ovviare a questa grave obiezione: l'inserimento di una *fictio libertatis*¹⁰¹ nell'*intentio* delle *a.a.q.* le cui formule erano adattamenti di *actiones in ius conceptae*.

Di tale *fictio*, infatti, non vi è traccia nelle fonti salvo che in tre casi particolari, nei quali, inoltre, non si fa un espresso riferimento al rimedio processuale in questione¹⁰².

La dottrina più antica ipotizzava, infatti, che la formula dell'*actio institoria* non assegnasse all'*institor* la qualità di schiavo e, di conseguenza, nel caso in cui lo era, sarebbe stato necessario inserire nella formula la *fictio* '*si liber esset*'. Così, si riteneva che nel caso di *praepositio* conferita ad uno schiavo, l'*actio institoria* avesse sempre una natura fittizia. Poco importava, a parere di Lenel¹⁰³, che tale azione fittizia fosse o meno prevista nell'albo pretorio, accanto alla formula diretta.

Ebbene, anche se è possibile credere che nella formula dell'*actio institoria* originaria non si facesse riferimento all'eventuale qualità di schiavo dell'*institor*, è difficile accettare la conclusione che tutte le azioni in cui l'*institor* era un soggetto a potestà fossero *ficticiae*, e che siano stati i compilatori - come ritiene Lenel¹⁰⁴ - a sopprimere successivamente, in quasi tutti i brani, la menzione del carattere fittizio dell'azione, lasciandola peraltro solo in alcuni casi sporadici.

È molto probabile, invece, supporre che tali azioni furono introdotte quando gli *institores* erano sempre e comunque *servi o filii familiae*, mentre solo in un momento successivo si affermò la prassi che fossero anche soggetti liberi¹⁰⁵. In ogni caso la condizione soggettiva del preposto, schiavo o libero, non era destinata a rivestire alcun ruolo specifico all'interno della formula come sembra essere chiaramente attestato nei

¹⁰¹ Sulla *fictio libertatis* abbiamo già espresso la nostra opinione, ritenendo del tutto improbabile che nel caso dello schiavo *praepositus* fosse necessaria una *fictio* di tal genere; cfr. MICELI, '*Fictio libertatis*', cit., 323-361'. Sul tema v. anche *infra*, nt. 100.

¹⁰² D.19.1.24.2 (Iul. 50 *dig.*) *Servo vendente hominem, fideiussor venditionis omnia praestare debet, in quae obligaretur, si pro libero fideiussisset: nam et in dominum actio sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero vendente consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur*, D. 45.2.12 .1 (Ven. 2 *stipul.*): *Si a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, [vel a servo], et quasi duos reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Iulianus scribit, quamquam, si servus sponderit, in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset*; D.9.4.19.2 (Paul.22 *ad ed.*): *Si servus tuus navem exercuerit eiusque vicarius et idem nauta in eadem nave damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic vicarius servus eius esset, ut de peculio servi tui [ad noxam] <aut noxae> dedere vicarium damneris: ut tamen si servi tui iussu vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat. Idemque sit etiam, si nautam facere iusserit*. I frammenti in questione che testimonierebbero l'utilizzazione della *fictio libertatis* - menzionati da Keller e Lenel - si riferiscono esclusivamente all'*actio de peculio*, e riguardano casi del tutto particolari. Tanto è vero che, in tale contesto, la considerazione del servo al pari di un uomo libero ricorre - a nostro parere - al solo fine di integrare alcuni dei presupposti sostanziali necessari per la concessione delle *a.a.q.* in relazione ad ipotesi eccezionali, e non per l'ordinaria redazione formulare delle stesse. In proposito, v. MICELI, '*Fictio libertatis*', cit., 330 ss.

¹⁰³ cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., 264; KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 73-10; VALIÑO, *Las acciones adiecticiae qualitatis*, cit., 339-436.

¹⁰⁴ EP., cit., 264.

¹⁰⁵ *Supra*, nt. 72.

brani del commentario all'editto di Ulpiano che abbiamo già esaminato nei paragrafi precedenti¹⁰⁶.

Inoltre, anche ammettendo l'esistenza della *fictio* in questione, in molti altri casi la formula costruita dalla dottrina tradizionale avrebbe reso impossibile la condanna del preponente¹⁰⁷.

Ci riferiamo ad alcune ipotesi nelle quali il soggetto preposto o il *filius familias* che avevano concluso il negozio erano morti¹⁰⁸, o a quella in cui l'operazione negoziale da cui nasceva l'azione adiettizia fosse stata realizzata dal soggetto a potestà con il suo stesso *dominus* o *pater*¹⁰⁹, e, infine, nel caso di attività negoziale posta in essere da un soggetto impubere¹¹⁰.

In tutte le ipotesi ricordate, infatti, il soggetto che aveva concluso l'atto negoziale non poteva essere menzionato nell'*intentio*, neanche tramite l'inserimento nella formula di una *fictio libertatis*. Si sarebbe dovuto procedere alla creazione di tante altre *fictiones* quanti erano i casi specifici considerati.

Tuttavia, di tali eventuali *fictiones* non vi è alcuna menzione nelle fonti, e la loro formulazione è, dunque, del tutto congetturale¹¹¹.

Di conseguenza ci sembra che l'unica ipotesi sostenibile sia quella di ritenere che tramite le *a.a.q.* si sanziona la responsabilità del preponente, *dominus* o *pater*, e non quella del preposto, *servus* o *filius*.

Tanto è vero che - ammessa la possibilità che servi e *fili* potessero obbligarsi, e, di conseguenza, che potessero essere convenuti in giudizio per l'adempimento dei vincoli obbligatori assunti - si impose ai giuristi la necessità di precisare, con maggiore chiarezza rispetto al passato, che tramite le *actiones exercitoria* ed *institoria* non si sanzionavano le *obligationes* su di essi gravanti, quanto piuttosto quelle facenti capo ai loro *domini*, *patres* o preponenti.

Ed, ancora, nonostante ai *fili familias* ed ai servi fosse stata riconosciuta una più o meno limitata capacità di obbligarsi, e nonostante si fosse fatto ricorso anche un'ampia utilizzazione di soggetti liberi in qualità di *magistri* o *institores*, rimase ferma, anzi viene

¹⁰⁶ *Supra*, § 2.2.

¹⁰⁷ Vd. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht* cit., 259 ss.; MICELI, *Fictio libertatis*, cit., 351 ss.

¹⁰⁸ D. 14.1.4.3; D. 14.6.18; D. 15.2.1pr.; per un'esame dettagliato delle fonti in questione cfr. *infra*, § 2.5.

¹⁰⁹ D. 14.3.11.8 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si a servo tuo operas vicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero isque tibi mercem vendiderit, emptio est: nam cum dominus a servo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit*; D. 14.3.12 (Iul. 11 *dig.*): *et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi vero adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim: pretiumque, quo emisisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tu factus esses.*

¹¹⁰ D. 14.3.7.2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed et si filia familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio. [2] Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeposuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit*; D. 14.3.8 (Gai 9 *ad ed. prov.*): *Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt.*

¹¹¹ In proposito vd. MICELI, *Fictio libertatis*, cit., 351 ss.

ribadita vigorosamente, l'irrelevanza della loro individualità e della loro eventuale capacità giuridica ai fini della responsabilità prevista dalle *a.a.q.*¹¹².

5. – Le *a.a.q.* e l'agere alieno nomine. Si tratta di azioni che sanzionano una responsabilità personale e diretta dell'avente potestà o del preponente, che trova tuttavia la propria origine fattuale nel *negotium* concluso dal servo, dal *filius* o dal preposto nei limiti della *praepositio*, del *iussum*, del *peculio* o della *merx peculiaris*.

Quanto detto nei paragrafi precedenti, rende estremamente difficoltoso ipotizzare che nel II sec. a.C. i magistrati giurisdicenti avessero potuto concedere delle *a.a.q.* nella cui *intentio* si potesse fare menzione dell'*obligatio* del *filius* o dello schiavo, e, dunque, di prospettare una ricostruzione formulare delle stesse tramite una trasposizione di soggetti, sul modello dei casi di *agere alieno nomine* (*infra*, Cap. V, § 2).

Vi sono poi altri dati che si evincono dalle fonti in maniera estremamente chiara e che si oppongono in maniera netta alla costruzione delle *a.a.q.* come azioni con trasposizione di soggetti, nella cui *intentio* si faccia menzione dell'*obligatio* del *servus* o del *filius*.

Si potrebbe anche supporre che il vincolo obbligatorio sanzionato tramite le *a.a.q.* potesse gravare originariamente su *fili*, schiavi e preposti e che i rispettivi *patres*, *domini* e preponenti fossero obbligati alla stregua di *defensores* solo in virtù ed in seguito alla *litis contestatio*, e dunque di volta in volta in seguito all'assunzione concreta del giudizio. Si tratta di un'ipotesi¹¹³ che era stata avanzata in ordine alle azioni nossali, e che si potrebbe riproporre anche in ordine alle *a.a.q.*

Vi sono, però nelle fonti numerosi responsi da cui si evince con estrema chiarezza che gli aventi potestà non si obbligano in virtù della *litis contestatio*, ma che le loro obbligazioni preesistono al momento di assunzione del giudizio, tanto che è possibile che altri, prima di tale momento, prestino fideiussione a loro vantaggio o agiscano come loro *defensores*¹¹⁴.

¹¹² D. 14.1.1.4; D. 14.3.7.1; D. 14.3.8; cfr. *supra*, § 2.2.

¹¹³ L'ipotesi in questione era stata autorevolmente prospettata in ordine alle azioni nossali da BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in *AUPA* 10 (1925)123 e DE VISSCHER, *Le régime romanin de la noxalité*, Bruxelles, 1947, 387, e confutata in modo particolarmente convincente da LENEL, *Die formeln der actiones noxales* cit., 3 ss., e più recentemente da PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi Albertario* I, Milano, 1953, 248. Ebbene, è stata nostra cura porre in evidenza che non vi sono ragioni plausibili per ritenere che gran parte delle considerazioni svolte a tal proposito da Lenel e Pugliese, non debbano essere riferite anche alle *a.a.q.*; cfr. *praecipue* MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 67 ss.

¹¹⁴ E in effetti, se si accettasse l'ipotesi che il *pater* non era obbligato prima della *litis contestatio* ma che assumeva l'obbligazione solo in quel momento, resterebbe da spiegare come era possibile, ad esempio, che il figlio, in ordine all'*actio de peculio*, potesse agire come *defensor* del padre: D. 15.3.10.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quare potest dici et si de peculio actionem quasi defensor patris suscepit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii*

Inoltre, se il preponente fosse obbligato solo in seguito alla *litis contestatio* e nell'*intentio* dovesse menzionarsi l'*obligatio* del preposto, non si potrebbe dare una spiegazione plausibile neanche ad altre soluzioni giurisprudenziali ricordate in alcune fonti in nostro possesso, nelle quali si attesta che il preponente può essere chiamato in giudizio anche in seguito all'alienazione o alla morte del preposto.

Ci riferiamo, in particolare, ad una testimonianza contenuta anch'essa nel titolo relativo all'*actio exercitoria*:

D. 14.1.4.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si servus sit, qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit, nihilo minus is qui eum alienavit tenebitur. Proinde et si decesserit servus, tenebitur: nam et magistro defuncto tenebitur. [4] Hae actiones perpetuo et heredibus et in heredes dabuntur: proinde et si servus, qui voluntate domini exercuit, decessit, etiam post annum dabitur haec actio, quamvis de peculio ultra annum non detur.*

In realtà - come avevamo notato in un nostro precedente lavoro, il brano è stato del tutto trascurato dalla dottrina che si è occupata dall'*actio exercitoria*¹¹⁵, e riguarda il caso del servo *exercitor*¹¹⁶.

Nel caso in cui l'*exercitor* sia un *alieni iuris*, l'*actio exercitoria* viene esercitata contro il *dominus* o *pater* dell'*exercitor*. Ebbene, l'intento del giurista è quello di chiarire che se il

quantitatem: cuius sententiae id erit emolumentum, ut, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. Ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto.

D'altro canto, in ordine al ruolo assunto dal *pater* in relazione alle *a.a.q.* è illuminante un brano di Gaio, in cui si esprime chiaramente l'alternativa tra l'ipotesi in cui il *pater* assuma l'azione '*de peculio o de in rem verso*', e quella in cui, invece, decida di accettare il giudizio come *defensor filii*: D. 2.14.20 (Gai 1 *ad ed. prov.*): [*Si filius familias pactus fuerit, ne a se petatur, proderit et patri, si de peculio*] *vel de in rem verso: vel si quasi defensor filii, si hoc maluerit, conveniatur.* D'altronde, nel caso in cui il *pater* intervenga in qualità di *defensor* del *filius* o della *filia*, tale circostanza viene sempre palesata chiaramente, e gli si richiede pertanto la prestazione di una *cautio*: D. 3.3.39.3 (Ulp. 9 *ad ed.*): *Si de dote agat pater, cavere debet ratam rem filiam habituram: sed et defendere eam debet, ut et Marcellus scribit.* Ulpiano precisa, infatti, che il *pater*, qualora eserciti l'*actio rei uxoriae*, deve prestare la *cautio rem ratam habituram*, visto che in questo caso agisce come *defensor*. Solo questo può essere il significato della chiusa del frammento ('*sed et defendere eam debet, ut et Marcellus scribit*'), in cui il '*sed*' assume un chiaro significato rafforzativo della precedente affermazione. La titolarità dell'*actio rei uxoriae* spetta, infatti, alla figlia, almeno nel caso in cui essa sia *sui iuris*. Ed, infatti, nell'*intentio* della formula dell'*actio rei uxoriae* doveva esser menzionata la donna, qualora fosse *sui iuris*: '*Si paret N. Negidium Ageriae dotem partemve eius reddere oportere*'. Nel caso che la *filia* fosse soggetta a potestà si agiva '*adiuncta filiae persona*': '*Si paret N. Negidium A. Agerio filiae eius reddere oportere.*'; vd., LENEL, *EP.*, 304ss; MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 60. Il fatto che il padre agisca come *defensor* del *filius*, presuppone che a quest'ultimo soggetto sia stata riconosciuta piena capacità di obbligarsi autonomamente, e che si tratti certamente di un caso di '*agere alieno nomine*'. Non a caso, infatti, l'ultimo brano esaminato è inserito nel titolo del Digesto '*De procuratoribus et defensoribus*'. Per un approfondimento ulteriore dell'argomento cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 79 s.

¹¹⁵ In tal senso ci permettiamo un ulteriore rinvio a quanto da noi scritto in MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 224ss. Di recente anche COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 160.

¹¹⁶ D.14.1.1.19-20 (Ulp. 28 *ad ed.*).

dominus aliena il servo *exercitor*, la sua responsabilità non viene meno. E lo stesso accade nel caso che il *servus exercitor* sia morto, o che la stessa sorte sia toccata al *magister*.

Ovviamente Ulpiano vuole precisare che la responsabilità del *dominus* - che in questo caso è il titolare dell'attività commerciale¹¹⁷ - *prescinde dall'attualità del rapporto potestativo* col servo *exercitor*, ma anche dall'*esistenza stessa* dell'*exercitor* o del *magister* che abbiano concluso l'atto negoziale.

Di conseguenza, dal punto di vista formulare, se non altro nel caso di morte, sarebbe impossibile ipotizzare una formula nella cui *intentio* dovesse menzionarsi il servo *exercitor* o il *magister* che avessero concluso l'atto¹¹⁸.

La soluzione proposta, dunque, è perfettamente coerente al principio per cui la responsabilità sancita tramite le *actiones exercitoria ed institoria* è una *responsabilità personale* del proponente, in quanto vertice economico-giuridico dell'attività svolta.

Tanto è vero che nel § 4 del frammento riportato si legge, inoltre, che alla morte del *pater* o del *dominus*, l'*actio exercitoria* può proporsi *in perpetuum* contro gli eredi.

Il giurista non ha esitazioni nell'affermare che, in quanto responsabilità personale di carattere patrimoniale, essa si trasmette senza dubbio ai successori dell'*exercitor*.

D'altronde, gli stessi principi vengono affermati nel caso dell'*actio institoria*:

D. 14.3.15 (Ulp. 28 *ad ed*): *Novissime sciendum est has actiones perpetuo dari et in heredem et heredibus.*

Un'ulteriore riprova a quanto detto può trarsi da un altro brano di Ulpiano¹¹⁹ - tratto sempre dal commentario all'editto - in cui viene addotto il caso di un servo che sia stato preposto all'esercizio dell'attività commerciale non dal suo *dominus*, ma da un terzo soggetto che è successivamente deceduto.

In questa ipotesi, se al terzo proponente subentra un erede, sarà quest'ultimo ad essere chiamato in giudizio con l'*actio exercitoria*, e non il *dominus* del servo:

D. 14.3.5.17 (Ulp. 28 *ad ed*): *Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit.*

¹¹⁷ Il *dominus*, infatti, può essere convenuto con l'*actio exercitoria* non in base al semplice rapporto potestativo che intercorre con l'*exercitor alieni iuris*, ma solo se quest'ultimo '*voluntate eius exerceat*'; vd. D. 14.1.1.19 (*supra*, nt.79).

¹¹⁸ *Supra*, § 2.4. E' interessante notare che lo stesso Lenel è cosciente del fatto che questi frammenti (D. 14.1.4.3-4) riguardano la struttura formulare delle *a.a.q.* Nella *Palíngenesia* (II, 587) infatti vengono menzionati espressamente tra quelli che dovevano riguardare specificamente la formula dell'*actio exercitoria*.

Nell'*Edictum Perpetuum*, però, l'A. va incontro a notevoli difficoltà nel conciliare l'ipotesi ricostruttiva delle *a.a.q.*, da Lui proposta e sostenuta, con le testimonianze che attestano la possibilità di esperire tali azioni anche dopo la morte del soggetto che ha compiuto l'atto negoziale. Tenta, pertanto, di risolvere il problema ipotizzando che in questi casi dovesse utilizzarsi una *fictio* apposita, in ordine alla quale, purtroppo - come abbiamo dimostrato altrove - non esiste alcuna testimonianza che possa confermarne l'esistenza; cfr. MICELI, '*Fictio libertatis*', cit., 353ss; *supra*, § 2.4, nt. 117.

¹¹⁹ MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 226ss; WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 597; COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 160.

Nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignorantibus dari institoriam actionem.

Ulpiano, dunque, sancisce la *prevalenza* del rapporto «imprenditoriale» derivante dalla *praepositio* rispetto a quello di natura potestativa¹²⁰. Infatti, morto il soggetto che esercitava l'attività commerciale tramite un *institor* schiavo altrui, la responsabilità sanzionata con l'*actio institoria* ricade sull'erede di questo soggetto e non sul *dominus* del *servus institor*.

Ebbene, anche questi frammenti ci restituiscono soluzioni ed argomentazioni giurisprudenziali perfettamente coerenti al regime descritto precedentemente.

Infatti, la responsabilità del preponente si riconnette direttamente alla conclusione degli atti negoziali compiuti dai preposti nell'ambito della *praepositio*, e permane in capo a tale soggetto in maniera del tutto indipendente dalle eventuali vicende che potessero riguardare l'estinzione dei vincoli potestativi intercorrenti col *servus* o *filius*, o di quelli riguardanti, a vario titolo, i preposti liberi. E, conseguentemente, la responsabilità sancita da queste azioni *segue il preponente, e non il preposto*, in tutte le sue vicende successive.

E, in effetti, la previsione della c.d. «responsabilità adiettizia», o per meglio dire, della creazione delle *actiones exercitoria* ed *institoria*, deriva non solo dall'esigenza di ovviare agli inconvenienti derivanti dalla contrattazione con incapaci, e in particolare all'impossibilità per quest'ultimi di essere convenuti in giudizio, ma anche dalla necessità di far sì che fossero chiamati a rispondere nei confronti dei terzi coloro che effettivamente percepivano i proventi delle attività esercitate. Le azioni predisposte dal pretore mirano infatti a sancire una sorta di «responsabilità imprenditoriale» che grava su un determinato soggetto, non per il fatto in sé di aver compiuto un singolo atto negoziale, ma per l'esercizio di un'attività commerciale svolta in forma organizzata, e in modo continuativo.

In fine, vi è un ultimo dato testuale che non può essere assolutamente sottovalutato: nelle fonti a nostra disposizione non vi è alcun elemento testuale dal quale possa dedursi in qualche modo che i casi di *a.a.q.* possano essere valutati come casi di *agere alieno nomine*, e quindi che le relative formule potessero essere costruite tramite una trasposizione di soggetti¹²¹.

L'ipotesi tradizionale che ricostruisce le *a.a.q.* come azioni con trasposizione di soggetti si basa proprio sull'assimilazione al caso dei rappresentanti processuali. Infatti, Keller¹²², per primo, seguito poi da Lenel e da tutta la dottrina prevalente - ha proposto una formula con trasposizione di soggetti, in cui il padre o il *dominus* agivano come se fossero *procuratores* o *cognitores* del *filius* o dello schiavo: «...genau so, wie wenn der Pater oder Herr als *Cognitor* oder *Procurator* des Sohnes oder Sklaven belangt würde».

¹²⁰ v. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 18ss; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit. 67; *supra*, ntt. 68-69.

¹²¹ L'ipotesi in questione, espressa da KELLER (*Litis Contestation und Urtheil*, cit., 420 ss.) e poi da LENEL (*EP.* cit., 268 ss.) rappresenta l'ipotesi tradizionale più accreditata in dottrina sulla ricostruzione delle formule delle *a.a.q.*, e si basa proprio sull'assimilazione al caso dei rappresentanti processuale. In senso contrario MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 37 s.

¹²² KELLER, *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 422 ss.

Oltre alle considerazioni svolte in questa sede che si oppongono a tale ricostruzione formulare, vorremmo inoltre puntualizzare che le *a.a.q.* non riguardano e si applicano a casi di *agere alieno nomine*, anzi espressamente se ne distinguono.

L'assimilazione può essere suggerita - come abbiamo già sottolineato in altra sede¹²³ - solo da un' apparente assonanza terminologica che può riscontrarsi in ordine ad alcune espressioni presenti nelle fonti; in esse si legge, infatti, che '*haec actiones filiorum nomine in parentes dari solent*'¹²⁴ o, nel caso ad esempio dell'*actio institoria*, che '*...sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*'¹²⁵.

Ebbene, con queste espressioni - a nostro parere - non si allude al 'soggetto nell'interesse del quale si agisce' (*actiones alieno nomine*), ma alla 'causa' dell'azione, al 'fondamento' della stessa.

Basti pensare al caso dell'*actio de pauperie* che - come attesano chiaramente le fonti¹²⁶- '*prodita est animalium nomine*'. Nessuno può certamente pensare che il *dominus* in questo caso agisse come se fosse un '*defensor*', *cognitor* o *procurator*, degli animali in questione, o che nella formula potesse farsi riferimento ad un eventuale *oportere* a loro carico. L'attività dell'animale era solo la causa, il fondamento che dava origine alla responsabilità del *dominus*. Eguali considerazioni possono farsi, d'altronde, anche in ordine alle azioni nossali¹²⁷ e alle *actiones familiae nomine*¹²⁸.

¹²³ MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 59s.

¹²⁴ Gai 4.69; D. 14.1.5 pr. (Paul 29 *ad ed.*); D. 14.5.8 (Paul 1 *decr.*); D. 21.1.23.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed.*); D. 44.7.10 (Ulp. 47 *ad Sab.*); D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*).

¹²⁵ D. 14.3.1; *infra*, § 4.4.

¹²⁶ I. 4.9 pr.; D. 9.1.2.1 (Paul 22 *ad ed.*).

¹²⁷ La locuzione '*actio competit* (o *datur*) *servi o filiorum nomine*' ricorre spesso nelle fonti a proposito delle azioni nossali D. 2.10.1.5 (Ulp. 7 *ad ed.*); D. 4.2.6.1 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 4.3.9.4 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 6.1.58 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*); D. 9.4.11 (Ulp. 7 *ad ed.*); D. 9.4.17.1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 9.4.28 (Afr. 6 *quaest.*); D. 11.1.20 pr (Paul. 2 *quaest.*); D. 47.10.36 (Iul. 45 *dig.*); D. 44.7.56 (Pomp. 20 *ad Muc.*). Appare particolarmente significativa a tal proposito l'opinione di PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 248.

¹²⁸ D. 47.8.2.14 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Haec actio etiam familiae nomine competit, non imposita necessitate ostendendi, qui sunt ex familia homines qui rapuerunt vel etiam damnum dederunt. Familiae autem appellatio servos continet, hoc est eos, qui in ministerio sunt, etiamsi liberi esse proponantur vel alieni bona fide nobis servientes.* Sul punto solo STAEMAN (STAEMAN-TROFIMOVA, *La schiavitù nell'italia imperiale*, Roma 1975 [trad. it. Dell'ed. russa, Moscovia 1971], 213ss, supponeva che l'azione prevista nell'editto di Lucullo fosse stata esperibile contro gli stessi domestici, rendendoli responsabili *ex delicto*. Tale ipotesi nasceva, come precisa chiaramente SOLIDORO (*La "familia" nell'editto di Lucullo*. Estratto dagli "*Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche*", 92, Napoli, 1981, 25) «..da una interpretazione strettamente letterale dell'espressione ciceroniana '*in universam familiam iudicium dare*', che invece va correttamente intesa come la traduzione ellittica della formula convenzionale '*in dominum propter universam familiam iudicium dare*'. Così ancora BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, PADOVA, 1969, 332: «...ivi, infatti, il termine *familia*, nella forma genitiva, era situato immediatamente dopo l'espressione *dolo malo*, il che comportava, come diretta conseguenza, che il complesso dei servi risultava indicato come autore necessario dell'illecito. Data, inoltre, la particolare caratterizzazione socio-politica dell'illecito in relazione al periodo della sua prima configurazione editale, la relativa azione doveva essere originariamente concessa *suo nomine* nei confronti del *dominus* con esclusione della possibilità di liberazione del medesimo attraverso *noxae deditio* dei responsabili». In tal senso si espressa, d'altronde, la principale dottrina che si è occupata del tema cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in *BIDR* 70 (1967) 119ss; VACCA, *Delitti privati*, cit., 703;

D'altronde, in passato alcuni Autori¹²⁹ avevano adeguatamente considerato un dato testuale di importanza decisiva in ordine alla nostra questione - riconosciuto peraltro anche da Keller¹³⁰ e Lenel¹³¹ - che pone a fondamento della responsabilità adiectizia *l'operazione negoziale conclusa e non l'obbligazione di colui che l'affare aveva concluso*¹³². L'attività del servo, del *filius* o del preposto, anche qualora sia un soggetto libero, non rileva come *debitum* ma solo alla stregua di un *factum*¹³³, che costituisce ed indica il fondamento delle azioni adiectizie.

Pertanto, rinviando per alcuni approfondimenti a quanto sostenuto in precedenti lavori, e considerando anche ulteriori riflessioni svolte in questa sede, possiamo concludere sostenendo che la responsabilità sanzionata tramite le *a.a.q.* è unicamente quella dell'avente potestà o del proponente.

Infatti, oltre a quelli esaminati, molti altri passi mostrano chiaramente che l'attività compiuta da un *institor*, *magister*, o schiavo debitamente autorizzato o fornito di peculio comporta la nascita di un vincolo obbligatorio che grava direttamente sul proponente,

BALZARINI, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in *Studi Grosso* 1, Torino, 1968, 333ss-365(?); SOLIDORO MARUOTTI, SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza nel diritto romano*, Napoli, 1993, 35, 42 s, 49; VENTURINI, «Un caso di appellatio. Note in margine ad Asc. 65 s. Stangl=84 Clark, in *Index* 26 (1998), 48, nt. 63.

¹²⁹ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 204 nt. 4-5. Si consideri, ad esempio, D. 14.1.1.7 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit...* D. 14.3.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*. Ciò non significa, tuttavia, che le *actiones adiecticiae qualitatis* fossero tutte delle azioni *in factum conceptae*, nelle cui *intentiones* fosse menzionato unicamente l'atto negoziale concluso dal servo, ed in relazione alle quali, dunque, il giudice fosse chiamato a valutare la responsabilità del proponente solo in base al mero accertamento dell'operazione negoziale in questione. Risultano decisive a tal proposito le osservazioni svolte da LENEL, *EP* cit., 268.

¹³⁰ In realtà, anche KELLER (*Litis Contestation und Urtheil*, cit, 415) aveva già riconosciuto la rilevanza di questo «fatto» che concorrevà alla determinazione dello scopo dell'azione, ma aveva ritenuto che di esso dovesse farsi menzione esclusivamente nella *condemnatio*. Non chiariva, tuttavia, le ragioni che lo inducevano a propendere per questa conclusione.

È difficile, infatti, ipotizzare che di questo '*factum*'- che doveva addirittura concorrere alla determinazione dello scopo dell'azione - non dovesse farsi menzione nell'*intentio*, o in una parte della formula idonea ad indicare o determinare il fondamento della pretesa addotta nella stessa *intentio*, e, dunque, in una *demonstratio* o, eventualmente, in una *praescriptio* con funzione determinativa. Sulla questione specifica cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 350 ss.

¹³¹ LENEL, *EP* cit., 264: «Mir scheint die Ausdrucksweise der Quellen vollkommen korrekt, auch wenn die Formeln *in ius* konzipiert war».

¹³² In tal senso DIETZEL, *Über die processualische Consumption* cit., 416 ss., 427 ss.; e, per certi versi, anche lo stesso Keller in un secondo scritto sul tema, in cui replica alle obiezioni sollevate da Dietzel sulla sua ipotesi ricostruttiva delle *a.a.q.*; cfr., KELLER, *Einige Einwände gegen die Aufsätze in Bd. II Nr. 1 und 12*, cit., 194 ss.

¹³³ D. 15.1.41 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur*, D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *Dig.*): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*.

dominus o *pater*, da far valere con le azioni adiettie. Si tratta di una responsabilità *proprio nomine*, e, dunque, di una ‘responsabilità personale e diretta’, che trova tuttavia la propria ‘origine fattuale’ nel *negotium* del servo, del *filius* o del preposto, realizzato nei limiti della *praepositio*, del *iussum*, del *peculio* o della *merx peculiaris*.

6.- L’ambito di applicazione della disciplina pretoria delle *a.a.q.* e la rappresentanza.

Ebbene, la convinzione che tramite le azioni *a.a.q.* si sanziona una responsabilità propria dell’aveute potestà, *pater* o *dominus*, non implica di per sé che si tratti di casi di rappresentanza in senso proprio.

Non vi è dubbio, infatti, che si tratta di casi in cui un soggetto agisce per incarico e nell’interesse di un altro soggetto, il quale può essere direttamente chiamato a rispondere dell’eventuale responsabilità nascente dal contratto concluso, tuttavia, vi sono alcuni elementi che *escludono la configurazione di casi di rappresentanza in senso proprio*.

Basti pensare all’irrelevanza assoluta dell’individualità, e in alcuni casi addirittura della capacità giuridica, del soggetto che conclude l’atto negoziale¹³⁴.

Così, d’altronde, bisogna considerare che tramite le *a.a.q.* non si riconosce in maniera generalizzata la responsabilità del soggetto che avesse autorizzato altri a compiere singoli atti negoziali nel suo interesse e nel suo nome.

Infatti, dalle fonti emerge un dato, che pur nella diversità delle interpretazioni prospettabili, non può essere disatteso: la disciplina relativa all’*a.a.q.*, ed in particolare quella relativa alle *actiones exercitoria* ed *institoria*, si applica soltanto ad un ‘certa tipologia’ di attività negoziali che presentano determinate caratteristiche peculiari.

Non si tratta, infatti, di semplici attività negoziali svolte occasionalmente ma di attività commerciali, che si individuano soprattutto per la *continuità* dell’esercizio e per l’*organizzazione* di mezzi ed uomini predisposta per lo svolgimento delle stesse.

Si tratta di un ambito di attività fortemente caratterizzate anche dal punto di vista dell’oggetto e delle modalità di svolgimento delle stesse, che furono individuate dai magistrati giurisdicenti nei loro editti, e costituirono oggetto di attenta definizione e interpretazione da parte dei giuristi¹³⁵. Si tratta di un ambito originariamente più ristretto¹³⁶, ma ben presto esteso grazie all’intervento costante ed assiduo della giurisprudenza.

¹³⁴ *Supra*, § 2.2.

¹³⁵ DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 67; PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull’impresa finanziaria romana (II sec. a.C.- metà del III sec. d. C.)*, Napoli, 1991, cit., 309; CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 15ss.

¹³⁶ L’ambito originario sembrerebbe riguardare l’attività di *emptio-venditio*, come può evincersi da Gai 4.71, D. 14.3.18. (Paul *lib. sing. de var. lect.*) e D. 14.3.3 (Ulp. 28 *ad. ed.*).

Dalle fonti, infatti, si evince chiaramente che l'attività svolta deve concretarsi in una organizzazione di beni e forze lavorative che con assiduità vengono utilizzate per il perseguimento di un ben preciso ed individuato obiettivo economico:

Gai 4.71:*Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatus is, ad quem cottidianus navis quaestus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit.*

D. 14.1.1.15 (Ulp. 28 ad ed.): *Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum.*

D. 50.16.185 (Ulp. 28 ad ed.): *'Instructam' autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.*

In definitiva si tratta di attività che comportano una continuità dell'esercizio commerciale (*cottidianus quaestus*), la predisposizione di un'organizzazione dei beni e delle forze lavorative (*taberna instructa, navis instructa*¹³⁷), che possono definirsi, dunque, in termini di *negotiationes*¹³⁸.

Si tratta di attività identificate ormai dalla dottrina in maniera univoca:

1) attività di intermediazione nella circolazione dei beni, realizzata principalmente tramite *emptio venditio* di *merces*¹³⁹, organizzata spesso nelle forme della *taberna instructa*¹⁴⁰, e svolta in maniera continuativa;

¹³⁷ *Infra*, § 2.8.

¹³⁸ Sulla specificità assunta dal termine '*negotiatio*' e '*negotiator*' nell'ambito dell'attività commerciali v. da ultimi CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 15ss. Nelle fonti si tende, infatti, chiaramente a distinguere la *negotiatio* ed il *negotiator* dal *commercium* e dal *mercator*. Le prime figure si caratterizzano nei confronti delle seconde non solo per la professionalità e l'abitudine dell'attività svolta, ma anche per l'organizzazione dei beni e delle forze lavorative. Basti pensare alla definizione di *taberna instructa* data da Ulpiano in D. 50.16.185, concepita come organizzazione di '*res et homines ad negotiationem parati*'. D'altronde, la distinzione e la specificità delle figure del *negotiator* e del *mercator* da altre figure di operatori economici è già presente in Cicerone; cfr. Cic., *In Verrem* 2,2,77,188: *Postulo ut mihi respondeat qui sit Verrucius, mercator an negotiator an arator an pecuarius*; Cic., *Pro Planc.* 26,64: '*negotiatoribus comis, mercatoribus iustus*'.

¹³⁹ Sull'attività interpretativa volta ad estendere l'ambito di operatività delle disposizioni edittali v. in particolare D. 14.3.5.1-9 (Ulp. 28 ad ed.). In proposito v. KASER, *Vom Begriff des commercium*, in *Studi Arancio Ruiz* 2, Napoli, 1953, 135 ss.; CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano* 1, Torino, 1965, 106 ss.; GUARINO, *Commercium e ius commercii*, in *Studi Chiarelli* 4, Milano, 1974; DE MARTINO, *Storia Economica di Roma Antica* 1, Firenze, 1980, 125 s.; 2, 323; WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung*, cit., 391 s.

¹⁴⁰ WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen* cit., 391 ss.

2) l'attività di intermediazione nella circolazione del credito e delle altre attività finanziarie: nelle fonti si parla di *praepositio ad mensam o apud mensam pecuniis accipiendis o pecunis faenerandis*¹⁴¹;

3) l'attività di produzione artigianale ed industriale ¹⁴²;

4) tutta l'area di attività definibili con terminologia moderna come 'prestazione di servizi' (le *negotiationes cauponiae*, l'esercizio degli *stabula*, l'attività dei *muliones*, *fullones* e *sarcinatores* D.14.3.5.5-6)¹⁴³;

5) l'attività di trasporto per mare e per terra di beni e di persone.

D'altronde, la peculiarità e "tipicità" delle attività descritte non si manifesta unicamente nella responsabilità per le obbligazioni da atto lecito sanzionate tramite le *a.a.q.*, ma in numerose altre disposizioni che le riguardano.

Infatti, proprio in ordine alle attività descritte i magistrati giurisdicenti provvedono ad emanare tutta una serie di editti e disposizioni specifiche che derogano alle normali regole processuali e sostanziali.

Così accade, ad esempio, con la previsione di una disciplina specifica in ordine alla responsabilità penale inerente ai fatti illeciti connessi nell'ambito dell'esercizio dell'attività commerciale, contemplata nell'editto relativo ai pubblicani (D. 39.4.1 pr.)¹⁴⁴, o nell'editto relativo alle *actiones damni in factum* (D.4.9.6-7) o *actiones furti in factum* (D.47.5.1) *adversus nautas, caupones et stabularios*¹⁴⁵. Basti pensare, inoltre, alle particolari forme di responsabilità previste dagli editti relativi ai *recepta nautarum, cauponum, stabularium* (D.4.9.1pr.), o ai *recepta argentariorum* (C.4.18.2; Ist. 4.6.8).

Inoltre, va considerato adeguatamente che lo stesso atto che legittima l'operato del preposto e che costituisce il fondamento ed il limite della responsabilità del preponente presenta delle caratteristiche peculiari, che ne caratterizzano fortemente la natura.

Infatti, la *praepositio* non è intesa nelle fonti come un atto volto alla mera individuazione del soggetto preposto e dei singoli atti da compiere, quanto piuttosto come

¹⁴¹ ANDREAU, *Le vie Financière dans le monde romain* cit., 61 ss.; CRUCHON, *Les banques dans l'antiquité*, Parigi, 1879, 35 ss.; VOIGT, *I banchieri, la tenuta dei libri e l'obbligazione letterale dei romani*, trad. ital. a cura di G. Carnazza, 1891; FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Gli argentarii ed il commercio bancario* 2, Napoli, 1903, 107 ss.; MASELLI, *'Argentaria' Banche e Banchieri della Roma repubblicana*, Bari, 1986; PETRUCCI, *Mensam exercere* cit., 1 ss.

¹⁴² CARANDINI, *Sviluppo e crisi delle manifatture rurali ed urbane*, in *Società romana e produzione schiavistica* 2, Roma - Bari, 1981, 249 s.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà agraria e lavoro subordinato nei giuristi e negli agronomi latini tra Repubblica e Principato*, in *Società romana e produzione schiavistica* 1, Roma - Bari, 1981, 445 s.; MANACORDA, *Produzione agricola, produzione ceramica e proprietari dell'ager Cosanus nel I sec. a.C.*, in *Società romana e produzione schiavistica* 1, Roma - Bari, 1981, 3 s.; FINLEY, *Innovazione tecnica e progresso economico nel mondo antico*, in *Economia e società nel mondo antico*, Roma, 1984, 235 s.; DI PORTO, *Impresa agricola ed attività collegate nell'economia della villa. Alcune tendenze organizzative*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 7, Napoli, 1984; AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome* cit., 215 ss.

¹⁴³ D. 14.3.5.6 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 4.9.1.5 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 14.3.5.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.5.6 (Ulp. 28. *ad ed.*); D. 14.3.5.8 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 33.7.13.pr (Paul. 4 *ad Sab.*); D. 33.7.17.2 (Marc. 7 *inst.*).

¹⁴⁴ *Infra*, § 3.3 .

¹⁴⁵ *Infra*, § 7.3.

un atto che consente l'identificazione dell'*attività* da svolgere nel suo complesso, con la precisazione delle eventuali condizioni, modalità e requisiti da seguire nell'espletamento delle stesse.

7 - La *praepositio*: peculiarità e limiti della responsabilità sancita tramite le *actiones exercitoriae* ed *institoriae*.

Ed, in effetti, la disciplina prevista per le *actiones exercitoriae* ed *institoriae* appare ben definita nei suoi caratteri fondamentali soprattutto con riguardo all'identificazione - realizzata negli editti pretori e nei relativi commenti giurisprudenziali - delle attività alle quali si applicava, e delle modalità di svolgimento delle stesse.

Infatti, le fonti a nostra disposizione indicano con certezza che l'applicazione della disciplina prevista nei relativi editti, e dunque la responsabilità del preponente, era condizionata dall'esistenza di un valido atto di *praepositio*, inteso come atto formale, adeguatamente pubblicizzato, di individuazione dell'attività commerciale da svolgere e del soggetto chiamato a svolgerla.

La *praepositio*, infatti, costituiva senza dubbio il fondamento della responsabilità del preponente, determinandone, al tempo stesso, il limite. Le fonti non lasciano dubbi in proposito:

Gai 4.71: *Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit [negotium] gestum erit.*

D. 14.1.1.3 (Ulp. 28 ad ed.): *Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisve emendis: sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.*

D. 14.1.1.7 (Ulp. 28 ad ed.): *Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onum vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae operarum nomine petent.*

D. 14.3.5.11 (Ulp. 28 ad ed.): *Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit.*

Di conseguenza - vista l'importanza assunta dall'individuazione dell'attività da esercitare, delle modalità di esercizio della stessa, e non ultimo, del soggetto chiamato a svolgerla - le previsioni edittali, così come i relativi commenti dei giuristi, non potevano sottrarsi dall'identificare anche le modalità concrete tramite le quali tutte le circostanze descritte dovevano essere portate adeguatamente a conoscenza dei terzi.

Così, le fonti ci ricordano espressamente l'obbligo del preponente di dare adeguata pubblicità alla *praepositio* e al suo contenuto. Per il caso di attività commerciali terrestri¹⁴⁶, e quindi dell'*institor*, siamo informati dagli stessi giuristi:

D. 14.3.11.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum graecis an latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.*

Ulpiano menziona chiaramente l'onere che incombe su chi esplica un'attività commerciale - definibile in termini di *negotiatio*¹⁴⁷ - di provvedere all'adeguata pubblicizzazione di una eventuale *praepositio*, procedendo a darne trascrizione a chiare lettere (*'claris litteris'*), affinché i terzi possano agevolmente averne lettura (*'unde de plano recte legi possit'*), davanti la *taberna* o il luogo in cui si svolge la *negotiatio*, e dunque non in un posto recondito, ma in uno in cui possa essere vista e letta agevolmente (*'non in loco remoto, sed in evidenti'*).

L'attenzione alle esigenze di pubblicità è tale che si pone poi, addirittura, il problema della lingua da utilizzare, se greca o latina. La risposta ancora una volta è diretta a garantire la tutela dei terzi, pertanto si richiede che l'oggetto della *praepositio* debba essere espresso secondo gli usi del luogo, in maniera che non possa risultare incomprensibile ai potenziali fruitori dell'attività commerciale. Di conseguenza, deve essere formulata in modo tale che non sia preso in considerazione chi sostenga di ignorare la lingua, o di non poter vedere quanto è stato scritto, e che i più, invece, sono in grado di leggere.

Vi sono ancora numerose disposizioni che riguardano la pubblicità della *praepositio* e delle eventuali condizioni previste dall'*exercitor*, o dal preponente dell'*institor* per l'esercizio dell'attività economica affidata al *magister* o all'*institor*.

Basti ricordare, tra le altre¹⁴⁸, quella che prescrive e regola l'attività affidata a uno o più preposti stabilendo condizioni precise per il loro operato:

¹⁴⁶ Per il commercio navale non abbiamo testimonianze in fonti giuridiche. D'altronde, la questione presenta una maggiore complessità rispetto all'attività commerciale terrestre, poichè, nel caso di quella navale, per definizione non vi era un luogo fisso in cui veniva svolta l'attività in questione. In proposito si vedano le brevi considerazioni da noi svolte in MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 202, nt. 31. In proposito v. WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 594.

¹⁴⁷ Dal frammento si evince chiaramente che l'obbligo è connesso al caso specifico di un'*exercitio negotiationis* legata all'esistenza di una *taberna*; a tal proposito, *supra*, § 2.6.

¹⁴⁸ D.14.3.11.2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D.14.3.11.4 (Ulp. 28 *ad ed.*);

D.14.3.11.5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluti cum eo contrahi vel ad certam rem? Aequissimum erit id servari, in quo praepositus est; item si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. Sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permettere. Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.*

Come dicevamo all'inizio del paragrafo, l'*exercitor* o il preponente dell'*institor*, infatti, erano chiamati a rispondere solo degli atti conclusi nell'ambito della *praepositio*¹⁴⁹. Il principio - ricordato nelle fonti¹⁵⁰ - era quello per cui la *praepositio* '*certam legem dat contraentibus*'.

La *praepositio*, tuttavia - come ci ricorda Ulpiano in D.14.3.5.11- poteva anche non limitarsi ad individuare genericamente le attività da svolgere, ma poteva anche prevederle in modo dettagliato e preciso, precisando anche eventuali limitazioni, o particolari modalità di esplicazione delle stesse, consistenti, ad esempio, nell'inserimento di una *certa lex*, nell'intervento di garanti personali o nell'assunzione di garanzie reali ('*interventu cuiusdam personae vel sub pignore*'). Si poteva anche prevedere la nomina di più istitori con compiti diversi che potessero agire disgiuntamente o congiuntamente ('*item si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo*'). Ed, ancora si poteva impedire al preposto di contrarre con determinati soggetti o categorie di soggetti ('*nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permettere*'). Tuttavia, in quest'ultimo caso, se i divieti subivano una continua variazione, allora sarebbe stata data azione in ogni caso contro il preponente, affinché i terzi non fossero indotti in inganno ('*neque enim decipi debent contrahentes*')¹⁵¹.

Ebbene, la *praepositio* consentiva al preponente di limitare l'attività del preposto e, dunque, la propria responsabilità. Pertanto, essa poteva essere liberamente modellata e strutturata dallo stesso preponente conformemente alle proprie esigenze.

Una mancata, o un'inadeguata pubblicizzazione della *praepositio* avrebbe comportato, tuttavia, l'inopponibilità al terzo delle condizioni o delle limitazioni in essa previste e, quindi, la responsabilità del preponente anche per le obbligazioni assunte dal preposto al di fuori dei limiti e delle modalità da lui stabilite.

Era necessario, infatti, temperare le esigenze di tutela del preponente con quelle di tutela dei terzi che istauravano rapporti commerciali con il preposto.

¹⁴⁹ Gai 4.71; D. 14.1.1.7 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.5.11 (Ulp. 28 *ad ed.*).

¹⁵⁰ D. 14.1.1.12 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Igitur praepositio certam legem dat contraentibus. Quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet (quod forte ipse locaverat), non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, modum egressus non obligat exercitorem: sed et si ut certis mercibus eam locet, praepositus est, puta legumini, cannabae, ille marmoribus vel alia materia locavit, dicendum erit non teneri.....*

¹⁵¹ PETRUCCI, *Neque enim decipi*, cit., 93; ID., *Ulteriori osservazioni*, cit., 21ss.

Va considerato, però, che la massima giurisprudenziale - prima ricordata - per cui la *praepositio* ‘*certam legem dat contraentibus*’ non va intesa nel senso che la *praepositio* costituiva l’unica fonte e misura della responsabilità del preponente¹⁵² alla stregua di un mandato a compiere singolo incarico¹⁵³. Essa costituiva semmai solo l’atto iniziale e generico di identificazione dell’attività da svolgere, che si sarebbe determinata nei suoi contenuti specifici solo di fatto, ed in relazione alle concrete esigenze dell’attività svolta.

Al preposto, infatti, non viene affidato lo svolgimento di un singolo o più atti negoziali, bensì lo svolgimento di un’attività *non episodica ma di carattere continuativo*. Di conseguenza, è evidente che l’attività di “cooperazione” giuridica ed economica, svolta in maniera stabile e continuativa, richieda una particolare disciplina rispetto alla “cooperazione” delegata in maniera episodica¹⁵⁴. Pertanto, è alla luce di queste considerazioni che va valutato e circoscritto l’ambito della *praepositio*, e la conseguente responsabilità del preponente.

8- Il mutuo ‘*navis reficiendae causa*’ e le attività connesse a quelle individuate tramite la *praepositio*.

In passato, infatti, alcuni studiosi¹⁵⁵ avevano dubitato dell’autenticità di alcune soluzioni giuridiche prospettate dalla giurisprudenza romana in cui si riconosceva la responsabilità del preponente per le attività del preposto, che seppur non specificatamente previste nella *praepositio*, erano tuttavia *connesse* o *necessarie* all’attività d’impresa.

I casi in questione sono inseriti principalmente nel titolo relativo all’*actio exercitoria*, ma come vedremo più avanti - non vi è dubbio che nella sostanza sono riferibili sicuramente anche all’*actio institoria*, come ammettono e precisano gli stessi giuristi romani¹⁵⁶.

Si tratta di responsi giurisprudenziali che hanno ad oggetto dei mutui assunti dai *magistri* allo scopo di provvedere alle necessarie riparazioni della nave (*navis reficiendae causa*), per valutare se anch’essi potessero rientrare nell’ambito dell’attività identificata dalla *praepositio*¹⁵⁷.

La risposta data dai giuristi è positiva. L’*exercitor* poteva essere convenuto in giudizio per rispondere dei debiti derivanti dai mutui assunti dai *magister* «...purché il denaro fosse

¹⁵² DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria* cit., 495 s.; ID., *Ancora sull’actio exercitoria* cit., 631s.; PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria* cit., 308 s. e bibliografia ivi citata.

¹⁵³ *Infra*, § 7.5.

¹⁵⁴ *Infra*, § 7.5.

¹⁵⁵ PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift für O. Lenel*, Leipzig, 1921, 226; EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS.* 18 (1897) 20 ss.; DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria* cit., 498 s.; PUGLIESE *In tema di actio exercitoria* cit., 317.

¹⁵⁶ D. 14.1.7.2 (*Afric. 8 quaest.*).

¹⁵⁷ In particolare vd. CERAMI, “*Mutua pecunia a magistro ‘navis reficiendae causa sumpta’ e ‘praepositio exercitoris’*”, in *AUPA* 46 (2000) 134.

preso e dato a prestito per uno scopo che rientrasse nella *praepositio* ('*si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus*')¹⁵⁸:

D. 14.1.1.8 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Quid si mutuam pecuniam sumpserit, an eius rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?*

Si tratta di una posizione alquanto risalente tra i giuristi, che si consolida e chiarisce nel tempo. Infatti, non basta che i mutui stipulati siano inerenti e connessi all'attività svolta dal *magister* o alle necessità indifferibili connesse alla stessa, ma è anche necessario, tuttavia, che la destinazione delle somme sia espressamente manifestata all'atto dell'assunzione del mutuo:

D. 14.1.1.9 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.*

D. 14.1.7pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): *Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogata esse).....quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.*

La dichiarazione del *magister*, che precisa la 'destinazione' delle somme prese a mutuo, viene espressamente menzionata in entrambe i frammenti, e sembra rivestire un ruolo determinante nell'ambito della soluzione data dal giurista, proprio al fine di riconoscere la responsabilità diretta dell'*exercitor* per la restituzione delle somme prese in prestito dal *magister*.

¹⁵⁸ PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria* cit., 316. In altra sede (MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 193) abbiamo già rilevato che il brano sembra porre l'accento sull'oggetto (*res*) della *praepositio* e sull'attività ad esso connessa, e non tanto sulla stessa *praepositio*, che ne diventa solo lo strumento generico di identificazione. Letteralmente si legge, infatti, che: 'contro l'*exercitor* sarebbe stata data azione qualora il denaro *fuerit mutuatus ad usum* (inteso nel senso attivo di gestione e non di semplice uso-godimento) *rei, in quam praepositus est*'.

Nel primo brano (D. 14.1.1.9) si fa riferimento generico ad una *lex* con cui il *magister* precisa che le somme ‘*quasi in navem impensurus*’, nel secondo, invece, si menziona una *cautio* ‘*se in refectionem navis eam accepisse*’ (D. 14.1.7pr.).

Ed, in effetti, l’interpretazione dei passi in questione è strettamente connessa al significato che si attribuisce alle espressioni considerate.

Sulla prima espressione non vi sono dubbi di sorta. Ben più complessa è stata in dottrina la qualificazione della ‘*cautio se in refectionem eam accepisse*’ (D. 11.1.7pr.).

La dottrina più risalente¹⁵⁹, riteneva che si trattasse di una *stipulatio* con cui il *magister* avesse promesso al mutuante di impiegare la somma per la riparazione della nave, e pertanto riteneva che la responsabilità dell’*exercitor* non derivasse dal mutuo ma dalla *cautio*, e dunque, all’impegno assunto dal *magister* di spendere il denaro per le riparazioni.

A dire il vero - già Pugliese obiettava¹⁶⁰ - che in questo caso, se si fosse trattato effettivamente di una *stipulatio* pretoria, il verbo collegato al *cavit* non doveva essere coniugato al passato ma al futuro. Pertanto, la lettura più corretta del passo dovrebbe essere quella che tende a ravvisare nella *cautio* in questione, in conformità al suo significato più generico, una dichiarazione formale negoziale o di scienza. Non caso, infatti, in D. 14.1.1.9 la destinazione impressa alle somme prese a mutuo viene qualificata espressamente come *lex*.

Ebbene, a noi sembra più convincente l’ipotesi di Pugliese. Tuttavia - indipendentemente dalla risoluzione specifica dell’ultima questione prospettata - non vi è dubbio che la dichiarazione in questione, qualunque ne sia la forma e gli effetti, rappresenta davvero *la chiave di volta fondamentale* della problematica discussa¹⁶¹. Essa è, infatti, idonea a manifestare chiaramente ed esplicitamente al terzo che contrae con il *magister* lo ‘scopo’, la ‘causa’ per la quale queste somme sono state assunte.

Infatti, l’identificazione della ‘destinazione di scopo’ del mutuo alle necessità inerenti allo svolgimento delle attività commerciali affidate al preposto, fa sì che l’atto rientri di fatto e di diritto nell’ambito dell’attività in questione, e di conseguenza che sia fonte di *piena e diretta responsabilità* per il preponente.

La dichiarazione del preposto deve, tuttavia, trovare riscontro anche in elementi oggettivi che ne confermino il contenuto. I giuristi convengono così sull’esigenza di tutelare l’affidamento del terzo, che si basi però anche su elementi oggettivi tali da giustificarlo (*in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare*), senza addossargli, tuttavia, l’onere di verificare successivamente l’effettivo impiego del denaro allo scopo dichiarato.

D’altronde, secondo quanto si legge in D. 14.1.7 pr, basta, dunque, che il *magister* dichiari la destinazione delle somme all’esercizio dell’attività a lui affidata, e che il terzo si accerti, al momento della concessione del mutuo, che questa destinazione corrisponda alle effettive necessità della nave. Non è necessario, invece, che il terzo controlli l’effettiva utilizzazione delle somme per lo scopo dichiarato, o addirittura che se ne faccia carico personalmente (*creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut*

¹⁵⁹ cfr. DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 500.

¹⁶⁰ *In tema di actio exercitoria* cit., 319 nt. 23.

¹⁶¹ PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 318; CERAMI, *Mutua pecunia a magistro*, cit., 135-136.

refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat').

D'altronde, anche nel caso dell'*actio institoria* i giuristi esprimono eguali considerazioni, richiedendo al creditore unicamente di accertare che la somma '*necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus*'. Non si esige, invece, che lo stesso creditore assuma su di sé il compito di verificare l'effettiva erogazione delle somme per le necessità inerenti allo svolgimento dell'attività commerciale:

D. 14.1.7.2 (Afric. 8 *quaest.*): *Eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur: nam tunc quoque creditorem scire debere necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus, et sufficere, si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat: an in hanc rem pecunia eroganda est.*

Ebbene, valutati i brani in questione, ci sembra di poter sostenere che essi non costituiscano una deroga ai principi generali previsti dagli editti relativi alle *actiones exercitoria* ed *institoria*, alterando la natura stessa della *praepositio*.

La dottrina più risalente negava, infatti, autenticità ai brani esaminati¹⁶² - ritenendo che in essi la responsabilità dell'*exercitor* venisse estesa al di là dei limiti posti dalla *praepositio*, dando una configurazione talmente ampia alla stessa *praepositio* che non si riuscirebbe più a comprendere perché i giuristi l'avessero posta a fondamento dell'*actio exercitoria*.

A noi sembra, invece, che i brani in questione siano genuini, e che siano stati riportati dagli stessi compilatori nel Digesto in quanto sono particolarmente espliciti nel chiarire il concetto e l'effettiva portata della *praepositio*.

Inoltre, il fatto stesso che nei brani in questione vengano ricordate le opinioni di diversi giuristi, lascia trasparire chiaramente che siamo in presenza di un argomento fortemente discusso e di particolare interesse pratico.

Si trattava di precisare, infatti, che l'attività negoziale del *magister* non poteva essere limitata solo a ciò che era specificamente previsto nella *praepositio*, poichè tale previsione - trattandosi di un'attività - non poteva essere compiutamente realizzata.

L'ambito di svolgimento dell'attività negoziale del *magister* ricomprendeva, invece, tutti gli atti realizzati dal preposto nell'ambito dell'attività identificata dalla *praepositio*, purchè *strettamente pertinenti* alla stessa.

Infatti, dovendo contemperare gli interessi in causa, era necessario consentire che il *magister* potesse far fronte alle necessità impreviste connesse all'attività a lui affidata, tutelando i terzi che si fossero dichiarati pronti a farvi fronte. Al tempo stesso, non si poteva riconoscere al *magister* una possibilità indiscriminata di eccedere i limiti della *praepositio*, dilatando a dismisura la responsabilità del preponente.

Così, in effetti, i giuristi trovano una soluzione condivisa richiedendo che all'atto della concessione del credito vi sia un'espressa dichiarazione del *magister* o dell'*institor* che individui la specifica destinazione delle somme prese a mutuo, e al tempo stesso, imponendo ai terzi creditori l'onere di verificare la pertinenza delle stesse alle necessità

¹⁶² *Supra*, nt. 153.

dell'attività commerciale, senza tuttavia obbligarli alla verifica dell'effettiva destinazione delle somme erogate.

La disciplina suggerita dai giuristi rappresenta, pertanto, un giusto punto d'equilibrio tra gli interessi in causa. Infatti, per un verso, si tutelano i terzi creditori, obbligando il preponente ad assumersi la responsabilità degli atti conclusi dal *magister* o dall'*institor* che, seppur non previsti nella *praepositio*, erano tuttavia pertinenti o necessari all'attività d'impresa.

Al contempo, si tutela il preponente, evitando che il *magister* possa eccedere oltre misura i limiti posti dalla *praepositio*, concludendo liberamente contratti che non presentano alcuna relazione o attinenza con l'attività a lui affidata.

9- La *praepositio*: contenuto, limiti ed efficacia.

Dall'esame dei brani considerati nel paragrafo precedente può trarsi la conclusione che i poteri 'rappresentativi' del preposto non dipendevano, allora, solo dalla predisposizione di un puntuale ed espresso atto di conferimento dei poteri, ma dall'inserimento del preposto nell'impresa, intesa come attività continuativa ed organizzata.

Il problema relativo all'ampiezza della *praepositio* si configurava, allora, in termini esattamente inversi rispetto alla prospettazione che ne ha dato la dottrina tradizionale. La *praepositio*, infatti, legittimava il preposto a compiere, nell'ambito dell'attività da essa più o meno genericamente designata, qualsiasi atto ad essa pertinente, tranne ciò che fosse stato espressamente proibito:

D. 14.3.5.13 (Ulp. 28 *ad ed*): *Sed si pecuniam quis crediderit institori, ad emendas merces praeposito, locus est institoriae, idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam: quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari.*

D. 14.3.5.15 (*idem*): *Item si institor, cum oleum vendidisset, anulum arrae nomine acceperit, neque eum reddat, dominum institoria teneri: nam eius rei, in quam praepositus est, contractum est. Nisi forte mandatum ei fuit praesenti pecunia vendere. Quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.*

Così, in coerenza alla disciplina complessiva che abbiamo ricostruito nei paragrafi precedenti, risulta evidente che le eventuali limitazioni dell'attività dovevano essere portate a conoscenza dei terzi, con adeguate modalità, pena l'impossibilità di farle valere nei loro confronti.

Un' informazione inadeguata, o l'impossibilità oggettiva per i terzi di venirne a conoscenza, poteva determinare, di fatto, una responsabilità del preponente anche per le attività compiute dal preposto in deroga alle limitazioni da esso stesso fissate¹⁶³.

In definitiva, può giungersi alla conclusione che il contenuto della *praepositio* non era compiutamente definibile a priori, e non dipendeva esclusivamente dalla volontà del preponente, ma, al pari della responsabilità che gravava su quest'ultimo soggetto, si determinava prevalentemente su un piano oggettivo.

La *praepositio* (D. 14.1.1.7), infatti, costituiva solo l'atto di legittimazione iniziale del preposto nei confronti dei terzi, ed individuava *solo genericamente* l'attività che è chiamato a svolgere.

¹⁶³ È particolarmente significativo a tal proposito un complesso responso di Ulpiano: D. 14.1.1.5 (Ulp. 28 ad ed.): *Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debet praestare qui eum praeposuit, alioquin contrabentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam in institore admittendum propter utilitatem. Quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei licere praepone? An adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro utaris. Dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.* Ulpiano, aderendo al parere di Giuliano, riteneva che dovesse essere considerato *magister* non solo colui che fosse preposto dall'*exercitor*, ma anche il soggetto nominato dallo stesso *magister* perché lo sostituisse, pur all'insaputa dell'*exercitor* stesso (*ignorante exercitore*). Del resto, se l'*exercitor* ne era a conoscenza e avesse lasciato in funzione il sostituto, questi doveva esser trattato come se l'avesse nominato egli stesso. Infatti, commenta Ulpiano, chi prepone un *magister* deve essere pronto a rispondere di tutti gli atti o fatti posti in essere dallo stesso, altrimenti i terzi contraenti sarebbero tratti in inganno. Tuttavia, cosa accade se la *praepositio* è realizzata in modo tale che non sia concesso al *magister* di preporre un altro al suo posto? Ancora una volta Ulpiano aderisce al parere di Giuliano, ritenendo che debba fingersi che sia stato proibito nominativamente di servirsi del *magister Titius*, semprechè questa interpretazione trovi la sua giustificazione nell'*utilitas navigantium*.

Ebbene, il brano in questione - ritenuto fortemente sospetto dalla dottrina più antica (vd. GHIONDA, *Sul magister navis*, in *Riv. dir. nav.* 1 (1953) 353; SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, in *Scritti Solazzi*, 4, Napoli 1963, 246 - era stato rivalutato già da PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria* cit., 313 ss., tranne per la chiusa del frammento. L'Autore (p. 315) infatti, espungendo dal brano l'inciso centrale '*omnia facta propter utilitatem*', riteneva che «...la risposta data al quesito non ci sia stata conservata, ma è verosimile che fosse negativa, contrariamente a quanto si desume dalla chiusa interpolata». Di recente si è, invece, pronunciato per la totale genuinità del brano PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni*, cit., 53.

Ebbene, come già chiarito meglio in altra sede (MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 203, nt. 32), è nostra opinione che il brano abbia subito tagli e che la chiusa sia stata rimaneggiata. Non concordiamo, invece, con la dottrina prevalente nel ritenere insitico l'inciso centrale '*omnia enim facta magistri debet prestare qui eum praeposuit, alioquin contrabentes decipientur*'.

Ci sembra, piuttosto, che esso risulti particolarmente rilevante nell'identificazione delle motivazioni che giustificano la soluzione prospettata dal giurista. Con l'espressione in questione, infatti, Ulpiano sembra porre l'accento sull'attività in concreto svolta dal *magister* - anche in relazione agli imprevisti legati all'esercizio dell'attività stessa - più che sulla *praepositio* iniziale, in perfetta conformità, d'altronde, con quanto previsto nei brani già esaminati (D. 14.1.1.8-9; D. 14.1.7pr; D. 14.1.7.2); cfr. *supra*, § 2.8.

D'altronde, anche in considerazione dei rudimentali sistemi di pubblicità della *praepositio* ricordati nelle fonti (*supra*, nt. 144), la soluzione descritta - che tende a privilegiare la prospettiva oggettiva e fattuale dell'attività svolta, rispetto a quella soggettiva e volontaristica della *praepositio* - sembra la più probabile e la più ragionevole.

Così - nell'ambito del dibattito giurisprudenziale sul tema¹⁶⁴ - una soluzione sembra prevalere sulle altre nello stabilire la responsabilità del preponente: oggetto di indagine e di verifica deve essere, infatti, l'attività effettivamente e concretamente svolta dal preposto, e non solo quella genericamente ed inizialmente identificata dalla *praepositio*.

Con ciò non si vuol sostenere, tuttavia, che il preponente veniva chiamato a rispondere di tutte le attività che il preposto avesse intrapreso di fatto nello svolgimento dell'attività commerciale.

Bisogna, infatti, distinguere le ipotesi sin qui trattate, da quelle che riguardano le attività realizzate dal preposto 'oltre i limiti' della *praepositio*. Non si tratta, infatti, di attività connesse o necessarie a quelle previste ed individuate dalla *praepositio* - come il caso già considerato del mutuo assunto '*navis reficiendae causa*' - ma di attività 'del tutto estranee' alla portata e all'oggetto della stessa *praepositio*.

Ebbene, il caso più rilevante esaminato dalla dottrina in proposito è un passo dei *libri decretorum* di Paolo:

D.14.5.8: (Paul 1 *decret.*): *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et correa conduxisse et multis solvesset idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. Dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. Sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituissse, sententiam conservavit imperator.*

In questo caso *Titianus Primus* aveva preposto un servo a concedere prestiti garantiti da pegni, ma lo stesso servo aveva intrapreso anche un'attività autonoma che consisteva nel dare credito agli acquirenti dei commercianti d'orzo, assumendo i loro debiti e procedendo al loro pagamento. Fuggito il servo preposto, uno dei commercianti al quale il servo era stato delegato a pagare il prezzo dell'orzo, decide di convenire il *dominus* '*nomine institoris*', ma quest'ultimo nega di poter essere convenuto '*eo nomine*' poiché il servo non era stato specificamente preposto a tale attività. Tuttavia, essendo stato provato che il servo svolgeva altre attività economiche, oltre a quelle a lui espressamente affidate, come la conduzione di magazzini, o il pagamento dei debiti di più soggetti, il prefetto dell'annona emise sentenza contro il *dominus*.

Il giurista esprime il suo parere in proposito ritenendo che l'attività del servo institore potesse essere configurata alla stregua di una *fideiussio*, poiché il servo provvedeva solamente a pagare debiti per altri (*'pro alio solvere'*) e non ad assumere su di sé debiti altrui (*'pro aliis suscipere debitum'*). Di conseguenza, solitamente '*ex ea causa*' non veniva data azione contro il *dominus*, né vi erano elementi dai quali poteva dedursi che il *dominus* avesse

¹⁶⁴ Da ultimo CERAMI, *Mutua pecunia a magistro* cit., 137 e bibliografia ivi citata.

conferito al servo un incarico specifico volto ad autorizzarlo espressamente al compimento di tali attività¹⁶⁵. Tuttavia, poiché era sembrato che il *dominus* avesse sostituito a sé il servo (*suo nomine substituisse*) per tutte le attività in questione, l'Imperatore confermò la decisione del prefetto.

Ebbene, il passo è interessante poiché ci restituisce l'intreccio tra il parere del giurista Paolo - che si riallaccia perfettamente alla *ratio* che ispirava gli editti pretori e che aveva guidato anche l'interpretazione giurisprudenziale classica - e la nuova concezione espressa dai prefetti e confermata dallo stesso Imperatore.

La prima interpretazione, quella giurisprudenziale, privilegiava la volontà del preponente che si esprimeva nella *praepositio*, e che costituiva il fondamento ed il limite dell'attività consentita al preposto e, di conseguenza, della responsabilità del preponente. L'interpretazione dei funzionari imperiali tende, invece, a privilegiare l'aspetto 'oggettivo' e, dunque, l'affidamento del terzo, indipendentemente dal fatto che le attività commerciali svolte dal preposto rientrassero propriamente nell'ambito dell'attività identificata tramite la *praepositio*.

Ebbene, quella proposta dai funzionari e dall'Imperatore è un'interpretazione che va oltre la *ratio* sottesa agli editti pretori, mantenuta e confermata dalla giurisprudenza classica. Infatti, sia negli editti magistratuali, sia nell'interpretazione giurisprudenziale, si era cercato di trovare e mantenere un faticoso equilibrio tra due esigenze contrapposte. L'una era quella del *magister*, di poter svolgere anche delle attività che non erano previste espressamente nella *praepositio*, ma che erano necessarie e funzionali allo svolgimento dell'attività in essa identificata. L'altra, era quella di non ampliare a dismisura la responsabilità del preponente oltre le attività da lui stesso previste e consentite.

Così, ad esempio, i casi esaminati nel paragrafo precedente - relativi al mutuo '*navis reficiendae causa*'¹⁶⁶ - avevano ad oggetto attività che probabilmente non erano previste nella *praepositio*, ma che erano necessarie ed imprescindibili per la realizzazione dell'attività commerciale affidata al *magister*. D'altronde, nel riconoscere la responsabilità del preponente si faceva anche appello alla diligenza dei terzi¹⁶⁷ che contraevano con il

¹⁶⁵ In realtà vi è una certa contraddizione tra la prima parte del passo in cui si descrive la fattispecie e si dice che il servo '*solebat pro emptore suscipere debitum et solvere*' e la seconda parte in cui, nell'esprimere il suo parere sulla questione, Paolo invece distingue tra il '*solvere debitum pro alio*' e il '*suscipere debitum pro aliis*'. E' probabile, tuttavia, che il parere del giurista fosse più articolato, e ponesse meglio in evidenza per quali ragioni l'attività in questione esorbitasse dalla *praepositio*, e, dunque, non potesse essere fonte di responsabilità per il preponente. Tuttavia, nella parte finale del testo si legge chiaramente la motivazione addotta dal giurista, che è perfettamente coerente alla disciplina classica relativa alle *a.a.q.* Paolo dice espressamente che l'attività assunta dal servo al di fuori della *praepositio* può essere qualificata alla stregua di una *fideiussio* poiché si tratta di '*solvere debitum pro alio*' e non di '*suscipere debitum pro aliis*', e che a tale titolo (*ex causa*) non si soleva dare azione contro il *dominus*.

Ovviamente, trattandosi di un servo il giurista è costretto a riferirsi ad una '*quasi fideiussio*', poiché il servo non può assumere un debito che determina una responsabilità personale, ma un debito che comporta la responsabilità del suo *dominus*.

¹⁶⁶ *Supra*, §§ 2.8.

¹⁶⁷ *Supra*, § 2.8.

magister, chiamandoli a verificare che le somme date a mutuo corrispondessero alle reali necessità connesse allo svolgimento delle attività commerciali a lui affidate.

Ben diversa è la soluzione contenuta nel brano ora esaminato. In questo caso l'attività svolta dal preposto non è prevista nella *praepositio*, ma non è neanche un'attività necessaria o connessa a quella principale affidata allo stesso. Si tratta, invece, di un'attività del tutto differente, che non ha nulla a che vedere con la volontà del preponente o con le necessità dell'attività commerciale affidata al preposto.

Si tratta di un'attività che il preposto ha iniziato e portato avanti in maniera del tutto autonoma rispetto alla *praepositio* a lui affidata. Inoltre, per sancire la responsabilità dell'*exercitor*, non si richiede ai terzi nessuna verifica sul contenuto della *praepositio* o sulla pertinenza delle attività svolte a quelle identificate dalla *praepositio* stessa. Si tutelano i terzi per il solo fatto di aver contrattato con un soggetto che era stato nominato *institor*, senza pretendere verifica alcuna dei poteri che fossero stati a lui affidati dal preponente.

Nel *bilanciamento degli interessi* si privilegia decisamente *la tutela dei terzi*, riconoscendo la responsabilità del preponente per *tutte le attività effettivamente svolte* dal preposto, e non solo per quelle a lui affidate tramite *praepositio* o ad esse strettamente connesse.

Ebbene a noi sembra che nella soluzione suggerita dall'Imperatore e dai suoi funzionari si esprima tutta una *nuova visione* della materia, del tutto estranea alle previsioni originarie degli editti relativi alle *actiones exercitoria* ed *institoria*. Si tratta di un regime che si afferma probabilmente nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, nel momento in cui viene superato il dato tecnico legato alla struttura formulare delle azioni in questione, che - secondo quanto ci è dato sapere - faceva espresso riferimento alla *praepositio* ed al suo contenuto¹⁶⁸.

In conclusione, nel ricostruire il contenuto originario delle disposizioni edittali e della relativa *interpretatio* giurisprudenziale, possiamo legittimamente ritenere che il contenuto della *praepositio* non dipendesse solo dalla volontà del preponente ma si determinasse in concreto, nello svolgimento dell'attività affidata al preposto. Nell'affermare questo non vogliamo, tuttavia, sostenere che nella *praepositio* potessero farsi rientrare tutte le attività che il preposto avesse spontaneamente deciso di intraprendere ed esercitare senza alcuna autorizzazione esplicita.

Il tenore degli editti pretori e delle relative formule sembra escludere tale possibilità. La responsabilità del *dominus*, secondo le previsioni edittali e la giurisprudenza, era limitata alle attività previste nella *praepositio*, e poteva estendersi a ricomprendere *soltanto* quelle che, seppur non espressamente previste, fossero *connesse o necessarie* allo svolgimento di quelle palesemente contemplate.

D'altronde, ad essere affidata al preposto, era lo svolgimento di un'attività e non il compimento di singoli atti. Pertanto il sistema descritto doveva essere funzionale alle esigenze di svolgimento dell'attività commerciale. Non c'è dubbio infatti, che l'attività di

¹⁶⁸ La ricostruzione dell' *actio empti institoria* proposta da Lenel (*EP.*, 263) ha il seguente tenore: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius de Lucio Titio, cum is a N. Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem L. Titium dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio c.s.n.p.a.* In tal senso anche MANTOVANI, *Le formule*, cit., 79-80.

“cooperazione” giuridica ed economica, svolta in maniera stabile e continuativa, richiede una particolare disciplina rispetto alla “cooperazione” delegata in maniera episodica.

In tal senso è facile rendersi conto delle peculiarità della *praepositio* effettuando un semplice confronto, ad esempio, con il regime del mandato, di cui ci occuperemo meglio nei paragrafi successivi¹⁶⁹.

Tutto ciò non significa però che l'attività del preposto, e dunque, la responsabilità del preponente sia del tutto svincolata dalla volontà del preponente e dal suo atto autorizzativo.

Infatti - secondo la disciplina prevista negli editti pretori - i terzi che concludono atti negoziali con il *magister* o con l'*institor*, autorizzati tramite una *praepositio*, fanno affidamento sia su circostanze di carattere ‘oggettivo’, relative all'individuazione delle ‘persone’ legittimate a svolgere l'attività commerciale, sia di carattere ‘oggettivo’, che si riferiscono alle caratteristiche e alle modalità di esplicazione dell'attività svolta¹⁷⁰.

In conclusione, volendo svolgere alcune considerazioni finali sul piano delle qualificazioni giuridiche, possiamo dire che i casi relativi alle *a.a.g.*, ed anche quelli relativi alle *actiones exercitoria* ed *institoria*, non possono considerarsi propriamente dei casi di rappresentanza in senso stretto, anche se non può dubitarsi che si tratta di fenomeni di sostituzione giuridica che comportano la possibilità di porre in essere negozi giuridici in nome e nell'interesse altrui.

Si tratta, infatti, di ipotesi di sostituzione negoziale dotate di ‘peculiarità proprie’, che le caratterizzano rispetto alle altre forme di ‘cooperazione rappresentativa’¹⁷¹.

È innegabile, infatti, che l'attività di cooperazione, svolta in maniera stabile e continuativa, richieda una particolare disciplina rispetto alla cooperazione delegata in maniera episodica; una particolare disciplina, che ogni esperienza giuridica modella a sua misura, ma che deve tener conto, comunque, della diversa natura della collaborazione prestata, e della particolare giustapposizione di interessi, che si realizza, nel primo caso, nel conseguimento di un risultato economico globale, e nell'altro, nel compimento di singoli atti o categorie di atti, che non necessariamente devono coordinarsi per il raggiungimento di un fine economico complessivo.

Ed, in effetti, perché potesse configurarsi tecnicamente una *praepositio* non bastava che ricorressero singoli elementi - quali l'affidamento di una pluralità di negozi e non di

¹⁶⁹ *Infra*, Cap. VII, § 7.5.

¹⁷⁰ Ed, infatti, è proprio in tal modo che si spiega probabilmente la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* nei casi che esamineremo successivamente. In essi, infatti, i giuristi ritengono iniquo concedere l'*actio institoria* diretta non tanto perché il preposto è un *procurator* e non un *institor*, ma anche perché l'attività economica svolta non rientra propriamente nell'ambito identificato dagli editti pretori e dall'interpretazione giurisprudenziale, a cui si applicava specificamente il regime dell'azione in questione; cfr. *infra*, Cap. VIII.

¹⁷¹ L'utilizzazione della categoria moderna della ‘cooperazione rappresentativa’ si spiega in quanto, a nostro parere, essa si attaglia meglio al fenomeno descritto, rispetto ai rigidi schemi dogmatici della rappresentanza diretta ed indiretta. In tal senso ci eravamo già espressi in MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 201 nt. 28, e torneremo ancora a manifestare più puntualmente il nostro pensiero sull'argomento in un altro lavoro già in corso.

singole operazioni¹⁷², o che l'attività da esercitare rientrasse in un ambito ben preciso¹⁷³, oppure che il negozio autorizzativo avesse efficacia non solo interna ma esterna¹⁷⁴ - ma era necessario che ricorresero tutti contestualmente¹⁷⁵.

10 - L'*actio quod iussu* e la rappresentanza.

Nella prospettiva volta a verificare se i casi di *a.a.q.* possano o meno integrare casi di 'rappresentanza', ci sembra di potere affermare che l'*actio de peculio e de in rem verso* esuli dall'ambito della nostra indagine. L'azione in questione, infatti, si riferisce unicamente ad atti negoziali realizzati da soggetti *alieni iuris*; si lega, inoltre, strettamente al regime peculiare, e dunque, ad un particolare ed esclusivo rapporto di natura potestiva che legava il *dominus* al suo servo o *filius*.

Diverso potrebbe essere, per certi versi, il caso dell'*actio quod iussu*¹⁷⁶.

In realtà, sebbene il regime di quest'azione sia simile a quello dell'*actio de peculio* - vista l'originaria e comune riferibilità all'*edictum triplex*¹⁷⁷ - tuttavia, valutandone alcune caratteristiche peculiari, si avverte una certa diversità di regime tra le due azioni. Così, in considerazione della particolare forma dell'atto autorizzativo (*iussum*) che legittima la responsabilità del *pater* o del *dominus*, e della peculiare storia dell'istituto - che per certi aspetti ha una sua vita autonoma rispetto al regime dell'*actio de peculio* - si è spesso ritenuto che l'*actio quod iussu* fosse, tra le *a.a.q.*, quella che più si avvicina al nostro moderno concetto di rappresentanza diretta¹⁷⁸.

In realtà, l'originaria appartenenza all'*edictum triplex*, ci induce a supporre che - quantomeno inizialmente - il regime dell'*actio quod iussu* dovesse essere più vicino a quello dell'*actio de peculio et de in rem verso*, che a quello relativo alle *actiones institoria* ed *exercitoria*¹⁷⁹.

Tuttavia, come dicevamo, studi recenti tendono a porre in evidenza nel regime di quest'azione alcuni elementi 'tipici' del concetto di rappresentanza.

¹⁷² COSTA, *Actio exercitoria ed institoria* cit., 103.

¹⁷³ SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo* cit., 480 ss.

¹⁷⁴ KRELLER, *Formula ad exemplum* cit., 94 ss.

¹⁷⁵ *Supra*, § 2; 2.1.

¹⁷⁶ MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit., 565; CICOGLIA, *Del « Iussus »*, cit., 1906, 5ss; GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 217ss; BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, in *BIDR* 28 (1915) 227ss; SAUTEL, *Note sur l'action «quod iussu»*, cit., 257ss; VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 410; ALBANESE, *Le persone*, cit., 141ss; PILAR, *El iussum*, cit., 87ss; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 345ss; WACKE, *«Fideiusso» = «iussum»?*, cit., 523ss; COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 1-192.

¹⁷⁷ LENEL, *EP.*, 273ss.

¹⁷⁸ Da ultime MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 346, nt. 3, e ampia bibliografia ivi citata; COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 1ss; ID., *Aspetti della sostituzione negoziale*, cit., 8ss.

¹⁷⁹ Abbiamo già chiarito le ragioni che, a nostro parere, hanno spinto Gaio a citare l'*actio quod iussu* al principio della sua trattazione delle *a.a.q.*, e congiuntamente alle *actiones exercitoria* ed *institoria* invece che all'*actio de peculio et de in rem verso*; vd. *supra*, § 2.1.

In realtà, non vi è dubbio che più di un aspetto del regime dell'*actio quod iussu* possa rinviare ad un fenomeno simile alla rappresentanza, visto che la responsabilità del *dominus* sembra essere una *consequenza diretta ed immediata* dell'attività conclusa e realizzata dal suo sottoposto.

Le stesse testimonianze in nostro possesso sono estremamente precise nel chiarire in tal senso la natura ed il regime dell'*actio quod iussu*.

Lo stesso brano con cui Gaio apre, addirittura, la sua trattazione sulle *a.a.q.*, è dedicato all'*actio quod iussu*, ed individua palesemente nel *iussum patris* o *domini* il fondamento della responsabilità *in solidum* dello stesso *pater* o *dominus*:

Gai 4.70: *In primis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.*

A parere di Gaio i presupposti dell'*actio quod iussu* possono ravvisarsi nella conclusione di un negozio da parte di un soggetto a potestà, e nel fatto che il negozio sia stato concluso *iussu patris*.

La responsabilità del *pater* è *in solidum* e trova la sua giustificazione nel fatto evidente che i terzi che contraggono con il *filius* o lo schiavo '*magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur*'.

D'altronde, ci sembra estremamente significativo che Gaio apra la sua trattazione sulle *a.a.q.* proprio con l'*actio quod iussu*, e con il riferimento alla *fides*.

In realtà, molti studiosi ritengono che la menzione iniziale di Gaio sia da ricollegare alla priorità storica dell'azione. Tuttavia, allo stato attuale delle nostre conoscenze, non possiamo affermarlo con certezza¹⁸⁰.

E' verosimile, però, che la scelta del giurista dipenda anche dal fatto che in ordine all'*actio quod iussu* - meglio che per le altre *a.a.q.* - si percepisce la ragione che ha indotto i magistrati alla creazione di tali azioni: il fatto che i terzi nel negoziare seguono principalmente l'affidamento creato dalla figura del *pater* o *dominus*, più che quello ingenerato dal *filius* o dal servo¹⁸¹.

D'altronde nello stesso senso depone un passo di Ulpiano riportato nei *Digesta* in cui si esplicita chiaramente che l'azione viene data *in solidum* contro il *dominus* '*quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*':

¹⁸⁰ Sui rapporti di natura cronologica intercorrenti tra le *a.a.q.* si confrontano orientamenti dottrinari profondamente differenti. In particolare vd. ALBANESE, *Le persone*, cit., 147, nt. 636; 160, il quale propende per la priorità storica dell'*actio quod iussu* rispetto alle altre *a.a.q.*, anche in base alle testimonianze fornite da alcuni testi plautini (PLAUT., *Asin.*, 457; *Capt.* 349). Di parere diametralmente opposto è, invece, VALIÑO, *Las 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 349, il quale ritiene che l'azione in questione sia stata introdotta per ultima. In realtà, le valutazioni di carattere storico rivestono un estremo grado di incertezza per il numero esiguo delle testimonianze e per il carattere risalente delle stesse.

¹⁸¹ D'altronde nel paragrafo successivo (4.71), Gaio specifica chiaramente che '*duas alias actiones*', l'*actio exercitoria* ed *institoria*, furono introdotte '*eadem ratione*'.

D. 15.4.1pr (Ulp. 29 ad ed.): *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet.*

Così, la responsabilità *in solidum* del *pater* o del *dominus*, sancita in giudizio dall'*actio quod iussu*, trova la propria giustificazione nel fatto che l'atto concluso col servo 'è come se fosse stato concluso direttamente col suo avente potestà' («*quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*').

Nello stesso senso può essere interpretato il seguito del commento di Ulpiano:

D. 15.4.1.1 (Ulp. 29 ad ed): *Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: «Quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo», videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*

Il giurista - in maniera ancora più esplicita che per le altre *a.a.q.* - pone l'accento sul fatto che chi contrae col *filius* o col servo è *come se contraesse direttamente con l'avente potestà*. Questi, d'altronde, tramite il *iussum* - in qualsiasi forma esso sia esplicitato - autorizza i terzi a negoziare con il servo o con il *filius* 'periculo suo'.

Il riferimento al '*negotium domini*', che viene concluso esclusivamente a rischio e pericolo del *dominus*, è palese e non lascia margini di dubbio.

Ebbene, va riconosciuto che la dottrina romanistica si è a lungo interrogata sul significato rivestito dal '*iussum*' nel concreto atteggiarsi della pratica negoziale, vista anche l'ampiezza di significati e di applicazioni del termine in questione.

Si tratta, infatti, di un termine che ha una valenza polisemica ed un'ambito di applicazione che spazia dall'ambito pubblicistico a quello privatistico. Inoltre, in tutti gli ambiti in cui trova utilizzato presenta varie accezioni, alcune più generiche, altre, di valenza specifica¹⁸².

Limitando le nostre considerazioni al settore privato, può essere condivisa l'ipotesi di chi riconosce una profonda evoluzione semantica del termine *iussum*, per cui all'originario significato di comando e di ordine indefettibile, si sia sempre più affiancato quello di 'autorizzazione' a compiere un atto o un affare, in un'accezione molto simile a quella assunta dal *mandatum*. Si spiegherebbe, in tal modo, l'uso sinonimico che spesso ricorre nelle fonti letterarie e giuridiche tra i lemmi '*iussum*' e '*mandatum*'¹⁸³.

In realtà, in questi casi si potrebbe legittimamente sospettare che ricorra un uso 'non propriamente tecnico' di entrambi i termini considerati. L'argomento è, tuttavia, di particolare complessità e al tempo stesso di grande interesse, e sarà oggetto di esame più approfondito nei paragrafi successivi¹⁸⁴.

¹⁸² Per un'accurata disamina delle molteplici applicazioni del termine in questione cfr. COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 9ss; 21ss.

¹⁸³ cfr. COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 49ss;

¹⁸⁴ *Infra*, Cap. VI.

In questa sede, vogliamo, invece, soffermarci sull'accezione specifica del *iussum* in relazione all'ambito di applicazione delle *a.a.q.*

Ebbene, in proposito va riconosciuto che non da adito a particolari problemi l'identificazione della struttura e dell'efficacia del *iussum*. Si tratta, infatti, di un esplicito invito rivolto ad un terzo affinché questi concluda uno o più negozi con un determinato servo, assicurando al terzo che il servo indicato negozierà per conto di chi aveva formulato il *iussum*¹⁸⁵.

Molto più complessa, invece, la questione relativa alla natura della responsabilità sancita dall'*actio quod iussu*.

In tal senso risulta particolarmente significativa l'assonanza terminologica tra *iussum* e *fideiussio*, che ha sempre animato le riflessioni dei romanisti, e che li ha indotti, in alcuni casi, a prospettare addirittura una possibile equivalenza tra *iussum* e *fideiussio*¹⁸⁶.

¹⁸⁵ ALBANESE, *Le Persone*, cit., 146-147.

¹⁸⁶ Sui rapporti intercorrenti tra *iussum* e *fideiussio* si sono pronunciati diversi studiosi. A favore dell'esistenza di una forte «affinità» e similitudine tra i due istituti si sono pronunciati FLUHME, *Studien zur Akzessorietät*, cit., 39ss; SAUTEL, *Note sur l'action "quod iussu"*, cit., 261; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., 12ss, e da ultima MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 359. In senso contrario, invece, PERNICE, *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhdt. Der Kaiserzeit* 1, Halle, 1873, 510; BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 228; SEGRÈ, *Le garanzie personali. Corso di diritto Romano a.a. 1933-1934*, Torino, 1934, 506ss; VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis"*, cit., 414ss, e recentemente WACKE, «*Fideiussio*» = «*iussum*»?, cit., 527ss.

I fautori del primo orientamento, e, in particolare, Frezza ritenevano che le analogie tra la disciplina della responsabilità del fideiussore e quella *quod iussu* del *pater familias* non si limitassero all'assonanza terminologica. Infatti, oltre al richiamo comune alla *fides* (Gai 4.70; I. 4.7.1), il *iussum domini* e la *fideiussio* avrebbero per oggetto caratteristico le obbligazioni dei servi (Gai 3.119a). D'altronde, dalle fonti si desumerebbe che i giuristi romani consideravano la responsabilità *quod iussu* del *pater* e quella del fideiussore come due responsabilità che si atteggiavano analogamente (D. 47.2.14.20(?); D. 45.1.91.4-5; D. 34.3.5.4; D. 16.3.1.14.) «Di conseguenza» - diceva Frezza - «anche là, dove i giuristi vogliono mettere in evidenza le differenze che passano fra la *fideiussio* e la responsabilità *quod iussu*, lo fanno dandoci la prova che la fissazione di queste differenze è il risultato di un sottile lavoro di analisi, di penetrazione nella profonda struttura di due fattispecie, che mostravano a prima vista piuttosto le somiglianze che le differenze di regime: D. 15.4.1.4-5 (p. 13)». Su quest'ultimo brano ci soffermeremo in maniera dettagliata più avanti; v. *infra*, nt. 186. Per quanto riguarda, invece, le altre considerazioni svolte dall'A. vogliamo manifestare sin d'ora le nostre perplessità.

Innanzitutto, va considerato che solo in alcuni casi la *fideiussio* aveva ad oggetto le *obligationes* dei servi, non era certo la regola.

Inoltre, i brani addotti dallo studioso a conferma della sua ipotesi in certi casi e per certi effetti sembrano assimilare il *iussum* alla *fideiussio* (D. 16.3.1.14; D. 45.1.91.4-5). Altri brani, invece, mostrano chiaramente che le due figure considerate e la responsabilità da esse derivanti si atteggiavano diversamente, e che le differenze fra loro intercorrenti sono profonde e nettamente delineate. Basta leggere alcuni di essi per rendersene immediatamente conto: D. 34.3.5.4 (Ulp. 23 *ad Sab*): *Idem Iulianus scripsit, si pro filio pater fideiusserit eique liberatio sit legata, eum pacto liberandum quasi fideiussorem, non quasi patrem, et ideo de peculio posse conveniri. Hoc ita demum putat, si dumtaxat quasi fideiussorem eum voluit testator liberari: ceterum si et quasi patrem, et de peculio erit liberandus*. Il brano in questione riguarda il *legatum liberationis* e prevede che se il *pater* ha prestato fideiussione nei confronti del *filius* e a lui sia legata *liberatio* per il debito assunto, questi va liberato tramite patto dall'obbligazione derivante dalla *fideiussio*, ferma restando la possibilità di essere convenuto *de peculio*.

In realtà l'argomento si presenta di particolare interesse in quanto permette di precisare e chiarire meglio proprio la natura dell'*actio quod iussu*.

Infatti, i giuristi romani intervengono frequentemente nei loro responsi a chiarire il rapporto esistente tra *iussum* e *fideiussio*, pronunciandosi chiaramente in ordine alla natura giuridica e ai profili funzionali inerenti ai due istituti.

Così, ad esempio, lo stesso Ulpiano manifesta chiaramente il suo pensiero in un passo del suo lungo commentario all'editto:

D. 15.4.1.5 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.*

La questione esaminata riguarda l'efficacia della *fideiussio* prestata dal *dominus*¹⁸⁷ a favore del servo. Nel dare una risposta Ulpiano aderisce perfettamente all'opinione di Marcello (*quae sententia verior est*) ritenendo senza alcuna esitazione che se il *dominus* presta *fideiussio* per il servo, non può essere obbligato *quod iussu* poiché *quasi extraneus enim*

Ciò avviene nel caso che il testatore voglia liberare il *pater* solo dall'obbligazione assunta tramite *fideiussio*. Altrimenti, qualora abbia manifestato la volontà di liberarlo anche dall'obbligazione che incombe su di lui in quanto titolare del rapporto potestativo (*quasi patrem*), allora dovrà essere liberato anche *de peculio*. Il caso è quello del servo dotato di peculio che abbia concluso un negozio, e a favore del quale il *pater* abbia prestato *fideiussio*. In questo caso, sul padre incombe una doppia responsabilità, l'una derivante dall'atto negoziale concluso dal servo nei limiti del peculio, l'altra, invece, derivante dalla fideiussione assunta a vantaggio del *filius* stesso. Si tratta, dunque, di due responsabilità differenti, sancite da due diverse azioni. Tanto è vero che il testatore può liberare il *pater* dalla responsabilità derivante dalla *fideiussio* e lasciare che sia conveniente *de peculio*, oppure può liberarlo da entrambe le responsabilità.

Ebbene, a noi sembra - come chiariremo meglio successivamente (*infra*, ntt. 185ss.) - che la responsabilità che fa capo al *pater*, qualora presti fideiussione, e quella sancita tramite le *a.a.q.* si atteggiino in maniera profondamente diversa, e siano del tutto distinte.

La tesi dell'identità funzionale tra *iussum* e *fideiussio*, invece, è stata nuovamente prospettata da MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 359 la quale - sulla base di alcune testimonianze presenti nel Digesto e, soprattutto, in riferimento alla testimonianza contenuta nella Tav. Pomp. 7 - ritiene che «.. il *iussum domini* non avesse tipicamente la funzione di consentire al servo di negoziare nell'interesse del *dominus*, ma anche quello di apprestargli una sorta di garanzia per l'attività eventualmente svolta *peculiari nomine*...». Di conseguenza, «...lo *iussum* sarebbe uno strumento flessibile che permetterebbe al servo di negoziare per conto del suo *dominus*, ma idoneo a consentire al *dominus* di sostenere l'attività propria del servo» (p. 366). Per quanto riguarda, specificamente, la Tav. Pomp. 7 ci sembrano maggiormente plausibili le considerazioni svolte da SERRAO, *Minima de Diogneto et Hesico. Gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 55, volte a precisare che nella fattispecie descritta il servo agisce nell'interesse del *dominus* e non nel proprio. Per quanto concerne le altre fonti citate da Monteverdi, alcune di esse saranno oggetto d'esame successivamente (D. 15.4.1.5; *infra*, nt. 185; D. 16.1.25 pr.; *infra*, nt. 192), ma va detto fin d'ora che nessuna di esse ci permette di affermare con la dovuta certezza che il *iussum* avesse anche la funzione di garantire l'attività svolta dal servo nel proprio interesse. In tal senso *praecipue* WACKE, *Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 529ss, su cui *infra*, nt. 187; nt. 191.

¹⁸⁷ Il riferimento al *dominus* è evidente nel frammento precedente: D. 15.4.1.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod iussu.*

intervenerit. Una cosa è infatti *fideiubere*, altro è, invece, *iubere*. Di conseguenza, qualora la *fideiussio* dovesse essere inficiata da un vizio che ne comporta l'invalidità, il soggetto che l'ha prestata non *'obligari quasi iusserit'*.

La dottrina si è occupata del brano proponendone diverse interpretazioni¹⁸⁸. Ci sembra particolarmente significativa in tal senso quella espressa da Wacke¹⁸⁹, il quale non ha dubbi nell'identificare la differenza profonda intercorrente tra *iussum* e *fideiussio*: «Der unterschiedliche Sinngehalt beider Rechtsinstitute spricht demnach gegen eine Umdeutung: mit einem *iussum* lässt der Gewalthaber die Erklärung seines Sohnes oder Sklaven als eigene gelten, er zieht die Folgen als Hauptschuldner auf sich, so wie wenn er selber in eigener Angelegenheit kontrahiert hätte, vgl. *quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*, bzw. *periculo meo*' in D. 15.4.1 pr. § 1; der handelnde Gewaltunterworfenen ist nur Abschlussgehilfe. Für die hinzutretenden Bürgen bleibt die Hauptschuld hingegen regelmässig eine fremde».

Col *iussum*, infatti, il *dominus* o il *pater* riconoscono che la dichiarazione dei loro sottoposti possa valere come propria. Infatti, nel momento in cui il *dominus* o il *pater* prestano il *iussum*, costituiscono *'se stessi come debitori principali'* a fronte del terzo creditore, come se avessero concluso in prima persona il negozio in questione. Questo, d'altronde, è il significato del brano del commentario all'editto di Ulpiano (D. 15.4.1)¹⁹⁰, o dell'affermazione iniziale di Gaio (Gai 4.70)¹⁹¹.

Di conseguenza, nel caso del *iussum* si configura in capo al *dominus* o *pater* una responsabilità *diretta e personale*.

Nel caso della *fideiussio*, invece, sul garante grava soltanto una responsabilità indiretta, visto che questo soggetto aggiunge la propria responsabilità a quella del debitore principale, rimanendo *'estraneo'* al negozio concluso (*'quasi extraneus enim intervenerit'*). E ciò vale - a parere di Marcello - anche se è lo stesso *dominus* a prestare la *fideiussio*.

E, in effetti, è così diversa la posizione giuridica assunta dall'avente potestà nel caso in cui presti il suo *iussum* da quella in cui, invece, presti fideiussione per il *filius* o il servo, che i giuristi romani non consentono la conversione di una *fideiussio* invalida in un *iussum* valido.

La semplificazione è forse eccessiva, ma d'altronde sono gli stessi giuristi romani a prospettarla. Non vi è dubbio che la contrapposizione in termini così netti vale soltanto per l'esperienza moderna, mentre nel diritto romano essa risulta più attenuata, considerato che tra i soggetti *alieni iuris* e i loro aventi potestà non può prospettarsi un vero e proprio rapporto di estraneità.

¹⁸⁸ Sul brano, PERNICE, *Labeo*, cit., 510; BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 231; FREZZA, *Le garanzie personali*, cit., 13; SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 408ss; SAUTEL, *Note sur l'action "quod iussu"*, cit., 261; VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis"*, cit., 451; BUTI, *Op. cit.*, 189, nt.93; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 364; WACKE, *Fideiussio* = *"iussum"*?, cit., 527ss.

¹⁸⁹ *Fideiussio* = *"iussum"*?, cit., 529.

¹⁹⁰ *Supra*, nt. 180.

¹⁹¹ *Supra*, nt.178.

Tuttavia, anche per i giuristi romani la differenza era chiara. Infatti, essi stessi avevano ammesso la possibilità che il *pater* o il *dominus* - oltre ad assumersi una responsabilità a titolo personale per gli atti compiuti da *fili* e servi nell'ambito del *peculium*, della *praepositio* o della concessione di un *iussum* - potessero anche prestare *fideiussio* a favore degli stessi soggetti, al pari dei terzi estranei. Quest'ultima possibilità era stata ammessa proprio per consentire agli aventi potestà di intervenire a favore dei loro sottoposti 'quasi estranei', limitando dunque la loro responsabilità. Le soluzioni tecniche che ne aveva permesso la realizzazione concreta erano state la creazione dell'*o.n.* per il servo, e l'ammissione della possibilità di obbligarsi autonomamente per i *fili*.

Infatti, nel caso in cui il *dominus* o *pater* prestavano una *fideiussio* non assumevano una responsabilità diretta nei confronti dei terzi, ma si obbligavano unicamente a garantire le obbligazioni assunte da *fili* e schiavi nei confronti dei terzi. Gli scopi pratici perseguiti e i vantaggi che potevano derivarne erano numerosi¹⁹².

Il caso contemplato in D.15.4.1.5 né è una palese manifestazione. Infatti, ancora una volta Wacke¹⁹³ coglie il nocciolo della questione quando afferma che "Das "Fremdschaft" *fideiussio* umzudeuten in ein "Eigenschaft" darlehnsaufnahme, bedeutete eine Haftungsverhärfung und widerspräche dem Willen eines bürgenden Gewalthabers".

L'eventuale invalidità o inefficacia della *fideiussio* non poteva comportare in alcun modo una 'conversione' della stessa *fideiussio* in un *iussum*, in modo tale da determinare la convenibilità del *pater* con l'*actio quod iussu*. Tale interpretazione si sarebbe risolta in un 'totale travolgimento' della volontà chiaramente manifestata dal *pater* di volere assumere solo la funzione di garante, ed in un 'indebito aggravamento' della posizione dello stesso *dominus*, che non poteva certo trovare riconoscimento nel responso del giurista.

A tal proposito è possibile ricordare anche un responso di Modestino dal quale si evince molto chiaramente che il *iussum* determina una responsabilità personale e diretta in capo a chi lo emana:

D. 16.1.25 pr. (Modest. *lib. sing. de heurem.*): *Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur. 1. Quod si pro eo fideiusserit, exceptio senatus consulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.*

Secondo il giurista se una *domina* presta un *iussum* affinché sia fatto credito al suo servo, essa sarà tenuta con l'*actio quod iussu*. Se, invece, presta fideiussione per il servo, non sarà convenibile in giudizio. Infatti, nel caso che abbia prestato fideiussione potrà opporre al creditore l'*exceptio Senatusconsulti Velleiani*, sempre che non abbia prestato la garanzia '*pro suo negotio*'¹⁹⁴.

¹⁹² v., MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 158ss.

¹⁹³ *Op. ult. cit.*, 529.

¹⁹⁴ Non ci sembrano fondati i sospetti di interpolazione avanzati da BORTOLUCCI (*Il mandato di credito*, cit., 299, nt. 2) sull'inciso finale del brano '*nisi pro suo negotio hoc fecerit*'. L'autore, infatti, non adduce alcuna ragione di ordine sostanziale o formale di una certa rilevanza che possa giustificarli.

Il *Sc. Velleianum*, infatti, aveva fatto divieto alle donne di *intercedere pro alio*¹⁹⁵, pertanto qualora la *domina* presti *fideiussio* a favore del servo, l'atto da lei concluso, configurando una *intercessio pro alio*, rientra perfettamente nell'ambito di applicazione del *Senatusconsultum Velleianum*. Di conseguenza, essa può difendersi opponendo l'*exceptio* prevista dal senatoconsulto in questione.

Nel caso, invece, che la *domina* '*servo suo credi iusserit*', invece, il giurista non ha esitazioni nell'affermare che sarà convenibile in giudizio tramite l'*actio quod iussu*.

A nostro parere l'interpretazione del brano non da adito ad alcun dubbio. In quest'ultimo caso, infatti, l'azione è proponibile nei confronti della *domina* senza incappare nel divieto del senatoconsulto, proprio perché col *iussum* essa non intercede *pro alio* ma assume una *responsabilità propria*.

La riprova è costituita dal fatto che l'opponibilità dell'*exceptio Senatusconsulti Velleiani* viene meno nel caso in cui la *fideiussio* è stata prestata dalla *domina* '*pro suo negotio*'. In questo caso, infatti, l'atto è stato compiuto nell'interesse esclusivo della *domina*, e, quindi, non si può invocare la difesa apprestata dal *Sc. Velleianum*.

Pertanto, possiamo concludere l'esame dei brani relativi all'*actio quod iussu* rilevando come il *iussum* determinava in capo al *dominus* o *pater* una responsabilità personale e diretta, come se il terzo avesse direttamente contrattato con lo stesso soggetto esercente la potestà.

Ovviamente tale responsabilità rinvia ad un'accezione ristretta e tecnica del *iussum* che non consiste in una mera esortazione o ordine liberamente impartito al servo al figlio.

Sembra necessario, infatti, che la volontà del *dominus* fosse manifestata compiutamente e in modo tale da essere conosciuta dai terzi. Il *iussum* può essere dato davanti a testimoni o per lettera¹⁹⁶. Può concretizzarsi, inoltre, nell'espressa sottoscrizione del *chirographum* del servo¹⁹⁷, oppure, nel caso in cui l'avente potestà sia presente insieme al servo alla conclusione dell'atto negoziale, può manifestare il *iussum* contestualmente alla stipulazione stessa dell'atto¹⁹⁸.

Di conseguenza la semplice esortazione del *dominus* non può configurare alcuna responsabilità diretta ed *in solidum* del *dominus*, ma solo una responsabilità de peculio. In tal senso risulta significativo un brano di Paolo:

D. 4.3.20 pr. (Paul 11 *ad ed*): *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te*

¹⁹⁵ D. 16.1.2.1 (Ulp. 29 *ad ed*): *Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: «Quod Marcus Silanus et Vellaeus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur».*

¹⁹⁶ D. 15.4.1.1 (Ulp. 29 *ad ed*).

¹⁹⁷ D. 15.4.1.4 (Ulp. 29 *ad ed*).

¹⁹⁸ Tav. Pomp. 7.

dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.

E, infatti, nel caso in cui il servo, spinto (*hortatu*) dal suo *dominus*, prenda denaro a mutuo da un terzo per assolvere ad un debito che egli stesso ha nei confronti del suo *dominus*, se nulla vi è nel peculio, e nessun arricchimento ne è derivato al *dominus*, allora dovrà concedersi al terzo l'*actio de dolo*¹⁹⁹.

E' inevitabile interrogarsi sulle ragioni che in questo caso portano ad escludere la concessione dell'*actio quod iussu* al terzo.

Una prima ragione potrebbe essere individuata in una eventuale «tipicità» del *iussum*, in virtù della quale era necessario che l'ordine fosse dato secondo «modalità» ben individuate. Ma in realtà, non abbiamo fonti che possano indurci ad affermare con la dovuta certezza che il *iussum* dovesse rivestire forme rigorosamente determinate²⁰⁰. Tuttavia, tutto lascia intendere che la volontà del *dominus* che autorizzava i terzi a contrarre con il servo o il *filius* doveva essere manifestata chiaramente ed espressamente.

Ebbene, a noi sembra che nel caso trattato da Paolo, il *dominus* non sia intervenuto manifestando palesemente la volontà di assumersi personalmente e per intero la responsabilità derivante dal negozio concluso, ma che si sia solo limitato ad esortare il servo a concluderlo.

Il servo, quindi, sebbene sia stato incitato dal *dominus*, ha concluso il negozio di propria iniziativa, e di conseguenza la responsabilità che può derivare in capo al *dominus* è solo una responsabilità limitata al peculio e all'*in rem versio*.

Inoltre, qualora non vi siano i presupposti concreti per l'esercizio di quest'ultima azione, in quanto non vi sono beni peculiari su cui soddisfarsi, né si è configurato un arricchimento in capo al *dominus*, non resta altro che servirsi di un mezzo sussidiario quale l'*actio de dolo*.

In conclusione, volendo formulare delle considerazioni finali sulla natura dell'*actio quod iussu* non si può non prendere le mosse dall'originaria riferibilità all'*edictum triplex*²⁰¹, che ci induce a pensare che - quantomeno inizialmente - il regime dell'*actio quod iussu* dovesse essere più vicino a quello dell'*actio de peculio et de in rem verso* che a quello relativo alle *actiones institoria* ed *exercitoria*.

Allo stato delle nostre conoscenze è estremamente difficile ricostruire il rapporto originario intercorrente tra l'*actio quod iussu* e l'*actio de peculio et de in rem verso*, e le complesse vicende di trasformazione storica subite.

¹⁹⁹ ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *AUPA* 28 (1961) 278ss; VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 417ss; LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, 153; BETTI, *La problematica del dolo processuale I*, 1973, 262ss; VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 145; MICOLIER, *Pécule*, cit., 199; G. E. LONGO, *Concetto e limiti*, cit., 109ss; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana, I*, Milano, 1973, 262ss; BUTI, *Op. cit.*, 74ss; MANTELLO, *Beneficium servile*, 264ss; MACCORMACK, *The early history of the 'Actio de in rem verso' (Alfenus to Labeo)*, in St. Biscardi, II (1982), 335; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 335; WACKE, *Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 529.

²⁰⁰ *Supra*, ntt. 194-196.

²⁰¹ LENEL, *EP*, cit., 273.

L'ipotesi più probabile è che anche l'*actio quod iussu* presupponesse all'origine l'esistenza del peculio, o meglio di uno schiavo o *filius* dotato di *peculium*. Anzi, in base alle fonti documentali in nostro possesso, può anche supporre che in questi casi si facesse ricorso al *iussum* ove si volesse, «per motivi vari, ma specie per opportunità commerciali, creare maggiori garanzie a clienti»²⁰².

Lo scopo era quello di rafforzare la «*Kreditwürdigkeit*» del *filius* o del servo²⁰³ per i negozi conclusi nell'interesse del *pater* o del *dominus* che avevano prestato il *iussum*, e non certo quello di fornire autonoma garanzia per i negozi conclusi da servi e *fili* nel proprio esclusivo interesse.

Di conseguenza, non ci sembra corretto valutare la responsabilità del *dominus* o *pater* derivante dal *iussum* alla stregua di quella discendente da un rapporto di garanzia, in cui il garante interviene per rafforzare la posizione dell'obbligato principale, aggiungendo la propria responsabilità personale a quella di un altro soggetto.

La responsabilità che nasce, invece, dal negozio concluso in seguito al *iussum* è unica, ed è quella che sorge in capo al *dominus* o *pater* che hanno prestato il *iussum* in questione.

Tanto è vero che, in relazione all'*actio quod iussu*, i giuristi romani - in maniera ancora più esplicita che per le altre *a.a.q.* - pongono l'accento sul fatto che chi contrae col *filius* o col servo è come se contraesse direttamente con l'avente potestà («*quodammodo cum eo contrahitur qui inbet*»)²⁰⁴. Questi, d'altronde, autorizza i terzi a contrarre col servo o col *filius* e a '*negotium gerere periculo suo*', e pertanto, il negozio viene concluso esclusivamente a rischio e pericolo del *dominus* (D. 15.4.1.1).

Di conseguenza se è vero che l'*actio quod iussu* era ricompresa nell'*edictum triplex*, pur ipotizzando una certa differenza di regime tra le azioni che lo componevano, non possiamo pensare, tuttavia, che la struttura formulare e lo scopo perseguito da ciascuna di esse fossero profondamente differenti. Soprattutto, non possiamo credere che l'*actio quod*

²⁰² SERRAO, *Minima de Diogneto et Hesico*, cit., 55. L'A., in particolare, è del parere che solitamente il *dominus* rispondesse con l'*actio de peculio et de in rem verso*, e che, ove vi fosse questo speciale intervento, avrebbe assunto la responsabilità in solido. Questo, infatti, sarebbe proprio il caso previsto dalla Tav. Pomp. 7 (*supra*, nt. 184), e in tal modo si spiegherebbe anche la presenza del *dominus* alla conclusione del contratto e alla redazione del chirografo, e la sua partecipazione in qualità di *signator*. D'altronde - conclude Serrao - «...ove si tenga presente il contenuto dell'editto *Quod cum eo qui in alterius potestate esset negotium gestum erit* (Ulp. 29 *ad ed.* in D. 15.1.1.2), quale risultante dai frammenti dei giureconsulti (cfr. Ulp. 29 *ad ed.* in D. 15.1.1.1 e 14.5.2 pr.; Gai 9 *ad ed. prov.* in D. 14.5.1) e quale esattamente ricostruito da Lenel, non è difficile accorgersi come il chirografo di *Diognetus* si adegui perfettamente ai principi stabiliti dal pretore col *triplex edictum*, secondo il quale il *dominus* era chiamato a rispondere con l'*actio de peculio et de in rem verso* se l'incremento patrimoniale derivante dal contratto concluso dallo schiavo era rimasto nelle mani dello schiavo stesso o era passato nel patrimonio del *dominus* medesimo, ovvero con l'*actio quod iussu* se il contratto era stato concluso *iussu dominis*».

²⁰³ *Precipue WACKE, Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 529. La funzione del *iussum* è quella di rafforzare la posizione del servo nei confronti dei terzi, per assicurare loro che il suo operato sarà riconosciuto pienamente dal *dominus* o *pater*, o meglio che avrà dirette conseguenze nella sfera giuridica di questi ultimi soggetti.

²⁰⁴ D.15.4.1 ((Ulp. 29 *ad ed.*).

iussu sanzionasse una responsabilità diretta del *dominus* o *pater*, e, invece, l'*actio de peculio et de in rem verso* quella del servo o del *filius*, e solo indirettamente quella dei loro aventi potestà.

D'altronde, abbiamo esposto precedentemente²⁰⁵ ben altre ragioni che ci portano ad escludere quest'ultima affermazione.

Al contempo, le stesse ragioni che ci inducono ad assimilare il regime dell'*actio quod iussu* a quello delle altre *a.a.q.*, ci inducono anche ad *escludere che si tratti di rappresentanza in senso proprio*.

A tal proposito la dottrina più recente tende a riconoscere che la funzione del *iussum* sia quella di consentire che il servo o il *filius*, previa esplicita autorizzazione, possano concludere un atto negoziale nell'interesse del *dominus* o *pater*, secondo uno schema che sarebbe equiparabile in qualche modo a quello della moderna rappresentanza diretta²⁰⁶.

E' chiaro, tuttavia, che la similitudine è prospettabile in senso molto lato, in quanto nell'esperienza romana il rapporto giuridico diretto che si instaura tra il terzo e l'avente potestà in base al *iussum* non deriva da un vero e proprio rapporto di 'rappresentanza', ma - almeno originariamente - dall'*unità strutturale e funzionale* della *familia* romana che vede nel *dominus* o *pater* l'unico soggetto dotato di capacità giuridico-patrimoniale²⁰⁷.

Va considerato, infatti, che nel caso dell'*actio quod iussu*, l'attività negoziale veniva realizzata da un soggetto *alieni iuris*. Questo è il dato che emerge chiaramente dalle fonti²⁰⁸. Ad un certo momento dell'evoluzione storica, tuttavia, il *iussum* venne utilizzato anche con riguardo ad attività realizzate da soggetti liberi. Ed è proprio in riferimento a queste ultimi casi che può forse parlarsi propriamente di rappresentanza.

Le testimonianze in questione non sono numerose, e sono state sospettate di interpolazione²⁰⁹. In ogni caso, anche a volerne ammettere l'autenticità, va riconosciuto che non presentano un carattere omogeneo, nè sembrano riferirsi ad una regola consolidata. Si tratta, infatti, solo di soluzioni singolari, dotate di carattere specifico, su cui torneremo più avanti per chiarirne meglio il significato.

²⁰⁵ *Supra*, §§ 2.2.; 2.3; 2.4; 2.5.

²⁰⁶ Cfr. MONTEVERDI, *Tab. Pomp.* 7., cit., 346, nt. 3; COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 169ss.

²⁰⁷ *Supra*, § 2.2.

²⁰⁸ Gai 4.70 etcc

²⁰⁹ *Paul Sent.* 5.8 (su cui *infra*, cap. IV, § 8); D.17.2.84. Sui passi in questione da ultima COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 131ss; 143 ss.ID., *Aspetti della sostituzione negoziale*, cit., 11, nt. 44.

CAPITOLO III

PROCURATOR : ORIGINE, FUNZIONE, POTERI.

1 Il procurator, la familia e la gestione dei latifundia.

Il procurator è uno degli istituti più discussi del diritto romano, sul quale ancora oggi viggono forti controversie in dottrina¹. Chiunque tenti di occuparsene, infatti, va incontro

¹ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 250 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, III, cit., 287 ss.; SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig 1881; ID., *Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen II*, Leipzig 1902; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in *Studi dell'Isti.giuri.dell'Università di Pavia*, 16 (1921) 87, ora in *Studi Albertario*, 3, in *Studi Albertario III*, Milano, 1936, 497 ss.; LE BRAS, *L'évolution générale du procureur*, Paris, 1922; DONATUTI, *Studi sul "procurator". Dell'obbligo di prestare la "cautio ratam rem dominum habiturum"*, in *Arch. giur.* (1923) 190 ss.; FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio in römischen Recht*, in *Mélanges Cornil I*, Parigi, 1929, 327 ss.; ID., *Da Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di S. Riccobono IV*, Palermo, 1936, 339 s.; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 389 ss.; ID., *La giurisprudenza classica come fattore*, cit., 41 ss.; RABEL, *Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Bologna-Roma, 17-27 Aprile 1933*, 1, Pavia, 1934, 235 ss.; SCIALOJA, *Studi giuridici*, cit., 101 s.; SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, cit., 277 s.; ID., *La definizione del procuratore*, cit., 557; ID., *Procuratori senza mandato*, cit., 569 ss.; *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, cit., 601 ss.; ID., *Il procurator ad litem*, in *Atti Napoli* 62 (1941) 162 ss.; DE ROBERTIS, "Invitus Procurator". *Appunti sul "procurator" nel diritto classico romano*, in *Annali Bari* 1 (1934) 188 ss.; SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 1 ss.; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Padova, 1950, 37 ss.; BRETONI, "Adquisitio per procuratorem"?, in *Labeo* 1 (1955), 280 ss.; MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in *SDHI.* 28 (1962) 109 ss.; QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*) cit., 417 ss.; ID., *Dal procurator al mandatario*, in *Annali Bari*, 18 (1963), 1-38; ID., *D. 3.3.1pr e la definizione di "procurator"* cit., 211 s.; PROVERA, *Mandato: negozio giuridico (Storia)*, in *Enciclopedia del dir.* XXV, Milano, 1975, 310 ss.; MILELLA, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari* (1966); WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961; ID., *Acquisition of ownership by 'traditio' to an 'extraneus'*, in *SDHI.* 33 (1967), 189 ss.; SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht*, Köln-Graz, 1968; NICOSIA, voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), in *Enciclopedia del dir.* XVIII, Milano, 1969 628 ss.; ID., *Studi sulla deiectio I*, Milano, 1965, 119 ss.; ID., *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, Milano, 1960; MICHEL, *Quelque observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, in *Études offertes à J. Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970; ANGELINI, *Il procurator*, Milano, 1971; BURDESE, *Sul procurator (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI.* 37 (1971) 307 ss.; CORBINO, *La legittimazione a 'mancipare' per incarico del proprietario*, in *IVRA* 27 (1976) 50 ss.; ID., *La "pro Caecina" di Cicerone e l'acquisto della proprietà mediante intermediario estraneo*, in *Studi in onore di A. Biscardi III*, Milano, 1982, 277 ss.; FABRE, *Libertus Patrons et affranchis à Rome*, Parigi, 1981; NÖRR-NASHIMURA, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York, 1993.

a notevoli difficoltà derivanti, per un verso, dall'*incertezza* e dalla *contraddittorietà* delle fonti, ma anche dalla considerevole *mole di opinioni dottrinali* che negli anni si è accumulata sulle stesse.

Le difficoltà si accrescono ulteriormente se l'intento perseguito è quello di realizzare un *quadro complessivo* che consenta di valutare unitariamente i diversi profili che attengono alla storia e alla disciplina dell'istituto, e di cogliere, ove possibile, anche i rapporti intercorrenti con le altre figure di sostituzione negoziale, soffermandosi, in particolare, sul complesso processo di avvicinamento e 'sovrapposizione'² al contratto di mandato.

Si tratta di un'indagine complessa, ma forse necessaria ed imprescindibile per un'adeguata comprensione della natura e della disciplina applicabile alla figura del *procurator*.

Bisogna, infatti, considerare che spesso le opinioni della dottrina sul tema sono state fortemente condizionate da alcune impostazioni dogmatiche moderne, ed in particolare, dalle posizioni concettuali della dottrina tedesca del XIX sec³.

In realtà, pur apprezzando il valore e l'alto spessore degli studi considerati, va tuttavia riconosciuto che in essi veniva spesso proposta non una visione storica, ma dogmatica delle fonti romane, che ha condotto spesso ad una *lettura falsata* delle stesse fonti. Si è trascurata, così, la considerazione dell'evoluzione storica del *procurator* e del suo regime, anche e soprattutto in rapporto alla parallela e contigua storia del mandato.

Inoltre, si è spesso cercato di risolvere le complesse problematiche sollevate dalle fonti, considerando il sistema romano *unicamente come un sistema ordinato di concetti, trascurando spesso l'origine e la peculiare formazione storica dei concetti* in questione e le loro progressive trasformazioni.

Si tratta, invece, di esaminare i principali aspetti della figura e della disciplina del *procurator* rivalutando e considerando adeguatamente - ove possibile - il contesto in cui sono maturati ed evoluti. Per quanto possibile, infatti, e compatibilmente con l'esiguità delle fonti preclassiche, bisogna preliminarmente occuparsi anche di alcuni aspetti relativi alla configurazione originaria della stessa figura

In tal senso, va riconosciuto allo Schlossmann⁴, prima, e all'Angelini⁵, in seguito, il merito di aver posto in luce la peculiare connotazione sociale ed economica del *procurator*, l'ambito particolare di svolgimento della sua attività giuridica, la peculiare posizione assunta dallo stesso, chiaramente distinta dalle altre insistenti nello stesso contesto, come ad esempio quella del *vilicus*.

² In questi termini si esprime ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 48: «Il problema che infatti si pone a questo punto della nostra indagine è di vedere fino a qual punto mandato e procura abbiano conservato nell'ulteriore evoluzione giuridica dell'età classica la reciproca autonomia, e per quanta parte invece i due istituti si siano l'uno a l'altro sovrapposti, in modo che una zona più o meno larga divenisse comune ad entrambi».

³ *Supra*, nt. 22; 25.

⁴ *Der Besitzerwerb durch Dritte* cit., 12 ss.

⁵ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 81 ss.

D'altronde, vi è un dato che sembra emergere con chiarezza dalle fonti, e riguarda proprio lo specifico contesto economico - giuridico in cui si afferma e specializza la figura del *procurator*.

In particolare risultano interessanti le indagini svolte dall'Angelini sulla scorta delle opere degli *scriptores rei rusticae*⁶, cioè di quegli scrittori che più si impegnarono a descrivere le strutture economiche ed i rapporti di produzione della società romana.

Dall'esame di tali opere, l'Autore⁷, infatti, ha ricavato l'immagine di un *procurator* quale soggetto di solito sovraordinato al *vilicus*, posto al vertice dell'organizzazione produttiva fondiaria, che trovava normalmente la sua stabile funzione soltanto in una proprietà composta da più tenute.

Si tratta, di una figura, normalmente legata all'organizzazione dei *latifundia*, alla concentrazione della proprietà terriera. Tanto è vero che nel *de agri cultura* di Catone scritto a metà circa del II sec. a.C., quando il processo di concentrazione delle terre è ancora al suo inizio, non si cita il *procurator*⁸. Il modello descritto è, infatti, quello di una tenuta di modeste dimensioni, in cui il *dominus* personalmente si occupa di tutti gli affari che ad essa si riferiscono.

Precisa, infatti, Angelini⁹ che « al tempo di Catone le dimensioni normali dei possedimenti fondiari erano troppo piccole, il processo di concentrazione fondiaria ancora troppo poco sviluppato, per rendere necessario il diffondersi in Italia di una figura di operatore economico sovrapposta al *vilicus*... E' evidente, allora, che mancavano le condizioni per la creazione e la diffusione della figura del *procurator*; esse si presenteranno solo nella seconda metà del II sec. a.C., quando, consolidatosi il dominio di Roma nel mediterraneo, il processo di accaparramento di terre sempre più vaste e lontane dalla capitale porrà il problema di una loro gestione attraverso agenti fidati. Non per niente, a parte della testimonianza di Plauto¹⁰ (che documenta più sull'origine del nome, che su quella dell'istituto), la più antica e sicura prova dell'esistenza del *procurator*, data dalla *lex agraria* del 111 a.C., riguarda proprio l'*Ager Africanus*¹¹».

⁶ VARR., *libri r.r.* 3.6.3; COLUM., *libri r.r.* 1.6.7; 1.6.23; 9.9.2; PALLAD., *libri r.r.* 1.36.

⁷ ANGELINI, *Il procurator* cit., 60.

⁸ ANGELINI, *Il procurator* cit., 63-64.

⁹ ANGELINI, *Il procurator* cit., 65.

¹⁰ *Pseud.* 608. Vi sono altre testimonianze nelle opere plautine, ma da esse non può evincersi alcuna significativa indicazione sulla figura del *procurator*, in proposito v. ANGELINI, *Il procurator* cit., 14 nt. 59; 55, nt. 110.

¹¹ *FIRA I*, 115-116= *CIL I*, 200. Sulle diverse interpretazioni date al testo della legge sul punto in questione v. PERNICE, *Labeo*, cit., 490 ss., il quale, sulla base dell'espressione '*procuratoreve*' che compare nella l. 69 della *lex agraria* in questione, riteneva che il *procurator* nelle fonti giuridiche fosse la persona che stava '*pro curatore*', e, dunque, che si trattasse di un amministratore creato dal *dominus* sull'esempio del curatore, fornito, pertanto, di pieni poteri. Quest'interpretazione fu contestata sulla base di elementi testuali e sostanziali dallo SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, 92-93, il quale era del parere che il termine *procurator* derivasse, invece, dal verbo *procurare*, dotato di una sua specificità rispetto al verbo *curare*; in proposito *praecipue* ANGELINI, *Il procurator* cit., 2-3.

Ebbene queste testimonianze sono preziose e, quindi, dobbiamo certamente essere grati a chi le ha poste in luce, restituendo una ‘visione storica’ allo studio del *procurator* e alle problematiche connesse¹².

Le testimonianze ricordate ci permettono di identificare, infatti, secondo un dato che sembra emergere con chiarezza dalle fonti, lo specifico contesto economico-giuridico in cui si origina, afferma e specializza la figura del *procurator*, quale figura strettamente legata alla *struttura organizzativa e potestativa* della *familia* romana, con un suo ambito di applicazione ben preciso, e che, come l'*amicus*¹³, derivava probabilmente i suoi poteri dalla ‘istituzionalizzazione’¹⁴ di una qualità di carattere sociale, assunta come categoria tecnico-giuridica.

Si tratta, infatti, di una figura legata e disciplinata dai vecchi principi e valori del *ius civile*, ma che si attaglia bene, e si struttura anche in relazione alle mutate esigenze della vita sociale ed economica degli ultimi due secoli della Repubblica.

In tal senso, infatti, non possiamo non concordare col felice giudizio espresso in tal senso da Quadrato¹⁵: «Il ricorso a questa forma di intermediazione segna un momento di passaggio nell’assetto della vita sociale, da una fase ad un’altra, da una cultura ad un’altra: un elemento di transito, e di raccordo, tra tradizione e modernità».

Assodata, dunque, l’importanza degli studi svolti dallo Schlossmann e dall’Angelini, non possiamo, tuttavia, accettare le conseguenze estreme che gli stessi Autori¹⁶ vollero trarne, ritenendo che in tale periodo la figura del *procurator* avesse una rilevanza esclusivamente economica e sociale, e non anche giuridica.

Esse derivano da una *visione separata* della realtà economico-sociale e giuridica che non può essere accettata da un giurista, e tanto meno da uno *storico del diritto*¹⁷, soprattutto in relazione all’esperienza giuridica romana dell’età preclassica e classica.

2 - La rilevanza giuridica del *procurator* in età preclassica: fonti letterarie ed editti giurisdizionali.

¹² v. SCIALOJA, *L’acquisto del possesso per mezzo di terzi secondo il diritto romano e l’attuale*, Rec. a Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig 1881, in *Cultura*, 1882, 428ss, ora *Studi giuridici. I. Diritto Romano. Prima Parte*, Roma, 1933, 97ss (da cui si cita).

¹³ *Infra*, § 8.3.

¹⁴ ALBANESE, *L’amicitia nel diritto privato romano*, in *JUS* 14 (1963) 130 ss, ora in *Scritti Giuridici*, I, Palermo, 1991, 318ss.

¹⁵ QUADRATO, voce “*Rappresentanza*” (*Diritto romano*) cit., 423.

¹⁶ ANGELINI, *Il procurator* cit., 82 ss.

¹⁷ Ci sembrano in tal senso emblematiche tra tutte le considerazioni svolte da ORESTANO, *Introduzione alla studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 34 ss.

In questa sede non possiamo svolgere una trattazione completa di tutte le problematiche riguardanti il *procurator* in età preclassica. Ci limiteremo, unicamente, a considerare le fonti che ne mostrano la *piena rilevanza giuridica* che, al tempo stesso, mostrano la *tipicità* della stessa figura rispetto alle altre a cui era affidato lo svolgimento di un'attività di sostituzione negoziale.

A ben considerare, infatti, già in età preclassica la rilevanza giuridica del *procurator* è così solidamente attestata sia in fonti letterarie sia giuridiche in senso stretto¹⁸ da non lasciare alcun dubbio in proposito.

Infatti, come sottolinea efficacemente Burdese¹⁹, replicando alle considerazioni di Angelini, «...si è trattato di una realtà sociale presa in considerazione dal diritto a determinati fini, così come *ab origine* in ordine alle clausole edittali menzionanti il *procurator*, il che implica già - mi pare - una concettualizzazione giuridica non diversa da quella per cui i giuristi classici hanno considerato, chiamandolo *procurator*, anche chi, in base a incarico ricevuto o per taluni pur senza incarico, si presenti a sostituire altri in giudizio, e i giustininiani hanno considerato *procurator* chi abbia accettato da altri l'incarico di compiere atti negoziali o processuali; la diversità starebbe semmai soltanto nel fatto che si sarebbe passati dal designare col termine *procurator* una persona che svolge mansioni essenzialmente tecnico-economiche a designare con lo stesso termine una persona che svolge attività processuali o negoziali, indipendentemente da una sua particolare applicazione allo svolgimento di funzioni tecnico-economiche».

In questa sede basta soffermarsi, per quanto riguarda l'età preclassica, sulle testimonianze contenute nelle opere ciceroniane, in cui si ricordano i *verba* degli interdetti *de vi* e *de vi armata*, della cui intrinseca giuridicità nessuno può dubitare.

Per quanto riguarda l'interdetto '*de vi*' possiamo ricordare un brano²⁰ della *pro Tullio*:

Cic., *pro Tull.*, 19.44: *Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est: 'unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti..?'*

Per l'interdetto '*de vi armata*' possiamo considerare i numerosi riferimenti presenti nella *pro Caecina*, ed, in particolare, in riferimento specifico al *procurator*:

¹⁸ Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla menzione del *procurator* nella formula degli editti '*de vi*' (Cic., *Pro Tull.*, 19.44) e '*de vi armata*' (Cic., *pro Caec.*, 19.55) - di cui ci occuperemo anche nei paragrafi successivi (§ 3.4), o dell'editto '*de mancipiis vendundis*' degli edili curuli: D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Aiunt aediles: '...si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit...'*. Su quest'ultimo editto cfr. in particolare IMPALLOMENEI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955; GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 5ss.

¹⁹ *Sul procurator*, cit., 319.

²⁰ In realtà, nella stessa opera ciceroniana vi è un'altra testimonianza di carattere più controverso per la sua stessa formulazione, probabilmente più risalente: Cic., *pro Tull.*, 12.29: *Videtis praetores per hos annos interdicerere hoc modo velut inter me et M. Claudium: 'unde dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est', cetera ex formula*; sul tenore della formula in questione e sulle sue caratteristiche v. NICOSIA, *Studi sulla deictio* cit., 97 ss.

Cic., *pro Caec.*, 19.55: ...*boc ipsum interdictum de quo agitur (scil. de vi armata) consideremus; intellegitis enim in eo ipso, si in verbis ius constituamus, omnem utilitatem nos huius interdicti, dum versati et callidi velimus esse, amissuros: 'Unde tu aut familia aut procurator tuus'*.

Così, secondo la ricostruzione più plausibile²¹, la formula degli interdetti menzionati da Cicerone doveva avere il seguente tenore:

de vi: 'unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti...'

de vi armata: unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius vi hominibus coactis armatisve deicesti

Sappiamo che con gli interdetti in questione i pretori vollero reprimere le frequenti manifestazioni di violenza privata, individuale o di gruppo, che si concretassero nello spoglio violento del possesso (*de vi*), realizzato anche con l'impiego di bande armate (*de vi armata*).

Ebbene, in riferimento alla parte che a noi interessa più da vicino, si può osservare facilmente che l'ordine restitutorio del pretore era direttamente applicabile contro il *dominus* non solo nel caso di una *deiectio* effettuata in prima persona, ma anche per quella posta in essere dai servi compresi nella sua *familia* o dal suo *procurator*, cioè da colui che si occupava proprio della gestione del fondo o delle tenute in questione; e viceversa, l'ordine sarebbe stato emesso a vantaggio del *dominus* per spogli perpetrati non solo direttamente nei suoi confronti, ma anche della sua *familia servorum* o del suo *procurator*²².

Le tre ipotesi erano poste sullo stesso piano, con la conseguenza che l'interdetto, o più concretamente l'ordine restitutorio, era direttamente ed automaticamente applicabile contro il *dominus*, anche qualora la *familia* o il *procurator* avessero agito a sua insaputa²³.

²¹ NICOSIA, *Studi sulla deiectio* cit., 88.

²² A tal proposito va detto che sulla parte della formula interdittale che recita '*unde tu aut familia aut procurator tuus ...vi hominibus coactis armatisve deicesti*' non vi sono dubbi in dottrina, in quanto risulta attestata in maniera certa in vari passi della *pro Caecina* di Cicerone (19.55; 21.59-60; 30.88). Invece, risulta discussa la riferibilità all'età ciceroniana della parte in cui si legge '*illum aut familiam aut procuratorem illius*'. È stata negata, infatti, dalla dottrina più antica (LENEL, *EP.*, 467), ed, invece, riconosciuta dalla dottrina successiva. In proposito risultano particolarmente convincenti le considerazioni svolte da NICOSIA, *Studi sulla deiectio* cit., 139 ss.

²³ Si ritiene, infatti, che il *dominus* rispondesse della *deiectio* effettuata da questi soggetti a prescindere da qualsiasi coinvolgimento personale nella stessa; v. NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, cit., 96-97. Diverso è il caso, invece, in cui la *deiectio* fosse stata realizzata da un soggetto legato al *dominus* da un rapporto potestativo o fiduciario che non rientrasse tuttavia nell'ambito della *familia*, o che non fosse qualificabile espressamente come *procurator*. In questo caso la responsabilità era connessa alla circostanza che essa fosse stata realizzata *rogatu aut nomine domini* (Cic., *pro Caec.* 20.57); v. *infra*, § 3.4.

Quindi, siamo in presenza di un *procurator*, soggetto libero, che pone in essere atti che hanno *diretta ed immediata efficacia* nella sfera giuridica del *dominus*, alla stregua dei soggetti *alieni iuris* facenti parte della *familia*.

Inoltre, le fonti in questione, che saranno oggetto di maggiore approfondimento nel paragrafo successivo, attestano l'esistenza di un istituto che si palesa ai nostri occhi con le stesse caratteristiche sostanziali riscontrate nelle opere degli *scriptores rei rusticae*. È la natura stessa delle controversie che danno origine all'emanazione degli interdetti *de vi* e *de vi armata* che riportano inesorabilmente la figura del *procurator* alla proprietà fondiaria, alla gestione e amministrazione delle grandi tenute.

3 - L'editto '*Quod publicanus...vi ademerit quodve familia publicanorum*' e l'originaria irrilevanza della figura del *procurator* dall'ambito delle '*negotiationes*'.

A riprova della particolare caratterizzazione della figura del *procurator* e dell'ambito in cui il suo operato aveva una rilevanza giuridica, possiamo *a contrario* valutare le fonti in cui pur trattandosi della *familia* e di altri soggetti che possono determinare forme di responsabilità in capo a terzi soggetti, non si fa alcun riferimento al *procurator*.

Così, non ci sembra causale che non vi sia menzione, invece, del *procurator* nel coevo editto '*Quod publicanus...vi ademerit quodve familia publicanorum*':

D. 39.4.1 pr. (Ulp. 55 *ad. ed.*): *Praetor ait: 'Quod publicanus eius publicani nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. Item si damnum iniuria furtumque factum esse dicetur, iudicium dabo, si hi ad quos ea res pertinebit non exhibebuntur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo.'*

Anche l'editto in questione, infatti, nasce dall'esigenza di reprimere i frequenti abusi che, nel diffuso clima di violenza del tempo, venivano perpetrati da bande di schiavi armate che fossero legate, però, specificamente alle organizzazioni imprenditoriali dei pubblicani (*familia publicanorum*)²⁴.

Ebbene, la responsabilità dei pubblicani, in esso prevista, consegue unicamente ai fatti delittuosi²⁵ posti in essere dalla *familia publicanorum*. Non vi è accenno alcuno ad altri soggetti individuati specificamente, del cui operato debbano rispondere i pubblicani stessi.

²⁴ LENEL, *EP*, 335; ARANGIO RUIZ, *Sugli editti «de publicanis» e «quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur»*, in *Studi Perozzzi*, Palermo, 1926, ora in *Scritti Arangio Ruiz* 2, Napoli, 1974, 131 ss.; BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento*, cit., 328; BALZARINI, *Cic. Pro Tullio*, cit., 293 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza*, cit., 26 ss.; SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine* cit., 58 ss.

²⁵ Varie sono le correzioni apportate dalla dottrina al testo della fiorentina da noi riportato; v. in proposito SERRAO, *Appunti sulle actiones* cit., 69, nt. 16-17. In particolare la dottrina ha avanzato dubbi sulla riferibilità della clausola editale in questione oltre che alla rapina anche al *furtum* e al *damnum iniuria datum*; vd. LENEL, *EP*, 335; 387; ARANGIO RUIZ, *Sugli editti «de publicanis» e «quod familia publicanorum furtum fecisse*

Questo è dovuto al fatto che nel caso dell'editto '*Quod publicanus...vi ademerit quodve familia publicanorum*' il criterio di imputazione della responsabilità va ritrovato, così come per le *a.a.q.*, nell'essere titolare e gestore della *negotiatio*, e non nel semplice rapporto potestativo, come nel caso delle azioni nossali o delle *actiones familiae nomine*²⁶. Tanto è vero che nell'ambito della *familia publicanorum* rientrano pure i *liberi* che prestano il loro *ministerium* per la *societas publicanorum*:

D.39.4.1.5 (Ulp. 55 *ad ed.*): *Familiae nomen hic non tantum ad servos publicanorum referemus, verum et qui in numero familiarum sunt publicani: sive igitur liberi sint sive servi alieni, qui publicanis in eo vectigali ministrant, hoc edicto continebuntur.*

La posizione economica e giuridica assunta dai pubblicani nella società romana degli ultimi due secoli della *libera Res publica* era, infatti, del tutto particolare e precipua. Essi, rappresentavano, infatti, il caso più rilevante di esercizio dell'attività economica in forma organizzata e continuativa. Erano dotati, dunque, di cospicue risorse finanziarie e potevano contare su un numero rilevante di soggetti legati all'esercizio delle loro numerose e rilevanti attività economiche²⁷.

Di conseguenza, l'intento dei magistrati giurisdicenti era quello di perseguire e regolamentare con *disciplina separata ed apposita* le fattispecie delittuose che fossero ascrivibili non a singoli soggetti ma ad un gruppo di soggetti - non importa se liberi o servi - che fossero, tuttavia, specificamente riconducibili all'organizzazione delle *societates publicanorum*.

I pubblicani, dunque, dovevano rispondere non solo degli atti negoziali posti in essere dai soggetti compresi nell'ambito della *familia publicanorum*, ma anche degli atti illeciti commessi dagli stessi soggetti, e che fossero in qualche modo riportabili se non alla volontà, quanto meno all'organizzazione posta in essere dai pubblicani medesimi.

Si comprende allora, come in questo ambito non c'è spazio per la rilevanza dei singoli individui, anche liberi, che prestano il loro *ministerium* per il *publicanus*.

dicetur» cit., 131 ss.; BALZARINI, *Cic. pro Tullio* cit., 336 ss.; METRO, *L'esperibilità nei confronti dei pubblicani dell'actio vi bonorum raptorum*, in *IVRA*. 18 (1967) 108 ss.

²⁶ L'editto è coevo a quello di Lucullo e all'editto '*quod familia furtum fecisse*' (D. 47.8.2.14). Tuttavia - mentre l'editto di Lucullo e quello relativo alla '*familia publicanorum*' nascono dall'esigenza di reprimere con particolare gravità i frequenti abusi, che nel diffuso clima di violenza del tempo, venivano perpetrati da bande di schiavi armate - la *ratio* dell'editto '*quod familia furtum fecisse*', invece, va ritrovata nell'intento di alleggerire la situazione del *dominus* rispetto agli illeciti commessi dalla propria *familia*, consentendo alcune attenuazioni del regime penale delle azioni esercitabili nei suoi confronti; v. in proposito BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento* cit., 58; ID., *Cic., Pro Tullio* cit., 293 ss.; SOLIDORO, *La "familia" nell'editto di Lucullo*, cit., 182; SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza* cit., 26 ss.; VACCA, *L'editto di Lucullo, in Illecito e pena privata in età repubblicana*. Atti Copanello 4-7 giugno 1990, 224 ss.; SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine* cit., 58 ss.; VENTURINI, *Un caso di «appellatio»*, cit., 47 ss.

²⁷ Sull'attività svolta dai *pubblicani*, e sull'organizzazione assunta dagli stessi v. specificamente CIMMA, *Ricerche sulle società di pubblicani*, Milano, 1981; da ultima MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta*, Torino, 2002 e bibliografia ivi citata.

L'individualità dei singoli che operano ed agiscono per conto della società dei pubblicani non riveste alcun interesse per i terzi, i quali guardano unicamente *all'esistenza dell'organizzazione imprenditoriale, e non al singolo soggetto che per essa agisce e opera.*

E, di conseguenza, i pubblicani rispondevano di qualsiasi atto illecito compiuto nell'ambito dell'organizzazione in questione, ed in relazione all'attività per la quale era stata predisposta, qualunque fosse il soggetto che l'avesse commesso, ed a prescindere, anche, da ogni diretta responsabilità configurabile in capo agli stessi pubblicani.

D'altronde, oltre al caso considerato, va detto che in età preclassica, non abbiamo alcuna fonte nella quale si trovi menzione del *procurator* in relazione alle attività imprenditoriali in senso proprio, quindi ad attività qualificabili in termini di *negotiatio*, o esercitate tramite una *taberna instructa*²⁸. Ed anche questa circostanza - come chiariremo nei paragrafi successivi - non può essere frutto di una circostanza casuale.

Non solo, ma vedremo anzi che, quando se ne riscontra l'opportunità, la figura del *procurator* e quella del soggetto preposto ad una *negotiatio* vengono nettamente distinti e differenziati in ordine alla disciplina loro applicabile²⁹.

4. - *Procurator, tutor, curator. Cic., pro Caec. 20.57 e il procurator 'paene dominus'.*

Dalle fonti preclassiche emerge con una certa evidenza un altro dato testuale che può risultare particolarmente utile nello studio della figura del *procurator*. Esso, infatti, ci consente di confermare i dati assunti nei precedenti paragrafi in ordine alla concezione del *procurator* quale *alter ego* del *dominus negotii*, e alla connotazione del tutto peculiare del *procurator* nell'ambito del fenomeno della sostituzione negoziale, soprattutto in ordine a coloro che si occupavano dello svolgimento di *negotiationes* per conto altrui.

Il dato testuale a cui ci riferiamo riguarda, in particolare, la costante assimilazione operata dai giuristi tra la stessa figura del *procurator* e quelle del *tutor* e del *curator*. Si tratta di un'assimilazione che riguarda sia le fonti preclassiche che quelle classiche³⁰, anche se nei due periodi si atteggia in maniera profondamente differente.

In ogni caso, l'elemento comune a tutte le figure considerate sembra essere costituito da una originaria configurazione che vede prevalere la '*matrice potestativa*' (*potestas*), ma che cede, tuttavia, progressivamente il passo alla *prospettiva del 'dovere'*,

²⁸ Lo stesso editto '*de mancipiis vendundis*' (*supra*, nt.18) si riferisce ad attività economiche definibili - anche qualora il contratto di compravendita concluso rientrasse in un'attività svolta in maniera continuativa - in termini di *commercium* e non di *negotiatio*. Sulla distinzione desumibile dalle fonti romane tra '*commercium*' e '*negotiatio*' v. CERAMI-PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, 2002, 51 ss.

²⁹ Cic. *pro Caec.*, 20.58; su cui *infra*, § 3.4.

³⁰ A titolo solo esemplificativo: Cic. *Top.* 10.42; Gai 2.64; Gai 4.101-102; D. 14.3.6; D. 6.2.7.10; D. 13.7.11.7; D. 41.2.1.20; D. 46.2.2.20.1; D. 46.4.13.10; D. 50.16.109.

dell'*officium* (*agere alieno nomine*), con essa coesistente fin dagli inizi ma in posizione nettamente minoritaria.

Come ben precisa Albanese³¹ - a proposito del *tutor* - «...si trattò di istituto caratterizzato in radice (a quel che pare più probabile) da una duplice prospettiva, in quanto esso implicava inscindibilmente - conformemente a valori semantici - poteri e doveri del tutore nei confronti delle persone soggette a tutela (e nei confronti del patrimonio di esse). La prospettiva del potere - che fa sì che Servio Sulpicio, in epoca repubblicana e certo riecheggiando concetti tradizionali, definisca la tutela come *vis ac potestas in capite libero*³² - emerge dai tratti particolari dell'ufficio tutorio; ed anche formalmente, dalla considerazione, certo risalente, del tutore come persona che si trova, giuridicamente *domini loco*³³ rispetto al patrimonio della persona sottoposta a tutela. Il profilo del dovere - oltre che in svariati tratti che si vedranno a proposito del concreto atteggiarsi dell'ufficio tutorio - emerge formalmente dall'inclusione tradizionale della tutela tra gli *officia*, e poi, sotto una prospettiva certo più recente, dall'inclusione della stessa tutela tra i *munera*... ».

Ebbene, a noi sembra che - con le dovute differenze derivanti dalle intrinseche peculiarità dei due istituti - simili considerazioni possano essere fatte in ordine al *procurator*. Nelle fonti, infatti, sono attestate con certezza entrambe le prospettive individuate in relazione al *tutor*.

La prima, quella potestativa, strettamente legata anche alla comune matrice civilistica, è testimoniata e documentata con certezza nelle fonti preclassiche, ed in particolare nelle opere ciceroniane, se non altro nel noto e discusso brano della *pro Caecina*, in cui si legge chiaramente che il *procurator* deve essere considerato '*quasi quidam paene dominus*':

Cic., *pro Caec.* 20.57: *de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur; non quo omnes sint aut appellentur procuratores qui negoti nostri aliquid gerant, sed in hac re cognita sententia interdicti verba subtiliter exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in pluribus, non alia ratio iuris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius, an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit.*

³¹ ALBANESE, *Le persone*, cit., 438. Simili considerazioni valgono per il *curator*, soprattutto per il *curator furiosi* e *curator prodigi*. Parzialmente differente è invece la posizione del *curator minorum*; v. in proposito anche ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 4 ss; *infra*, nt. 159.

³² D. 26.1.1pr.

³³ D. 26.7.27; D. 41.4.7.3; D. 43.24.11.7; D. 47.2.57.4; D. 50.17.157pr.

Il passo, noto alla dottrina³⁴, ci restituisce la più antica definizione di *procurator* che possediamo³⁵: *'is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publice causa, quasi quidam paene dominus'*.

Essa, inoltre, rappresenta lo spunto iniziale dell'ipotesi tradizionale sul *procurator*, attribuibile nei suoi caratteri fondamentali al pensiero di Bonfante³⁶, che ravvisa nel *procurator* il soggetto, dotato di pieni poteri, che viene visto e riconosciuto palesemente *'domini loco'*, non tanto in virtù di specifici incarichi a lui conferiti, ma soprattutto in conseguenza del rapporto personale e sociale, basato sulla *fides*, sull'*obsequium* o sull'*amicitia*, che lo lega al *dominus negotii*.

Questa ipotesi è stata, tuttavia, fortemente discussa, e per certi versi, rivista. Va detto, però, che qualunque sia la lettura che voglia darsene, essa costituisce un dato testuale di fondamentale importanza. Infatti, anche qualora si accettino le opinioni più radicali che tendono a ridurre la portata - ipotizzando che quella descritta non rappresenti la figura generale del *procurator* ma solo un particolare tipo di *procurator*, oppure ritenendo che quella presentata da Cicerone sia una lettura estensiva, per certi versi volta addirittura a *'forzare'* il testo dell'editto *de vi armata*³⁷ - non vi è dubbio che essa costituisce comunque un punto di riferimento di centrale importanza nella ricostruzione storica della figura del *procurator*.

D'altra parte, è particolarmente condivisibile l'avvertimento di chi³⁸ ritiene necessario leggere il brano considerando l'intero contesto in cui è inserito. Tanto è vero che in questa sede abbiamo voluto riportare per intero il paragrafo 20.57 della *pro Caecina*, ed è nostra intenzione valutare anche i paragrafi che immediatamente lo precedono e lo seguono, e che ad esso, dunque, strettamente si legano nella comprensione del pensiero ciceroniano.

È nostra convinzione, infatti, che la lettura completa del brano non sia tale da porre in dubbio l'opinione tradizionale sul *procurator* - riferibile nei suoi tratti principali al Bonfante³⁹ - ma anzi ne costituisca la più valida conferma.

In realtà, proprio in considerazione dei termini stessi della controversia e della posizione giuridica di Cècina, cliente di Cicerone⁴⁰, non può esservi dubbio che l'abile oratore avesse necessità di proporre un'interpretazione estensiva dell'editto *de vi armata*, coerente allo spirito più che alla lettera dello stesso. Ciò non toglie tuttavia che lo stesso

³⁴ COSTA, *Cicerone giureconsulto* 1, Bologna, 1927, 129 ss.; BONFANTE, *Facoltà e decadenza* cit., 250 ss.; WANDICK DA NÓBREGA, *Herméneutique juridique appliquée à l' 'interdictum unde vi coactis armatisve' dans la pro Caecina de Cicéron*, in RIDA 7 (1960) 507 ss.; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario* cit., 10 ss.; NICOSIA, *Studi sulla deiectio* cit., 104 nt. 41-42; ANGELINI, *Il procurator* cit., 33ss.

³⁵ Infatti, quella di Plauto (*supra*, nt. 10), certamente più antica, non è in grado di fornirci elementi significativi per la ricostruzione della figura in questione.

³⁶ Per una più completa esposizione dell'opinione di Bonfante v. *infra* § 4.1.

³⁷ ANGELINI, *Il procurator* cit., 33 ss.

³⁸ ANGELINI, *Il procurator* cit., 31.

³⁹ BONFANTE, *Facoltà e decadenza* cit., 3 ss.

⁴⁰ Per la ricostruzione della disputa nella suoi elementi fattuali v. CICERONE, *L'orazione pro Aulo Cècina, Introduzione*, a cura di F. Casorati, Mondadori Editore, Firenze, 1973, 9 ss. In proposito v. CORBINO, *La "pro Caecina"*, cit. 277ss e bibliografia ivi citata.

Cicerone, in virtù della sua solida preparazione giuridica, avesse ben chiari i termini della questione.

Così, nei paragrafi precedenti a quello da noi esaminato, l'abile retore si sofferma espressamente sui rischi di una interpretazione rigidamente letterale dell'editto in questione, nella parte in cui individua i soggetti la cui *deiectio* poteva dar luogo all'applicazione dell'ordine restitutorio in esso previsto (*'unde tu aut familia aut procurator tuus illum ...hominibus coactis armatisve deiecesti'*⁴¹).

Un'interpretazione strettamente aderente ai *verba* edittali avrebbe potuto condurre, ad esempio, alla conseguenza assurda che nel caso di una *deiectio* operata da un *vilicus*, l'interdetto non si sarebbe potuto applicare perché questi non poteva qualificarsi *'familia'*, ma soltanto *'aliquis de familia'* :

Cic., *pro Caec.*, 20.55: *...Si me vilicus tuus solus deiecisset, non familia deiecisset, ut opinor, sed aliquis de familia. Recte igitur dices te restituisset? Quippe; quid enim facilius est quam probare eis qui modo Latine sciant, in uno servolo familiae nomen non valere? Si vero non habeas quidem servum praeter eum qui me deiecerit, clames videlicet: 'Si habeo familiam a familia mea fateor te esse deiectum'. Neque enim dubium est quin, si ad rem iudicandam verbo ducimur, non re, familiam intellegamus quae constet ex servis pluribus; quis unus homo familia non sit; 56- verbum certe hoc non modo postulat, sed etiam cogit, at vero ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuit hanc defensionem et pro nihilo putat. Quid ergo? Isti homines latine non loquuntur? Immo vero tantum loquuntur quantum est satis ad intellegendam voluntatem, cum sibi hoc proposuerint ut, sive me tu deieceris sive tuorum quispiam sive servorum sive amicorum, servos non numero distinguant sed appellent uno familiae nomine.*

E così - argomenta Cicerone - non vi era dubbio alcuno che il termine *familia* indicasse una pluralità di schiavi, e che, letteralmente, un solo schiavo non costituiva *familia* (*'neque enim dubium est quin, si ad rem iudicandam verbo ducimur, non re, familiam intellegamus quae constet ex servis pluribus; quis unus homo famiglia non sit'*). Tuttavia, se questa era la rigorosa interpretazione dei *verba edicti*, non si poteva non tradire la *ratio* dell'editto, il proposito degli stessi pretori e la relativa interpretazione giurisprudenziale, sostenendo che con il termine *familia* questi volessero distinguere gli schiavi in base al numero, invece, che designarli complessivamente con il termine in questione: *'servos non numero distinguant sed appellent uno familiae nomine'*.

Infatti - precisa ancora Cicerone - la loro volontà era quella di stabilire che nel caso in cui la *deiectio* fosse stata realizzata dallo stesso *dominus*, o dai suoi schiavi o amici, gli schiavi non fossero distinti per il numero ma fossero designati con il nome complessivo di *familia* (*'sive me tu deieceris sive quorum quispiam sive servorum sive amicorum, servos non numero distinguant sed appellent uno familiae nomine'*); così come qualunque uomo libero sarebbe stato designato con il nome di *procurator* (*'de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appellatur'*).

⁴¹ *Supra*, § 3.2

Ebbene, è proprio con quest'ultima affermazione che Cicerone inizia il paragrafo 20.57, dedicato all'interpretazione dell'espressione *'procurator'* contenuta nell'editto, palesando espressamente la sua intenzione di proporre una lettura estensiva del dettato editto.

Egli sostiene, infatti, che quando l'editto si riferiva al *procurator* voleva intendere ogni uomo libero. A questo punto, tuttavia, Cicerone precisa chiaramente che ciò non avveniva perché tutti quelli che si occupano di gestire gli affari altrui si chiamino procuratori, ma perché in questo caso specifico, essendo chiara la *ratio* dell'interdetto, non si è voluto sottilizzare su tutte le parole (*'non quo omnes sint aut appellentur procuratores qui negoti nostri aliquid gerant, sed in hac re cognita sententia interdicti verba subtiliter exquiri omnia noluerunt'*)⁴².

Quindi, continua Cicerone, così come la *causa aequitatis* non muta se è uno schiavo o più di uno ad agire, così non è diversa la *ratio iuris*, in questo caso, se la *deiectio* è realizzata dal tuo *procurator* - cioè quello che *'legittime'* è definito *'procurator'* e che va considerato *'quasi dominus'*, quasi padrone di tutto ciò che appartiene a colui che *'in Italia non sit absitve rei publicae causa'* - oppure da un *'alieni iuris vicarius'*, o da un *'tuus colonus, vicinus, cliens, libertus'*, o da chiunque altro abbia compiuto la *deiectio* *'tuo rogatu aut tuo nomine'*.

Ebbene, era tanto evidente e chiara la nozione sociale, ma anche giuridica, del *procurator* che addirittura l'abile retore ne fa espressa menzione, certo del fatto che essa non possa arrecare alcun danno alle argomentazioni svolte. Emerge così, *incidentalmente*, ma in maniera *estremamente chiara e palese*, la nozione tanto discussa del *procurator* *'quasi quidam paene dominus'*.

D'altronde la stessa nozione viene ribadita nel paragrafo successivo:

Cic., *pro Caec.* 20.58: *Qua re, si ad eum restituendum qui vi deiectus est eandem vim habet aequitatis ratio, ea intellecta certe nihil ad rem pertinet quae verborum vis sit ac nominum. Tam restitues si tuus me libertus deiecerit nulli tuo praepositus negotio, quam si procurator deiecerit; non quo omnes sint procuratores qui aliquid nostri negoti gerunt, sed quod hoc in hac re quaeri nihil attinet. Tam restitues si unus servolus, quam si familia fecerit universa; non quo idem sit servolus unus quod familia, verum quia non quibus verbis quidque dicatur quaeritur, sed quae res agatur....*

Di conseguenza - prosegue Cicerone - se al fine di reintegrare nel possesso chi ne è stato violentemente estromesso, la *ratio aequitatis* ha lo stesso significato nei vari casi, una volta compresa, non riveste alcun valore il significato letterale delle parole e dei termini usati (*'qua re, si ad eum restituendum qui vi deiectus est tandem vim habet aequitatis ratio, ea intellecta certe nihil ad rem pertinet quae verborum vis sit ac nominum'*). Pertanto tu mi dovrai reintegrare nel possesso sia che mi abbia estromesso un tuo liberto, a nessuno dei tuoi affari ordinariamente preposto (*'nulli tuo praepositus negotio'*), sia che mi abbia estromesso il tuo *procurator*, non certo perché tutti coloro che gestiscono i nostri affari sono *procuratores*, ma perché la circostanza in questione non riveste alcuna importanza in questa sede (*'Tam restitues si tuus me libertus deiecerit nulli tuo praepositus negotio, quam si procurator deiecerit; non quo omnes sint procuratores qui aliquid nostri negoti gerunt, sed quod hoc in hac re quaeri nihil attinet'*).

⁴² *Supra*, § 3.2. In tal senso sostanzialmente anche NICOSIA, *Studi sulla deictio* cit., 105 nt. 42.

In definitiva, Cicerone, pur propendendo decisamente per l'interpretazione estensiva del termine *procurator* dell'ordine restitutorio, non esita nuovamente a ribadire l'esistenza di un 'concetto tecnico' di *procurator*, ben definito nei suoi elementi. Egli, infatti, precisa che con le sue argomentazioni non vuole certo sostenere che tutti coloro che gestiscono gli affari altrui sono *procuratores*, e quindi, che non esiste una nozione precisa di *procurator* distinta dagli altri gestori di affari altrui, ma soltanto che in relazione l'applicazione dell'interdetto *de vi armata* questa circostanza non è rilevante.

Non convince, allora, l'interpretazione del paragrafo 20.57 della *pro Caecina* proposta da Angelini⁴³, il quale ritiene che «...Cicerone non dà qui una definizione di *procurator*; egli, spiegando i motivi di un'interpretazione tanto estensiva delle parole dell'editto, afferma che dal punto di vista della *ratio iuris* non fa alcuna differenza se la *deiectio* sia stata operata da un tuo colono, vicino o chiunque altro abbia operato '*tuo rogato aut tuo nomine*', oppure - e qui Cicerone si rivolge, come è nello stile retorico, ad un immaginario ascoltatore - sia stata operata dal *tuus procurator*, quello che nel caso concreto, sia addirittura fornito di pieni poteri: Cicerone non dà una definizione, ma adduce solo un particolare esempio, che doveva servire a mettere ancora più in risalto le ragioni che avevano indotto la giurisprudenza a dare un'interpretazione tanto estensiva dei *verba* dell'editto e che egli desiderava invocare anche per la causa che difendeva».

A noi sembra, invece, che dai passi letti possa desumersi un concetto di *procurator* perfettamente determinato, ed individuato nella sua tipologia e nelle sue funzioni rispetto ad altri soggetti, i quali potessero più o meno occasionalmente, e dietro incarico specifico, gestire affari per conto del *dominus*.

Tanto è vero che, mentre la *deiectio* operata dal *dominus* stesso, dalla *familia* o dal *procurator* ha 'effetti immediati' nella sfera giuridica del *dominus*, quella operata dal colono dal vicino, dal *cliens*, dal liberto o da chiunque altro avesse operato la *deiectio* violenta, può essere imputata al *dominus* solo se sia stata operata in base ad una sua 'esplicita richiesta' o 'nel suo esclusivo interesse' ('*tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit*')⁴⁴.

Inoltre, è nostra convinzione che il discusso e determinante brano di Cicerone riveli un'altra importante circostanza, che è stata ignorata dalla dottrina romanistica prevalente, e che è stata interpretata riduttivamente anche da chi l'ha posta in evidenza.

Ci riferiamo, in particolare, ad alcune osservazioni di Quadrato, il quale ha voluto richiamare l'attenzione su questo tratto del discorso ciceroniano (*pro Caec.* 20.58) - che è sicuramente collegato da un filo ininterrotto con il più noto frammento precedente - ed al quale, invece, non è mai stato dato il rilievo necessario, specie nella parte in cui si pone una relazione comparativa tra il liberto '*nulli tuo praepositus negotio*', autore della *deiectio*, e il '*procurator*'.

Non vi è dubbio che Cicerone voleva dimostrare che la nozione di *procurator* contenuta nell'editto doveva essere intesa in senso lato; «ora» - dice Quadrato - «il fatto che fra tutti i possibili autori dello spoglio (e sono tanti: oltre al *servus*, all'*amicus*, richiamati

⁴³ ANGELINI, *Il procurator* cit., 34.

⁴⁴ NICOSIA, *Studi sulla deiection* cit., 96-97.

in precedenza⁴⁵, il *colonus*, il *vicinus*, il *cliens*, il *libertus*, e la serie potrebbe continuare ancora, in una pluralità indefinita, indistinta di altre persone: *quivis*) si sia optato per il liberto come termine di confronto, in una rappresentazione in cui l'unico elemento differenziale tra il *procurator* e l'altro soggetto sembra costituito dall'essenza nei confronti di quest'ultimo di un atto di *praepositio*, non appare una decisione causale. Ma se anche lo fosse, sarebbe egualmente sintomatico, perché rileverebbe comunque una linea di tendenza, ancora operante nella tarda età repubblicana, a individuare nel liberto, se non la sola, la persona più adatta ad assumere la funzione, l'*officium*....di *procurator*»⁴⁶.

Ebbene, noi concordiamo con Quadrato nel notare e cogliere la peculiarità della scelta del liberto nella relazione comparativa tra l'autore della *deiectio* e il *procurator*, ma ciò che ci colpisce ulteriormente è che si sia voluto precisare che si trattava di un liberto *che non era preposto ad alcuna attività commerciale* ('*nulli tuo praepositus negotio*').

Infatti, così come non ci sembra casuale la scelta del liberto, ancora meno casuale risulta ai nostri occhi la precisazione che lo accompagna: '*nulli tuo praepositus negotio*'. Ci colpisce, infatti, in maniera particolare, anche perché nella lunga argomentazione fin lì condotta da Cicerone non vi è alcun elemento al quale possa in qualche modo collegarsi o riferirsi.

Quindi, la volontà di operare questa precisazione proprio in ordine al liberto⁴⁷ - quando invece per le altre figure non si è avvertita l'esigenza di alcuna distinzione o precisazione di sorta, accomunando senza remore figure tra loro così diverse - merita effettivamente una speciale considerazione.

Ebbene, a noi sembra che essa non può avere altro scopo che quello di sottolineare la netta demarcazione tra i due fenomeni considerati. Se non vi fosse stata questa precisazione l'esempio addotto avrebbe potuto sortire un effetto opposto a quello voluto dall'esperto giurista e oratore. Infatti, qualora la *deiectio* fosse stato realizzata da un *libertus praepositus*⁴⁸, tutt'altra sarebbe stata probabilmente la disciplina e la considerazione dell'atto.

E', dunque, possibile supporre che già Cicerone in età preclassica avesse ben chiara la distinzione tra le figure de *procurator* e del *praepositus* ad un'attività commerciale, visto che non ha esitazioni nel proporre una netta distinzione tra i due fenomeni.

D'altronde, è la stessa prospettiva scelta e sottolineata più volte dagli stessi giuristi romani, anche di tarda età classica. Infatti, l'identificazione del *procurator* col *procurator paene dominus*, e la netta distinzione tra questa figura e colui che, invece, è preposto ad una *negotiatio*, si ritrova ancora immutata in alcuni frammenti giurisprudenziali di età classica sui quali ci soffermeremo meglio più avanti (*Infra* Cap. VII, § 3).

⁴⁵ Cic., *pro Caec.* 20.56.

⁴⁶ QUADRATO, v. "Rappresentanza" (*Diritto romano*) cit., 423-24.

⁴⁷ In realtà i casi di *liberti procuratores* attestati nelle fonti sono numerosi; v. FABRE, *Libertus. Patrons et affranchis*, cit., 229 s.; 328 s. Tanto è vero che alcuni studiosi hanno ipotizzato che originariamente tutti i *procuratores* fossero liberti; v. *infra*, Cap. VI, nt. 206.

⁴⁸ Ci riferiamo alla particolare disciplina prevista per gli atti illeciti compiuti da soggetti legati ad un'organizzazione imprenditoriale, già considerata a proposito dei pubblicani (*supra*, §3.2), e di cui ci occuperemo ancora nel § 7.3.

CAPITOLO IV

LA FIGURA DEL *PROCURATOR OMNIUM BONORUM* IN ETÀ CLASSICA

1-La figura del *procurator* nelle fonti giurisprudenziali classiche. Sopravvivenza della prospettiva potestativa nella figura del *procurator quasi dominus*. Emersione e consolidamento della prospettiva dell'*officium* nella figura del *procurator ad litem*, e nel processo di avvicinamento al mandato.

Sulla figura del *procurator* in età classica si agitano ancora numerose questioni interpretative, alcune delle quali, con molta probabilità, sono destinate a non trovare mai una soluzione unica ed incontrovertibile, sia per lo stato delle fonti, sia per la difficoltà di interpretazione e lettura delle stesse, spesso oggetto di stratificazioni o interventi successivi.

Si tratta, inoltre, di questioni che non possono essere affrontate in poche pagine ma che meriterebbero ciascuna una trattazione autonoma, e delle quali dunque non potremo sempre occuparci in maniera completa ed esaustiva.

Cercheremo, tuttavia, di affrontarne alcune - quelle pertinenti e relative all'oggetto del nostro lavoro - avvalendoci a tal proposito anche di preziosi studi svolti sull'argomento dalla dottrina romanistica.

Ebbene, il dato che emerge immediatamente dalla lettura delle fonti classiche relative al *procurator* è senza dubbio la compresenza al loro interno di differenti 'figure' di *procurator*. Accanto a quella già identificata del *procurator quasi dominus*⁴⁹, si trovano attestate certamente quella del *procurator praepositus*⁵⁰, del *procurator ad litem*⁵¹, del *procurator omnium bonorum*, del *procurator unius rei*⁵². Troviamo, ancora, accanto al *procurator* mandatario⁵³, il *procurator* non autorizzato, o meglio '*qui se alienis negotiis offert*'⁵⁴.

⁴⁹ Sulla figura del *procurator quasi dominus* in età preclassica v. *supra*, § 3.2. Per l'età classica v. D. 14.3.5.18; D. 14.3.6; D.5.4.9; su cui *infra*, §§ 4.5; 4.9.

⁵⁰ D. 14.3.19pr; D. 19.1.13.25; *infra*, § 4.3; 8.2.

⁵¹ *Infra*, Cap. V.

⁵² D. 3.3.1.1; D. 21.1.25.3; PS. 1.3.2; D. 17.1.6.6; D. 17.2.65.7; D. 36.1.46.1. Sulla figura del *procurator unius rei* v. *infra*, §§ 5.1; 5.3.

⁵³ Tra i più significativi: D. 3.3.1pr; D. 16.1.30.1; D. 17.1.10pr; D. 17.1.10.2; D. 17.1.10.8; su cui *infra*, § 3.4.

⁵⁴ I più noti sono certamente: D. 3.5.23(24); D. 46.3.34.4; D.46.3.58pr; D. 46.3.71.1; D.47.2.43.1; PS. 1.3.3; su cui v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 154ss. ed ampia biografia ivi citata.

Non vi è dubbio, infatti, come accennavamo nel paragrafo precedente, che in età classica le vicende relative al *procurator* si complicano e si 'intorbidano'⁵⁵. Sembra sopravvivere la vecchia natura dell'istituto, ma si determinano nuovi caratteri e nuove forme dell'agire.

Tanto è vero che la dottrina ha tentato diverse vie per fornire una spiegazione plausibile alla varietà e molteplicità degli assetti e delle regole relative alla figura in questione.

Così, sono state avanzate diverse proposte interpretative che si basano principalmente sull'identificazione degli interventi operati sulle fonti classiche dai compilatori, che risultano spesso convincenti e condivisibili su alcuni punti, ma di per sé inidonee a risolvere tutte le problematiche poste dalle fonti in questione.

In realtà lo stato attuale delle fonti costituisce, a nostro parere, il risultato di una molteplicità di fattori che impongono alcune riflessioni preliminari:

a) Riteniamo innanzitutto che la sovrapposizione e l'intersezione delle figure in questione sia solo in parte dovuta alle stratificazioni secolari presenti soprattutto nelle fonti giustinianee - e, quindi, a soluzioni giuridiche ascrivibili a realtà socio-economiche diverse - ma che possa e debba spiegarsi anche in altro modo.

b) In particolare, sulla scia di taluni rilievi originati da alcune ipotesi dottrinali già esaminate⁵⁶ - siamo dell'avviso che per spiegare le anomalie presenti nelle fonti occorra certamente guardare al rapporto dialettico tra società e diritto, tuttavia non nella prospettiva del conflitto e del loro separato procedere⁵⁷, sibbene in quella della interdipendenza funzionale e del loro reciproco evolvere storico.

A nostro parere, infatti, per dare una soluzione coerente ed accettabile ad alcune soluzioni presenti nelle fonti bisogna tener conto dell'evoluzione storica dell'istituto nel suo complesso, cioè valutando l'apporto di tutte le componenti di carattere sociale, economico e giuridico che lo riguardano, e che inevitabilmente tra loro interagiscono, influenzandosi reciprocamente.

c) Bisogna, inoltre, considerare che la progressiva evoluzione dell'istituto si realizza in virtù di una riforma legislativa che radicalmente innova, ma di una prassi interpretativa

⁵⁵ Si tratta di un'espressione utilizzata dal BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 13 che manifesta chiaramente lo stato delle fonti relative alla figura del *procurator* in età classica, non sempre chiare da decifrare; v. *infra*, §§ 6.1; 6.10.

⁵⁶ *Supra*, § 3.1.

⁵⁷ Sono esemplificative a tal proposito le parole di ANGELINI, *Il procurator* cit., 87: "È in questo senso, nel senso cioè in cui il procuratore è il luogo richiamato dai giuristi quale punto di contatto e di reciproco condizionamento tra la 'struttura' socio economica che nella figura del *procurator* si riflette e la 'sovrastuttura' giuridica, come complesso di principi e di regole ad un certo momento esistenti, che noi parleremo del procuratore come di un vero e proprio *topos*, non formale ma materiale". In proposito risultano particolarmente convincenti e condivisibili le osservazioni critiche di BURDESE, *Sul procurator*, cit., 318 ss.

strettamente legata alle esigenze economico-sociali, che matura lentamente, affiancando, proponendo e consolidando nuovi istituti e soluzioni accanto a quelli preesistenti.

Ed invero, nel caso dell'*institor*, l'intervento pretorio comporta la predisposizione di una disciplina con dei caratteri definiti⁵⁸, che determina una precisa connotazione dell'istituto (che si mantiene nel tempo), di cui gli stessi pretori si fanno successivi custodi ed interpreti - sinergicamente al lavoro della giurisprudenza sui *verba edicti* - nell'adeguarla via via alle mutate esigenze della società.

Nel caso, invece, del *procurator*, la disciplina applicabile è sempre quella originariamente configurata nel *ius civile*, di cui i magistrati giurisdicenti si limitano, il più delle volte⁵⁹, a recepire l'esistenza ed i caratteri principali.

Pertanto, l'evoluzione storica e giuridica dell'istituto è prevalentemente affidata all'opera della giurisprudenza, e, dunque, ad un processo di adeguamento spontaneo, e per sua stessa natura 'controversiale', alle esigenze e alle mutate situazioni economiche e sociali.

d) Se vogliamo, poi, rintracciare le linee fondamentali dell'evoluzione storica che caratterizza la figura del *procurator*, possiamo identificarle - a nostro parere - principalmente nel passaggio da una prevalente ed originaria «matrice potestativa» dell'istituto ad una connotazione, invece, sempre più influenzata e modificata dalla prospettiva dell'«*officium*». Si tratta, infatti, del passaggio da un regime originario caratterizzato da una precisa individualità e specificità ad uno, invece, meno rigido, più flessibile, profondamente influenzato dall'intreccio dei regimi e delle regole con istituti affini.

e) Si tratta, inoltre, di una trasformazione radicale che preclude e si accompagna anche alla progressiva ed inesorabile affermazione della distinzione tra «titolarità del diritto» e «legittimazione a disporre». Una distinzione che era del tutto inconcepibile, invece, in un sistema originario, in cui la legittimazione a disporre di un diritto discendeva e si legava inevitabilmente alla titolarità dello stesso. Si trattava di un sistema giuridico, infatti, in cui non era neanche possibile ipotizzare la distinzione tra questi due momenti⁶⁰.

Alla luce di queste riflessioni possiamo meglio comprendere e giustificare la natura complessa e poliedrica dell'istituto del *procurator* in età classica, contraddistinta, in quanto tale, da incertezze e contraddizioni profonde, spesso irresolubili.

⁵⁸ *Supra*, § 2.1; 2.2; 2.3.

⁵⁹ Cfr. *supra*, §§ 3.2; 3.3; 3.4; *infra*, § 5.1; 5.2.

⁶⁰ BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 14: «In sostanza per l'epoca primitiva, la coincidenza nella medesima persona della titolarità del dominio e della legittimazione ad alienare appare null'altro che un aspetto specifico della inscindibilità tra titolarità e capacità di esercizio del diritto, riscontrabile ogniqualvolta, come è per la *potestas* romana, l'attribuzione del diritto avvenga in funzione dell'effettiva capacità di esercitarlo.

Si tratta di una realtà ben descritta ed identificata dalle appropriate e suggestive parole di Quadrato⁶¹, che tende a legare le disarmonie, le incertezze e le aporie riscontrabili nelle fonti proprio alla “storia complessa” di questa istituzione che, derivata dalla struttura assolutistica della famiglia romana si è andata via via trasformando per varie cause, non tutte chiaramente decifrabili.

Siamo, dunque, in presenza di «..una istituzione dunque, ambigua e complessa, nella quale si incontrano, come nella trama di un tessuto, presenze, *status*, apporti diversi, interni ed esterni al mondo domestico. Questa varietà si manifesta nella diversa rilevanza giuridica che l'attività svolta dal *procurator* produce nella disciplina dei suoi atti, segnata da linee, tendenze normative non omogenee, a volte contrastanti, e dalle quali affiora il profilo di una figura ora appiattita sulle posizioni di un semplice gestore, dai poteri contenuti, solo limitatamente capace di alienare (D. 3.3.63) e *rem pignori dare* (D. 13.7.11.7), ora investito di un ruolo più efficace, più ricco di incidenza nella sfera giuridica del rappresentato, in sintonia con l'immagine del *procurator* “quasi padrone di tutte le cose” (D. 17.1.60.4), in grado come tale di disporre liberamente, di vendere e dare in pegno, di comprare e di fare qualsiasi altra cosa»⁶².

In tale contesto risulta, allora, perfettamente plausibile l'ipotesi di Bonfante relativa all'esistenza, ancora in età classica, del *procurator paene dominus*, dotato di tutti i poteri⁶³, per il quale non era richiesto un mandato specifico per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Infatti, sembra possibile che, anche in età classica, la “capacità rappresentativa” del *procurator* e dell'*amicus* dipendesse in alcuni casi, oltre che dall'esistenza di specifici atti di preposizione o di mandato, anche dal fatto che tali soggetti appartenevano ad una cerchia ben delimitata e riconosciuta, vicina al *dominus negotii*, e pertanto ingeneravano presso i terzi l'affidamento sulla circostanza, che contrattare con essi era come contrattare con il *dominus*, vista la rilevanza di valori quali *fides*, *amicitia*, *obsequium*; valori che, certamente, anche in età classica rivestivano un valore determinante⁶⁴.

Al contempo, però, si era certamente assistito ad un progressivo ma inesorabile processo di affievolimento degli stessi valori, che contribuiva decisamente a determinare incertezza nei rapporti interni, intercorrenti tra le parti, ed esterni, nei confronti dei terzi.

Pertanto era inevitabile che la prospettiva dell'*officium*, dell'incarico svolto nell'interesse altrui, venisse a prevalere sull'originaria matrice potestativa che caratterizzava inizialmente la figura del *procurator*, unitamente a quelle del *tutor* e *curator*.

Di conseguenza, per effetto di tale radicale trasformazione, cominciava a precisarsi contemporaneamente una progressiva distinzione tra «titolarità del diritto» e «legittimazione a disporre», tale da richiedere l'adozione di correttivi necessari per gli eventuali inconvenienti causati dalla frattura dei due momenti.

⁶¹ QUADRATO, voce “Rappresentanza” (*Diritto romano*) cit., 425.

⁶² QUADRATO, voce “Rappresentanza” (*Diritto romano*) cit., 425-426.

⁶³ *Favoltà e decadenza* cit., 3ss.

⁶⁴ Rinviamo, a tal riguardo, alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti; *supra*, §§ 3.1; 3.2. Sul tema ancora *infra*, §§ 5.2; 6.2; 6.10.

Ed è certamente questo il clima ed il contesto in cui si sviluppa la disciplina pretoria del *procurator ad litem*⁶⁵, e si realizza anche l'avvicinamento alla figura del mandato⁶⁶.

2 Il *procurator 'quasi dominus'* in età classica. La tesi del Bonfante ed i poteri del *procurator omnium bonorum* in età classica: D. 3.3.63; D. 20.6.7.1.

Bonfante nel suo lavoro *Facoltà e decadenza del procuratore romano*⁶⁷ - che tanto ha condizionato la dottrina successiva - ritiene che in età classica la figura del *procurator* abbia mantenuto identità di funzioni e di poteri rispetto alla figura del *procurator quasi dominus* dell'età precedente, testimoniata principalmente nelle opere ciceroniane⁶⁸, ed in particolare nel noto passo della *pro Caecina* (20.57), che abbiamo già esaminato nei paragrafi precedenti⁶⁹.

Difatti, l'A. reputa dubbia la classicità di alcune soluzioni attestate nelle fonti che sembrano affermare la regola per cui in età classica il *procurator omnium bonorum*⁷⁰ non può

⁶⁵ *Infra*, § 5.1.

⁶⁶ *Infra*, § 6.1.

⁶⁷ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 3ss.

⁶⁸ Per una disamina completa delle fonti in questione v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 88 nt. 31.

⁶⁹ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 8-9. Sul tema cfr. *Supra*, § 3.4.

⁷⁰ A tal proposito va ricordato che la dottrina più risalente considerava ridondante e pleonastica, e dunque, compilatoria l'espressione *procurator omnium bonorum* o *totorum bonorum*. In età preclassica e classica, infatti, non sarebbe esistito altro *procurator* che quello dotato di tutti i poteri. L'espressione esaminata, inoltre, era ritenuta sospetta anche per la sua stessa formulazione letterale, palesemente legata e contrapposta a quella del *procurator unius rei*, e pertanto ritenuta, al pari di quest'ultima, inequivocabilmente di fattura giustiniana; v. in proposito ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 513 ss.; SERRAO, *Il procurator* cit., 42; SOLAZZI, *Il procurator ad litem* cit., 175 ss.

La dottrina successiva, anche se con motivazioni differenti, ne ha riconosciuto, invece, la sostanziale autenticità. Infatti, è anche possibile ipotizzare che l'espressione in questione sia stata utilizzata già in età classica in contrapposizione a quella di *procurator unius rei*. Ammessa, infatti, la classicità di quest'ultimo istituto (*infra*, § 5.1), può al contempo ammettersi che i giuristi classici abbiano avvertito la necessità di differenziare le due figure, designando come *procurator unius rei*, il soggetto investito di un singolo incarico, e di conseguenza come *procurator omnium bonorum*, quello dotato di poteri di amministrazione generale dei beni del *dominus negotii*.

Riconosciuta pacificamente tale fondamentale circostanza, va precisato che rimangono controversi, tuttavia, molti aspetti legati alla figura *procurator omnium bonorum*, ed in particolare quello riguardante il rapporto storico intercorrente con la figura del *procurator 'paene dominus'*. Il rapporto in questione, infatti, è prospettato dalla maggiorparte degli studiosi nel senso dell'identità e della continuità storica, mentre da altri, in termini profondamente differenti. In particolare, va ricordata l'opinione di SCHLOSSMANN, *Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 10 ss., il quale riteneva che il *procurator omnium bonorum* altro non fosse che la figura socio economica del procuratore, da distinguere dal *procurator cui res administrandae mandatae est*, che sarebbe stato, invece, il *procurator* a cui il *dominus* avesse deciso di affidare l'amministrazione di tutto il suo patrimonio. Vicina, ma per certi versi differente, è l'ipotesi di ANGELINI, *Il procurator* cit., 119, il quale ha espresso la convinzione che la contrapposizione presente nelle fonti riguarderebbe il *procurator* ed il

senza mandato speciale compiere atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, ed in particolare compiere atti di alienazione o di costituzione in pegno di beni del *dominus negotii*.

In realtà Bonfante fonda le sue affermazioni prevalentemente sull'esegesi di quattro passi, nei quali è possibile cogliere in maniera evidente le alterazioni giustinianee dirette specificamente a subordinare i poteri di alienazione del *procurator omnium bonorum* all'esistenza di un mandato speciale: D. 3.3.63; D. 20.6.7.1; D. 13.7.11.7; D. 19.1.13.25.

Ebbene, l'ipotesi formulata dal grande romanista, che tende a riconoscere ancora in età classica poteri illimitati al *procurator omnium bonorum* - e che, come dicevamo, ha avuto notevole influenza sulla dottrina successiva - è stata tuttavia aspramente contestata da chi ha voluto ravvisare in essa una delle molteplici ed eccessive manifestazioni del famigerato criterio interpolazionistico⁷¹.

A noi sembra, invece, che l'esegesi condotta da Bonfante risulti convincente per le ragioni di carattere testuale che tra poco esporremo, ma soprattutto in considerazione del fatto che le osservazioni di carattere formale svolte dall'A. sono pienamente sostenute e suffragate anche da una ricostruzione complessiva dell'istituto e del contesto in cui esso operava, che la mettono al riparo dalle critiche mosse.

Tuttavia, pur concordando sostanzialmente con le osservazioni di Bonfante, vorremmo riprendere brevemente l'esame esegetico dei passi in questione, anche in considerazione del fatto che in uno di essi si fa anche menzione dell'*actio ad exemplum institoriae*, sulla quale torneremo ancora nel corso della nostra indagine⁷².

Il primo dei brani esaminati è un passo di Modestino:

D.3.3.63 (Mod. 6 *different.*): *Procurator totorum bonorum, cui rei administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.*

Il passo è fortemente sospetto in tutta la sua formulazione⁷³. Si è discusso della classicità della stessa dizione *procurator totorum bonorum*⁷⁴, così come si è ritenuto

procurator omnium bonorum; con la prima espressione si individuerebbe la figura economico-sociale di *procurator*, con la seconda, invece, quella dotata di poteri giuridici, conferiti tramite mandato generale. Sul tema torneremo più ampiamente nei paragrafi successivi. In particolare, *infra*, § 4.4.

Ancora più complesso e controverso appare, invece, il rapporto tra il *procurator omnium bonorum* e le figure del *procurator ad litem* e del *procurator unius rei*. Sul tema v. *infra*, Cap. V; Cap. VI.

⁷¹ In particolare, si segnala in tal senso il lavoro di ANGELINI, *Il procurator*, cit., 18 ss.

⁷² D.19.1.13.25; *infra*, § 8.3.

⁷³ ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 504ss; ID., *Actio de universitate' e 'actio specialis in rem'*, *Studi Albertario*, 4, Milano, 1912, 84; KÜBLER, *Res mobiles und immobiles*, in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, 347ss; SCHILLER, *Res mobiles, immobiles and se moventes*, in *Atti del Convegno Internazionale di Diritto Romano, Bologna-Roma 17-27 Aprile 1933*, Pavia, 1935, II, 434ss; SERRAO, *Il procurator*, cit., 23; DI MARZO, *Res immobiles*, in *BIDR* 49-50 (1947) 236; SOLAZZI, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, cit., 620; WATSON, *Contract of mandate*, cit. 50; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 19ss.

interpolato⁷⁵, o più semplicemente pleonastico, l'inciso *'cui rei administrandae mandatae sunt'*⁷⁶. Sono considerati, invece, decisamente sospetti l'aggettivo *'specialis'* e tutto l'inciso *'sine speciali domini mandatu'*⁷⁷. Stessa sorte spetta alla distinzione operata tra *'res mobiles vel immobiles'*⁷⁸ ritenuta estranea, o quanto meno, del tutto inusuale per il diritto romano classico.

In realtà, vi è anche chi⁷⁹ ha osservato che alcune delle espressioni oggetto di critica potrebbero essere classiche, ed, in particolare, l'aggettivo *'specialis'*, l'espressione *totorum bonorum*, la contrapposizione tra *'res mobiles vel immobiles'*.

Ebbene, anche ammettendo la fondatezza di tali osservazioni - a dire il vero non sempre convincenti - ci sembra di poter affermare comunque che non sono di per sé risolutive per riconoscere l'intera classicità del brano e della soluzione in essa contenuta⁸⁰.

D'altronde - a parere di Bonfante⁸¹- risulta estremamente improbabile tutta la costruzione grammaticale del brano, che fa quasi toccare con mano il travolgimento in senso negativo di un testo schiettamente affermativo. Modestino, pertanto, doveva aver scritto che quel procurator *'res domini [...] alienare potest'*.

In realtà, le ragioni complessive addotte dall'illustre Maestro, al di là dei singoli dettagli formali, ci sembrano pienamente convincenti. Saranno, inoltre, suffragate da altre considerazioni sia di ordine formale, sia sostanziale che svolgeremo nel corso della trattazione.

Continuando, dunque, l'esame dei passi adottati da Bonfante possiamo ora esaminare un passo di Gaio che riguarda il consenso alla vendita del pegno prestato dal *procurator* e la sua efficacia nei confronti del debitore pignoratizio:

D.20.6.7.1 (Gaius *lib. sing. ad. form. hyp.*): *Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit vel servus actor, cui et solvi potest et in id praepositus est, an teneat consensus eorum. Et dicendum est non posse, nisi specialiter hoc eis mandatum est.*

⁷⁴ Sull'autenticità dell'espressione si è pronunciato WATSON, *Contract of mandate*, cit., 50, nt.1. Nello stesso senso ANGELINI, *Il procurator*, cit., 20 ss. Si tratta, infatti, di un'espressione che ricorre nelle fonti classiche anche se prevalentemente in relazione alla *societas*: Gai, 3.148; Gai 3.151; D.17.2.68pr; D. 17.2.67.1. Sul tema v. *supra*, nt. 73.

⁷⁵ SERRAO, *Il procurator*, cit., 141-142; 147;

⁷⁶ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 4; SOLAZZI, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, cit., 620.

⁷⁷ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 4; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 571 nt.1; ID., *'Actio de universitate' e 'actio specialis in rem'*, cit., 65ss. Propendono, invece, per la classicità delle espressioni *'specialis'* o *'specialiter'*: WAGNER, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*, Marburg, 1968, 4ss; HONORÈ, *The severan lawyers: a preliminary survey*, in *SDHI* 28 (1962) 200.

⁷⁸ KÜBLER, *Res mobiles und immobiles*, in *Studi Bonfante*, Milano, 1930, II, 347ss; SCHILLER, *Res mobiles*, cit., 441ss; DI MARZO, *Res immobiles*, cit., 236; BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 4 s. Anche ANGELINI, *Il procurator*, cit., 21ss.

⁷⁹ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 19 ss.

⁸⁰ *Infra*, § 4.4.

⁸¹ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 4.

Il giurista si chiede se il consenso prestato dal *procurator omnium bonorum* o dal *servus actor*, a cui possono essere effettuati pagamenti e che sia stato a ciò preposto, possa avere effetto liberatorio per il debitore. La risposta contenuta nella chiusa è negativa, ma sembra ammettere la possibilità che il consenso possa avere efficacia liberatoria qualora sia stato prestato in esecuzione di un mandato speciale.

Ebbene, in questo caso - a parere di Bonfante- l'interpolazione riguarderebbe l'intera espressione finale del passo⁸², che tenderebbe a limitare l'efficacia liberatoria dell'attività posta in essere dal *procurator* e dael *servus actor* all'esistenza del mandato. Infatti, a parte l'inciso '*nisi specialiter hoc eis mandatam est*'⁸³, appare scorretta anche l'utilizzazione del verbo '*non posse*' che non si lega almeno formalmente a quanto precede⁸⁴.

La risposta negativa data dal giurista, inoltre, accomuna due casi nettamente distinti nella prassi e nelle soluzioni giurisprudenziali. Infatti, viene data una risposta unica in ordine alle due figure richiamate dal giurista, in realtà, tra loro profondamente differenti: quella del *procurator omnium bonorum* e quella del *servus actor*.

A questo punto è forse proficuo valutare la soluzione prospettata nel nostro brano da un punto di vista sistematico, ponendola in relazione con quelle contenute nei brani immediatamente precedenti e seguenti.

I compilatori, infatti, hanno riportato un lungo tratto del *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Gaio, in cui il giurista si occupava dell'efficacia da attribuire al consenso prestato dal creditore alla vendita del bene pignorato, ritenendo che tale consenso aveva effetti liberatori per il debitore.

Nel *principium* leggiamo, infatti, che se '*si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca..*'.

Immediatamente dopo Gaio procedeva all'identificazione dei soggetti, diversi dal creditore, il cui consenso alla vendita del pegno poteva determinare comunque la liberazione del creditore pignoratizio. Così, trattava inizialmente del caso del *tutor*, e successivamente nel § 1 - da noi precedentemente esaminato - proseguiva con quello del *procurator*:

D.20.6.7pr (Gaius *lib. sing. ad. form. hyp.*): *Si consensit venditioni creditor, liberabitur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si presente tutore auctore consenserit aut etiam ipse tutor, scilicet si commodum aliquid vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit.*

La soluzione adottata per il *tutor* sembra indicare che non è necessaria una successiva ratifica se il consenso alla liberazione dell'ipoteca sia stato espresso dal pupillo alla presenza del *tutor* che ha prestato la propria *auctoritas*, oppure dal tutore stesso⁸⁵.

⁸² BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 5; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 504; SERRAO, *Il procurator*, 24; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit. 26s.

⁸³ L'intervento sarebbe palesato chiaramente ancora una volta dall'aggettivo '*specialiter*' riferito al mandato; cfr. *supra*, nt. 80.

⁸⁴ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 6.

⁸⁵ I brano viene ritenuto autentico dalla dottrina. I sospetti di interpolazione riguardano l'inciso finale '*scilicet si commodum aliquid vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit*'; cfr. *Ind. Interp. ad banc legem*.

Sembra dunque che anche il consenso prestato dal tutore sia di per sé sufficiente per la liberazione del debitore ipotecario⁸⁶. Dunque, nel caso del tutore la risposta del giurista era positiva e non conteneva alcuna limitazione o condizione al suo operato.

È, dunque, legittimo chiedersi perché in ordine al *procurator omnium bonorum* dovesse essere prevista una disciplina del tutto differente, visto che si trattava pur sempre di un soggetto dotato di poteri di amministrazione generale.

Inoltre, a noi sembra che - in relazione alla soluzione da noi esaminata, contenuta in D.20.6.7.1 - va adeguatamente tenuto conto del fatto che vengono trattati insieme il caso del *procurator* e quello del *servus actor*.

Infatti, la circostanza in questione era già stata posta in rilievo da Solazzi⁸⁷, il quale aveva ipotizzato che la soluzione negativa contenuta nella chiusa non fosse comune ai due casi. A parere dello studioso napoletano, infatti, la soluzione negativa originariamente doveva riguardare unicamente il *servus actor*, e solo successivamente doveva essere stata estesa anche al *procurator*.

L'osservazione di Solazzi è pertinente ed estremamente interessante in quanto si fonda sull'adeguata considerazione della profonda diversità esistente tra la posizione giuridica rivestita dal *procurator omnium bonorum* e quella assunta dal *servus actor*.

Nonostante ciò, pur concordando con l'osservazione di Solazzi sull'estrema diversità giuridica delle due figure, ci sembra di poter notare, tuttavia, che all'attento

⁸⁶ Sui poteri di alienazione delle *res pupillares* da parte del *tutor* cfr. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1942, 67; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit. 12ss; ALBANESE, *Le persone*, cit., 482.

⁸⁷ SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum' nel diritto romano ellenico*, in *Aegyptus* 5 (1924) ora in *Scritti di Diritto Romano*, II, Napoli, 1957, 588ss, muovendo dall'assunto che *procurator* e *servus actor* rivestissero in età classica una posizione del tutto differente, ritiene, dunque, che la risposta negativa dovesse riguardare solo il *servus actor*. In senso dubitativo si è espresso, invece, BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit. 27, nt. 4.

Sul tema cfr. anche C. 2.12(13).16 (Imp. Diocl. et Max., a. 287-293): *Procuratorem vel actorem praedii, si non specialiter distrabendi mandatum accepit, ius rerum dominii vendendi non habere certum ac manifestum est. Unde si non ex voluntate domini vendentibus bis fundum comparasti...* Si tratta di un brano addotto dal MITTEIS, *Römische Privatrecht*, Leipzig, 1908, I, 235, nt. 104, per confutare la tesi Bonfante sulla natura compilatoria dell'inciso finale di D.20.6.7.1 (cfr. *supra*, nt. 85). Nella costituzione richiamata (C. 2.12.16), infatti, il potere di alienazione del *procurator* sembra essere chiaramente subordinato all'esistenza di un mandato specifico. Sul rescritto si è pronunciato, però, SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 587-588, il quale, osservando che si trattava della soluzione data ad un caso concreto, ha osservato giustamente che il quesito posto non poteva prevedere che il compratore avesse acquistato il fondo dal *procurator* o dal *servus actor*, ma dall'uno o dall'altro. Pertanto, riteneva che il passo fosse stato alterato, con l'introduzione del riferimento al *procurator*, mentre in origine la regola ivi enunciata doveva riguardare solo il *servus actor*.

Per una trattazione più completa delle problematiche poste dal rescritto v. *infra*, § 4.7, nt. 206. Possiamo, sin d'ora anticipare che in ogni caso nel rescritto in questione si tratta di un semplice *servus actor* e di un *procurator* di cui non si specifica la qualità di *procurator omnium bonorum*. Di conseguenza, siamo in presenza di soggetti che rivestono una posizione giuridica differente rispetto a quelle richiamate in D.20.6.7.1, in ordine alle quali pertanto si giustifica pienamente la proposizione di una soluzione del tutto diversa in ordine al loro operato.

studioso napoletano sia sfuggita una circostanza di decisiva importanza, e cioè che il *servus actor* era stato investito di una *praepositio*⁸⁸.

Infatti, partendo dal presupposto - concordemente riconosciuto dalla dottrina⁸⁹ - che l'impostazione del quesito possa essere considerata sostanzialmente genuina, è particolarmente rilevante, a nostro parere, che il giurista abbia voluto precisare che si trattasse di un *procurator omnium bonorum* e non di un *servus actor* che era stato autorizzato a ricevere pagamenti e specificamente preposto a questa attività (*..et solvi potest et in id praepositus est*).

Le precisazioni in questione ci fanno supporre, infatti, che il giurista volesse dare una risposta positiva per entrambe le fattispecie considerate. Infatti, non avrebbe avuto alcun senso specificare tali circostanze se non fosse stato necessario chiarire che questi soggetti rivestivano un ruolo del tutto particolare rispetto al patrimonio del soggetto nell'interesse del quale agivano.

Da altre fonti, infatti, sembra evincersi con chiarezza che solitamente al *servus actor* mancasse la legittimazione ad alienare i beni del suo *dominus*, a meno che non vi fosse stata un'espressa volontà del *dominus* stesso in tal senso⁹⁰. Pertanto, il consenso alla vendita del pegno prestato dal semplice *servus actor* non avrebbe avuto alcun effetto liberatorio per il debitore, se non fosse stato espressamente autorizzato dal *dominus*. Di conseguenza, nel nostro caso la precisazione del giurista volta a specificare che si trattava di un *servus actor* che aveva ricevuto un'apposita *praepositio* da parte del *dominus* a svolgere l'attività in questione, è di fondamentale importanza per la risposta positiva del giurista.

D'altronde, ci sembra che vi sia una palese contraddizione - almeno nel caso del *servus actor* - tra l'esistenza di una *praepositio* e la necessità di un mandato. Infatti se il *servus actor* aveva già ricevuto una *praepositio* riguardante specificamente l'attività in questione, perché doveva essere ulteriormente investito di un mandato speciale per l'autorizzazione alla vendita del pegno?

Potrebbe anche supporre che la possibilità di prestare consenso alla vendita del pegno con effetto liberatorio per il debitore fosse un'attività del tutto particolare che richiedesse una specifica volontà del *dominus negotii*, ulteriore rispetto all'autorizzazione iniziale conferita tramite la *praepositio*.

Riteniamo, tuttavia, estremamente improbabile quest'ultima ipotesi, visto che la *praepositio* riguarda il compimento di un'attività economico-commerciale e, pertanto, non

⁸⁸ SOLAZZI, *Le facultà del 'procurator bonorum'* cit., 588, il quale pur ritenendo interpolata l'espressione '*et in id praepositus est*', non chiarisce espressamente le ragioni della sua convinzione. In tal senso anche BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 26, il quale ritiene l'espressione non formalmente corretta, senza fornire ancora una volta una motivazione esplicita alla sua affermazione. In realtà l'espressione dal punto di vista rigorosamente grammaticale non è del tutto corretta, ma non vi sono ragioni di ordine formale e sostanziale particolarmente decisive che ci inducano a ritenerla del tutto interpolata. Non era infrequente il caso che il *dominus* preponesse il *servus actor* proprio all'attività di ricevere ed effettuare pagamenti per conto del *dominus*. Numerose fonti attestano, infatti, l'esistenza di un '*auctor praepositus solvendis pecuniis*' (D.46.3.94.3) o '*qui exigendis pecuniis praepositus est*' (D.46.3.49; D.44. 4.5.3).

⁸⁹ BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 26-27; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 25 ss.

⁹⁰ C.2.12(13).16 (Imp. Diocl. et Max., a.293); C.2.12.19 (Imp. Diocl. et Max., a.294); D.46.3.94.3; cfr. in proposito, BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 26-27.

è volta ad identificare i singoli atti da compiere, bensì l'attività che nel suo complesso doveva essere svolta dal preposto per conseguire un determinato risultato in termini economici⁹¹.

Ed, in tal senso, una *praepositio*⁹² volta all'attività di ricevere pagamenti per conto del preponente è molto probabile che dovesse comprendere anche la possibilità di prestare consenso alla vendita del bene pignorato, che comportasse anche l'estinzione dei diritti di pegno eventualmente costituiti a garanzia dell'adempimento degli stessi, e la conseguente liberazione del debitore. Infatti, a proposito del *servus actor* si dice che a lui potevano essere effettuati pagamenti e che era stato preposto '*in id*' (*et solvi potest et in id praepositus est*). L' '*id*' in questione potrebbe riferirsi anche alla specifica facoltà concessa al *servus actor* di prestare consenso alla vendita del bene pignorato. D'altronde nella parte iniziale del frammento si faceva riferimento proprio a tale facoltà.

Quindi, in ordine alla posizione del *servus actor*, o si ammette la natura insitica dell'espressione '*et in id praepositus est*' oppure quella dell'espressione finale che fa riferimento all'esistenza di un mandato speciale.

Inoltre, accettando l'opinione di Solazzi⁹³ - e, dunque, ritenendo che la risposta fosse positiva in ordine al *procurator omnium bonorum*, e negativa, in ordine al *servus actor* - non si capirebbe perchè il giurista avesse voluto trattare congiuntamente dei due casi, visto che in realtà hanno poco in comune, e soprattutto, dopo aver trattato, nel *principium* del frammento, del caso del *tutor* (D.20.6.7 pr).

La posizione del *procurator omnium bonorum* e quella del *servus auctor*⁹⁴ sono, infatti, nettamente differenti in relazione ai poteri di disposizione dei patrimoni dei rispettivi *domini negotii*, mentre può stabilirsi certamente un'assimilazione tra il caso del *procurator omnium bonorum*, del *tutor* e quella del *servus actor praepositus*, a cui dunque sia stato affidato il compimento di un'attività commerciale nell'interesse del *dominus*.

Si tratta, infatti, in tutti e tre i casi di soggetti a cui è stato affidato lo svolgimento di una amministrazione di carattere generale.

Ebbene, in conclusione non vi sono ragioni plausibili per ritenere che il consenso prestato dal *procurator omnium bonorum* alla vendita del pegno - indipendentemente dal conferimento di un mandato specifico - non avesse effetti liberatori nei confronti del debitore pignoratizio, e, dunque, per ritenere che il *procurator omnium bonorum* in età classica non fosse fornito di poteri dispositivi in ordine al patrimonio del suo *dominus negotii*.

Crediamo, dunque, di dover concordare con Bonfante nel ritenere che l'espressione finale contenuta in D.20.6.7.1 (*'Et dicendum est non posse, nisi specialiter hoc eis mandatum est'*) non sia genuina, ma sia stata aggiunta dai giustiniani allo scopo specifico di limitare i poteri del *procurator omnium bonorum*.

⁹¹ Cfr. *Supra*, §§ 2.7; 2.9.

⁹² La *praepositio* in questione poteva riferirsi ad un ambito di attività simile a quello ricordato in D.13.7.12, in cui si fa riferimento ad un'attività che si concreta in '*mutuas pecunias accipere sub pignoribus*'; cfr. *infra*, § 4.3. Nel nostro caso si tratterebbe, tuttavia, di una *praepositio* '*ad mutuas pecunias dare sub pignoribus*'.

⁹³ SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 588; *supra*, nt. 90.

⁹⁴ Sulla particolarità del *servus actor* rispetto agli altri servi cfr. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 25ss.

3- La tesi del Bonfante ed i poteri del *procurator omnium bonorum* in età classica: 13.7.11.7; D. 19.1.13.25.

Allo stesso risultato conduce l'esegesi del terzo brano addotto da Bonfante che riguarda ancora il caso del pegno:

D.13.7.11.7 (Ulp. 28 ad ed.): *Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit: quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare.*

Nella redazione attuale del brano si legge che se è il *procurator omnium bonorum*⁹⁵ o il *tutor* ad aver costituito il pegno, essi possono agire in giudizio con l'*actio pigneraticia*. Tuttavia, nel caso del *procurator* ciò può avvenire solo se abbia dato a pegno su mandato del *dominus*.

Anche in questo caso l'intervento dei compilatori si manifesterebbe nell'aggiunta dell'inciso finale, chiaramente volto alla limitazione dei poteri del *procurator*⁹⁶.

In realtà, gli indizi formali addotti da Bonfante risultano già di per sé convincenti. Inoltre, ad ulteriore riprova dell'intuizione del grande Maestro si possono addurre alcune considerazioni che derivano dalla valutazione del brano in questione all'interno della sistematica del Digesto.

In particolare, è opportuno valutare il brano in rapporto ai paragrafi dello stesso commentario all'editto di Ulpiano che immediatamente lo precedono, e al frammento di Gaio che immediatamente lo segue.

Nel paragrafo precedente il giurista si occupa del caso che il pegno sia costituito da un terzo a vantaggio del *procurator* o del *tutor*:

D.13.7.11.6 (Ulp. 28 ad ed.): *Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret.*

Il giurista precisa che *'per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur'*⁹⁷.

⁹⁵ Nelle fonti l'espressione *procurator meus* o *procurator tuus* solitamente individua il *procurator omnium bonorum*; cfr., *supra*, § 4.2, nt. 73.

⁹⁶ In particolare è ritenuto sospetto il verbo *'procedit'*; cfr. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 5; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 504; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römische Rechtsquellen*, in ZSS. 66 (1948) 348ss; SERRAO, *Il procurator*, cit., 30; WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leiden, 1960, 109ss; KASER, *In bonis esse*, in ZSS. 78 (1961) 205 nt. 97; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 25; 126.

Quindi se il pegno è costituito a vantaggio del *procurator* e *tutor*, l'*obligatio pignoris* non si trasferisce in capo al *dominus negotii*, ma grava sugli stessi *tutor* e *procurator*, che possono, dunque, essere convenuti per la restituzione del pegno. E tale circostanza non ha nulla a che fare con la regola che ammette che tramite libera persona si può acquistare il possesso (*per liberam personam possessionem adquiri*⁹⁸), poiché questa regola riguarda solo la possibilità che tramite procuratore e tutore possa acquistarsi il possesso della cosa pignorata.

Una cosa è, infatti, l'acquisto del possesso, una cosa è la possibilità di essere obbligati tramite l'attività compiuta da una persona libera che agisce nel nostro interesse. Si legge, infatti, nel brano che *'per libera persona non semper 'adquiret obligationem'*⁹⁹.

⁹⁷ Sul brano SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in *Scritti di diritto romano I*, Napoli, 1955, 319ss; ID., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 434ss.

⁹⁸ Entrambi i riferimenti all'acquisto tramite *'libera persona'* sono stati ritenuti interpolati dalla dottrina prevalente; VANGEROW, *Pandekten* 3 § 608, 209; MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts*, Stuttgart, 1836; SCHLOSSMANN, *Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 88; ID., *Stellvertretung*, cit., 93, nt. 2; PACCHIONI, *Contratti a favore dei terzi*, cit., 87ss; FERRINI, *Pandette*, 156 nt.2; BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 397; cfr. *infra*, § 6.7. In particolare, in ordine alla prima espressione (*'Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur'*), è verosimile che il testo originale facesse riferimento non già all'acquisto realizzato tramite *procurator*, sebbene all'acquisto operato *'per extraneam personam'*. La versione originale, pertanto, doveva avere il seguente tenore: *'Per extraneam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur: adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur'*. La seconda espressione *'per liberam personam possessionem adquiri'* - che fa riferimento all'acquisto del possesso riconosciuto da una costituzione dell'Imperatore Settimio Severo, citata anche nel Codice di Giustiniano (C. 7.32.1) - presenta un carattere più controverso. In proposito, riteniamo di dover aderire all'idea di coloro che la ritengono interpolata al posto dell'originale *'per procuratorem'*. In tal senso cfr. KNIEP, *Vacua possessio*, Jena, 1886, 228; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 320. Per un esame approfondito del brano v. *infra*, § 6.7. Di conseguenza il brano deve aver avuto nella sua interezza il seguente tenore: D.13.7.11.6 (Ulp. 28 ad ed.): *Per extraneam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro posse per procuratorem possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem extranea persona nobis non semper adquiret.*

⁹⁹ E' evidente il tentativo di attenuazione della regola classica che negava l'acquisto *'per liberam personam'*, realizzata tramite l'introduzione di espressioni quali *'plerumque'* o *'semper'*; cfr. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 434. D'altronde Giustiniano interviene espressamente sancendo che le obbligazioni derivanti dal mutuo e quelle nascenti dal pegno si trasmettessero direttamente al rappresentato: C. 4.27.3 (Imp. Iust., a.530): *Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, adquiritur ei cuius nomine pecunia credita est per huiusmodi nemonationem condictio, non autem hypotheca vel pignus, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus adquiritur, talem differentiam expellentes sancimus et conductionem et hypothecariam actionem vel pignus ipso iure et sine aliqua cessione ad dominium contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem, quare non ab initio quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in hypothecis et pignoribus simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi adquisitam?* Ebbene, l'affermazione dell'Imperatore che rivendica a sé la riforma in questione potrebbe costituire una valida riprova dell'interpolazione ravvisata dalla dottrina in D.13.7.11.6. Il tema merita, tuttavia, una trattazione più estesa che sarà svolta nel secondo volume dei nostri studi sulla rappresentanza.

Il giurista continua poi nel § 7 dicendo che, invece, nel caso contrario in cui il pegno sia stato costituito da un *procurator* o da un *tutor* a vantaggio di un terzo, e, dunque, siano essi a consegnare la *res* pignorata al terzo, gli stessi soggetti¹⁰⁰ potranno agire con l'*actio pigneraticia*. Tale possibilità, tuttavia, dovrebbe essere riconosciuta al *procurator* solo qualora abbia ricevuto un mandato specifico a dare a pegno.

I compilatori, poi, hanno inserito di seguito un passo tratto dal commento all'editto provinciale di Gaio:

D.13.7.12 (Gaius 9 *ad ed. prov.*): *vel universorum bonorum administratio ei permessa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.*

Dalla lettura congiunta di D.14.13.7.11 e D.14.3.7.12, così come voluta dai compilatori, dovrebbe trarsi la conseguenza che il *procurator* può costituire il pegno ed agire in giudizio per la restituzione del bene pignorato solo se abbia dato a pegno su mandato del *dominus*, oppure se gli sia stato conferito un generale mandato di amministrazione da colui « *qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere* ».

Ebbene, si tratta di brani che sono stati profondamente alterati dai compilatori. Basti pensare, se non altro, al riferimento all'acquisto del possesso tramite '*liberam personam*'¹⁰¹ - di chiara fattura postclassica - sul quale torneremo più avanti nel corso della nostra trattazione¹⁰².

In riferimento specifico alla nostra questione basti considerare quest'ultimo frammento di Gaio ed, in particolare le modalità con cui è stato riportato nel Digesto, per intuire che in questo punto vi sia stato un significativo intervento dei compilatori, che si è realizzato quantomeno nel legare al brano di Ulpiano (D.14.13.7.11) un frammento del commentario all'editto provinciale di Gaio, privato della sua parte iniziale¹⁰³.

Infatti, non sappiamo quale fosse il tenore del brano gaiano nella sua complessità, ma non vi è dubbio che esso è stato privato della sua parte iniziale per collegarlo con il brano precedente, nell'intento di realizzare un discorso unitario.

Il brano di Gaio, infatti, è strettamente collegato all'espressione finale del brano escerpito dal commentario di Ulpiano '*quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare*', ritenuto dalla dottrina prevalente di fattura giustiniana¹⁰⁴.

¹⁰⁰ In realtà nel nostro testo (D.13.7.11.7) si legge '*ipse agere pigneraticia poterit*', mentre nel frammento precedente (D.13.7.11.6) si legge correttamente '*ipsi actione pigneraticia convenientur*'. Potrebbe trattarsi di un errore di trascrizione. Potrebbe anche ipotizzarsi, invece, che il frammento originariamente riguardasse un solo soggetto, il *procurator*, e che solo successivamente sia stato introdotto il riferimento al *tutor*; cfr. SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 321. Si tratta ovviamente solo di una congettura, che potrebbe trovare giustificazione anche riferimento al frammento precedente, qualora si riconoscesse che la regola dell'acquisto del possesso fosse stata riconosciuta solo in ordine al *procurator*; *infra*, §§ 6.6; 6.7.

¹⁰¹ SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 320ss.

¹⁰² *Infra*, § 6.7.

¹⁰³ Visto che si tratta di un brano monco della sua parte iniziale non siamo in grado di stabilire se Gaio trattasse del *procurator* o di qualsiasi altro soggetto a cui « *universorum bonorum administratio ei permessa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere* »; cfr. *infra*, 4.4.

¹⁰⁴ *Supra*, nt. 99.

Di conseguenza, da un punto di vista formale il collegamento operato dai compilatori potrebbe costituire una riprova dell'avvenuta interpolazione giustiniana. È probabile, infatti, che l'intervento sui testi non sia consistito solo nell'aggiungere l'inciso finale al brano di Ulpiano, che fa riferimento alla necessità del mandato, ma anche nell'averlo collegato al frammento di Gaio riportato di seguito.

Da un punto di vista sostanziale, inoltre, l'interpolazione può essere giustificata dall'intento di ricondurre in ogni caso i poteri del *procurator omnium bonorum* alla volontà del *dominus negotii*, sia tramite un mandato avente carattere specifico, sia tramite un atto volto a conferire l'amministrazione generale di tutti i beni (*universorum bonorum administratio ei permessa*)¹⁰⁵.

E' possibile, invece, che originariamente il brano accordasse la possibilità di costituire il pegno e di agire per il recupero della *res pignorat*, al *procurator meus*, e dunque, al *procurator omnium bonorum* e al *tutor*, senza null'altro chiedere in ordine alla figura del *procurator*, e che sia, invece, riconducibile ai compilatori l'introduzione delle limitazioni esclusivamente in ordine all'operato del *procurator omnium bonorum*.

L'ultimo testo addotto da Bonfante è un passo molto tormentato, noto alla dottrina romanistica in quanto è anche una delle principali testimonianze relative all'*actio ad exemplum institoriae*:

D. 19.1.13.25 (Ulp. 32 ad ed.): *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

Nel passo si tratta di un *procurator* che vende e presta una *cautio* al compratore. Il giurista si domanda se al *dominus negotii*, e contro lo stesso *dominus negotii*, possono concedersi le azioni che nascono dal rapporto giuridico concluso.

Nel dare una risposta Ulpiano si riferisce all'opinione espressa da Papiniano nel terzo dei suoi *libri responsorum*, ritenendo che contro il *dominus* si può agire con un'*actio utilis ad exemplum institoriae* 'si modo rem vendendam mandavit', e che al contrario, anche al *dominus* compete l'*actio ex empto utilis* contro il compratore.

Ebbene, siamo in presenza di un brano la cui interpretazione è fortemente controversa - in quanto certamente è giunto alterato, almeno nella sua veste formale - anche se si dissente ampiamente nel precisare l'estensione e la portata dell'intervento compilatorio¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Si tratta di un intervento che è stato operato più volte dai compilatori; cfr. D.46.3.12 (Ulp. 30 ad Sab.); § 4.8. È già indicativa in tal senso l'utilizzazione dell'espressione '*universorum bonorum administratio ei permessa o concessa*', al posto della più frequente *procurator totorum o omnium bonorum*, che tende a riportare la figura del *procurator omnium bonorum* nell'alveo di un atto di autorizzazione e volontà del *dominus negotii*; sul tema *infra*, § 4.4; 4.10.

¹⁰⁶ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 186 ss.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 483 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 240-1; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 120; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 207.

In realtà, è indubbio l'errore, forse di trascrizione del copista, dell'*actio utilis ex empto* che spetterebbe al *dominus* del *procurator*¹⁰⁷. Il *procurator* ha agito nella veste di venditore, e dunque, al suo *dominus* dovrebbe spettare l'*actio venditi* contro il compratore. Potrebbe risultare, d'altronde, sospetto anche il verbo '*competit*', visto che si tratta con certezza di un rimedio da attribuire ad un esplicito intervento dei magistrati giurisdicenti, e non al *ius civile*. Sappiamo, però, che la fede nell'interpolazione del famigerato *competit* va sempre più scemando fra i romanisti¹⁰⁸.

Sono stati ritenuti alterati anche l'inciso '*an domino*', e la proposizione finale '*ergo...competere*' - sui quali ci pronunceremo meglio in seguito - e, per altro verso, l'espressione '*si modo rem vendendam mandavit*'¹⁰⁹.

Secondo Bonfante, in particolare, l'alterazione del testo riguarderebbe l'inciso '*si modo rem vendendam mandavit*', che limiterebbe l'efficacia diretta del contratto di compravendita concluso dal *procurator* nei confronti del *dominus negotii* solo al caso che quest'ultimo avesse conferito un mandato al *procurator* in questione.

Per quanto riguarda quest'ultima espressione non possiamo non concordare con chi la ritiene frutto di alterazione. Come abbiamo posto in evidenza precedentemente¹¹⁰, non era certo l'esistenza in sé di un mandato a giustificare la concessione di un'*actio institoria*, anche *ad exemplum*, ma solo una *praepositio* o un atto ad essa equiparabile.

Il mandato - anche qualora si presti fede all'autenticità dei brani esaminati (D. 17.1.10.5; D. 3.5.31(30)pr.) - poteva semmai essere equiparato ad una *praepositio*, ma di per sé non era l'elemento che giustificava l'eventuale applicazione in via estensiva dell'*actio institoria*.

Infatti, nei brani considerati, l'*actio ad exemplum institoriae* viene concessa non perché in essi si tratti di un semplice mandato, ma quanto piuttosto di ipotesi particolari di mandato assimilabili per certi versi ad una *praepositio*.

Così, in D. 14.3.19pr. si configura una vera e propria *praepositio*¹¹¹, che tuttavia presenta dei caratteri non del tutto assimilabili a quelli richiesti dall'editto pretorio¹¹².

In D. 17.1.10.5¹¹³, sia che se ne accetti o meno l'integrale autenticità, si legge espressamente che l'*actio ad exemplum institoriae* viene concessa nel caso di un mandato, perché quest'ultimo viene espressamente assimilato ad una *praepositio*: '*quia et hic quasi*

¹⁰⁷ v. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 79, nt. 50.

¹⁰⁸ In proposito, MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, 40 nt. 16.

¹⁰⁹ Così BONFANTE, *Facoltà e decadenza* cit., 253. Nello stesso senso ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 190; *contra* KRELLER, *Op. cit.*, 92-93; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 483 ss., il quale ritiene che il mandato sia necessario non per la vendita, ma per la concessione dell'*actio institoria*. Su questo punto cfr. *praecipue* §§ 8.4; 9.3.

¹¹⁰ *Supra*, § § 2.7 ; 2.9.

¹¹¹ D. 14.3.19pr (Pap. 3 resp.): *In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aequae faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.*

¹¹² Cfr. *infra*, § 8.2.

¹¹³ D. 17.1.10.5 (Ulp. 31 ad ed.): *idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuat acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.*

*praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur*¹¹⁴. È, dunque, il mandato ad essere equiparato alla *praepositio* e non viceversa, per integrare i presupposti necessari per la concessione dell'*actio institoria*.

In D. 3.5.31(30)pr¹¹⁵ non si fa esplicito riferimento ad una *praepositio*, ma ad un mandato che, tuttavia, è stato portato espressamente a conoscenza dei terzi. Ebbene, quest'ultima circostanza costituisce certamente un elemento distintivo rispetto alla normale fattispecie del mandato - destinata a regolare unicamente i rapporti interni tra mandante e mandatario - tale da legittimare la concessione dell'*actio ad exemplum institoria*. L'equiparazione alla *praepositio*, infatti, si basa probabilmente sul fatto che il mandato portato conoscenza dei terzi, è idoneo a creare l'affidamento dei terzi stessi, alla stregua della *praepositio*.

Nel brano da noi esaminato (D.19.1.13.25), invece, si fa riferimento solo ad un mandato, che non presenta alcuna particolare caratteristica che riguardi l'oggetto dell'attività da svolgere o la sua "rilevanza esterna". D'altronde, l'eventuale rapporto di mandato non viene in alcun modo equiparato alla *praepositio*. Gli elementi fattuali descritti dal giurista menzionano solo l'esistenza di un contratto di compravendita, concluso tra un *procurator* e un terzo. L'inciso '*si modo rem vendendam mandavit*' - anche a volerne ammettere l'autenticità¹¹⁶ - non giustificerebbe in alcun modo la concessione dell'*actio institoria*. L'esistenza di un rapporto assimilabile ('*si modo*') ad un semplice mandato non può integrare i presupposti per la concessione di un'*actio institoria* neanche in via analogica (*ad exemplum*).

4- *Procurator omnium bonorum*, mandato generale e '*administratio omnium bonorum*'.

Ebbene, va considerato che l'ipotesi di Bonfante risulta persuasiva oltre che per i rilievi di carattere testuale sollevati - che come abbiamo visto risultano pienamente condivisibili - anche per alcune importanti considerazioni di carattere sostanziale, e per la maggiore coerenza con le altre fonti. Tanto è vero che l'ipotesi in questione è divenuta prevalente presso la dottrina successiva.

Infatti - nonostante esistano ancora oggi profonde divisioni soprattutto in ordine ai rapporti intercorrenti tra *procurator* e mandato¹¹⁷, o in relazione alla configurazione in età classica di figure di *procuratores unius rei*¹¹⁸ - nella sostanza le ipotesi di Bonfante¹¹⁹ e

¹¹⁴ *Infra*, § 8.3.

¹¹⁵ (Pap. 2 resp.): *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuum: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis*. Sul testo v. *infra*, § 8.3.

¹¹⁶ Per una trattazione completa sul punto v. *infra*, §§ 8.4; 9.3.

¹¹⁷ *Infra*, Cap. VI.

¹¹⁸ *Infra*, Cap. V.

¹¹⁹ *Facoltà e decadenza*, cit., 3ss.

Scialoja¹²⁰ costituiscono ancora indiscutibilmente dei punti fermi nello sviluppo e nell'articolazione degli studi in tema di *procurator*.

Una revisione radicale delle dottrine tradizionali sul tema è stata tentata - come abbiamo già ricordato¹²¹ - da Angelini, sulla scorta di studi effettuati in precedenza da Schlossmann.

In particolare, lo studioso tedesco¹²² aveva ritenuto che con l'espressione *procurator omnium bonorum* i giuristi classici avessero identificato solo la figura socio-economica del *procurator*, investito della gestione dell'intero patrimonio del *dominus*, ma sfornito di qualsiasi potere giuridico. Infatti se il *dominus* avesse voluto affidargli il potere di compiere atti giuridici avrebbe dovuto attribuirgli un mandato, e precisamente un mandato generale. Da qui l'ipotesi, che le fonti avrebbero distinto nettamente tra il *procurator omnium bonorum*, figura socio-economica priva di poteri giuridici, ed il *procurator cui res administrandae mandatae sunt*, cioè il *procurator* fornito di mandato generale.

Tuttavia, come messo in evidenza dalla dottrina¹²³, la tesi non regge ad una verifica attenta effettuata sulle fonti, in cui non è sempre possibile riscontrare la contrapposizione nei termini descritti da Schlossmann¹²⁴.

Un'ipotesi simile è stata, tuttavia, sostenuta da Angelini¹²⁵, il quale ha riproposto sostanzialmente la tesi di Schlossmann, tenendo conto, tuttavia, degli inappuntabili rilievi sollevati dalla dottrina che lo aveva succeduto.

Angelini¹²⁶, ha, così, ritenuto che nelle fonti la contrapposizione non si delinea tra *procurator omnium bonorum* e *procurator cui res administrandae mandatae sunt*, quanto piuttosto tra *procurator* e *procurator omnium bonorum*. Con la prima espressione (*procurator*) sarebbe stato designato il *procurator* fornito di soli poteri socio-economici - del tutto privo di quelli giuridici -, mentre con la seconda (*procurator omnium bonorum*) il *procurator* investito di un mandato generale, e, dunque, capace di compiere qualsiasi atto pertinente all'amministrazione del patrimonio del *dominus negotii*.

Sostiene, infatti, espressamente Angelini¹²⁷ che «la ricorrente terminologia *procurator omnium rerum* o *totorum bonorum* o *omnium bonorum*, è usata dai giuristi classici per indicare il procuratore investito con mandato dell'amministrazione generale del patrimonio. Ogni volta che i giuristi romani usano di queste espressioni è infatti per presentare un procuratore che è fornito di un mandato non specifico ma generico».

Tale tesi - a parere dell'Autore - troverebbe conferma in alcuni brani che vengono espressamente richiamati a sostegno della sua tesi, e che qui riportiamo di seguito:

¹²⁰ L'acquisto del possesso, cit., 97ss.

¹²¹ *Supra*, § 3.1.

¹²² SCHLOSSMANN, *Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 110ss.

¹²³ ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 513; SERRAO, *Il procurator*, cit., 42; SOLAZZI, *Il procurator ad litem*, cit., 175.

¹²⁴ E' pronto ad ammetterlo anche lo stesso ANGELINI, *Il procurator*, cit., 117.

¹²⁵ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 119.

¹²⁶ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 129. Da ultimo, in tal senso PAPERI, *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in *SDHI* 63 (1997) 409-410.

¹²⁷ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 121.

D.2.14.12 (Ulp. 4 *ad ed.*): *nam et nocere constat, sive ei mandavi ut paciscetur, sive omnium rerum mearum procurator fuit: ut et Puteolanus libro primo adsectoriorum scribit: cum placuit eum etiam rem in iudicium deducete.*

D.3.6.7pr (Paul. 10 *ad ed.*): *Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat, si quidam mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor. Si autem non mandatu meo aliis ei, licet misericordiae causa dederit ne fiat, neque ratum habui, tunc et ipsum ripetere et me in quadruplum agere posse.*

D.20.6.7.1 (Gaius *lib. sing. ad. form. hyp.*): *videbimus, si procurator omnium bonorum consensit vel servus actor, cui et solvi potest et in id praepositus est, an teneat consensus eorum. Et dicendum est non posse, nisi specialiter hoc eis mandatum est.*

D.46.2.20.1 (Paul. 72 *ad ed.*): *Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare: tutor potest, si hoc pupillo expediat: item procurator omnium bonorum.*

Un'ulteriore conferma alla sua tesi sarebbe inoltre costituita da alcuni passi dei Basilici in cui viene usata la stessa espressione per tradurre il *procurator omnium bonorum (rerum)* e il *procurator, cui universorum bonorum administratio permessa est* (D.13.7.12)¹²⁸.

Ebbene - a parte i rilievi di carattere generale che possono essere sollevati in ordine alla configurazione in età classica della figura del mandato generale, che tratteremo meglio nei paragrafi successivi¹²⁹ - ci sembra di poter affermare, innanzitutto, che i passi specificamente adottati dall'Autore a sostegno della sua tesi, depongano decisamente in senso contrario alla stessa.

A dire il vero, il tema si connette con una delle problematiche più complesse del diritto romano classico, e cioè a quello relativo ai rapporti intercorrenti tra il contratto di mandato e la figura del *procurator*, che affronteremo compiutamente nei capitoli successivi¹³⁰.

Tuttavia, ci sembra di poter effettuare fin d'ora alcune considerazioni che possono rilevarsi con immediata evidenza dalla lettura delle fonti citate.

Le fonti riportate da Angelini, infatti, non sembrano testimoniare una piena coincidenza tra la figura del mandatario e quella del *procurator omnium bonorum*, ma anzi - al pari di gran parte di quelle in nostro possesso - tendono invece a distinguere nettamente il caso del soggetto a cui è conferito un mandato da quello del *procurator omnium bonorum*.

Alcuni di essi li abbiamo già esaminati¹³¹, di altri torneremo ad occuparci più avanti¹³².

¹²⁸ Per una ricognizione specifica delle fonti bizantine in questione v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 121, nt. 149.

¹²⁹ Sul tema, v. *infra*, § § 4.10; 7.6.

¹³⁰ *Infra*, Cap. V; VI.

¹³¹ D.20.6.7.1 (Gaius *lib. sing. ad. form. hyp.*); v. *supra*, § 4.2.

¹³² D.46.2.20.1 (Paul. 72 *ad ed.*); cfr. *infra*, § 4.8; D.2.14.12 (Ulp. 4 *ad ed.*); v. *infra*, § 4.9.

Senza soffermarci a compiere un'esegesi puntuale degli stessi, esaminando tutte le questioni trattate nello specifico, è facile notare che nei primi due brani le ipotesi del mandatario e del *procurator* sono nettamente distinte. Sono considerate, infatti, due fattispecie del tutto autonome.

In D.2.14.12 si legge, infatti, '*sive ei mandavi ut paciscetur, sive omnium rerum mearum procurator fuit*', distinguendo nettamente l'ipotesi in cui il patto sia stato concluso da un soggetto a cui era stato conferito un mandato da quello realizzato da un *procurator omnium bonorum*. In D.3.6.7pr si distingue ancora tra l'ipotesi del mandatario ('*quidam mandatu meo datum est*') e quella del '*procurator meo omnium rerum*'.

A nostro parere, dunque, i brani sono di una limpidezza e di una chiarezza che non ammette dubbi o incertezze.

Qualche incertezza potrebbe sorgere in ordine a D.20.6.7.1, in relazione al quale potrebbe dubitarsi del fatto che il *procurator omnium bonorum* dovesse essere investito di un mandato per essere dotato di poteri dispositivi in ordine al patrimonio del suo *dominus negotii*.

Ebbene, a parte i rilievi già avanzati in ordine alla classicità dell'inciso finale '*et dicendum est non posse, nisi specialiter hoc eis mandatum est*'¹³³, anche a volerne ammettere l'autenticità, è facile notare che in esso si fa riferimento ad un mandato di carattere speciale e non ad un mandato generale come vorrebbe, invece, Angelini¹³⁴.

In fine, l'ultimo brano citato dall'Angelini (D.46.2.20.1) riguarda propriamente il caso del pupillo. In esso si legge che il pupillo *sine auctoritate tutore* non può compiere novazione. Il tutore invece potrebbe realizzarla qualora il pupillo '*expediat*'. La stessa regola dovrebbe valere per il *procurator*.

Dubbia appare, quantomeno, la necessità del consenso del pupillo alla novazione realizzata dal tutore. La dottrina¹³⁵, infatti, - compreso lo stesso Angelini¹³⁶- concorda sull'interpolazione della frase '*si hoc pupillo expediat*'.

Ebbene, anche ad ammettere la classicità del brano nella sua interezza, ci sembra di poter rilevare che il verbo '*expedire*' rivesta un valore generico, che non rinvia affatto ad un concetto tecnico di mandato. A parte, infatti, la dubbia possibilità di configurare un mandato in senso tecnico nei rapporti intercorrenti tra pupillo e tutore, in ogni caso sembra che il termine rinvii ad un atto di autorizzazione di carattere generico a compiere un singolo atto giuridico e non ad un mandato di carattere generale attribuito al *procurator omnium bonorum*.

In fine, la circostanza che nei Basilici si traduca in modo uguale l'espressione '*procurator omnium bonorum*' e '*procurator cui universorum bonorum administratio permessa est*' non costituisce - come vorrebbe Angelini - una prova del fatto che ogni *procurator omnium bonorum* era investito di un mandato generale.

¹³³ *Supra*, § 4.2.

¹³⁴ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 121; *supra*, ntt. 129-130.

¹³⁵ ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 508; SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 591; SERRAO, *Il procurator*, cit., 31; BONIFACIO, *La novazione in diritto romano*, Napoli, 1959, 161.

¹³⁶ v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 135.

Per aderire a questa ipotesi avremmo dovuto riscontrare che nei Basilici si taduca in egual modo l'espressione che fa riferimento al *procurator omnium bonorum* e quella relativa *procurator* fornito di un mandato generale.

Nell'espressione *universorum bonorum administratio*, invece, non può cogliersi necessariamente un riferimento tecnico ad un mandato generale.

Infatti, l'osservazione effettuata da Angelini sui passi dei Basilici ci induce ad una riflessione di carattere più generale, che riguarda tutti i casi in cui in ordine al *procurator* si fa riferimento ad espressioni quali '*administratio*' o '*libera administratio concessa*' o '*permissa*'.

Già Bonfante riteneva, infatti, che tali espressioni esprimessero il contenuto complessivo delle facoltà naturalmente ricomprese nel concetto del *procurator omnium bonorum*. Ed, in particolare, lo studioso affermava che "le restrizioni giustiniane hanno oscurato questo concetto; ma oltrechè dal sopraddetto modo di designazione del *procurator omnium bonorum*, la genuina figura emerge chiara pel fatto che sarebbe troppo povero gioco di parole concedere l'amministrazione come facoltà distinta a un amministratore¹³⁷".

Concordiamo, dunque, con Bonfante nel ritenere che laddove le fonti trattino di un soggetto a cui è affidata una '*administratio*' o '*libera administratio*' non rinvino necessariamente all'esistenza di un mandato generale.

Infatti, dall'esame attento delle fonti sembra - come vedremo meglio successivamente - che tramite queste espressioni si volesse individuare la figura di un *procurator* investito di una amministrazione generale dei beni del *dominus negotii*, senza specificare quale fosse l'atto tramite il quale questo potere veniva conferito (*praepositio*, mandato).

In conclusione, ci sembra di poter affermare che le fonti addotte da Angelini non confermino affatto l'ipotesi che il *procurator omnium bonorum* fosse sempre dotato di mandato generale. Anzi sembrano contraddirla, distinguendo nettamente la figura del mandatario da quella del *procurator omnium bonorum*.

Infatti, a noi sembra che Angelini sia stato costretto a ipotizzare che il *procurator omnium bonorum* fosse sempre dotato di mandato generale, per poter sostenere - a volte contro l'evidenza delle fonti - la sua teoria del *procurator* come figura socio-economica sfornita di poteri giuridici.

Ed, in effetti, i passi che richiedono un mandato speciale per giustificare poteri dispositivi del *procurator* - esaminati nei due paragrafi precedenti (D.3.3.63; D.20.6.7.1; D.13.7.11.7; D. 19.1.13.25) - si conciliano perfettamente con la sua ipotesi sul *procurator* come soggetto del tutto privo di poteri giuridici. Pertanto, contrariamente alla dottrina prevalente, Angelini¹³⁸ reputa tali passi pienamente genuini e di fattura classica.

La sua tesi, invece, non si concilia affatto con altri passi che testimoniano la possibilità per il *procurator omnium bonorum* di compiere atti di disposizione senza necessità di un mandato specifico ad esso attribuito¹³⁹.

¹³⁷ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 8.

¹³⁸ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 17ss.

¹³⁹ D.3.3.58; D.13.7.11.5; D.46.3.12; D.46.4.13.10; D.2.14.12. Si tratta solo di alcuni dei numerosi brani in questione; v. *infra*, §§ 4.8; 4.9.

Di conseguenza, per giustificare le soluzioni contenute in questi brani - che non sono attaccabili da un punto di vista formale - Angelini è costretto ad ipotizzare che il *procurator omnium bonorum* fosse sempre investito di un mandato, però questa volta di carattere generale. Questo mandato, tuttavia, avrebbe consentito l'espletamento di alcune attività, quali il pagamento di debiti, la novazione etc... Per il compimento di altre attività, quali l'alienazione e la costituzione del pegno, il mandato generale, invece, non sarebbe stato sufficiente, in quanto il *dominus* avrebbe dovuto manifestare esplicitamente e specificamente la sua volontà in ordine al singolo atto da compiere.

Ebbene, a parte il fatto che ci sembra di poter riscontrare una profonda contraddizione nel pensiero di Angelini nella misura in cui afferma, per un verso, che il *procurator omnium bonorum* sia il *procurator* fornito di mandato generale ad amministrare i beni del *dominus*, e, al tempo stesso, che «...il diritto di vendere e dare a pegno (con le eccezioni previste da Mod. 3.3.63; Gai D.41.1.9.4 e gai 13.7.12) non spetta al *procurator omnium bonorum*: gli spetta solo quando il *dominus* glielo abbia espressamente concesso come abbiamo imparato da Gai D.20.6.7.1 e Ulp. 13.7.11.7»¹⁴⁰.

Inoltre, a noi sembra che la tesi di Angelini sia difficilmente accettabile, soprattutto perché come abbiamo visto e vedremo meglio inseguito, dalle fonti non emerge affatto che il *procurator omnium bonorum* derivi in ogni caso i suoi poteri da un mandato generale conferitogli dal suo *dominus negotii*. Anzi, il più delle volte i giuristi distinguono nettamente le ipotesi che riguardano il *procurator* a cui è conferito un mandato da quelle che si riferiscono al *procurator omnium bonorum*¹⁴¹.

A tali considerazioni, si aggiungono - come dicevamo - anche tutte le problematiche relative alla classicità del mandato generale, alla sua liceità e al suo contenuto¹⁴².

Procediamo, dunque, con ordine, esaminando le altre testimonianze relative ai poteri dispositivi del *procurator omnium bonorum* in età classica.

5- Il *procurator omnium bonorum* e il «*ius vendendi rem alienam*».

Volendo soffermare l'attenzione, in particolare, sul potere di alienazione del *procurator omnium bonorum* in età classica, va detto innanzitutto che esistono numerose fonti in proposito, la cui interpretazione, tuttavia, è tutt'oggi profondamente controversa.

Ai passi identificati da Bonfante, la dottrina successiva ne ha aggiunto altri a sostegno dell'ipotesi sostenuta dall'illustre Maestro, ormai ritenuta prevalente presso la dottrina romanistica.

Serrao¹⁴³, in particolare, ha creduto di ritrovare conferma dell'ipotesi in questione in un passo di Modestino riportato dai compilatori nel «*de verborum significatione*»¹⁴⁴:

¹⁴⁰ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 146.

¹⁴¹ *Infra*, §§ 4.8; 4.10.

¹⁴² *Infra*, §§ 4.10; 7.6.

¹⁴³ SERRAO, *Il procurator*, cit., 26ss

D.50.16.109 (Mod. 5 *pandect.*): *Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.*

Lo studioso, ritiene infatti che Modestino adduca il *procurator* come «esempio tipico di chi ha il *ius vendendi rem alienam*» al pari del *tutor*, confermando l'ipotesi di Bonfante sui poteri illimitati del *procurator* (*omnium bonorum*) in età classica.

Infatti, - a parere dell'Autore - il passo sarebbe stato introdotto per sbaglio nella compilazione giustiniana in quanto riguardava, anche per il tutore, una regola giuridica non più vigente al tempo dei giustinianei.

Angelini¹⁴⁵ critica questa opinione ritenendo più plausibile un'altra interpretazione del brano, ed in particolare quella per cui va considerato compratore di buona fede colui che ha creduto di comprare da chi ha il *ius vendendi*, rinviando al caso del *procurator* o del *tutor* solo come ipotesi in ordine alle quali con più frequenza potrebbe verificarsi un errore da parte del compratore sui poteri dispositivi del venditore.

Questa interpretazione del passo sarebbe giustificata - a parere dell'Angelini¹⁴⁶- dalla circostanza fondamentale che al tempo di Modestino è molto probabile supporre che i poteri del *procurator* e del *tutor* avessero subito delle limitazioni e, pertanto, non fossero più illimitati.

Per il tutore vi è un riferimento preciso, rappresentato dall'*Oratio Divi Severi* del 195 d.C.¹⁴⁷. Di conseguenza, poiché, è estremamente improbabile supporre che Modestino avesse scritto questo testo prima del 195, dovremmo ipotizzare che il brano non rappresenti il regime precedente all'*Oratio* del 195, e dunque che non rappresenti una testimonianza del diritto più risalente, sfuggito al controllo dei compilatori.

Inoltre, a parere dell'Autore¹⁴⁸, bisognerebbe valutare altre fonti che testimoniano un'importante circostanza, ed in particolare, che già prima del 195 i poteri del tutore non erano sempre illimitati.

Si riferisce, così, espressamente ad alcune fonti che attestano l'esistenza di tutori sforniti di poteri di amministrazione¹⁴⁹.

Le testimonianze in questione si legano, infatti, alla prassi - invalsa nel mondo romano - di nominare più tutori per i propri figli impuberi.

¹⁴⁴Sul brano anche BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 8; ; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 47ss; ID., Sul '*procurator*', cit., 38ss; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 83, nt. 2.

¹⁴⁵ *Il procurator*, cit., 38.

¹⁴⁶ *Il procurator*, cit., 39ss.

¹⁴⁷ D.27.9.1pr-2 (Ulp. 35 ad ed.): *Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. 1- Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iuniis et sunt verba eius huismodi: 2.- Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrabant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint.....* In proposito v. *infra*, nt. 166.

¹⁴⁸ *Il procurator*, cit., 41ss.

¹⁴⁹ D.26.7.47pr (Scaev. 2 *resp.*); D.46.3.100 (Paul 10 *resp.*); D.46.3.14.1 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 12.2.17.2 (Paul 18 *ad ed.*); cfr. ANGELINI, *Il procurator* cit., 41.

Il sistema descritto poteva andare incontro ad una serie notevole di problemi di funzionamento poiché tra i tutori vigeva una regime di con titolarità, in virtù del quale ciascuno era titolare dell'intero potere. Si affermò pertanto la prassi, prima in ordine alla tutela testamentaria¹⁵⁰, e poi anche per quella legittima e dativa¹⁵¹, che non tutti i tutori fossero ammessi all'*administratio tutelae*, ma che la gestione dell'amministrazione tutelare potesse essere divisa o affidata ad uno solo¹⁵².

In tal senso, si segnala anche l'intervento dei magistrati giuridicenti, i quali in mancanza di un'espressa volontà del testatore potevano intervenire regolamentando l'attività dei tutori. L'intervento più importante in materia è costituito dall'*edictum de amministrazione tutorum* sancito dal pretore in ordine alla tutela testamentaria¹⁵³ e poi esteso anche alle altre forma di tutela¹⁵⁴.

Di conseguenza Angelini¹⁵⁵ ritiene che «..poiché c'erano tutori sforniti di poteri di gestione, potevano ben esserci anche dei procuratori»

Così, continua l'Autore¹⁵⁶, il brano di Modestino non potrebbe essere interpretato nel senso che fosse in buona fede colui che credesse di comprare da un *tutor* o da un *procurator*, perché tali soggetti non avevano sempre poteri illimitati.

Pertanto i giuristi classici avrebbero richiesto che il compratore accertasse con diligenza l'esistenza dei poteri di gestione del tutore e del procuratore. Di conseguenza in D.50.16.109 il giurista avrebbe addotto il caso del *procurator* e del *tutor* non come ipotesi di soggetti dotati sempre di poteri illimitati, ma solo in quanto situazioni in cui l'errore sulla spettanza dei poteri doveva essere più frequente.

¹⁵⁰ D.26.2.12.(Ulp. 38 *ad Sab.*); D.26.7.3.1 ((Ulp. 35 *ad ed.*); D.26.7.3.4 (Ulp. 35 *ad ed.*).

¹⁵¹ D.26.4.5.2 (Ulp. 35 *ad ed.*); D.26.5.27 (Herm. 2 *iuris epit.*); D.26.7.3.2 (Ulp. 35 *ad ed.*); C. 5.52.2.1 (Imp. Car. et Numer., a. 241).

¹⁵² v. in proposito c.fr. ALBANESE, *Le persone*, cit., 483- 484, nt. 278; VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori*, in *Odierni contributi allo studio della mutua garanzia*, in IVRA 21 (1970), 73ss; ANGELINI, *Il procurator* cit., 43ss.

¹⁵³ D.26.2.17pr-2 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est : sed nihilo minus cum quis offert satisfactionem, ut solus admnistret, audiendus est, ut edicto cavetur. Sed recte praetor etiam ceteris detulit hanc condicionem, si et ipsi velint satisdare : nam et si ipsi parati sunt satisdare, non debet excludi alterius oblatione, sed impleta videlicet ab omnibus satisfactione omnes gerent, ut qui contentus est magis satis accipere quam gerere, securus est. 1.- Non omnimodo autem is qui satisdet praeferendus est : quid enim si suspecta persona sit vel turpis, cui tutela committi nec cum satisfactione debeat ? vel quid si iam multa falgitia in tutela admisit ? nonne magis repelli et reici a tutela, quam solus administrare debeat ? nec satis non dantes temere repelluntur, quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiamsi satis non dent, non debent reici : quin immo nec iubendi sunt satisdare. 2- Duplex igitur causae cognitio est, una ex persona eius qui optulerit satisfactionem, quis et qualis est, alia contutorum, quales sunt, num forte eius existimationis vel eius honestatis sunt, ut non debeant hanc contumeliam satisfactionis subire. In proposito cfr. anche D.26.2.3pr (Ulp. 35 *ad ed.*) : *Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt.* (?); D.26.7.19.1 (Ulp. 1 *resp.*): *Actus sui rationem curatorum reddere non esse compellendum: sed nisi cum eo administrationem communicet aut si non ex fide curam gerat, suspectum postulari posse.**

¹⁵⁴ D.26.4.5.2-4 (Ulp. 35 *ad ed.*); D.26.2.19.1 (Ulp. 35 *ad ed.*).

¹⁵⁵ *Il procurator*, cit., 46.

¹⁵⁶ *Il procurator*, cit., 49.

Ebbene, può anche essere condivisa l'idea che il passo di Modestino (D.50.16.109) non sia sufficiente di per sé a provare che in età classica al *procurator* o al *tutor* spettassero sempre illimitati poteri di alienazione delle *res* dominicali¹⁵⁷.

Allo stesso modo, tuttavia, non può essere accettata *tout court* la conclusione diametralmente opposta - che l'Autore tenta di avanzare¹⁵⁸ - e cioè che il brano costituisca una prova della opposta tesi da Lui sostenuta, e cioè che il *procurator* in età classica fosse sempre privo di poteri illimitati.

Innanzitutto, analizzando gli interventi operati in ordine al *tutor*, va ricordato che nel caso di pluralità di tutori la regola era quella della collegialità, secondo la quale, dunque, ciascuno di loro era titolare del potere nella sua interezza. Anche qualora si provvide - nel caso di tutela testamentaria - a delimitare i poteri di alcuni di loro, si poteva intervenire definendo solo genericamente l'ambito di svolgimento della loro attività, precisando, dunque, se dovesse riguardare tutti i beni del pupillo, o quelli riguardanti questa o quella regione geografica¹⁵⁹. Non si poteva, invece, procedere ad una specificazione per beni o singole cause¹⁶⁰.

Il fatto stesso, poi, che i poteri dei *tutores* potessero essere limitati tramite specifici interventi da parte del testatore o dei magistrati, sta ad indicare che normalmente ad essi dovessero spettare poteri onnicomprensivi, tranne che non fossero stati espressamente limitati.

In tal senso, appare significativo, infatti, che le eventuali limitazioni non potevano intaccare il contenuto ma solo l'ambito territoriale, o l'ambito di esplicazione degli stessi.

D'altronde, anche l'*editto de administratione tutorum*¹⁶¹ non sembra ispirarsi all'esigenza di limitare i poteri del tutore, quanto piuttosto a quella di rafforzare la tutela della posizione del pupillo, affidando la gestione al soggetto che offra maggiori garanzie di solvibilità, e affidando agli altri sostanzialmente un potere di controllo sull'operato del primo.

Anche la stessa *Oratio Severi*¹⁶² che vietò ai tutori dei pupilli di '*alienare obligare*' i fondi rustici ed urbani dei pupilli senza autorizzazione magistratuale, salvo che in casi eccezionali, non interviene in modo generalizzato ed indiscriminato sui poteri del *tutor*.

¹⁵⁷ In tal senso già VOICI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 83 nt. 2.

¹⁵⁸ *Il procurator*, cit., 49.

¹⁵⁹ D.26.2.15 (Ulp. 38 *ad Sab.*): *Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriacæ, utilis datio est: hoc enim iure utimur*; D.26.7.3.4 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Nam et si unum pater dedit tutorem, nonnumquam ei adiunguntur curatores: nam imperator noster cum patre rescripsit, cum duos quis libertos suos tutores dedisset, unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, curatores eis adiungendos, nec patris secuti sunt voluntatem*; Vat. Frag. 229: *Parentibus licet liberis suis in protestate manentibus testamento tutores dare, masculis quidam inpuberibus, feminis vero etiam puberibus, et tam iam natis quam etiam postumis. Itaque post institutionem heredum hoc modo scribere potest: Lucio Titio filio meo et si mihi vivo mortuove nati ali erunt, tutores do Lucium Aurelium et Gaium Optatum, a quibus peto, ut tutelam liberorum meorum gerani ita, ut ea quæ in Asia reliquero, Aurelius, ea autem quæ in Italia, Optatus administret*; sul punto cfr. ALBANESE, *Le persone*, cit., 450-451, nt. 100-101.

¹⁶⁰ D.26.2.12-14.

¹⁶¹ *Supra*, nt., 159.

¹⁶² *Supra*, nt. 150.

L'intervento imperiale sembra essere suggerito, almeno inizialmente, soprattutto dall'esigenza di sottoporre a controllo alcune facoltà del tutore più che ad escluderle¹⁶³.

In fine la considerazione principale che vorremmo opporre alla tesi di Angelini riguarda il fatto che l'istituto della tutela si riconnette ad esigenze diverse rispetto a quelle legate alla figura del *procurator*. Si tratta di un potere di cura e amministrazione dei beni che riguarda un pupillo, quindi un soggetto incapace.

Infatti, il progressivo affievolirsi della struttura potestativa della *familia* romana, e dei valori ad essa sottesi - quali *fides*, *amicitia*, *humanitas*, *pietas*¹⁶⁴ - comportarono inevitabilmente la necessità di rilevanti interventi e rafforzati controlli sull'attività dei *tutores*, proprio a tutela degli interessi dei pupilli.

Tali esigenze, invece, non si dovettero manifestarsi, o quantomeno non con le stesse modalità, nel caso del *procurator*.

Non vi è dubbio, tuttavia, che è possibile ipotizzare una progressiva compressione e limitazione dei poteri in età classica anche in relazione a questo soggetto, e ciò ovviamente nell'ottica di un affievolimento del profilo potestativo dell'istituto a vantaggio dell'accentuazione della prospettiva del dovere, dell'*officium*, che torneremo ad approfondire nei paragrafi successivi. Ciò non significa, però, che il *procurator omnium bonorum* avesse perso le sue tradizionali prerogative nei confronti del patrimonio amministrato.

Infatti, le considerazioni fatte da Angelini circa la limitazione dei poteri di gestione riguardano il *tutor* e non specificamente il *procurator*. E, sebbene, tra le due figure esistono varie affinità di regime, tuttavia, ciò che vale per l'uno non è detto che sia automaticamente riconosciuto per l'altro. Ad essere sostanzialmente simili sono le linee di tendenza evolutive, non i singoli aspetti di disciplina.

Pertanto è del tutto ingiustificata l'affermazione di Angelini che « ..poiché c'erano tutori sforniti di potere di gestione, potevano esserci anche i procuratori¹⁶⁵». Il fatto stesso che fossero state introdotte limitazioni in ordine ai poteri tutori non significa che ciò fosse avvenuto anche in ordine al *procurator*.

¹⁶³ Si tratta di un intervento che riguardava inizialmente solo le alienazioni di fondi rustici e la costituzione su di essi di un'ipoteca. In età postclassica e giustiniana si sviluppò una tendenza normativa volta a creare un generale vincolo di inalienabilità del patrimonio pupillare; in tal senso TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 165. A tal proposito precisa, infatti, ALBANESE *Le persone*, cit., 490, che le norme imperiali successive estesero largamente il divieto di alienare cose pupillari senza preventiva autorizzazione magistratuale. Così, in pratica nell'età postclassica fu consentita ai tutori soltanto la libera alienazione di cose di scarsissimo pregio. Infatti, venuta meno, la tradizionale *fides* che regolava i rapporti in questione prevalse un'implacabile diffidenza burocratica; cfr. C.Th. 3.30.3; C.Th. 3.32.1; C.Th. 3,32.2; C. 2.27.2 (Imp. Gord., a. 238); C. 4.32.25 (Imp. Const., a. 326); C. 5.37.22 (Imp. Const., a. 326); C. 5.72.4 (Imp. Const., a. 326) Ricordiamo a tal proposito pure la Costituzione con cui Giustiniano autorizzò l'alienazione libera solo dei frutti : C. 5.37.28.5 (Imp. Iust., a. 531).

¹⁶⁴ *Supra*, § 4.1; *infra*, § 4.10.

¹⁶⁵ ANGELINI, *Il procurator* cit., 46. Si veda in proposito anche l'opinione di Solazzi; *infra*, nt. 182.

A tal proposito, è anche possibile supporre che nel caso più *procuratores* nominati da uno stesso soggetto¹⁶⁶ si potesse essere giunti ad un'organizzazione simile a quella dei contutori, ma non abbiamo alcuna testimonianza in merito, nessuna notizia di un editto simile a quello predisposto per i contutori (*'de amministrazione tutorum'*).

Di conseguenza, non può essere del tutto condivisa l'interpretazione restrittiva avanzata da Angelini su D.50.16.109. Il brano, infatti, non prova di per sé che il *procurator* fosse sempre fornito di poteri illimitati, ma non prova neanche che il *procurator* nel periodo classico fosse sempre privo pieni poteri, e di conseguenza che, per esercitare il *ius alienandi*, dovesse essere investito di un mandato speciale o generale.

L'assimilazione al caso del tutore, per il quale si hanno testimonianze certe in ordine alla limitazione dei poteri, non può spingersi sino a tanto. In relazione al *procurator* non abbiamo, infatti, alcuna testimonianza di carattere legislativo o magistratuale che possa attestare in maniera certa la limitazione dei poteri del *procurator omnium bonorum* in età classica.

Anzi, va detto che le testimonianze in nostro possesso sembrano deporre esattamente in senso contrario. Vi è a tal proposito quantomeno un altro brano, individuato da Watson¹⁶⁷, che sembra attestare la capacità di alienazione da parte del *procurator omnium bonorum* di beni del suo *dominus negotii* a prescindere da ogni atto di autorizzazione specifico alla vendita:

D.5.4.9 (Paul. 3 *epitom. Alf. dig.*): *Cum multi heredes instituti essent, ex his unus in Asia erat: eius procurator venditionem fecit et pecuniam pro parte eius abstulerat: postea apparuerit eum qui in Asia erat antea decessisse, instituto ex parte dimidia herede procuratore suo et ex parte alio. Quaesitum est, quemadmodum pecunia ex hereditate petenda esset. Responsum est ab eo, qui procurator eius fuisset, totam hereditatem, quia ex ereditate ea pecunia fuisset quae ad procuratorem ex venditione pervenisset, petere eos oportere: et nihilo minus partem dimidiam hereditatis a coheredibus eius. Ita fore, sive omnis ea pecunia penes eum qui procurator fuisset resideret, ut omnem per iudicem ab eodem recuperarent, sive is partem dimidiam coheredi suo reddidisset, ipsum ex dimidia parte et ex dimidia coheredes eius condemnarent.*

¹⁶⁶ PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., 408, nt. 29. L'A. rilevando il fenomeno della costituzioni di più *procuratores* da parte dello stesso soggetto, dubita della possibilità che in questo caso, ciascuno di loro potesse essere un *procurator omnium bonorum*, soprattutto se si accetta l'opinione classica dei poteri illimitati dello stesso *procurator omnium bonorum*. Poche righe prima (407, nt. 25), tuttavia, lo stesso A. aveva precisato che il *procurator omnium bonorum* era quello che poteva essere preposto all'intero patrimonio del *dominus* o di parti consistenti di esso, relative ad esempio ad un'area geografica determinata, o a singole branche dell'amministrazione, anche se sempre in posizione sovraordinata ai *vilici* e ai *servi actores*. Accertata tale circostanza, non sembra difficile ammettere la coesistenza di più soggetti che avessero poteri illimitati, anche se circoscritti ad una regione o ad una branca dell'amministrazione. D'altronde, abbiamo visto che in maniera simile poteva atteggiarsi il rapporto intercorrente tra più tutori; *supra*, ntt. 162-163.

¹⁶⁷ *Law of obligations in the later roman republic*, Oxford, 1965, cit., 203

Il procuratore di un coerede che si trovava in Asia effettuava l'alienazione delle *res hereditarie*. In seguito risulta che il *dominus* del *procurator* che si trovava in Asia era premorto al testatore, istituendo erede lo stesso *procurator ex parte dimidia*¹⁶⁸.

In realtà nel brano non si precisa che si tratta di un *procurator omnium bonorum*, né si fa riferimento ad un incarico o ad un mandato ad esso conferito per autorizzarlo alla vendita dell'eredità.

Tuttavia, visto che si tratta di un *procurator* che viene addirittura nominato erede *ex dimidia parte* dal suo *dominus negotii*, si può supporre l'esistenza di un particolare rapporto tra i due soggetti, tale per cui il *procurator* poteva effettivamente essere un *procurator omnium rerum*.

Inoltre, la notizia dell'eredità sembra essere giunta inaspettatamente o in maniera tale comunque che il *dominus negotii* non abbia avuto tempo e possibilità di dare istruzioni al *procurator* su cosa fare. La circostanza che non vi erano contatti tra i due soggetti è provata, inoltre, dal fatto che solo dopo la vendita delle *res hereditarie* il *procurator* scopre che il suo *dominus negotii* era premorto al testatore.

Sembrebbe, dunque, che Paolo riconoscesse l'esistenza di un *procurator* dotato di illimitati poteri, tra cui quello di vendere i beni ereditari del *dominus negotii* senza necessità di un mandato speciale¹⁶⁹.

Ed, in realtà, il frammento in questione sembra attestare decisamente l'esistenza ancora in età classica di un *procurator* assimilabile al '*quasi dominus*' di ciceroniana memoria.

6- Gai 2.64 e la «*potestas alienandi*» del *procurator*.

In realtà, sui poteri di alienazione del *procurator* avremmo potuto trovare preziose indicazioni nelle *Institutiones* di Gaio; tuttavia, il caso ha voluto che il manoscritto veronese presentasse una lunga lacuna proprio nella parte che riguardava il *procurator*:

Gai II, 64: *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator.....est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit.*

¹⁶⁸ Sul testo v. in particolare TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla 'hereditatis petitio'*, Milano, 1956, 151ss; WATSON, *Law of obligations*, cit., 203ss.

¹⁶⁹ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 49 nt. 93, infatti, cita il passo solo in nota, senza darvi particolare rilievo, sostenendo che se in questo caso non era richiesto un mandato speciale per l'alienazione delle *res dominicali*, ciò non significa che esso costituisse la regola. In realtà, il brano in questione avrebbe richiesto maggiore attenzione da parte dell'Autore. Infatti, in considerazione della complessità del caso descritto - e del fatto che i poteri del *procurator* si deducono in maniera implicita dal parere reso dal giurista - è molto probabile che possa trattarsi di una soluzione classica che sia sfuggita al controllo dei compilatori. Vi è, dunque, un'alta probabilità che il brano nel suo complesso possa essere sostanzialmente autentico, e rispecchiare quello che doveva essere il regime classico in ordine ai poteri dispositivi del *procurator omnium bonorum*.

Volendo, pertanto, ricostruire il pensiero di Gaio sul punto, va considerato che alcuni paragrafi prima il giurista ha affermato: ‘*accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit*¹⁷⁰. In alcuni casi accade, infatti, che chi sia *dominus* non abbia il potere di alienare, in altri accade, invece, che chi non sia *dominus* abbia il potere di alienare.

Continua poi il suo discorso, adducendo, in ordine alla prima ipotesi, il caso del marito al quale una *lex Iulia* aveva impedito di alienare ‘*invita muliere*’ il fondo dotale ‘*quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum*¹⁷¹, e di seguito - quali ipotesi di *ius vendendi* spettante, invece, a *non domini* - proprio i casi del *curator furiosi* e del *procurator*.

Purtroppo la lacuna di ben venti lettere del manoscritto ci ha impedito di poter sapere qualcosa di certo sui poteri di alienazione delle *res* dominicali da parte del *procurator* in età classica, o quantomeno di conoscere il pensiero di Gaio a tal proposito. Ciò non toglie, tuttavia, che dallo stesso passo, anche se lacunoso, non possano trarsi alcune indicazioni utili in ordine ai poteri di alienazione del *procurator* in età classica.

Le proposte ricostruttive sono differenti, ed estremamente controverse. Come ricorda lo stesso Bonfante¹⁷² le ipotesi più risalenti si basavano sull’assunto che Gaio restringesse e condizionasse il qualche modo i poteri del *procurator*.

Gran parte di esse, compresa quella di Bonfante¹⁷³, ipotizzano, tuttavia, che nella lacuna fossero contenute delle perifrasi che facessero riferimento ad una *rerum administratio*, o *libera administratio* concessa al *procurator*, o comunque ad un’espressione complessa idonea ad identificare un *procurator omnium bonorum*.

Il grande romanista, esclude, invece, in maniera categorica che questo limite potesse essere costituito un mandato speciale, in quanto in questo caso l’affermazione sarebbe stata priva «di ogni serietà, la facoltà di alienare.....di ogni contenuto significativo».

In realtà, come è pronto a riconoscere addirittura lo stesso Angelini¹⁷⁴, Gaio non avrebbe potuto addurre come esempio di soggetto *non dominus* ma investito della facoltà di alienare - al pari dell’*agnatus* che riveste il ruolo di *curator furiosi* - il *procurator* fornito di mandato. Non avrebbe avuto senso mettere a confronto una figura dotata di poteri onnicomprensivi e risalenti quali il *curator furiosi* - per giunta secondo le previsioni delle XII tavole - e il *procurator* fornito di mandato, cioè quello che fosse investito di un singolo incarico, e che derivasse i suoi poteri unicamente dalla volontà del mandante.

¹⁷⁰ Gai 2.62.

¹⁷¹ Gai 2.63: *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. Quod quidam ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.*

¹⁷² BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 6, al quale si rinvia per una ricognizione delle principali ipotesi ricostruttive avanzate in ordine alla lacuna del manoscritto gaiano.

¹⁷³ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 8

¹⁷⁴ ANGELINI, *Il procurator* cit., 149.

Tuttavia, lo stesso Angelini¹⁷⁵ ritiene che le obiezioni di Bonfante verrebbero a cadere a fronte della disciplina che si potrebbe desumere da D.17.1.60.4 e P. Freib. 9, confermati dalla lettura di D.3.3.63 e D.20.6.7.1. Di conseguenza - a suo parere - Gaio doveva affermare che poteva validamente disporre dei beni del *dominus negotii* quel procuratore a cui fosse stato specificamente attribuito il *ius alienandi* tramite mandato. Pertanto Gaio 2.64, nella parte in cui si occupa del *procurator*, andrebbe restituito in tal modo: *procurator {cui hoc specialiter mandatum} est.*

Ebbene, innanzitutto, ci sembra di poter riscontrare una profonda ed evidente contraddizione nell'argomentazione svolta da Angelini. In prima battuta, infatti, aderisce all'idea di Bonfante secondo la quale Gaio non avrebbe potuto porre sullo stesso piano l'*agnatus* che svolge il compito di *curator furiosi* e il *procurator* fornito di mandato. Poi, invece, in un secondo momento, propone una restituzione del testo che contraddice palesemente tale premessa, facendo riferimento proprio ad un mandato speciale conferito al *procurator*.

Inoltre, Angelini, per giustificare la sua ricostruzione del testo, fa appello ad altre testimonianze il cui confronto con la testimonianza gaiana non ci sembra del tutto appropriato.

Infatti Gaio nel riferirsi all'*agnatus* nel ruolo di *curator furiosi*, fa riferimento ad un assetto ben preciso, ancorato a regole anche molto risalenti del *ius civile*, e tipicamente connesse alle strutture originarie della *familia* romana, anche se poi modificate da alcune disposizioni legislative successive.

I brani adottati da Angelini¹⁷⁶, invece, sono proprio quelli che, molto probabilmente, sono stati tati oggetto di interpolazione da parte dei compilatori giustiniani (D.3.3.63 e D.20.6.7.1), o nei quali è particolarmente evidente l'influenza delle consuetudini ellenistiche (D.17.1.60.4 e P. Freib. 9).

Delle prime testimonianze (D.3.3.63 e D.20.6.7.1) ci siamo già occupati¹⁷⁷. Allo studio delle seconde (D.17.1.60.4 e P. Freib. 9) si è, invece, particolarmente dedicato Solazzi¹⁷⁸, che ha realizzato un'esegesi accurata ed un'interpretazione complessiva delle stesse che risultano estremamente convincenti.

Solazzi, infatti, ha ravvisato proprio in questi brani la prova dell'esistenza di una forza contraria al diritto romano che avrebbe finito per determinare col tempo la decadenza o la progressiva trasformazione di tanti altri principi e istituti romani: il diritto dei paesi ellenistici¹⁷⁹.

¹⁷⁵ ANGELINI, *Il procurator* cit., 149.

¹⁷⁶ ANGELINI, *Il procurator* cit., 149; cfr. *supra*, § 4.2.

¹⁷⁷ *Supra*, § 4.2.

¹⁷⁸ *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 579ss. Sui brani in questione v. anche BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 53.

¹⁷⁹ *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 580. In realtà, Solazzi distingue nettamente la sorte del *tutor* da quella del *procurator*. Infatti, sebbene possa riconoscersi che entrambe hanno subito un similare processo di limitazione dei poteri loro originariamente conferiti, le ragioni di tale processo evolutivo sarebbero state profondamente differenti nei due casi. Nel caso del tutore, infatti, la limitazione si legherebbe all'esigenza di tutela del pupillo e del suo patrimonio per evitare che potesse essere disperso da tutori incapaci e spesso

Nei documenti in questione, risalenti pressappoco al II sec. d. C. - conformemente agli usi ellenistici - le facoltà del *procurator* sono espressamente elencate, in modo tale che questi potrà esercitare solo quelle espressamente elencate nell'atto scritto (sÚstasij) appositamente redatto in tal senso¹⁸⁰. La particolarità di questa prassi è costituita proprio

insolubili. Nel caso del *procurator*, invece, la causa della decadenza sarebbe dovuta alla penetrazione, e poi alla definitiva prevalenza degli usi e delle prassi ellenistiche sui principi del diritto romano.

In realtà, l'opinione di Solazzi è condivisibile, se tuttavia, non viene accentuata questa netta distinzione tra cause esterne ed interne. Infatti, è nostra convinzione che il contatto con il diritto dei paesi ellenistici abbia rivestito un ruolo determinante in ordine alla progressiva limitazione dei poteri del *procurator*. Tuttavia, allo stesso tempo, fattori interni di evoluzione avevano già avviato un processo di lenta ma profonda trasformazione dell'istituto in questione; cfr. *supra*, § 4.2; *infra*, § 4.10.

¹⁸⁰ I documenti in nostro possesso sono principalmente legati a prassi in uso presso i romani d'Egitto; cfr. D.17.1.60.4 e P. *Freib.* 9, BGU. 300, P.Oxy 727. Per una ricognizione completa e un esame dettagliato delle testimonianze in questione v. SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 580ss; ANGELINI, *Il procurator* cit., 137ss., ed ulteriore bibliografia ivi citata.

La tesi di Solazzi - relativa al fatto che questi documenti posano costituire una valida prova della progressiva trasformazione dell'istituto del *procurator* romano dovuta all'azione delle consuetudini ellenistiche - è stata comunque criticata da ANGELINI, *Il procurator* cit., 137. Quest'ultimo A. ritiene, infatti, che le fonti in questione costituiscano una valida conferma della sua ipotesi, e dunque del fatto che già prima - in piena età classica, ed in perfetta conformità ai principi tipici del diritto romano - il *procurator omnium bonorum* fosse fornito di poteri limitati: «...l'unico potere indiscusso era quello di agire in giudizio e ricevere pagamenti; limitato è il diritto di vendere e dare a pegno; riconosciuto solo in età tarda quello di novare».

ANGELINI, *Il procurator*, cit., 138, è pronto ad ammettere, comunque, con Solazzi (*supra*, nt. 182) che il modo analitico di attribuzione dei poteri testimoniato nei documenti in questione rispecchi la prassi locale, tuttavia ritiene vero, al contempo, che il complesso dei poteri attribuiti si spieghi soltanto con il fatto che i documenti, redatti dai romani d'Egitto, esprimono la concezione romana. «I romani d'Egitto, cioè, che avevano scelto persone a cui affidare l'intera amministrazione dei loro beni, appunto perché agivano in Egitto, sono stati costretti a specificare nella sÚstasij i poteri che intendevano attribuire; ma poiché erano romani, essi hanno effettivamente attribuito ai loro amministratori quei poteri che, come sappiamo, la giurisprudenza romana riteneva spettanti al *procurator omnium bonorum*».

Ebbene, si potrebbe anche concordare con quest'ultima affermazione, perché in realtà i poteri attribuiti ai *procuratores* in questi documenti non differiscono da quelli riconosciuti normalmente ai *procuratores omnium bonorum* romani. Sono, infatti, attribuiti a tali soggetti sia poteri di carattere economico, come ad esempio di coltivazione dei fondi, sia poteri strettamente giuridici, in perfetta corrispondenza a quelli che erano i poteri dei *procuratores* romani.

Ci sembra di poter escludere, invece, che le testimonianze documentali ricordate possano costituire una conferma dell'ipotesi di Angelini. Infatti, viene descritta una prassi che si fonda sull'enumerazione di tutte le facoltà concesse al *procurator* pena l'impossibilità di esercitarle, che si manifesta in maniera del tutto differente dal sistema ricostruito da Angelini. Quest'ultimo, infatti, si basa invece su una figura di *procurator omnium bonorum* a cui era conferito tramite un primo mandato di carattere generale un certo numero di poteri (di esigere pagamenti, di agire in giudizio) e poi, eventualmente, tramite mandato speciale il potere di alienare o pignorare le *res* domicali. Si tratta di due sistemi del tutto differenti. Di conseguenza ci sembra che le testimonianze ricordate da Angelini non costituiscano affatto una conferma della sua ipotesi sul *procurator*.

dalla necessità che questa investitura avvenga tramite un atto scritto (sÚstatikÒn), che specifichi nel dettaglio quelle che sono le attribuzioni del *procurator* (Ἰμρ...τροποι)¹⁸¹.

Si tratta, dunque, di una prassi che non ha nulla a che fare con la figura di *procurator* proposta da Angelini¹⁸², come soggetto investito prima di un mandato generale, idoneo a conferirgli alcuni poteri, quali ad esempio quelli di riscuotere i pagamenti e agire in giudizio, e poi eventualmente di un secondo mandato, questa volta di carattere speciale, volto a conferirgli il potere di alienare o costituire in pegno le *res* domicali.

Tornando, dunque all'interpretazione di Gai 2.64, riteniamo di poter aderire alla tesi di coloro che ipotizzano che in tale passo delle Istituzioni si facesse riferimento alla figura del *procurator omnium bonorum*, o al *procurator 'cui libera administratio concessa est, o rerum administratio data est'*¹⁸³.

D'altronde, la precisazione in questione era necessaria perché Gaio conosceva altre figure di *procurator* oltre quella del *procurator* a cui fosse affidata la gestione di tutti i beni del *dominus negotii*. In Gai 4.84¹⁸⁴ è chiara e inconfutabile l'attestazione del *procurator* quale soggetto che *'..nullis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur'*.

Era possibile, infatti, che il *procurator omnium bonorum* agisse in giudizio in luogo del *dominus litis*¹⁸⁵, nell'ambito dei generali poteri a lui spettanti, ma era anche possibile che fosse nominato tramite mandato un *procurator* (Gai 4.84) al quale fosse conferito unicamente il potere di agire in giudizio nell'interesse del *dominus litis*. Pertanto era necessario che Gaio, nel trattare dei soggetti non proprietari a cui fosse riconosciuto il potere di alienare cose altrui, chiarisse che il *ius alienandi* spettava solo al *procurator* che fosse stato, però, investito di un potere generale di amministrazione e di cura dei beni del *dominus negotii*.

7 - D.41.1.9.4 (Gai 2 rer. cott.): la 'libera negotiorum administratio' ed il potere di vendere e realizzare la traditio di 'res aliena' con pieno effetto traslativo.

Esaminato il passo delle istituzioni gaiane (Gai 2.64), è doveroso prendere in considerazione un altro brano conservato nel Digesto, tratto dalle *Res cottidianae* - che ad esso spesso è stato ricollegato - in cui la facoltà di alienare è consentita a colui *'cui libera negotiorum administratio ... permessa fuerit'*:

D.41.1.9.4 (Gai 2 rer. cott.): *Nilil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate eius aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab*

¹⁸¹ SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 580.

¹⁸² *Il procurator*, cit., 137.

¹⁸³ Cfr. *supra*, nt. 176.

¹⁸⁴ Sul passo v. *infra*, § 5.2.

¹⁸⁵ Il potere del *procurator omnium bonorum* di agire in giudizio in luogo del suo *dominus negotii* è indiscusso in dottrina; da ultimo KASER, *Römisches Zivilprozessrecht*, cit., 156. A tal proposito cfr. *infra*, § 5.2.

eo qui peregre proficiscitur permessa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

Nel brano si legge che non interessa se la *traditio* sia realizzata dallo stesso *dominus* o da qualcun altro '*voluntate eius*'. Per la stessa ragione, se colui al quale '*libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permessa fuerit,*' vende una *res* '*ex negotiis*' e realizza la successiva *traditio*, trasferisce certamente la proprietà all'accipiente.

La dottrina prevalente¹⁸⁶, in realtà, ha ravvisato nell'espressione '*cui libera negotiorum administratio ... permessa fuerit*' il riferimento al *procurator omnium bonorum*.

Altri, invece, hanno ritenuto che nel brano non sia ravvisabile un riferimento specifico al *procurator*, ma che la disciplina dovesse applicarsi anche allo stesso *procurator* in quanto riguardava tutti coloro che sono investiti di un mandato generale¹⁸⁷.

Resta da chiarire se con l'espressione '*cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permessa fuerit*' si facesse riferimento ad un mandato generale, e se il principio attestato nel brano fosse classico.

Bonfante¹⁸⁸, in particolare, riteneva che il brano fosse sfuggito ai compilatori e testimoniassero, pertanto, l'assetto del regime classico, in cui si riconosceva potere di alienazione a colui che era investito di un generale potere di amministrazione, indipendentemente dall'esistenza di un mandato.

Anche Krüger-Studemund¹⁸⁹ ne riconoscevano la piena classicità. Tanto è vero che, nella quarta edizione delle Istituzioni gaiane, proponevano un'interpretazione della lacuna di Gai 2.64 proprio prendendo spunto da questo passo delle *Res cottidianae* riportato in D.41.1.9.4.

In realtà, è forse opportuno - come propone Angelini¹⁹⁰ - leggere il brano congiuntamente al corrispondente brano delle Istituzioni di Giustiniano:

Inst. 2.1.42-43: *Nibil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate eius aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio a domino permessa fuerit isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.*

Ebbene, vista la notevole somiglianza tra i due brani, si può concordare con Angelini nel ritenere che in D.41.1.9.4 non possa riscontrarsi un residuo del sistema classico sfuggito ai compilatori, così come voleva Bonfante.

Ciò non significa, al contrario, che in esso siano attestati unicamente principi giustiniani sulla base dei quali sono stati modificati i brani classici¹⁹¹. Tuttavia, dobbiamo

¹⁸⁶ BONFANTE, *Corso di diritto romano. II. La proprietà*, Roma, 1928, 157; ID., *Facoltà e decadenza*, cit., 8; ALBERTARIO, *Libera administratio peculii*, in *Studi Albertario*, I, Milano, 1933, 141; SERRAO, *Il procurator*, cit., 26ss.; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 47ss.; SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., 565, nt. 21.

¹⁸⁷ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 124.

¹⁸⁸ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 8.

¹⁸⁹ KRÜGER-STUEMUND, *Gai Institutiones*, IV ed., Berlino, 1899, 59.

¹⁹⁰ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 124.

almeno riconoscere che i compilatori conoscessero la soluzione classica, ed avessero deciso di riprodurla più o meno fedelmente nelle Istituzioni.

Lo stesso Angelini¹⁹², infatti, tende a ravvisare una forte affinità nella forma e nel contenuto tra D.41.1.9.4 e un altro passo di Gaio già esaminato¹⁹³: D.13.7.12. Pertanto, preso atto di alcune interessanti notazioni fatte dalla dottrina¹⁹⁴, si dichiara disposto ad accettare la classicità di entrambe.

Ammessa la classicità di questi passi, Angelini si trova però di fronte ad una notevole difficoltà: il contrasto tra la soluzione attestata in questi brani - che sembrano riconoscere il potere di alienazione al soggetto che fosse investito di una amministrazione di carattere generale - e quei passi in cui, invece, si richiede - anche per il *procurator omnium bonorum* - un mandato specifico ad alienare (D.3.3.63).

Ebbene, a parere dell'A. non vi sarebbe contrasto tra le soluzioni attestate in D.3.3.63 e D.41.1.9.4. Nel primo, infatti, si esprimerebbe una regola valida per ogni *procurator omnium bonorum*, mentre nel secondo (D.41.1.9.4) si farebbe riferimento ad un'eccezione derivante dal particolare contesto economico nel quale la *voluntas* del *dominus* si manifestava, e che comportava l'attribuzione al *procurator* di facoltà più ampie di quelle normalmente spettanti.

La peculiarità in questione si sarebbe evidenziata nell'espressione '*ex negotiis*'. Infatti, traendo spunto da una opinione manifestata da Pernice¹⁹⁵, Angelini ritiene che il diritto di alienazione non sarebbe stato illimitato, ma poteva realizzarsi solo "*ex negotiis*", cioè nei limiti della gestione degli affari rientranti nell'ambito della "*libera negotiorum administratio*".

¹⁹¹ La dottrina più risalente, infatti, riteneva interpolati sia l'espressione '*voluntate eius aliquis*' che avrebbe sostituito l'originaria '*qui loco domini est*', sia tutto l'inciso relativo alla concessione della '*libera administratio*'; cfr. ALBERTARIO, *Libera administratio peculii*, cit., 141; SERRAO, *Il procurator*, cit., 26ss. L'interpolazione, infatti, sarebbe stata realizzata nel tentativo di ricondurre la facoltà di alienare del *procurator* sempre ed in ogni caso ad una volontà specifica del *dominus negotii*.

A favore dell'espressione '*voluntate eius*' si è pronunciato BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 48-49, in quanto essa risulta perfettamente coerente al contesto complessivo del frammento delle *Res cottidiane* in cui si inserisce (D.41.1.9pr. - 8), almeno nella versione riportata nel Digesto. L'A., tuttavia, ritiene censurabile nel testo il passaggio dall'affermazione generica della legittimazione ad alienare di chiunque ne abbia ricevuto l'incarico dal proprietario, all'esemplificazione ristretta al *procurator*. Pertanto fa ricorso alla dubbia paternità gaiana delle *Res cottidianae* per ritenere che all'affermazione del giureconsulto sulla validità in generale di una *traditio* effettuata dal non proprietario *voluntate domini*, i più tardi compilatori dell'operetta abbiano inteso aggiungere a mò di precisazione il caso della procura, che trovavano citato nelle fonti classiche cui attingevano, e alla quale non riconoscevano più una precisa individualità rispetto alle altre ipotesi di autorizzazione. Per le stesse ragioni dovrebbe essere riconosciuta la fattura postclassica della frase finale contenuta in D.6.1.41.1, in cui si fa riferimento alla vendita e *traditio* effettuate *voluntate domini* dal *procurator*, accanto alla generica ipotesi di chi '*domini voluntate domini rem tradat*' (p. 49, nt. 26). Per un esame critico di D.6.1.41.1 v. *infra*, ntt. 199-200.

¹⁹² ANGELINI, *Il procurator*, cit., 126-127.

¹⁹³ *Supra*, § 4.3.

¹⁹⁴ BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 49.

¹⁹⁵ PERNICE, *Labeo*, cit., 499 nt. 15.

Ebbene, in realtà non ci sembra per nulla condivisibile l'idea che in D.41.1.9.4 si faccia riferimento ad un'ipotesi eccezionale, e pertanto che l'affermazione del giurista - volta a precisare che l'*alienatio* dovesse essere realizzata '*ex negotiis*' - costituisse un principio del tutto peculiare, derivante dalla specificità del caso concreto.

A ben riflettere, è possibile supporre che il brano dovesse riguardare in origine una fattispecie più specifica, come sembra potersi evincere dall'espressione '*ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit*'. Tanto è vero, che l'espressione in questione non è stata poi riprodotta nel corrispondente testo delle Istituzioni di Giustiniano (*Inst.* 2.1.42).

Può dunque legittimamente ipotizzarsi che nella attuale redazione del brano il principio presenti un carattere più generale rispetto al contesto originario in cui era inserito. Tuttavia, il principio in esso attestato non fa riferimento ad un caso eccezionale.

È perfettamente conforme, infatti, ai principi classici che qualunque soggetto a cui fosse stata conferita una *administratio* di carattere generale, potesse compiere solo gli atti che rientrassero nella sfera ad essa pertinente. Questa sfera, poi, poteva essere più o meno ampia a seconda dei rapporti che intercorrevano con il *dominus negotii* (*procurator omnium bonorum*), oppure a seconda della volontà espressa dallo stesso *dominus* (*praepositio*, mandato, *iussum* etc.).

Inoltre, ci sembra di poter affermare ancora una volta che nell'espressione '*libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit*', o nel brano nel suo complesso (D.41.1.9.4), non possa ravvisarsi un riferimento specifico ad un'ipotesi di mandato generale (*supra*, § 4.4), né alcun accenno specifico all'esistenza di un mandato.

Di conseguenza, può legittimamente sostenersi che nel brano sia sostanzialmente attestato il principio classico per cui in ordine ad un singolo atto di vendita era irrilevante se ad effettuare la *traditio* fosse lo stesso proprietario o un terzo che la realizzasse, però, '*voluntate domini*'.

Il soggetto, invece, a cui era affidata l'amministrazione generale aveva il potere autonomo di *vendere* e *tradere* nell'ambito della sfera individuata dall'*administratio*, senza necessità di ulteriori o specifiche manifestazioni di volontà da parte del *dominus negotii*.

Il riferimento al *procurator omnium bonorum* non è specifico, ma può essere implicitamente dedotto dal fatto che nel brano si fa generico riferimento al soggetto investito di un'amministrazione di carattere generale.

D'altronde, l'interpretazione del brano da noi proposta, non è inficiata neanche dalla soluzione contenuta in altri brani che in apparenza sembrerebbero contraddirla. Si tratta, in particolare, di tre testimonianze, l'una di natura giurisprudenziale (D.6.1.41.1), le altre, invece, di fattura imperiale.

Per quanto riguarda la prima, va detto che si tratta di un brano del commentario *ad edictum* di Ulpiano, che sembrerebbe palesemente contraddire quanto finora detto :

D.6.1.41.1 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Si servus mihi [vel filius familias] fundum vendidit et tradidit habens libera peculii administrationem, in rem actione uti poterò. Sed et si domini voluntate domini rem tradat, idem erit dicendum: quemadmodum, cum procurator voluntate domini vendidit vel tradidit, in rem actionem mihi praestabit.*

Nel frammento in questione Ulpiano sembra riconoscere pieno effetto traslativo alla *traditio* realizzata dal servo nell'ambito delle *res peculiares*, così come nel caso di una *traditio* di una *res domini* realizzata dal servo '*voluntate domini*'. Lo stesso avviene nel caso di un *procurator* che vende e realizza la vendita '*voluntate domini*'. L'atto compiuto ha piena efficacia traslativa nei confronti dell'*accipiens*, che potrà esperire l'azione *in rem* a tutela del diritto acquisito tramite la *traditio*.

Ebbene, si tratta di un passo fortemente criticato dalla dottrina. A parte la natura insitica dell'espressione '*vel filius familias*', sulla quale la dottrina unanimemente concorda¹⁹⁶, i rilievi più significativi riguardano l'espressione finale del testo, dai più ritenuta fortemente alterata¹⁹⁷.

In realtà appare quantomeno sorprendente che il caso del *procurator* sia accostato a quello del servo che aliena in seguito ad un atto di autorizzazione specifica da parte del *dominus* e non tanto al primo, cioè a quello del servo con *peculio*¹⁹⁸, e quindi a un caso di amministrazione generale¹⁹⁹. E, di conseguenza, stupisce anche che la validità della vendita e della *traditio* operate dal *procurator* siano subordinate ad un'espressa manifestazione di volontà da parte del *dominus negotii*.

Angelini²⁰⁰, infatti, ha messo in evidenza queste circostanze ed ha riconosciuto piena genuinità alla frase finale del testo, ravvisando in essa una piena dimostrazione della sua ipotesi sul *ius alienandi* del *procurator*. Essa, infatti, sarebbe pienamente idonea a dimostrare che il *procurator* necessitava, al pari di un soggetto qualunque, di uno specifico atto di autorizzazione per l'alienazione di una *res* dominicale.

A suo parere, infatti, in una «...discussione sulla spettanza dell'*actio in rem* al compratore, il *procurator* non poteva essere addotto dopo il primo esempio, poiché il *procurator omnium bonorum*, cioè il *procurator* a cui era stata concessa una *libera administratio*,

¹⁹⁶ SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., 564, nt. 21; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 32; 49, nt. 26; SERRAO, *Il procurator*, cit., 28ss; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 151.

¹⁹⁷ È stato ritenuto sospetto il riferimento alla *libera peculii administratio*; cfr. ALBERTARIO, *Libera administratio*, cit., 147ss; LONGO, *Appunti critici in tema di peculio*, in *SDHI* 1 (1935) 418.

Inoltre, già BONFANTE, *Istituzioni*, 7 ed., 262, nt. 1 riteneva insitica l'espressione '*voluntate domini*' in quanto tendeva a subordinare i poteri di alienazione del *procurator* ad un atto espresso di volontà da parte del *dominus negotii*.

Inoltre, SOLAZZI, *La definizione del procurator*, cit., 564, nt. 21, aveva giustamente rilevato che nell'ultima espressione il '*vel*' dovesse aver preso il posto di un originario '*et*'. Con molta probabilità nella versione originale doveva, infatti, leggersi '*vendidit et tradidit*'. In proposito BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 32, con ampia nota bibliografica (nt. 13).

¹⁹⁸ L'accostamento tra il caso del servo *cum peculio* e il *procurator omnium bonorum* è ricorrente nelle fonti, come ad esempio nel caso dell'acquisto del possesso; v. *infra*, §§ 6.6; 6.7.

¹⁹⁹ In particolare si veda l'opinione più radicale di BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 32, che propone di eliminare tutta la frase finale reputando ingiustificato il brusco passaggio dal caso del servo che aliena *voluntate domini* a quello del *procurator*. Ritene, infatti, che «il richiamo analogico si sarebbe potuto semmai spiegare con riferimento alla prima fattispecie descritta, per una certa somiglianza tra l'ipotesi di amministrazione peculiare del servo e quella di amministrazione generale del procuratore; ma dopo l'accenno alla vendita *iussu domini* si potrebbe piuttosto attendere un riferimento alla generale legittimazione di chiunque alieni la cosa dominicale *voluntate domini*».

²⁰⁰ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 151s.

non poteva vendere il fondo; ma avendo trattato del servo che vende per volontà specifica del *dominus*, Ulpiano poteva ben avvicinarvi il caso della vendita e della tradizione operata *voluntate domini* dal *procurator*.

Ebbene, pur non volendo cedere all'ipotesi tradizionale che tende ad espungere come insiticia l'intera frase finale²⁰¹, va notato innanzitutto che nel passo non si fa alcun riferimento alla figura del *procurator omnium bonorum* o di un *procurator* a cui è stata concessa una *libera administratio*. Questa circostanza non può essere trascurata, a nostro parere, anzi rappresenta il nodo fondamentale della questione.

Sappiamo dagli insegnamenti della dottrina tradizionale - ma abbiamo potuto anche verificare nel corso della nostra indagine - che qualora si tratti di un *procurator* investito di un'amministrazione generale, le fonti specificano sempre con puntualità tale circostanza, utilizzando le espressioni '*procurator omnium bonorum*', o '*totorum bonorum*', o perifrasi più complesse che fanno riferimento ad una *libera administratio* '*concessa*', '*permissa*' o '*data*', oppure più semplicemente puntualizzando che si tratta di un '*procurator meus*', '*suus*' etc..

Ora, il fatto che in questo brano non sia presente nessuna di queste specificazioni deve, quantomeno, farci riflettere. È, anche, possibile supporre che l'espressione sia caduta per una svista o nella rielaborazione del testo, che come abbiamo visto ha subito certamente delle alterazioni. Oppure, è anche plausibile - ed è questa secondo noi l'opinione da preferire - che tale precisazione mancasse nel testo originario, e che pertanto in esso si facesse riferimento ad un *procurator* che era stato investito di un singolo incarico, e non ad un *procurator omnium bonorum*.

A tal proposito va riconosciuto, inoltre, che nel passo si fa generico riferimento alla '*voluntas domini*' e non ad espressioni che rinviino ad un mandato in senso tecnico. Si tratta, infatti, di un'espressione estremamente generica, che potrebbe riferirsi ad un mandato specifico ad alienare, ma anche ad un *iussum*, ad una lettera, ad una *praepositio* o ad un qualsiasi atto dal quale poteva desumersi la volontà del *dominus* a che si realizzasse l'atto traslativo nei confronti del terzo.

Inoltre, al servo non poteva essere attribuito un mandato in senso tecnico. Di conseguenza, l'accostamento al caso del servo, ed il fatto che non si individua specificamente la figura del mandato, potrebbe far supporre che il giurista facesse riferimento ad altri atti autorizzativi diversi dal mandato.

Di conseguenza, o si riconosce l'interpolazione dell'ultima parte del brano, o, se si vuol propendere per la genuinità del testo²⁰², bisogna essere pronti a riconoscere che in

²⁰¹ *Supra*, nt. 196; 198.

²⁰² Si tratta di un'ipotesi sostenibile, poiché in realtà il testo non presenta vizi formali di particolare rilevanza, tranne che per il riferimento al *filius familias*, e per la sostituzione del '*vel*' finale ad un originario '*et*'; cfr. *supra*, ntt. 199. Le ulteriori interpolazioni riscontrate nel brano da Albertario, Bonfante e Serrao (*supra*, ntt. 200-202) derivano probabilmente dal fatto che tali studiosi non ammettevano la classicità del *procurator unius rei*, e pertanto non potevano giustificare in alcun modo la soluzione in esso contenuta. La soluzione proposta da Ulpiano non poteva essere riferita al *procurator omnium bonorum*, in quanto è in palese contraddizione con gran parte delle testimonianze che riguardano tale figura.

Infatti, negli altri frammenti giurisprudenziali in cui si istaura un confronto tra le diverse figure di 'intermediari' che agiscono nell'interesse altrui, il caso del *procurator omnium bonorum* viene sempre

questo caso il giurista si riferisse ad un *procurator unius rei*, cioè un *procurator* a cui era stato affidato un singolo incarico.

Simili osservazioni dovrebbero essere fatte - a nostro parere - anche in ordine ad altre due testimonianze in cui sembra richiedersi un atto autorizzativo di carattere specifico per la validità e l'efficacia delle alienazioni effettuate dal *procurator*.

Si tratta, in particolare, di due costituzioni imperiali:

C. 2.12(13).16 (Imp. Diocl. et Max.): *Procuratorem vel actorem praedii, si non specialiter distrabendi mandatam accepit, ius rerum dominii vendendi non habere certum ac manifestum est. Unde si non ex voluntate domini vendentibus his fundum comparasti, pervides, improbum tuum desiderium esse, dominium ex huiusmodi empitone tibi concedi desiderantis* (a. 287-293).

C. 8.15.1 (Imp. Sever. et Anton.): *Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit. Si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio dumtaxat quod numeratum est exsolvi desideranti* (a. 194).

Ed, in effetti, nelle testimonianze in questione²⁰³ il *ius alienandi* del *procurator* sembra esser subordinato ad uno specifico atto di volontà del *dominus negotii*.

La dottrina prevalente²⁰⁴ ha ritenuto entrambe i brani interpolati.

Angelini, invece, ritiene che siano del tutto genuini e che costituiscano una riprova della tesi da lui sostenuta, per cui il *procurator omnium bonorum* in età classica non avrebbe potuto alienare o costituire pegno senza un mandato specifico a lui attribuito dal *dominus negotii*.

In realtà, nei brani in questione non vi sono segni evidenti di interventi manipolativi, se non in ordine alla prima costituzione che forse originariamente si riferiva solo al caso del *servus actor*²⁰⁵.

Ebbene, anche a volerne ammettere l'autenticità, va considerato attentamente che sono tutti casi in cui si tratta semplicemente di un *procurator*, non di un *procurator omnium bonorum*, né di un *procurator 'cui universorum bonorum administratio permessa est'*.

Quindi, è anche possibile supporre che in ordine ai poteri del *procurator* potesse essere mutata opinione in tarda età classica, soprattutto in seguito all'influenza esercitata dalle consuetudini ellenistiche²⁰⁶. Tuttavia, è anche possibile che in esse si richiedesse un'espresso atto autorizzativo all'operato del *procurator* in quanto si tratta di un *procurator*

chiaramente distinto dalle altre figure per le quali, invece, è necessario che il *dominus negotii* presti il consenso in ordine alla singola operazione negoziale da compiere; cfr. D.13.7.11.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D.46.3.12 (Ulp. 30 *ad Sab.*); cfr. *infra*, § 4.8.

²⁰³ SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 587ss; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 150ss.

²⁰⁴ SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 587ss; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 504, nt. 1; SERRAO, *Il procurator*, cit., 25; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 27ss.

²⁰⁵ SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 587, il quale riteneva parzialmente interpolata la costituzione nella misura in cui si riferiva anche al *'procurator'*. In origine essa doveva riguardare solo il *servus actor*. Sulla costituzione si siamo già pronunciati; cfr. *supra*, § 4.2, nt. 90.

²⁰⁶ SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 587.

*unius rei*²⁰⁷, cioè di un *procurator* investito del compimento di singoli atti e non dell'amministrazione di tutti i beni del *dominus negotii*.

La dottrina romanistica prevalente²⁰⁸, invece, le ha ritenute interpolate, poiché non riconoscendo la classicità del *procurator unius rei*²⁰⁹, non poteva accettarne il contenuto, salvo ammettere l'esistenza di un'insanabile contrasto con le altre fonti che invece riconoscevano pieni poteri al *procurator omnium bonorum*.

8- I poteri del *procurator omnium bonorum* in età classica: la capacità di ricevere ed effettuare pagamenti, permutare e novare.

A riprova di quanto da noi sostenuto nei paragrafi precedenti sui poteri del *procurator omnium bonorum* in età classica, vorremmo ora esaminare altre fonti - anch'esse tuttavia fortemente controverse - che attestano il riconoscimento in capo allo stesso *procurator omnium bonorum* di notevoli poteri di disposizione delle *res dominicali*.

Le fonti, ad esempio, ci restituiscono un brano di Paolo che attesta espressamente che al *procurator* 'cui generaliter libera administratio rerum commissa est' spetti il potere di esigere pagamenti, novare obbligazioni, permutare *res dominicali*:

²⁰⁷ In tal modo potrebbero giustificarsi anche altre testimonianze che trattano della revoca, dell'abuso e dell'eccesso del potere di alienare del *procurator*: D.6.2.14 (Ulp. 16 ad ed.) *Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denunziavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et si nihilo minus tradiderit, emptorem tuebatur praetor, sive possideat sive petam rem. Sed quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti 'si non actor meus ex voluntate tua vendidit'.; C.4.35.12 (Impp. Diocl. et Max., a. 293-304): *Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres, eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit. Unde si contra mandati tenorem procurator tuus ad te pertinentem fundum vendidit nec venditionem postea ratam habuisti, dominium tibi auferre non potuit.**

In questi brani, infatti, l'operato del *procurator* è palesemente legato alla volontà specifica del *dominus negotii*, che interviene espressamente ponendo limiti e divieti espressi. In proposito v. in particolare BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 50ss, il quale giustifica tali soluzioni giurisprudenziali facendo riferimento all'esistenza della *praepositio*, quale atto di investitura del *procurator*, che si sostanzia in ogni caso in un atto di volontà del *dominus negotii*, e quindi come tale idoneo a ricomprendere anche tali ipotesi.

Ebbene, va riconosciuto che il fatto di avere negato, per molto tempo, la classicità della figura del *procurator unius rei*, ha forse impedito - anche alla dottrina più avveduta - la piena accettazione del contenuto di questi brani.

In realtà, nei brani esaminati il riferimento al mandato è evidente, ed ancora una volta non si fa esplicito riferimento al fatto che si tratti di un *procurator omnium bonorum*. Pertanto è plausibile ipotizzare che si facesse riferimento all'esistenza di un *procurator unius rei*, nominato tramite mandato, in ordine al quale si giustificano perfettamente le soluzioni ricordate nelle testimonianze in questione. Le soluzioni date, infatti, sembrano riflettere il regime tipico del mandato, e non quello della procura; cfr. *infra*, Cap. VI.

²⁰⁸ Cfr. *supra*, nt. 200; 205.

²⁰⁹ *Infra*, Cap. V.

D.3.3.58 (Paul. 71 *ad ed.*): *Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, novare aliud pro alio permutare.*

La dottrina più antica²¹⁰ riteneva del tutto interpolata l'espressione '*generaliter libera administratio rerum commissa est*'. Solazzi²¹¹, poi ne ha riconosciuto la sostanziale genuinità, tranne che per l'inciso '*generaliter*'. Vi è, inoltre, qualche incertezza sulla redazione del testo in quanto nella *littera fiorentina* non è presente il verbo '*novare*', che è invece stato inserito nell'edizione del Digesto di Mommsen²¹² sulla base della Vulgata e dei Basilici²¹³.

Ancora una volta Angelini si è trovato in difficoltà ad ammetterne il contenuto, soprattutto per quanto riguarda la capacità del *procurator* di permutare.

Infatti, pur ammettendo - come vuole l'Autore - che con l'espressione '*generaliter libera administratio rerum commissa est*' si facesse riferimento al conferimento di un mandato generale, si dovrebbe ammettere che sulla base di questo solo mandato il *procurator* potesse provvedere alla alienazione di *res dominicali*, in aperto contrasto con quanto si legge in D.3.3.63.

Così, Angelini, nel commentare il passo, si occupa a lungo della facoltà di esigere pagamenti e novare²¹⁴, ammettendo che potessero rientrare pienamente tra quelle consentite al *procurator omnium bonorum* sulla base del semplice mandato generale ad esso conferito. Della facoltà di permutare, invece, si occupa solo in nota²¹⁵, adducendo a tal proposito una spiegazione non del tutto convincente.

Afferma, infatti testualmente che « ..il passo non deve essere contrapposto a Mod. D.3.3.63; è con esso conciliabile, se si pensa che lo scambio di beni realizzato attraverso permuta, per sua stessa natura (cfr. Paul D.18.1.1pr) e per la posizione socio-economica del procuratore, non può che riguardare quei beni che possono e devono essere trasferiti per assicurare una corretta gestione; quei beni, in fondo, per i quali lo stesso Modestino testimoniava la capacità di alienare del *procurator omnium bonorum*: "*fructus aut alia res, quae facile corrumpi possunt*".

Ebbene, a noi pare eccessivo volere limitare il potere del *procurator* '*cui generaliter libera administratio rerum commissa est*' alla sola permuta delle cose consumabili. Innanzitutto, perché la natura della permuta non prevede un riferimento specifico a beni di tal genere. Inoltre, nel brano esaminato non si ritrova alcun accenno o elemento che consenta la limitazione dell'oggetto della permuta ai beni in questione. E, ancora, la posizione socio-

²¹⁰ ALBERTARIO, *Libera administratio peculii*, cit., 141, nt. 1-3; ID., *Procurator unius rei*, cit., 507 nt.3; ID., *Ancora criteri per rintracciare interpolazioni pregiustiniane*, in *SDHI*. 2 (1936) 158 ss; FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in *St. Bonfante*, 4, Milano, 1930, 437 nt. 167; SERRAO, *Il procurator*, cit., 31.

²¹¹ *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 591; ID., *Estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I, Napoli, 1935, 56.

²¹² Sul punto v. SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 591; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 135.

²¹³ B. 8.2.57 (Hb. 1, 393= Schelt. A I, 426).

²¹⁴ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 130ss.

²¹⁵ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 129, nt. 168.

economica del *procurator omnium bonorum* non ci sembra che prevedesse una limitazione di tal genere, se non nel brano di Modestino più volte richiamato (D.3.3.63).

In conclusione, come ribadito più volte nel corso della nostra trattazione si può propendere decisamente per la sostanziale genuinità e classicità del brano.

Infatti, in esso, si ripropone ancora una volta la figura del *procurator omnium rerum*, come amministratore generale dei beni del *dominus* non necessariamente fornito di mandato, al quale viene riconosciuto il potere di esigere pagamenti, novare e permutare.

D'altronde, sono numerose le testimonianze relative alla facoltà del *procurator omnium bonorum* di ricevere pagamenti con effetto liberatorio per il debitore²¹⁶.

Vorremmo esaminarne due tra i più significativi:

D.13.7.11.5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius[, vel ei cui heres exstitit], vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito.*

D.46.3.12 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *[Vero] procuratori recte solvitur. [Verum] <procuratorem> autem accipere debemus eum, cui mandatum est [vel specialiter] vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.*

Il primo brano non presenta problemi di particolare rilievo²¹⁷, e riconosce che l'adempimento dell'obbligazione può essere validamente realizzata non solo allo stesso creditore, ma anche a qualsiasi soggetto che si stato espressamente autorizzato ('*voluntate eius*'), o al *procurator* o al servo '*pecuniis exigendis praepositus*'.

È facile notare che la necessità della *voluntas domini* si riferisce ancora una volta al soggetto che agisce nell'interesse del *dominus* ma che non riveste una qualifica specifica, e non al *procurator omnium bonorum*, né al *servus praepositus*²¹⁸. Del *procurator*, si specifica infatti che si tratta di un '*procurator eius*', lasciando intendere chiaramente il riferimento al *procurator omnium bonorum*; e del servo si precisa che gli è stata conferita una specifica *praepositio*, avente ad oggetto la riscossione di pagamenti ('*pecuniis exigendis*').

Il secondo brano è invece un passo che ha subito una profonda rielaborazione²¹⁹. Anzi è proprio un brano esemplare in tal senso, in quanto l'interpolazione modificativa - da noi rilevata anche negli altri brani - si mostra in tutta la sua evidenza.

²¹⁶ D.2.14.11 (Paul 3 *ad ed.*); D.3.3.58 (Paul 71 *ad ed.*). Per un'attenta ricognizione delle fonti in questione v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 131ss.

²¹⁷ L'unico appunto critico significativo riguarda l'espressione '*vel ei cui heres exstitit*'; cfr. SOLAZZI, *Estinzione dell'obbligazione*, cit., 55; ID., *Del pagamento a persone non autorizzate in diritto romano*, in RIL 59 (1926) 368ss. Dubbia appare, invece, la restituzione del testo nella misura in cui fa riferimento al pagamento effettuato dal mandatario '*veluti ei cui creditor mandavit*'; contra ANGELINI, *Il procurator*, cit., 132ss.

²¹⁸ A tal proposito si veda quanto detto *supra*, § 4.7.

²¹⁹ SCHLOSSMANN, *Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 117; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 507, nt. 3; LE BRAS, *Procurateur*, cit., 86ss; SOLAZZI, *Estinzione dell'obbligazione*, cit., 56; ID., *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 616; FRESE, *Defensio, solutio, expromissio*, cit., 455; ID., *Da Mandat in seiner Beziehung*, cit., 339 s.;

I compilatori, infatti, sono intervenuti sul testo di Ulpiano per introdurre il concetto di *verus procurator*, da contrapporre a quello del *falsus procurator*²²⁰, e nel far questo hanno cercato di ricondurre al mandato entrambe le ipotesi considerate originariamente dal giurista, quindi non solo quella del *procurator* a cui fosse stato conferito uno specifico incarico tramite mandato, ma anche quella del *procurator omnium bonorum*.

L'operazione realizzata è resa evidente dall'aggiunta di '*specialiter*' a *mandatum*, ma probabilmente anche dalla riformulazione dell'espressione finale, che originariamente doveva semplicemente far riferimento al *procurator omnium bonorum*. La più complessa espressione «*vel cui omnium negotiorum administratio mandata est*» sembra anch'essa legata alla necessità di riportare la figura del *procurator omnium bonorum* nell'ambito del mandato.

Si potrebbe, tuttavia, anche propendere per la classicità dell'espressione, a patto di riconoscere un valore generico al verbo '*mandare*' - sostanzialmente equivalente a espressioni quali '*permittere, concedere, dare*' - e non indicativo dell'esistenza di un contratto di mandato in senso tecnico.

E' nostra convinzione, infatti, che il tenore originario del brano fosse sostanzialmente corrispondente a quello di un altro brano del commentario all'editto pretorio di Ulpiano - che abbiamo già esaminato (D.2.14.12)²²¹ - in cui si identificano, distinguendole, le figure di colui «*ei mandavi ut paciscetur*», e colui che «*omnium rerum mearum procurator fuit*».

Pertanto, anche in D.46.3.12 Ulpiano riconosceva che si poteva validamente adempiere al *procurator*, chiarendo che per '*procurator*' si doveva intendere sia quello che era tale perché aveva ricevuto un mandato, sia quello a cui era conferita l'amministrazione di tutti i beni (*procurator omnium bonorum*).

Anche la capacità di novare, riconosciuta in D.3.3.58²²² - è attestata in altri passi del Digesto:

D.46.2.20.1 (Paul. 72 ad ed.): *Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare: tutor potest, si hoc pupillo expediat: item procurator omnium bonorum.*

D.46.4.13.10 (Ulp. 50 ad Sab.): *Tutor, curator furiosi acceptum ferre non potuti, nec potuti, nec procurator quidam potest facere acceptum: sed hi omnes debent novare et sic accepto facere.*

SERRAO, *Il procurator*, cit., 32-33; ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 201ss; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 133-134ss.

²²⁰ Si tratta di un intervento operato dai compilatori sulle fonti classiche su cui ormai la dottrina concorda. L'intervento in questione, infatti, è dettato dall'intento dei giustinianei di ricondurre definitivamente il *procurator* nell'alveo del mandato. Infatti, già SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, cit., 570ss riteneva che i compilatori avessero definito *verus procurator* il *procurator* mandatario, e *falsus*, il *procurator* senza mandato. Si tratta di un'opinione che ha ricevuto piena adesione presso la dottrina successiva, che ormai riconosce pacificamente che i compilatori abbiano denominato *falsus procurator* il procuratore-gestore contrapponendolo al *verus procurator*, cioè al *procurator* mandatario; cfr. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 78.

²²¹ *Supra*, § 4.4.

²²² *Supra*, nt. 213.

Vi è anche un passo delle *Pauli Sententiae* che riguarda la novazione realizzata dal *procurator*, che riveste, inoltre, un ruolo fondamentale per accertare i rapporti tra il diritto classico e il diritto giustiniano a tal proposito:

P.S. 5.8: *Non solum per nosmet ipsos novamus quod nobis debetur, sed etiam per eos, per quos stipulari possumus, velut per filiam familias vel per servum iubendo vel ratum habendo. Procurator quoque noster ex iussu nostro receptum est ut novare possit*²²³.

Del primo brano ci siamo già occupati²²⁴, riconoscendo l'interpolazione dell'espressione '*si hoc pupillo expediat*', introdotta allo scopo di subordinare il potere di novare del *tutor*, e di riflesso, anche quello del *procurator omnium bonorum*, al singolo atto di approvazione del pupillo o del *dominus negotii*.

Il secondo è di una chiarezza e limpidezza tale che non ammette dubbi o incertezze, tanto che Solazzi²²⁵ ha ipotizzato che il brano possa essere sfuggito ai compilatori, e che si tratti, dunque, di uno di quei casi in cui si può certamente dire '*quandoque dormitat Tribonianus*'.

Nel passo delle *Pauli Sententiae* si ritiene, invece, che il *procurator* possa novare '*ex iussu nostro*'. Sarebbe, dunque, necessario un atto di autorizzazione espressa per il *procurator* affinché questi possa realizzare una novazione dell'obbligazione facente capo al suo *dominus negotii*.

Ebbene, è facile riscontrare un forte contrasto tra le testimonianze esaminate. In D.46.4.13.10 si riconosce, infatti, con chiarezza e senza condizioni il potere di novare al *tutor*, *curator furiosi* e *procurator*. D.3.3.58 e D.46.2.20.1, con le correzioni apportate²²⁶, attestano anch'esse il potere del *procurator omnium bonorum* di novare le obbligazioni del *dominus* senza alcun vincolo o condizione. Solo nel passo delle *Pauli Sententiae* la capacità del *procurator* di novare è subordinata ad un atto autorizzazione espressa del *dominus*.

Ebbene, Angelini²²⁷ - non potendo disconoscere la genuinità di alcuni di questi testi e le correzioni operate sugli altri - sceglie una via intermedia. Si libera, innanzitutto, della testimonianza più chiara e incontrovertibile contenuta in D.46.4.13.10 dicendo che «...nel frammento si afferma solo che è possibile novare le obbligazioni attraverso il *procurator*. I presupposti giuridici di un tale potere non sono indicati»

²²³ Su questi brani v. SOLAZZI, *Le facultà del 'procurator bonorum'*, cit., 591

²²⁴ *Supra*, 4.4.

²²⁵ SOLAZZI, *Le facultà del 'procurator bonorum'*, cit., 591s.

²²⁶ In odine a D.46.2.201 si tratta di espungere l'espressione '*si hoc pupillo expediat*'; cfr. *supra* § 4.4. Per quanto riguarda D.3.3.58, bisogna considerare che il manoscritto della fiorentina non riporta il termine '*novare*', ma esso è stato aggiunto da Mommsen nella sua edizione del Digesto sulla scorta dei Basilici e della Vulgata. Di conseguenza, come afferma SOLAZZI, *Le facultà del 'procurator bonorum'*, cit., 591 «...conoscendo ora l'interpolazione di Paul. 5.8, noi abbiamo il dovere di dubitare che la parola manchi nel testo fiorentino perché Triboniano l'ha cancellata». Per la cancellazione del riferimento alla *novatio* cfr. *supra*, ntt. 215-216.

²²⁷ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 135.

La realtà è che il giurista non procede a precisare i presupposti del potere di novare del *procurator* perché l'unico presupposto giuridico necessario per realizzare la *novatio* era semplicemente quella di essere *procurator omnium bonorum*. L'accostamento al *tutor* e al *curator furiosi*, infatti, non lascia dubbi sul fatto che in questo caso si tratti di un *procurator omnium bonorum*, cioè di un *procurator* a cui era affidata un'amministrazione di carattere generale.

In ordine a D.46.2.20.1 Angelini²²⁸ è pronto a riconoscere l'interpolazione dell'espressione '*si hoc pupillo expediat*', e la genuinità dell'intero brano che potrebbe, tuttavia, conciliarsi con la sua ipotesi, poichè il potere di novare discenderebbe dal mandato generale attribuito al *procurator omnium bonorum*.

Ci sembra, tuttavia, che anche in questo brano non vi sia alcun riferimento ad un mandato, ed in particolare ad un mandato generale. L'esistenza del mandato viene desunta, infatti, dalla posizione preconcesa dell'Autore che laddove si parli di un *procurator omnium bonorum* si faccia sempre riferimento ad un *procurator* dotato di mandato generale²²⁹.

Del passo delle *Pauli Sententiae*, invece, l'A.²³⁰ riconosce - contrariamente alla prevalente dottrina²³¹ - la totale genuinità, e lo ritiene particolarmente importante ai fini della sua tesi. In esso si testimonierebbe, infatti, l'avvenuto riconoscimento da parte della giurisprudenza del principio per cui la facoltà di novare del *procurator* era consentita solo quando vi fosse una specifica volontà del *dominus* al riguardo. Si tratterebbe di una innovazione giurisprudenziale relativamente tarda, da collocare temporalmente nell'età dei Severi.

Di conseguenza, Angelini è costretto ad ammettere che in età classica il potere di novare le obbligazioni del *dominus negotii* rientrasse nell'ambito dei poteri del *procurator omnium bonorum*, senza che fosse necessaria una manifestazione di volontà specifica in tal senso da parte del *dominus negotii*. Il presupposto di tale potere sarebbe comunque stato costituito dal mandato generale conferito al *procurator omnium bonorum*. Un mutamento sarebbe avvenuto in tarda età classica, in cui anche per il *procurator omnium bonorum*, già dotato di mandato generale, sarebbe stato necessario un ulteriore atto specifico di autorizzazione per compiere la novazione di un'*obligatio* del *dominus negotii*.

Quindi, l'attenzione dell'Autore viene posta principalmente sulle *Pauli Sententiae* e sull'opera adeguatrice della giurisprudenza tardo-classica. Neanche una parola sull'eventuale intervento dei compilatori giustinianeî, che certamente anche in questo caso hanno operato delle modifiche sulle fonti classiche allo scopo di limitare i poteri del *procurator*, anche se probabilmente accentuando e portando a compimento una tendenza già in corso sul finire dell'età classica.

²²⁸ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 135, nt. 191.

²²⁹ *Supra*, § 4.4.

²³⁰ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 136.

²³¹ MITTEIS, *Zur Interpolationenforschung*, in *ZSS.* 33 (1912) 186ss; RABEL, *Ein Rubmesblatt Papinians*, cit., 13; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 508; SOLAZZI, *Facoltà e decadenza*, cit., 591; SERRAO, *Il procurator*, cit., 32-33.

L'Autore, infatti, pur riconoscendo le palesi correzioni operate sui testi²³², non può soffermarsi a prendere atto esplicitamente dell'intervento giustiniano volto a subordinare l'operato del *procurator* ad un atto di volontà espressa del *dominus negotii*, perché dovrebbe riconoscere che si tratta dello stesso intervento che è stato operato sui brani relativi al potere di alienare e pignorare (D.3.3.63; D.20.6.7.1; D.13.7.11.7; D.19.1.13.25)²³³, di cui egli cerca di negare fortemente l'esistenza.

In realtà questa testimonianza delle *Pauli Sententiae* è determinante perché senza di essa si potrebbe anche sospettare che fosse il regime classico a prevedere le restrizioni, e che, invece, il diritto giustiniano avesse ammesso illimitatamente il potere di novare del *procurator*.

Ma a parte le considerazioni di ordine generale desumibili da quanto fin'ora osservato sugli orientamenti giustiniani, vi è un'ulteriore circostanza che bisogna considerare. Come nota giustamente Solazzi, se veramente la facoltà di novare fosse illimitata per i giustiniani, bisognerebbe «..ammettere che fossero più arretrati di Paolo Visigoto».

Tale posizione, d'altronde, sarebbe poi in contrasto con il sistema del diritto ellenico²³⁴, a cui il diritto bizantino sembra ispirarsi, in cui non c'era posto per una facoltà di novare che non fosse espressamente accordata dal *dominus*.

Inoltre, come abbiamo visto, esistono parecchi indizi formali²³⁵ che testimoniano la volontà dei giustiniani di restringere la facoltà di novare del *procurator*, ammessi dallo stesso Angelini²³⁶.

Di conseguenza è più verosimile che nel diritto classico la capacità di novare fosse ammessa senza condizioni o restrizioni per il *procurator omnium bonorum*. È da respingere, ancora una volta, l'idea che questa capacità del *procurator* fosse legata all'esistenza di un mandato generale. Non vi è, infatti, alcun elemento nei brani esaminati dai quali possa dedursi in qualche modo l'esistenza di tale mandato.

È altresì parimenti plausibile che i Giustiniani abbiano cercato di limitare il potere di novare del *procurator*, subordinandolo ad una specifica manifestazione di volontà del *dominus negotii*. Non è da escludere, tuttavia, che il processo descritto sia stato anticipato già in età postclassica (*Pauli Sententiae*), per effetto proprio di quelle prassi ellenistiche che cominciarono a condizionare fortemente il diritto romano in età classica avanzata²³⁷.

Ad ulteriore conferma di quanto fin ora detto, vorremmo in fine esaminare alcuni brani che testimoniano la capacità del *procurator omnium bonorum* di pagare i debiti del proprio *dominus negotii* in età classica.

I brani che si segnalano principalmente a tal proposito sono due:

²³² ANGELINI, *Il procurator*, cit., 135-136.

²³³ *Supra*, §§ 4.2; 4.3; 4.4.

²³⁴ *Supra*, § 4.6, nt. 182.

²³⁵ D.3.3.58; D.46.2.20.1; *supra*, ntt. 215; 216; 229.

²³⁶ *Supra*, ntt. 230-231.

²³⁷ *Supra*, § 4.6.

D.46.3.87 (Celsus 20 *digest.*): *Quodlibet debitum solutum a procuratore meo non repeto, quoniam quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat neque post ea expectandum est, ut ratum habeat.*

D.12.6.6pr (Paul 3 *ad Sab.*): *Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti Celsus: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea expectandum sit, ut ratum habeat.*

Ebbene, in accordo alla dottrina prevalente²³⁸, può legittimamente ammettersi la sostanziale genuinità²³⁹ dei brani in questione, che ancora una volta sembrano contraddire l'ipotesi di Angelini.

L'A.²⁴⁰, infatti, con un'operazione non del tutto corretta, riporta i brani entrambi privi della loro parte iniziale, tentando di isolare la parte centrale degli stessi in cui ravvisa pertanto una riprova della sua ipotesi.

Va detto, invece, che i brani - letti nella loro interezza - sono di una chiarezza estrema, in piena contraddizione con l'ipotesi di Angelini.

Il debito adempiuto dal *procurator omnium rerum* non è ripetibile dal *dominus negotii* poichè chi costituisce un *procurator omnium bonorum* gli conferisce anche l'incarico di pagare ai suoi creditori, senza bisogno di una ratifica.

Il *procurator* ha dunque, in ordine alle *res* oggetto di *solutio*, un pieno ed indiscusso potere di disposizione che si realizza attraverso la *traditio*. Non necessita, pertanto, alcun atto di autorizzazione specifico volto ad attribuirgli tale facoltà di alienazione.

In questo contesto, infatti, l'espressione '*mandare*', anche a volerne ammettere la piena autenticità, non sembra ricorrere in un'accezione tecnica. A nostro parere, infatti, non individua l'esistenza di un contratto di mandato, ma indica genericamente che la costituzione di un *procurator omnium bonorum* comporta anche l'incarico per tale soggetto di provvedere al pagamento dei debiti facenti capo al suo *dominus negotii* senza bisogno di una successiva ratifica.

Nel brano, non si legge, infatti, che il *procurator omnium bonorum* è costituito tramite mandato, o che i suoi poteri derivino dall'esistenza di un mandato, generale o speciale che

²³⁸ SOLAZZI, *Estinzione dell'obbligazione*, I, cit., 56; ID., *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 621; FRESE, *Procurator und Negotiorum gestio*, cit., 361, nt. 9; ID., *Defensio, solutio, expromissio*, cit., 431; SERRAO, *Il procurator*, cit., 108.

²³⁹ Si potrebbe legittimamente dubitare della genuinità dell'inciso '*id quoque mandare videtur*'. Le evidenti somiglianze di forma e di sostanza dei due brani di Celso e Paolo - e, soprattutto, l'identità dell'inciso in questione - potrebbero far propendere per l'interpolazione dei passi, soprattutto nella misura in cui si vuol ravvisare in essi un riferimento tecnico ad un contratto di mandato. Si può accettare, tuttavia, l'autenticità dell'inciso in entrambi i brani a patto di ritenere che l'espressione '*mandare*' ricorra in senso atecnico, per indicare genericamente l'idea che la costituzione di un *procurator omnium bonorum* comporti anche l'incarico di provvedere al pagamento dei debiti del *dominus negotii*.

²⁴⁰ Il *procurator*, cit. 119.

sia, ma soltanto che la costituzione di un *procurator omnium bonorum* implica per questo soggetto anche la possibilità di adempiere validamente i debiti del *dominus negotii*.

Inoltre, anche a volere ammettere con Angelini che il *procurator omnium bonorum* fosse sempre un soggetto dotato di mandato generale, il brano contrasterebbe sempre con D.3.3.63 e gli altri brani in cui si richiede per il *procurator* un mandato specifico ad alienare²⁴¹. Infatti, nei casi ora esaminati (D.46.3.87; D.12.6.6pr) il potere di alienazione sarebbe compreso nel mandato generale, indipendentemente dal conferimento di un ulteriore mandato di carattere speciale che autorizzerebbe il *procurator* a ‘*solvere*’, e dunque, a disporre validamente del denaro del suo *dominus negotii*.

I brani in questione testimoniano, dunque, un potere di alienazione del *procurator* delle *res* oggetto di *solutio* che non necessita di un’espressa autorizzazione tramite mandato speciale del *dominus negotii*. E ciò contrasta decisamente con quanto sostenuto dallo stesso Angelini.

In realtà, lo stesso Autore²⁴² è consapevole di tale contrasto, ed ancora una volta propone un’interpretazione del brano che possa conciliarsi con la tesi dal lui sostenuta.

Ritiene, pertanto, che la *potestas alienandi* del *procurator* in questi casi dovrebbe essere «... limitata a quelle obbligazioni del *dominus* che rientrano nel complesso delle attività economiche a cui egli sovrintende e rispetto alle quali è quanto mai da scorgere una *traditio* effettuata “*ex his negotiis*”; da giustificare, dunque, secondo il principio che abbiamo appreso in Gai D.41.1.9.4».

Ebbene anche tale interpretazione ci appare poco convincente. Innanzitutto nei brani esaminati non si riscontra alcuna limitazione espressa che richiami in qualche modo l’espressione “*ex negotiis*” contenuta in D.41.1.9.4. D’altronde, in quest’ultimo brano tale limitazione era perfettamente congruente all’attività affidata al gestore, che era stata definita espressamente come “*libera negotiorum administratio*”. Si trattava, dunque, di una fattispecie differente²⁴³.

Ebbene, a noi sembra, ancora una volta di essere in presenza di due testimonianze che contrastano decisamente con l’ipotesi di Angelini²⁴⁴, e che sembrano riconoscere ancora una volta al *procurator* ampi poteri dispositivi in ordine al patrimonio del suo *dominus negotii*, indipendentemente dall’esistenza di un mandato generale, unitamente ad uno speciale di alienazione, a lui espressamente conferiti.

9 - Altre testimonianze relative ai poteri del *procurator omnium bonorum* in età classica.

²⁴¹ *Supra*, §§ 4.2; 4.3.

²⁴² ANGELINI, *Il procurator*, cit., 129

²⁴³ *Supra*, § 4.7.

²⁴⁴ *Supra*, § 4.4.

Vi sono poi, altri passi - già individuati da Watson ²⁴⁵ - che proverebbero i poteri illimitati del *procurator omnium bonorum* in età classica. Vorremmo citarne almeno due:

D.2.14.10.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quondam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. Ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatius videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse*

D.2.14.12 (Ulp. 4 *ad ed.*): *nam et nocere constat, sive ei mandavi ut paciscatur, sive omnium rerum mearum procurator fuit: ut et Puteolanus libro primo adsectoriorum scribit: cum placuit eum etiam rem in iudicium deducere.*

Ulpiano ricorda che la gran parte dei giuristi ritiene che l'*exceptio doli* sia sussidiaria all'*exceptio pacti*, in maniera tale che se non può essere utilizzata l'*exceptio pacti*, si possa ricorrere all'*exceptio doli*. Lo ha scritto Giuliano e molti altri hanno approvato la sua opinione.

Così, se il *procurator meus* realizza un patto, a me (*dominus negotii*) spetterà l'*exceptio doli*, come ritiene anche Trebazio. Quest'ultimo reputa, infatti, che così come dal patto concluso dal *procurator* possono derivare per me effetti svantaggiosi, così al tempo stesso possano derivarne effetti utili.

Infatti, il patto può determinare effetti svantaggiosi nei miei confronti sia se a tale soggetto ho espressamente conferito un mandato a concludere il patto, sia se si trattava di un *procurator omnium rerum mearum*. Così fu consentito che anche questi deducesse in giudizio la lite²⁴⁶.

²⁴⁵ *Law of obligations*, cit., 203. Va ricordato a tal proposito anche D.5.4.9 (*Paul. 3 epitom. Alf. dig.*), di cui ci siamo diffusamente occupati in precedenza; cfr. § 4.5.

²⁴⁶ Si potrebbe sospettare dell'interpolazione della chiusa di D.2.14.12. Secondo l'insegnamento tradizionale, infatti, il *procurator* non deduce in giudizio la *res*. Si potrebbe sospettare allora che il frammento in origine si riferisse al *cognitor*; v. KASER, *Romisches Zivilprozessrecht*, cit., 450-451. Sul tema cfr. *infra*, § 5.1, nt. 16. In realtà, la possibilità per il *procurator* di dedurre in lite la *res*, e dunque, di consumare l'azione è molto discussa in dottrina. Si distingue, infatti, tra un'opinione più risalente che nega in modo categorico tale possibilità (EISELE, *Cognitur und Procurator*, Freiburg, 1881, 141ss), ed orientamenti più recenti che tendono ad ammetterne, invece, la configurabilità (BONIFACIO, *Procurator e preclusione processuale*, in *Studi Cagliari* 38 (1955-56) 151ss; MECKE, *Die Entwicklung des procurator*, cit., 124ss); per una breve rassegna bibliografica sull'argomento cfr. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 191, nt. 83. Si tratta, tuttavia, di una tematica di particolare complessità e difficoltà che non può essere compiutamente esaminata in questa sede. Possiamo, tuttavia, rilevare che nel contesto specifico del brano esaminato, l'eventuale intervento manipolativo sulla chiusa finale non è in grado di inficiare la testimonianza nel suo complesso, e soprattutto la sua riferibilità al *procurator*, come si evince chiaramente dallo stesso brano ma anche da quelli che lo precedono.

Si tratta di brani che attestano certamente il potere del *procurator omnium bonorum* di realizzare patti che producano effetti vantaggiosi, ma anche svantaggiosi nella sfera giuridica del *dominus*, la cui classicità nella sostanza non può essere messa in dubbio²⁴⁷.

Tanto è vero che, per darne una giustificazione, sia Schlossmann²⁴⁸ che Angelini²⁴⁹ ritengono che si tratti di casi di *procuratores omnium bonorum* a cui sia stato conferito un mandato generale. Pertanto, sarebbe proprio il mandato in questione a giustificare i particolari effetti del patto da loro concluso, e non la qualifica di *procuratores omnium bonorum*.

Come abbiamo già visto questi autori sostengono, infatti, che la terminologia *procurator omnium rerum, totorum bonorum* o *omnium bonorum* sia sempre usata dai giuristi classici per indicare il procuratore investito con mandato generale dell'amministrazione dell'intero patrimonio del *dominus negotii* (*supra*, § 4.4). Altrimenti, non riuscirebbero a giustificare le soluzioni giurisprudenziali ora esaminate ed anche quelle, che sono state oggetto di studio nei paragrafi precedenti, che riconoscono poteri assorbenti e determinanti al *procurator omnium bonorum*, senza fare riferimento all'esistenza di un mandato specificamente conferito per l'esercizio di tali poteri.

²⁴⁷ I due brani sono tratti dallo stesso libro del commentario all'editto di Ulpiano, tuttavia, sebbene riportati in sequenza, sono stati frammezzati da un brano di Paolo: D.2.14.11 (Paul. 3 *ad ed.*): *quia et solvi ei potest*. Tanto è vero che SERRAO, *Il procurator*, cit., 32, adduce il testo come prova che il *procurator*, in diritto classico, poteva anche esigere anche per conto del *dominus*. In realtà, il potere di ricevere pagamenti per conto del *dominus negotii* è ampiamente documentata; D.13.7.11.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D.46.3.12 (Ulp. 30 *ad Sab.*); *supra*, § 4.8. In ordine al nostro brano, tuttavia, è possibile che i compilatori abbiano cercato di limitare il riconoscimento dei poteri del *procurator omnium bonorum* operato da Ulpiano, riferendolo unicamente alla possibilità per il *procurator* di ricevere pagamenti per conto del *dominus*. L'operazione è evidente - come dicevamo - e si evince con facilità dalla lettura del Digesto. Con molta probabilità, dunque, la portata del discorso di Ulpiano doveva essere molto più vasto in ordine al riconoscimento degli effetti vantaggiosi che potevano derivare al *dominus negotii* dall'operato del *procurator omnium bonorum*.

Ebbene - a parte i dubbi relativi all'operazione realizzata dai compilatori volta a completare il significato dei testi di Ulpiano tramite l'accostamento di un brano tratto dal commentario all'editto di Paolo, peraltro riportato solo in maniera parziale - ci sembra di non poter dubitare nella sostanza della classicità della soluzione conservata nei brani di Paolo, almeno nella parte in cui riconosce l'efficacia del patto concluso dal *procurator*, ed il riconoscimento al suo *dominus negotii* dell'*exceptio doli* che da esso possa conseguire.

²⁴⁸ *Besitzerwerb*, cit., 19ss.

²⁴⁹ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 49, nt. 93, ignora quasi totalmente i brani in questione. L'ipotesi di lavoro assunta e argomentata dall'A. infatti gli impedisce di considerare adeguatamente le testimonianze contenute nei passi individuati da Watson. Infatti, Angelini si occupa dei brani in questione soltanto marginalmente, prevalentemente in nota (p. 4, nt. 13; p.5, nt. 17; p. 131, nt. 173). Solo la testimonianza contenuta in D.2.14.12 viene valutata con più attenzione dall'A., in quanto crede di ritrovare in essa una riprova del fatto che il *procurator omnium bonorum* fosse sempre un soggetto investito di un mandato generale. In realtà, nell'inciso *'sive ei mandavi ut paciscetur, sive omnium rerum mearum procurator fui'* - contenuto D.2.14.12 - si ravvisa, a nostra opinione, una prova esattamente contraria all'ipotesi sostenuta da Angelini, in quanto le figure del mandatario e quella del *procurator omnium bonorum* sono considerate come fattispecie del tutto distinte ed autonome. Dell'argomento ci siamo già occupati nei paragrafi precedenti; cfr. *supra*, § 4.4.

Ebbene, a noi sembra - come dicevamo già precedentemente - che i brani di Ulpiano, esaminati in questo paragrafo, dimostrino proprio il contrario e cioè che le ipotesi relative al mandatario e al *procurator omnium bonorum* sono nettamente distinte anche nel pensiero dei giuristi tardo-classici. In D.2.14.10.2 si fa chiaro riferimento al *procurator meus*, che nelle fonti indica solitamente il *procurator omnium bonorum*²⁵⁰, ed il secondo brano (D.2.14.12) è di una evidenza tale che esclude qualsiasi contestazione.

Il giurista, infatti, distingue le ipotesi del mandatario e del *procurator* in maniera così netta e precisa che non vi è necessità di effettuare particolari commenti: «*sive ei mandavi ut paciscetur, sive omnium rerum mearum procurator fuis*».

Ebbene, a parere del giurista, il patto produce effetti diretti nella sfera giuridica del *dominus negotii* se realizzato sulla base di un mandato specificamente conferito a tale scopo, o concluso dal *procurator omnium bonorum* nell'ambito dei poteri onnicomprensivi a lui spettanti.

In fine vorremmo ricordare altri due passi che - a nostro parere - risultano particolarmente determinanti ai fini della presente trattazione, e sui quali pertanto vale la pena di soffermarne l'attenzione:

D. 14.3.5.18 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeponuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.*

D.14.3.6 (Paul. 30 *ad ed.*): *Sed et in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debebit institoria.*

Il primo brano, quasi del tutto ignorato dalla dottrina²⁵¹, sembra ineccepibile nella sua veste formale, ma anche nel suo tenore sostanziale. Non sembra attaccabile sotto alcun profilo, anzi ci restituisce - in maniera estremamente chiara e sintetica, e forse, appunto per questo, ancora più evidente - la figura di un *procurator quasi dominus*, il quale, al pari del *tutor* o del *curator*²⁵², compie atti giuridici, anche di una certa rilevanza - quale può

²⁵⁰ In tal senso anche ANGELINI, *Il procurator*, cit., 5, nt. 17. Già SCHLOSSMANN, *Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 84, 103 notava correttamente che queste espressioni denotavano il *procurator* che si trovava “in einem dauernden Verhältniss zu dem Herrn und zu dessen Angelegenheiten”. Di conseguenza, a nostro parere, non può trattarsi di un soggetto a cui sia stato conferito unicamente un mandato, anche di carattere generale, quanto piuttosto di quella figura di *procurator quasi dominus*, di ciceroniana memoria - poi definito anche *procurator omnium bonorum* o *totorum bonorum* - che era legato al *dominus* non solo da un vincolo obbligatorio di carattere interno, ma anche da un particolare legame familiare e sociale riconoscibile anche all'esterno; cfr., *supra*, § 4.1

²⁵¹ LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria* cit., 620 ss.; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, 224 ss. In proposito v. anche SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, cit., 569ss. Di recente anche COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini*, cit., 169; ID., *In tema di sostituzione volontaria e 'procurator'*, in *Studi per G. Nicosia*, 2, 554-555.

²⁵² Il *curator*, la cui posizione rispetto ai soggetti ed al patrimonio della *familia* può essere equiparata a quella del *tutor* o del *procurator*, è certamente il *curator furiosi* o il *curator prodigi*. Per il *curator minoris* valgono regole parzialmente differenti; v. in proposito, ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 4. Sul

essere addirittura quello di preporre un *institor* alla gestione di una impresa commerciale - con effetti diretti ed immediati nella sfera giuridica del *dominus negotii*. Quest'ultimo, infatti, risponderà illimitatamente delle obbligazioni assunte dall'*institor*, come se fosse stato lui in prima persona a preporlo all'esercizio dell'attività commerciale.

Siamo, allora, in presenza - ancora in tarda età classica - di un *procurator* 'paene dominus', la cui posizione, è, inoltre, distinta da quella dell'*institor* in modo tale da non lasciare dubbi in proposito²⁵³.

La posizione del *procurator*, del *tutor* o del *curator* è posta, infatti, su un piano paritario e perfettamente equivalente a quella del *dominus negotii*, anche nei confronti dell'*institor* da essi preposto. Tanto è vero che nei confronti del *procurator*, qualora abbia preposto un *institor*, è possibile addirittura esperire la stessa *actio institoria*.

Ed, in effetti, la soluzione prospettata nel secondo brano, pur nella sua sinteticità, appare particolarmente rilevante. Né può sospettarsi della sua classicità, in quanto il frammento, anch'esso quasi del tutto ignorato dalla dottrina, sembra formalmente e sostanzialmente genuino.

Si tratta, dunque, di due importanti testimonianze, delle quali torneremo ad occuparci più compiutamente nei capitoli successivi²⁵⁴.

10 - Considerazioni conclusive sui poteri del *procurator omnium bonorum* in età classica.

Conclusa la nostra indagine, ci sembra dunque di poter aderire all'ipotesi tradizionale che riconosce ancora in età classica poteri illimitati al *procurator omnium bonorum*, anche se è chiaramente ravvisabile una lenta ma inesorabile trasformazione dell'istituto sia per cause interne, dovute principalmente ai mutamenti dell'assetto familiare e allo sviluppo dei traffici commerciali, ma anche esterne, relative principalmente alla penetrazione delle consuetudini ellenistiche nelle prassi giuridiche romane²⁵⁵.

A tal proposito, abbiamo già manifestato il nostro parere, non ritenendo accettabile e condivisibile l'opinione di Angelini²⁵⁶ - ripresa successivamente da parte della dottrina²⁵⁷ - nella misura in cui ravvisa nell'espressione *procurator* solo il *procurator* dotato di poteri economici, e nell'espressione *procurator omnium bonorum*, il *procurator* investito di poteri giuridici sempre tramite un mandato di carattere generale. Il mandato in questione, inoltre, avrebbe assicurato al *procurator omnium bonorum* solo poteri di gestione ordinaria del

rapporto intercorrente tra le differenti figure del *procurator*, *tutor* e *curator* v. *supra*, § 3.3; *infra*, 6.6, nt. 150; 6.9.

²⁵³ Si tratta di una figura sostanzialmente corrispondente a quella ricordata in D.5.4.9; *supra*, § 4.4; *infra*, 7.4.

²⁵⁴ *Infra*, § 7.4.

²⁵⁵ *Supra*, § 4.6.

²⁵⁶ *Supra*, § 4.4.

²⁵⁷ PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., 409-410.

patrimonio del *dominus negotii*. Infatti, il *procurator omnium bonorum*, già fornito di mandato generale, avrebbe necessitato anche di un mandato speciale per essere dotato del *ius vendendi* o del diritto di dare a pegno le *res dominicali*.

Ebbene, nei paragrafi precedenti abbiamo addotto diverse argomentazioni che si oppongono a tale posizione dottrinale, che possiamo ora riassumere e sviluppare.

Innanzitutto, ci sembra di poter rilevare l'esistenza di pieni poteri giuridici in capo alla figura del *procurator omnium bonorum* già in tarda età repubblicana²⁵⁸, che si mantengono anche in età classica e che, almeno fino al II sec. d.C., non sembrano derivare da mandato ma prevalentemente dal rapporto di natura personale intercorrente tra *dominus negotii* e *procurator omnium bonorum*.

Tanto è vero che ormai la dottrina prevalente²⁵⁹ riconosce che l'avvicinamento tra il regime del mandato e quello del *procurator* si sia realizzato solo nel II sec. d.C.

Non ci sembra di poter condividere, invece, l'idea che in età risalente - già da Labeone - i rapporti tra *procurator* e *dominus negotii* fossero regolati tramite mandato generale²⁶⁰. Ancora più improbabile ci appare il tentativo di riportare indietro questa datazione, ritenendo di poter individuare fonti letterarie di età repubblicana²⁶¹ in cui si farebbe già riferimento a mandati generali, giungendo alla conclusione che il mandato generale conferito al *procurator* potesse essere un fenomeno possibile sin da quando il mandato è stato azionabile nella società romana.

Complessa si presenta, infatti, la questione relativa al rapporto tra *procurator omnium bonorum* e mandato generale.

Inanzitutto, va riconosciuta la problematicità stessa della figura del mandato generale, ma soprattutto la sua riferibilità al *procurator omnium bonorum*. Infatti, anche superando le ipotesi più risalenti che negavano radicalmente classicità alla figura del mandato generale²⁶², resta da precisarne la natura e i limiti di applicazione al caso del *procurator omnium bonorum*.

Anche considerando le testimonianze più attendibili sulla figura in questione - e dunque in primo luogo la testimonianza di Gaio²⁶³ - resta dubbio se nell'attribuzione al mandatario di un mandato generale '*ut negotia mea geras*', possa ravvisarsi propriamente il

²⁵⁸ *Supra*, Cap. III.

²⁵⁹ SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., 557; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, 57ss; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 37ss.

²⁶⁰ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 100 ss.

²⁶¹ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 88ss

²⁶² Il riconoscimento del mandato generale, sembra contrastare, infatti, con il regime e la natura del contratto di mandato, come contratto che conferisce un incarico specificamente determinato dalla volontà del mandante; cfr. *infra*, §§ 6.1; 6.2; 7.5. Tuttavia, risale già a BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 12, l'idea che il mandato generale non fosse stato riconosciuto *ab origine*, ma che fosse stato ammesso solo in piena età classica proprio in relazione alla figura del *procurator omnium bonorum*. Per la classicità del mandato generale si sono pronunciati anche SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., 557; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, 57ss; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 37ss. Sul tema v. specificamente *infra*, § 7.6.

²⁶³ Gai III, 155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus seve aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me vel te mihi bona fide prestare oportet.*

conferimento dell'amministrazione generale dei beni del mandante con l'ampiezza prevista e consentita alla figura del *procurator omnium bonorum* di ciceroniana memoria, ancora attestata in molte fonti di età classica.

In particolare, è nostra opinione che il mandato generale consentisse al mandante di affidare ad un soggetto la cura di una pluralità di negozi o atti, ma nulla di paragonabile ai poteri conferiti dal *dominus negotii* al suo *procurator omnium bonorum*. Si tratta infatti di differenze che riguardano sia l'oggetto dell'incarico, sia la rilevanza esterna dello stesso.

Infatti, a noi sembra che l'oggetto dell'incarico conferito con mandato generale, seppur riguardasse una pluralità di atti, dovesse avere un carattere più definito rispetto a quello del *procurator omnium bonorum*²⁶⁴.

Inoltre, in questi brani²⁶⁵, l'esistenza del mandato generale viene valutata e disciplinata dai giuristi unicamente in riferimento alla regolamentazione interna dei rapporti intercorrenti tra mandante e mandatario. Non sembra emergere alcuna rilevanza esterna del rapporto di mandato, per quanto generale, nei confronti dei terzi che entrano in relazione con il mandatario.

Quindi a noi sembra che il mandato generale potesse trovare pieno riconoscimento nell'ambito dell'età classica, ma che non potesse costituire l'atto di legittimazione o di autorizzazione fondante i poteri del *procurator omnium bonorum*. Infatti, il mandato in questione non era idoneo a conferire al soggetto che lo riceveva poteri di amministrazione generale di tutti i beni del mandante, ma soprattutto non aveva alcuna 'rilevanza esterna'

²⁶⁴ Dalle testimonianze in nostro possesso, infatti, sembra evincersi che il mandato generale avesse ad oggetto una pluralità di negozi, ma non la gestione dell'intero patrimonio del mandante: D.17.1.2.1 (Gaius 2 cott.): *Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi tandem ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeris vel ut pro me fideiubeas. 2. Aliena tantum, veluti si tibi tandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emeris vel ut pro eo fideiubeas.* E, in effetti, anche qualora al mandatario viene affidata un'*administratio negotiorum*, già nell'espressione utilizzata si coglie il riferimento ad una pluralità di negozi più o meno specificati e non all'amministrazione generale di tutti i beni ed affari del mandante: D. 3.3.46.7 (Gaius 3 ad ed. prov.): *Si duobus mandata sit administratio negotiorum, quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte acturus sit?*; D.17.1.31 (Iul. 14 digest.): *Si negotia mea mandavero gerenda ei, qui mihi catione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, etsi post annum cum eo mandati agam, prestare mihi quadruplum debebit: nam qui alterius negotia administranda suscipit, id prestare debet in sua persona, quod in aliorum.* D'altronde se non ritenessimo che il mandato generale, avendo ad oggetto una pluralità di atti, procedesse in modo più o meno generico alla loro identificazione, dovremmo riconoscere che facesse eccezione alle principali regole vigenti in tema di mandato. Le fonti, infatti, ci dicono chiaramente che il mandatario non deve oltrepassare i limiti del mandato e delle prescrizioni in esso contenute. Per un apprendimento del tema v. *infra*, § 7.6. In D. 17.1.5 pr. (Paul. 32 ad ed.) legge, infatti, che '*Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: 1. nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit tenetur.* Il mandatario gode, infatti, di un margine di autonomia alquanto limitato, tanto che viene considerato inadempiente qualora compia un negozio parzialmente o totalmente diverso da quello che si era impegnato di fare. Pertanto, se incaricato di vendere una certa casa ad un prezzo determinato, si ha inadempimento in tutti quei casi in cui il mandatario ha venduto l'oggetto del mandato ad un prezzo inferiore rispetto a quello indicato dal mandante (D. 17.1.5.3), o se incaricato di comprare la casa Seiana ad un certo prezzo, l'abbia acquistata ad un prezzo superiore, o ne abbia acquistata un'altra, anche se ad un prezzo inferiore (D. 17.1.5.2); cfr. *infra*, nt. 7.5; 7.6.

²⁶⁵ D.17.1.2.1 (Gaius 2 cott.); D. 3.3.46.7 (Gaius 3 ad ed. prov.); D.17.1.31 (Iul. 14 digest.), cfr. *infra*, 7.6.

che attribuisse al mandatario l'autorizzazione a compiere atti nell'interesse ed in nome del mandante.

Ciò non toglie, tuttavia, che i giuristi classici a partire da un certo momento storico abbiano ritenuto di poter ravvisare nel rapporto intercorrente tra *dominus* e *procurator* gli estremi per l'applicazione dell'*actio mandati*²⁶⁶, e progressivamente dunque anche la configurazione di un contratto di mandato.

Ciò non significa - almeno inizialmente che a tutti i *procuratores omnium bonorum* fosse conferito un mandato generale, ma che i giuristi ritennero possibile - ove fosse necessario - consentire l'applicazione dell'*actio mandati* nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra *dominus negotii* e *procurator omnium bonorum*.

Tuttavia, ci sembra di poter concordare con l'opinione prevalente nel ritenere che tale processo non possa essersi realizzato prima del II sec. d.C.²⁶⁷. Le testimonianze in nostro possesso si riferiscono infatti al periodo storico in questione.

Inoltre - come ritiene sempre la prevalente dottrina²⁶⁸ - i rapporti tra *procurator* e *dominus negotii* erano stati regolati, almeno fino al II sec. d. C., unicamente tramite l'*actio negotiorum gestorum*.

²⁶⁶ D.17.1.34pr; D.17.1.55; Vat. Frag. 133.

²⁶⁷ *Infra*, § 6.1.

²⁶⁸ Su questo dato concorda gran parte della dottrina che si è occupata del tema; cfr. in particolare NICOSIA, voce voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), cit., 632; da ultimo FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. 1. *Azione pretoria e azione civile*, Napoli, 1999, 215ss ed ampia bibliografia ivi richiamata. Va riconosciuto, tuttavia, che sono poche le fonti di cui disponiamo a tal proposito, poichè i giustinianeî sono intervenuti profondamente sui testi classici cercando di eliminare la menzione dell'*actio negotiorum gestorum* nei passi relativi ai rapporti intercorrenti tra *dominus* e *procurator*; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 43; NICOSIA, voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), cit., 632. Ciò nonostante, le testimonianze in nostro possesso sembrano attestare in maniera chiara che originariamente i rapporti tra *dominus* e *procurator* fossero disciplinati unicamente dall'*actio negotiorum gestorum*, e che solo successivamente tali rapporti siano stati attratti progressivamente nella sfera di applicazione dell'*actio mandati*, per essere poi disciplinati unicamente tramite questa azione. Tanto è vero che in seguito a tale processo l'*actio negotiorum gestorum* venne a disciplinare unicamente la gestione di affari altrui che fosse frutto di un intervento spontaneo, cioè di colui che *'sine mandato alicuius negotiis gerendis se optulit'* (I. 3.27.1).

Come avevamo già precisato, sull'applicazione dell'*actio negotiorum gestorum* nei rapporti originari tra *procurator* e *dominus negotii*, esiste sostanziale concordia in dottrina. Inoltre, tale ipotesi ricostruttiva trova piena conferma in alcune testimonianze letterarie risalenti: Cic., *Top.* 10.42; 10.66; SEN., *Ben.* 4.27.5; cfr. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 20-21. Invece, è fortemente controversa l'identificazione del momento in cui il rapporto in questione fu attratto nell'ambito di applicazione dell'*actio mandati*, ma soprattutto il momento in cui fu del tutto assorbito nella sfera del mandato, con esclusione dell'applicazione dell'*actio negotiorum gestorum*.

La dottrina più antica, infatti, negava che già in età classica l'*actio mandati* fosse stata applicata nei rapporti tra *procurator* e *dominus negotii*. L'ipotesi più risalente, fa capo a FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio*, cit., 327 ss.; ID., *Das Mandat in seiner Beziehung* cit., 339, il quale riteneva che la sola applicazione classica dell'*actio negotiorum gestorum* avesse riguardato i rapporti intercorrenti tra *procurator* e *dominus*, e al tempo stesso, che l'unica azione applicabile ai rapporti tra *dominus* e *procurator* sarebbe stata proprio l'*actio negotiorum gestorum*. Solo i giustinianeî avrebbero attratto il rapporto in questione nell'ambito del mandato, e, dunque dell'*actio mandati*, applicando, invece, l'*actio negotiorum gestorum* alla gestione spontanea di affari altrui. Nello stesso senso ALBERTARIO, *Procurator unius rei* cit., 497; SERRAO, *Il procurator* cit., 107ss.

E' solo in piena età classica, infatti, che l'*actio mandati* comincia ad essere applicata in alternativa all'*actio negotiorum gestorum* nei rapporti tra *dominus negotii* e *procurator*²⁶⁹.

La dottrina prevalente ha, tuttavia, respinto questa teoria. I motivi principali di censura riguardano per un verso il fatto che già in età classica si sia potuta realizzare la progressiva sussunzione della procura nell'ambito di applicazione dell'*actio mandati*, per un altro, la presunta totale esclusione del caso della gestione spontanea dall'ambito originario dell'*actio negotiorum gestorum*; cfr. VOCI, *La dottrina*, cit., 175; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 37; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 489, nt. 3; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 36; NICOSIA, voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), cit., 628; ID., *L'azione relativa alla 'male gesta procuratio' in Quintiliano*, 'Inst. Or.', 7.4.35, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, 790ss.

Le dispute dottrinali riguardano innanzitutto la stessa natura dell'*actio negotiorum gestorum*. Le fonti, in realtà, testimoniano l'esistenza di due azioni: l'*actio in factum* e un'*actio in ius concepta*. Le principali controversie riguardano, però, la genesi di tali azioni, e soprattutto l'ambito di applicazione delle stesse; v. in proposito ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 29ss; e da ultimo FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 4ss, che al tema ha dedicato un'intero lavoro monografico.

Risulta interessante anche il fatto che l'*actio negotiorum gestorum* fosse compresa nel novero dei *iudicia generalia*, diversamente dall'*actio mandati* che si inscriveva, invece, nell'ambito *iudicia specialia*. Si tratta di una distinzione all'interno della categoria dei *iudicia bonae fidei* che si ritrova in un testo di Paolo che riferisce, tuttavia, il pensiero di Sabino: D.17.2.38pr (Paul 6 ad Sab.): *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, comodati, depositi)*. Il passo è stato fortemente criticato da parte della dottrina, e poi sostanzialmente rivalutato da ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 24, il quale si è espressamente pronunciato per la genuinità del passo e per la riferibilità della distinzione in questione già al pensiero di Sabino. L'A. riteneva, infatti, che il carattere di azione generale attribuita all'*actio negotiorum gestorum* costituisse una traccia dell'originaria funzione di regolamentazione del rapporto tra *dominus* e *procurator omnium bonorum*. Nello stesso senso NICOSIA, voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), cit., 632; SEILER, *Tatbestand der negotiorum gestio*, cit., 314; FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 223, nt. 76 al quale si rinvia per una ampia rassegna delle diverse opinioni dottrinali espresse sul passo.

Va detto, al contempo, che - superate le impostazioni più risalenti che negano classicità alla figura del *procurator unius rei* (supra, § 5.1) - è preferibile ritenere che tale azione (almeno certamente l'*actio negotiorum gestorum in ius ex fide bona*) - pur essendo un '*iudicium generale*' - dovesse essere applicabile sia al *procurator omnium bonorum* che al *procurator unius rei*. In proposito cfr. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 39-40, ed anche BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 39, nt. 6, il quale esplicitamente afferma che «...il *iudicium* relativo sarebbe detto generale, essendo la formula concepita in termini ampi, tali da potersi riferire ad un complesso di negozi, senza per questo escludere la sua adattabilità ai casi di gestione di un unico affare; la sua stessa originaria applicazione all'ipotesi di procura *ad litem*, ammessa dall'Arangio Ruiz, non si spiegherebbe altrimenti». In tal senso anche CENDERELLI, *La negotiorum gestio. I. Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997, 169; FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 229.

²⁶⁹ I testi più risalenti sono di Africano: D. 15.3.17pr (Afr. 8 *quaest.*); D. 21.1.51.1 (Afr. 8 *quaest.*). Gli altri sono successivi e non sempre menzionano esplicitamente il *procurator*, ma sembrano riferirsi comunque ai rapporti tra *procurator* e *dominus negotii*: D.3.5.16 (Ulp. 35 *ad ed.*); D.22.1.13.1 (Scaev. 1 *resp.*); D.44.2.5 (Ulp. 74 *ad ed.*); C.3.32.8 (Imp. Gord., a. 246).

La dottrina più antica riteneva interpolati i passi in cui si testimonia il concorso tra l'*actio negotiorum gestorum* e l'*actio mandati* per la disciplina dei rapporti intercorrenti tra *dominus negotii* e *procurator*; cfr. ALBERTARIO, *Procurator unius rei* cit., 519; FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 421ss, nt. 89; SERRAO, *Il procurator* cit., 117ss.

Infatti, tale dottrina riteneva interpolati tutti i passi in cui si fa riferimento al mandato in ordine al *procurator*, ritenendo che ancora in età classica il *procurator* non ripettesse da un mandato le sue funzioni, ma

Inoltre, l'ipotesi di Angelini, per cui il *procurator omnium bonorum* fosse sempre investito di un mandato generale sembra contrastare con un altro dato significativo che si può evincere dalle fonti. Infatti, dallo studio delle stesse abbiamo potuto rilevare che la progressiva sussunzione del rapporto intercorrente tra *procurator* e *dominus negotii* nell'ambito del mandato, non ha determinato la perfetta coincidenza tra i due istituti, che si realizzerà compiutamente solo in età giustiniana²⁷⁰.

da un atto unilaterale del *dominus*. Tra esse si segnala, tuttavia, la posizione di FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 399, il quale ritiene che in età classica l'espressione *mandare* in connessione al *procurator* ricorresse in un senso 'atecnico'. Il mandato, infatti, come mostra lo stesso Gaio, in età classica si sarebbe andato costituendo nelle sue caratteristiche contrattuali, attraverso la progressiva applicazione dell'*actio mandati* a diverse fattispecie di *mandata* che via via si andavano configurando.

Ebbene - pur non condividendo l'idea estrema che i giuristi classici, ogni volta che usano il verbo *mandare* in ordine al *procurator*, lo utilizzano in maniera 'atecnica' - ci sembra, tuttavia, che l'A. abbia messo in luce il processo iniziale tramite il quale i giuristi romani realizzano la progressiva attrazione del rapporto intercorrente tra *dominus negotii* e *procurator* nell'ambito del mandato. Il percorso seguito probabilmente sarà consistito non tanto nel riconoscere sempre l'esistenza di un contratto di mandato tra *procurator* e *dominus*, ma nel ravvisare in tale rapporto, di volta in volta, elementi che potevano giustificare l'applicazione dell'*actio mandati*. L'*actio mandati* ha avuto, infatti, un'ambito di applicazione molto più ampia rispetto alla fattispecie specifica del contratto di mandato. Basti pensare alle applicazioni in tema di rapporti tra *dominus negotii* e *cognitor*, tra creditore principale e *adstipulator*, tra debitore principale e garante; cfr. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 478. Quindi, anche qualora l'*actio mandati* ricorra nelle fonti a proposito del *procurator omnium bonorum*, anche in alternativa all'*actio negotiorum gestorum*, ciò non significa sempre che a tale *procurator* fosse stato conferito un mandato in senso tecnico, ma solo che il rapporto intercorrente tra *dominus negotii* e *procurator* fosse tale da legittimare l'adozione dell'*actio mandati* allo scopo di trovare un'adeguata forma di regolamentazione.

Ed, in effetti, ormai la dottrina più recente - secondo un indirizzo divenuto ormai prevalente - ritiene che le fonti che ammettono il concorso tra l'*actio mandati* e l'*actio negotiorum gestorum* nei rapporti tra *dominus* e *procurator omnium bonorum* siano autentiche, e testimoniano che tale concorso sia stato ammesso già dalla giurisprudenza nel II sec. d. C. I passi più risalenti sono, infatti, di Africano D. 15.3.17pr (Afr. 8 *quaest.*); D. 21.1.51.1 (Afr. 8 *quaest.*), mentre passi di Pomponio e Celso sembrano testimoniare ancora un'applicazione esclusiva dell'*actio negotiorum gestorum* nei rapporti intercorrenti tra *dominus* e *procurator omnium bonorum*: D.17.1.50pr (Cels. 38 *Digest.*); D.27.3.3 (Pomp. 5 *ad Sab.*); D.34.3.8.6 (Pomp. 6 *ad Sab.*). Sul tema cfr. ARANGIO RUIZ, *Il Mandato in diritto romano*, cit., 62ss; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 36, ID., *The Law of obligations*, cit., 20; KASER, TR 30 (1962) 264ss; SEILER, *Tatbestand der negotiorum gestio*, cit., 107; NICOSIA, voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), cit., 632 nt. 21; ID., *L'azione relativa alla 'male gesta procuratio'*, cit., 791ss; MECKE, *Die Entwicklung des procurator*, 100ss; da ultimo FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 238 ed ampia bibliografia ivi richiamata.

Più complessa, invece, la questione se l'*actio negotiorum gestorum* sia stata esclusa dalla regolamentazione dei rapporti tra *dominus negotii* e *procurator* in età postclassica e giustiniana (ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 42-43), o già in età classica. In quest'ultimo senso si è espresso da ultimo FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 252ss il quale ritiene che già nel III sec. d. C. l'*actio negotiorum gestorum* non sarebbe più stata applicabile ai rapporti tra *dominus* e *procurator*, ed al quale si rinvia per un'ampia rassegna delle fonti e delle principali opinioni dottrinali espresse in proposito.

²⁷⁰ Particolarmente chiara in tal senso la ricostruzione storica prospettata da ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 77ss. Sul tema torneremo diffusamente più avanti; cfr. *infra*, Cap. VI.

Gran parte delle fonti dell'età classica da noi esaminate, infatti, distinguono espressamente²⁷¹ il caso del mandatario, ed anche del *procurator* mandatario, da quello del *procurator omnium bonorum*.

Inoltre, ci sembra, che espressioni quali '*administrationem committere, concedere o dare*²⁷² non rinviino necessariamente all'idea del mandato. Volendo usare una terminologia cara alla Pandettistica potremmo dire che tali espressioni esprimono l'idea di una «*vollmacht*» più che di un «*auftrag*», pur nella consapevolezza che la categoria della «*vollmacht*» va usata con dovute approssimazioni, essendo una categoria moderna che non si adatta perfettamente alla realtà che stiamo descrivendo. E', tuttavia, più idonea a rappresentare i rapporti originari intercorrenti tra *procurator* e *dominus negotii*, così come precisato precedentemente.

Siamo, inoltre, anche del parere che l'espressione *administratio* o *libera administratio* non rivesta un significato simile a quello odierno di 'ordinaria amministrazione' - idoneo pertanto a designare un'attività di amministrazione meramente conservativa - quanto piuttosto il concetto economico nella sua pienezza²⁷³.

Pertanto, concordiamo pienamente con l'opinione tradizionale²⁷⁴ anche nel ritenere non classiche le limitazioni ai poteri del *procurator* - presenti in alcune fonti - volte a far derivare in ogni caso il potere di alienazione, anche qualora si tratti di un *procurator omnium bonorum*, dall'esistenza di un mandato speciale.

In conclusione, volendo seguire le linee fondamentali di sviluppo della figura del *procurator omnium bonorum* in età classica, possiamo riconoscere indubbiamente una progressiva limitazione della originaria sfera potestativa a vantaggio di una decisa prevalenza della sfera *officium*, che ha avuto certamente riflessi significativi in ordine alla posizione del *procurator* età classica.

Anche per il *tutor* si è verificato il passaggio da una concezione prevalentemente potestiva, contraddistinta dalla sua posizione *domini loco*, concretizzatesi in una «*vis ac potestas in capite libero*»²⁷⁵, ad una basata sull'*officium*. Una prospettiva che si legge chiaramente negli interventi dei magistrati giurisdicenti (editto *de amministrazione tutorum*²⁷⁶)

²⁷¹ *Supra*, § 4.4.

²⁷² *Supra*, §§ 4.4.; 4.7.

²⁷³ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 7. A tal proposito basti considerare il significato assunto dalle espressioni in questione nell'ambito della tutela, della curatela, dell'amministrazione del peculio concesso a schiavi e *filii familias*; cfr. *supra*, § 4.4..

²⁷⁴ *Supra*, §§ 4.2; 4.3.

²⁷⁵ D.26.1.1pr; D.26.7.27; D. 41.4.7.3; D.43.24.11.7; D.47.2.57.4; D.50.17.157pr.. La posizione quasi dominicale del tutore escludeva originariamente malversazioni e trascuratezze, in conseguenza anche del rilievo antichissimo della «*fide*», e di altri valori legati alla struttura originaria della *familia*, nell'esercizio della tutela.

Infatti, se il profilo potestativo della tutela è prevalente nella configurazione originaria della tutela, la prospettiva del dovere del tutore è stata sempre presente fin dalle fasi più risalenti. In tal senso, infatti, la tutela è inclusa tra gli *officia* ed i *munera*; cfr. precipue ALBANESE, *Le persone*, cit. 439; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 161

²⁷⁶ D.27.9.1pr-2 (Ulp. 35 *ad ed.*); *supra*, § 4.5.

o imperiali (l'*Oratio Severi*²⁷⁷), che comporta una progressiva differenziazione tra la cura personale del pupillo e l'*administratio* dei suoi beni, sempre più sottoposta a controlli e condizioni.

Ebbene, nonostante vi siano degli elementi comuni nella storia dei due istituti, non c'è dubbio che la trasformazione della figura e dei poteri del *procurator quasi dominus* si sia manifestata in termini del tutto differenti.

Infatti, siamo convinti che l'involuzione del *procurator quasi dominus* non sia imputabile principalmente alla limitazione o all'erosione dei poteri della stesso, come nel caso del *tutor*²⁷⁸, sibbene al fatto che ad esso si venne affiancando una nuova figura, quella di un soggetto - riconosciuto sempre come *procurator* - ma a cui venivano affidati singoli incarichi.

Il processo descritto si è prevalentemente realizzato consentendo che vi fossero soggetti non più investiti dell'amministrazione di tutti i beni, o di una branca dei beni del *dominus negotii*, a cui venisse riconosciuta comunque la qualifica di *procurator*, con le rilevanti conseguenze che comportava tale riconoscimento.

E' in questi termini, dunque, che deve essersi realizzato l'avvicinamento tra mandato e procura, che ha comportato il riconoscimento di una figura del tutto particolare, quella del *procurator* mandatario che non godeva certo di tutte le prerogative tipiche del *procurator quasi dominus* - ma solo di quelle che fossero stato oggetto di uno specifico atto di conferimento da parte del *dominus negotii*.

Si trattava, tuttavia, di un soggetto che - in quanto *procurator* - rivestiva una posizione del tutto diversa dal semplice mandatario²⁷⁹. Come vedremo nei paragrafi successivi tale soggetto poteva, ad esempio, acquistare il possesso al suo *dominus negotii* diversamente dal semplice mandatario.

Inoltre, è anche possibile che il processo evolutivo descritto abbia riguardato anche la stessa figura del *procurator omnium bonorum*, e che si sia concretizzato nel tentativo di legare maggiormente i poteri del *procurator* alla volontà del *dominus negotii*. Più che di limitazione, sarebbe più giusto discutere della possibilità di coordinare e raccordare in maniera più forte i poteri del *procurator omnium bonorum* al volere del *dominus negotii*, e, in tal senso, il mandato costituiva lo strumento principale di azione. Quindi, è anche possibile che in alcuni casi al *procurator omnium bonorum* possa essere stato conferito un mandato generale. Quel che ci sembra estremamente difficile da accettare è che in età classica avanzata questa fosse la regola. Diverrà regola nel diritto giustiniano.

²⁷⁷ *Supra*, § 4.5.

²⁷⁸ Sarebbe difficile ipotizzare interventi dei magistrati giuridicenti o imperiali in tal senso, anche perché nel caso del *procurator*, il *dominus negotii* è soggetto capace di scegliere il procuratore più onesto, più attento e solvibile e può, volendo, limitarne le volontà come ritiene opportuno; v. SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum'*, cit., 579-580. Gli interventi operati dai magistrati giurisdicenti e dai giuristi sembrano per lo più diretti a proporre soluzioni che consentano di raccordare in maniera più forte i poteri del *procurator* alla volontà e alle prescrizioni del *dominus negotii*.

²⁷⁹ Si spiegano in tal modo i contrasti tra i giuristi di cui abbiamo testimonianza in alcuni noti e controversi passi sul *procurator*. Basti pensare alla disputa sulla possibilità di qualificare *procurator* lo '*unius rei mandatum suspicientem*' ricordata in D.3.3.1pr; cfr. *infra*, § 6.3; e, ancora, alla netta distinzione presente nelle fonti tra *procurator* e semplice mandatario in ordine all'acquisto del possesso; cfr. *infra*, §§ 6.6 ; 6.7.

In conclusione, è possibile ipotizzare che ancora in età classica il *procurator omnium bonorum* abbia potuto mantenere facoltà e poteri illimitati, ma che a tale figura si siano progressivamente affiancate quelle dei *procuratores* investiti di singoli incarichi, nei confronti dei quali venivano anticipatamente specificati e predeterminati poteri e facoltà loro consentite.

È, infatti, assai verosimile che originariamente le fonti designassero il *procurator* senza alcuna specificazione, proprio perché si trattava sempre di un soggetto a cui era affidata la gestione di tutto il patrimonio del *dominus* o di una branca di esso in maniera continuativa. Le particolari qualificazioni presenti nelle fonti volte a precisare che si trattava di un *procurator* ‘*omnium bonorum*’, ‘*totorum bonorum*’, o di un *procurator* ‘*cui universorum bonorum administratio permessa est*’, seppur classiche, potrebbero essere successive e speculari alla configurazione di *procuratores* investiti di incarichi specifici (*iussum*, mandato).

E’ probabile, invece, siano attribuibili ai compilatori giustinianeî gli interventi manipolativi dei testi, volti a riportare entrambe le figure nell’ambito del mandato, facendo derivare anche i poteri del *procurator omnium bonorum* sempre e comunque da un mandato, anche se di carattere generale.

Così, in alcuni casi è verosimile che siano stati i compilatori a richiedere - anche in riferimento all’agire del *procurator omnium bonorum* - un mandato speciale in ordine ad alcune facoltà, quali in primo luogo quella di alienazione o di costituzione di garanzie reali²⁸⁰. In altri casi, laddove si prospettava chiaramente la distinzione tra il *procurator* fornito di mandato e il *procurator omnium bonorum*²⁸¹, hanno aggiunto al mandato la qualifica di ‘*specialiter*’, in modo da lasciare intendere che anche il *procurator omnium bonorum* derivasse i suoi poteri da un mandato, sebbene di carattere generale.

²⁸⁰ D.3.3.63; D.20.6.7.1; cfr. § 4.2.

²⁸¹ D.13.7.11.7; D.13.7.12; cfr. § 4.2; D.46.3.12 (Ulp. 30 *ad Sab.*); cfr. § 4.8.

CAPITOLO V

LA CLASSICITÀ DEL *PROCURATOR AD LITEM* E IL *PROCURATOR UNIUS REI*.

1 - Il *procurator unius rei* ed il *procurator ad litem*: testimonianze e dibattito dottrinale.

Come già ricordato precedentemente, sappiamo che la dottrina romanistica del primo novecento¹, portando ad estreme conseguenze la teoria di Bonfante², ha ritenuto frutto di interpolazione tutti i passi in cui si riconosceva l'esistenza di un *procurator* a cui fosse stato affidato il compimento di uno o più incarichi determinati.

Questa ipotesi è stata poi rivista e fortemente ridimensionata grazie ai contributi principalmente di Solazzi³, Arangio Ruiz⁴, Watson⁵ e Kaser⁶.

In proposito, volendo riassumere lo stato della dottrina, può ritenersi ormai superata la tesi più antica che propendeva per l'inesistenza, ancora in età classica, tanto del *procurator unius rei*, quanto del *procurator ad litem*. Rimane oggetto di dibattito la tesi di chi ammette la classicità soltanto di quest'ultima figura⁷, a fronte di quanti propongono per la classicità di entrambe⁸.

Nell'affrontare la questione, tuttavia, vorremmo trattare preventivamente del *procurator ad litem*⁹, in quanto - sebbene rappresenti indubbiamente un caso di *procurator*

¹ ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 497ss; FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio*, 383 ss.; ID., *Da Mandat in seiner Beziehung*, 402 ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., 41ss.

² *Supra*, § 4.2.

³ SOLAZZI, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, cit., 601 ss.; ID., *Il procurator ad litem*, cit., 162 ss.

⁴ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 12 ss.

⁵ WATSON, *Contract of mandate*, cit., 78 ss.

⁶ *Römische Zivilprozess*, cit., 152ss; 450ss.

⁷ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., 12 ss.

⁸ WATSON, *Contract of mandate*, cit., 78 ss.

⁹ WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, 84 ss.; BETTI, *D. 42.1.6.3 Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, 332 ss.; FRESE, *Defensio, solutio, expromissio*, cit., 397 ss.; ID., *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 399 ss.; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 12 ss.; SERRAO, *Il Procurator*, cit., 45 ss.; PUGLIESE, *Il processo civile I*, Torino, 1948., 318 ss.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 373 ss.; 475ss; ANGELINI, *Il Procurator* cit., 175 ss.; BURDESE, *Sul procurator*, cit., 307 ss.; BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS.* 88 (1971) 215 ss.; 249 ss.; CLAUDIUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 45 ss.; 57 ss.; BONIFACIO, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi De Francisci* 4, Napoli, 1956, 537 ss.; KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"* cit., 186 ss.; ID., *Römische Zivilprozess*, cit., 152ss; 450ss; QUADRATO, voce "Rappresentanz" (*Diritto romano*), cit., 417 ss.; ZABLOCKA, *La costituzione del "cognitor" nel processo romano*

unius rei - tuttavia merita una considerazione autonoma, sia perchè si tratta della figura di cui abbiamo notizie più certe¹⁰, sia per i particolari rapporti che la legano a quella del *procurator omnium bonorum*¹¹: circostanze queste che consentono di scorgere meglio l'evoluzione storica della figura del *procurator* in età classica.

Ebbene, come dicevamo, in passato si è fortemente dubitato della classicità della figura, in quanto ha subito per secoli la sfiducia di cui è stata investita quella del *procurator unius rei*, ed anche tra chi ha manifestato una certa propensione a riconoscerne la classicità, si è animatamente discusso del rapporto intercorrente tra la figura del *procurator quasi dominus*, del *procurator omnium bonorum* e del *procurator unius rei*¹².

La questione presenta una notevole complessità che merita un'indagine più approfondita. In questa sede possiamo solo individuare i termini fondamentali.

Così, possiamo dire che - superata l'originaria posizione di negazione assoluta della genuinità dei passi relativi al *procurator ad litem* - appare decisamente abbandonata anche la corrente dottrinale che tendeva a negare classicità ed autonomia alla figura del *procurator ad litem*, ritenendo che, anche in età classica, la facoltà ad agire in giudizio nell'interesse del *dominus negotii* fosse solo uno dei tanti poteri di cui era investito nella sua complessità il *procurator quasi dominus*¹³.

Va detto, tuttavia, che questa ipotesi trae forza da un particolare modo di intendere il *procurator paene dominus*¹⁴, dalla assoluta e radicale negazione della classicità del *procurator unius rei*¹⁵, e dall'accentuazione dell'innegabile intervento dei compilatori giustinianeî sulle fonti riguardanti i cosiddetti 'rappresentanti processuali'.

L' intervento a cui ci riferiamo è, infatti, oggettivamente accertabile e rende certamente più complessa la lettura dei brani in questione. I compilatori hanno, infatti, soppresso l'istituto del *cognitor*, ma hanno riportato nei *Digesta* molti passi che originariamente lo riguardavano, riferendoli però al *procurator*¹⁶.

Tuttavia, l'intervento operato dai compilatori - rilevabile con una certa chiarezza dalle fonti - non comporta, però necessariamente che il *procurator ad litem* sia un istituto giustiniano, ma solo che i compilatori sono intervenuti sulle fonti classiche eliminando la

classico, in *Index* 12 (1983-84) 140 ss.; PROVERA, *Lezioni sul processo giustiniano*, Torino, 1987, 235 ss.; WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die Streitbeilegung zwischen L. Faenius Eumens und C. Sulpicius Faustus*, in *St. Sanfilippo* 6, Milano, 1985, 776 ss.; ANKUM, *Die Verkäufer als cognitor und als procurator in rem suam im römischen Eviktionsprozeß der klassischen Zeit*, in *Mandatum und Verwandtes*, cit., 285 ss.

¹⁰ *Infra*, § 5.2, nt. 26-27.

¹¹ *Infra*, § 5.2., nt. 28.

¹² A tal proposito si sono confrontate diverse ipotesi. Alcune di esse vedono nel *procurator ad litem* una figura del tutto autonoma, ed altre - a dire il vero prevalenti - invece ipotizzano l'esistenza di un forte legame tra la figura del *procurator quasi dominus* a quella del *procurator ad litem*; da ultimo PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., 442. Sul punto *infra*, § 5.2.

¹³ v. in proposito ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 497 ss.; FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio*, cit., 332; ID, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, cit., 420; SERRAO, *Il procurator*, cit., 42 ss.

¹⁴ *Supra*, §§ 4.1; 4.2.

¹⁵ *Supra*, nt. 1.

¹⁶ v. in proposito KASER, *Römisches Zivilprozessrecht*, cit., 450-451.

figura del *cognitor*, ed estendendo alcuni aspetti della disciplina e del regime afferenti al *procurator*¹⁷.

Si deve prevalentemente al Solazzi la dimostrazione dell'autenticità dei passi relativi al *procurator ad litem*¹⁸. Su questa via interessanti e approfonditi studi sono stati realizzati dalla dottrina successiva, ed in particolare, da Arangio Ruiz¹⁹, Watson²⁰, Kaser²¹, Pugliese²², alle cui trattazioni ci permettiamo di rinviare per l'approfondimento della tematica in questione.

In questa sede vorremmo, invece, soffermarci sulla testimonianza gaiana della cui genuinità non si può sostanzialmente dubitare, e sulla scia della quale si è principalmente riconosciuta la sostanziale autenticità della figura. Essa, infatti, risulta particolarmente significativa, a nostro parere, anche per svolgere ulteriori riflessioni sul *procurator* in età classica:

Gai 4.84: *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille cui mandatum est plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in oscuro est et postea apud iudicem ostenditur.*

Nel passo in questione, infatti, il giurista - dopo aver descritto la figura del *cognitor*²³ con particolare riguardo alle modalità di costituzione dello stesso - tratta della figura del *procurator* sostenendo che questi può essere costituito «*ex solo mandato*».

Dal tenore del passo si evince chiaramente che il giurista non esprime alcun dubbio sull'esistenza di un *procurator* a cui fosse affidata la cura di un solo affare o incarico. Anzi, sembra dare per scontato che il *procurator* possa essere nominato unicamente per rivestire un incarico processuale. Il problema che anima la sua attenzione - e che si evince anche dalla precedente descrizione del *cognitor* - è, invece, quello relativo alle modalità di costituzione delle due diverse figure di 'rappresentanti processuali'.

¹⁷ Già Solazzi aveva posto ben in evidenza la circostanza in questione; cfr. SOLAZZI, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, cit., 601 ss.; ID., *Il procurator ad litem*, cit., 162 ss.

¹⁸ Supra, ntt. 3; 17.

¹⁹ *Il mandato in diritto romano* cit., 12 ss.

²⁰ *Contract of mandate in roman law* cit., 78 ss.

²¹ *Romisches Zivilprozessrecht*, cit., 152ss; 450ss.

²² PUGLIESE, *Il processo civile*, I, cit., 318 ss.

²³ Gai 4. 83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat QUOD EGO A TE VERBI GRATIA FUNDUM PETO, IN EAM REM L. TITIVM TIBI COGNITOREM DO; adversarius ita QUILA TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM TIBI P. MEDIUM COGNITOREM DO. Potest ut actor ita dicat QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO, adversarius ita QUILA TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. Nec interest, praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.*

Ed, in questo contesto, il problema più interessante è costituito proprio dal rapporto prospettato tra *procurator* e mandato. Infatti, leggendo il passo in questione sembra proprio che Gaio non solo desse per scontata la nomina di un *procurator* unicamente allo scopo di sostenere una lite in giudizio, ma anche il fatto che tale soggetto potesse essere costituito “*ex mandato*”.

Per chiarire la questione, inoltre, risulta particolarmente significativa la disputa giurisprudenziale richiamata.

Il giurista ricorda, infatti, che secondo un’opinione giurisprudenziale, va considerato *procurator* anche chi si costituisce in giudizio senza mandato, purché assuma il compito in buona fede e presti garanzia che il rappresentato ratificherà gli atti da lui realizzati. D’altronde, precisa il giurista, anche chi ha ricevuto il mandato deve prestare garanzie, perché spesso all’inizio della lite c’è incertezza sul mandato e questo viene esibito solo nella fase *apud iudicem* (*‘quia saepe mandatum initio litis in oscuro est et postea apud iudicem ostenditur’*).

Ebbene, quest’espressione finale, del tutto ignorata dalla dottrina, ci sembra invece di particolare importanza, in quanto sembra mettere in luce, per un verso, che il mandato era probabilmente la principale forma di costituzione del *procurator ad litem*, ma al tempo stesso, che esso non rivestiva un’importanza determinante ai fini della legittimazione all’azione.

Il *procurator* ha la legittimazione ad agire in quanto tale e non in quanto mandatario. Tanto è vero che il mandato - secondo quanto ci dice Gaio (4.84)- solitamente veniva esibito solo nella fase *apud iudicem* del processo, dopo la *litis contestatio*, e pertanto il mandatario nella fase *in iure* doveva comunque prestare la *cautiones* necessarie a garantire il terzo.

La qualifica di *procurator* era di per sé legittimante per agire in giudizio. Il mandato era solo una delle forme di costituzione del *procurator* come ‘rappresentante processuale’, forse la più usuale e frequente al tempo di Gaio.

Il mandato, tuttavia, non costituiva l’atto di legittimazione del *procurator* ad agire in giudizio, perché il *procurator* poteva partecipare alla lite, e, addirittura, concludere la *litis contestatio* senza dover necessariamente esibire il mandato.

Questo regime, probabilmente trovava spiegazione nell’assetto originario dell’istituto della procura in virtù del quale il *procurator omnium bonorum* era ammesso *ab origine* anche a rappresentare in giudizio il *dominus negotii*²⁴. Per tale soggetto, infatti, non era necessario un atto di legittimazione specifico per assumere l’incarico processuale, bastava unicamente la qualifica di *procurator omnium bonorum*.

Ammessa, invece, la possibilità che si potesse nominare *ad hoc* un *procurator* al solo scopo di agire in giudizio nell’interesse del *dominus negotii*, allora, divenne necessario garantire i terzi. Il mandato, infatti, era un atto puramente interno tra mandante e *procurator*, che non doveva necessariamente essere esibito nella fase *in iure*, e che il terzo pertanto poteva anche non conoscere. Di conseguenza, divenne necessario che il *procurator* prestasse idonee garanzie al terzo che con lui contestava la lite.

²⁴ *Infra*, § 5.2, nt. 27.

Le ultime considerazioni svolte si legano, però, ad un tema importante, ma fortemente controverso, rappresentato di rapporti tra il *procurator ad litem* e il *procurator omnium bonorum*.

2 - Il *procurator ad litem* e l'emersione netta del principio dell'*officium*: «l'agere alieno nomine».

Infatti, ammessa la classicità della figura del *procurator ad litem* ben più complessa appare la determinazione del rapporto intercorrente tra la figura in questione e quella del *procurator paene dominus*, e del *procurator omnium bonorum*.

Le opinioni dottrinali sul tema oscillano, infatti, tra una presunta estraneità ed autonomia delle diverse figure, e la configurazione, invece, di un rapporto storico complesso di derivazione e commistione dai contorni non chiari e definiti.

Ebbene, a nostro sommo modo di vedere, la problematica, al di là delle questioni nominali, va valutata anch'essa su un piano storico di sviluppo e mutamento evolutivo delle figure coinvolte.

In realtà, come abbiamo già ricordato, la figura del *procurator ad litem* - rispetto alle altre figure di *procuratores unius rei* - è quella di cui abbiamo notizie più certe²⁵.

È l'unico caso, infatti, in cui i magistrati giurisdicenti intervennero specificamente in ordine alla figura del *procurator*, dettando precise disposizioni al riguardo²⁶. Si spiega così la maggiore coerenza della disciplina ed i caratteri più netti della figura rispetto alle altre presenti nelle fonti classiche.

È anche probabile supporre che in una fase originaria quella del *procurator ad litem* non fosse un'autonoma figura, ma lo stesso *procurator paene dominus* che interveniva in giudizio nell'interesse del *dominus negotii*.²⁷

Si tratta di un indirizzo portato avanti da Scialoja e seguito poi da Kaser²⁸, il quale in particolare riteneva che la figura del *procurator ad litem* fosse derivata storicamente da quella del *procurator omnium bonorum*.

²⁵ PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., 441, ntt. 141; 142; 143.

²⁶ In proposito si vedano i frammenti riportati dai compilatori nel titolo *De procuratoribus et defensoribus* (D. 3.3), e la ricostruzione dei relativi editti in LENEL, *EP* cit., 95. Sulla datazione degli editti in questione v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 181-182.

²⁷ Il poter di agire in giudizio del *procurator omnium bonorum* in luogo del suo *dominus litis* è indiscusso in dottrina; *infra*, nt. 28. Le fonti, d'altronde, sono numerose in proposito: D.3.3.47; D.12.2.17.3; D.2.14.12; D.44.4.4.18; D.47.10.17.16

²⁸ SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., 102. Appare particolarmente fondata l'idea di Kaser che prospetta una derivazione storica del *procurator ad litem* dal *procurator* inteso come «Vermögensverwalter»; in tal senso KASER, *Römisches Zivilprozessrecht*, cit., 156; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 175ss. Anche la dottrina più risalente (Albertario, Frese, Serrao) riteneva che che l'agire processuale fosse una delle facoltà comprese nei poteri del *procurator quasi dominus*, ma tale circostanza li induceva a negare autonomia alla figura del *procurator ad litem* in età classica (*supra*, ntt. 1; 13).

Si spiegherebbe, così, la sua presenza accanto al *cognitor*, e la particolare circostanza per cui la costituzione del *procurator* non segue le formalità previste per la costituzione del *cognitor*.

Inizialmente, infatti, la presenza in giudizio del *procurator* al posto del *dominus litis* non avrebbe determinato particolari problemi perché tutto il suo operato - per il rapporto potestativo e di fiducia che lo legava al *dominus litis*, e per la riconoscibilità sociale che ne conseguiva - sarebbe stato pienamente riconosciuto da quest'ultimo.

In seguito, invece, all'evoluzione descritta ed al progressivo venir meno dei legami potestativi e fiduciari che legavano i soggetti in questione - ma soprattutto col diffondersi della prassi di nominare *procuratores* al solo scopo di farsi sostituire in giudizio - si sarà avvertita la necessità di un intervento in materia dei magistrati giurisdicenti²⁹, volto a chiarire i rapporti intercorrenti tra le figure coinvolte ed apprestare i mezzi necessari per tutelarne le relative istanze (*cautiones*).

Così, al tempo di Gaio sembra consolidata la prassi di nominare *procuratores* con l'unico incarico di sostituire processualmente il *dominus negotii*.

La novità è tuttavia maggiore, in quanto questo *procurator* sembra assumere un posizione del tutto diversa - rispetto al *procurator omnium bonorum* - in ordine alla sfera giuridica e al patrimonio del suo *dominus negotii*.

Infatti, alla luce delle fonti da noi conosciute - che si riferiscono a questa seconda fase - non vi è dubbio che il *procurator ad litem* non è più l'*alter ego*, ma un soggetto distinto dal *dominus* che svolge una funzione di sostituzione, e che ha dunque una propria individualità ed un proprio patrimonio.

D'altronde, la stessa struttura formulare prevista è perfettamente consona alla natura della funzione svolta dal *procurator*, e alla posizione da questi assunta nell'ambito del processo. Si tratta, infatti, di una trasposizione di soggetti, documentata espressamente nelle fonti in nostro possesso.

Gaio ci descrive addirittura nei dettagli le formule predisposte nel caso dei rappresentanti processuali, ed esaminandole è facile notare che esse vengono costruite in maniera tale che nell'*intentio* sia menzionato il diritto o l'*obligatio* dell'effettivo titolare del rapporto giuridico (*dominus negotii*), e nella *condemnatio* la persona del rappresentante (*defensor*), a favore o contro il quale *condemnatio convertitur*³⁰:

Gai 4.86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia L Titio <pro>P. Mevio agit, ita in formula concipitur: SI PARET N. NEGIDIUM P. MEVIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX N. NEGIDIUM L TITIO SERSTETIUM X MILIA CONDEMNARE; SI NON PARET ABSOLVE; in rem quoque si agit, intendit P. MEVII REM ESSE EX IURE QUIRITIUM, et condemnationem in suam personam convertit. 87- Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominum dare oportere, condemnatio autem in eius personam*

²⁹ *Supra*, nt. 26.

³⁰ Per un'approfondimento della questione - in rapporto anche alle formule adottate nel caso delle *a.a.q.* - cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 41 ss. e bibliografia ivi citata.

convertitur qui iudicium accipit; sed cum in rem agitur, nihil <in> intentione facit eius persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat; tantum enim intenditur REM ACTORIS ESSE.

L'adozione dell'artificio processuale della trasposizione sembra nascere dall'esigenza concreta di far sì che - pur nel pieno rispetto della titolarità delle situazioni giuridiche di volta in volta considerate - si proceda ad imputare gli effetti ad esse conseguenti a soggetti diversi dagli originari titolari, che assumono il giudizio solo tramite la *litis contestatio*.

Ebbene, questo assetto non ci stupisce, perchè non è altro che il riflesso principale dell'emersione della prospettiva dell'*officium*, già presente nella figura del *procurator ab origine*, che, tuttavia, in ordine alla figura del *procurator ad litem* diviene prevalente, e che si conforma e adatta perfettamente alla natura e funzione del *procurator* come 'rappresentante processuale'.

Da questa circostanza fondamentale, inoltre, derivano alcuni importanti corollari, quali, innanzitutto, la mancata certezza sulla immediata riferibilità dell'attività svolta dal *procurator* nella sfera giuridica del *dominus litis*. Ed è proprio in questo contesto che comincia a discutersi di '*falsus procurator*', o meglio di '*qui se alienis negotiis offert*'³¹.

Conseguentemente i terzi, per contestare la lite col *procurator*, cominciano a richiedere che questi presti le dovute *cautiones*³², e, dunque, che sia pronto a garantire la riferibilità al *dominus negotii* degli atti compiuti, pena, in caso contrario, il pagamento delle somme di denaro pattuite.

Come abbiamo già visto, infatti, è questo l'assetto testimoniato da Gaio nelle sue *Institutiones*.

3- La classicità del *procurator unius rei*.

Ammessa la classicità del *procurator ad litem* - che è indubbiamente un *procurator* incaricato di un compito specifico (*procurator unius rei*) - e, accertata anche in ordine alla stessa figura, la linea di tendenza che fa prevalere la prospettiva dell'*officium* su quella potestiva, non è difficile credere che i giuristi romani, seppur con difficoltà e remore, e forse non unanimemente, abbiano potuto ammettere la figura del *procurator unius rei*.

³¹ Risulta, infatti, plausibile l'ipotesi di chi ritiene che l'espressione *falsus procurator* sia da attribuire ai giustinianeici. Infatti, sembra evincersi chiaramente dalle fonti che i compilatori siano intervenuti in numerosi testi per degradare il *procurator*, spontaneo gestore di negozi ('*qui se alienis negotiis offert*'), a *falsus* o non *verus procurator*, per armonizzare i passi in cui se ne faceva menzione con la definizione da essi accettata e proposta di *procurator*-mandatario, accolta e testimoniata in modo emblematico in D. 3.3.1pr.; *infra*, § 6.3. I giuristi classici, invece, avrebbero usato la qualifica di *falsus*, in contrapposto, a *verus*, per chi si fingeva *procurator* per ingannare la controparte ('*qui simulat se procuratorem esse*'); v. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 266 nt. 46; ANGELINI, *Il procurator* cit., 210-211, e bibliografia ivi citata.

³² Gai 4.97- 99; Gai 4.101.

I passi sul *procurator unius rei* sono numerosi. Oltre quelli che si riferiscono al *procurator ad litem*, ben evidenziati da Solazzi³³, altri sono stati individuati dagli altri studiosi che si sono occupati del tema³⁴.

Alcuni sono stati esaminati nel capitolo precedente³⁵. Altri saranno oggetto di studio nei paragrafi successivi, in ordine alle tematiche relative al rapporto tra mandato e procura.

Non vi è dubbio, infatti, che il tema non può essere affrontato prescindendo dalla considerazione del tormentato percorso di progressivo avvicinamento con la figura del mandato, e quindi senza affrontare lo studio e l'esame di una delle vicende più controverse ed oscure del diritto romano.

Nessuno, può dubitare, in verità, del fatto che l'ammissibilità di questa figura sia collegata anche alla possibilità di affidare ad un soggetto non più la totale amministrazione dei propri beni, sulla base di un forte rapporto di natura personale e potestativo, ma unicamente l'incarico di svolgere uno o più atti, semplicemente sulla base di un vincolo obbligatorio quale quello del mandato.

Il problema è, tuttavia, più complesso. In età classica, infatti, era possibile nominare un soggetto per svolgere un singolo incarico in diversi modi, e in particolare tramite *iussum*, mandato o *praepositio*. Tuttavia, conferire ad un soggetto la qualifica di *procurator* significava attribuirgli alcuni poteri e facoltà in campo negoziale e processuale di cui non era investito un semplice mandatario o qualunque altro soggetto che agisse nell'interesse altrui.

Le fonti si esprimono chiaramente in tal senso, e varie controversie animano il dibattito giurisprudenziale dei giuristi romani tra il II ed il III sec. d.C.. D'altronde, proprio in considerazione della particolare storia e caratterizzazione della 'procura', che abbiamo delineato nei paragrafi precedenti, riconoscere la qualifica di *procurator* a colui che spontaneamente *liti se optulit* o al semplice mandatario, era una questione di notevole importanza.

Nel paragrafo precedente abbiamo visto che, già prima di Gaio, alcuni giuristi si erano interrogati sulla possibilità di considerare *procurator ad litem* anche chi non avesse ricevuto un mandato, e quindi, colui che senza un incarico, in buona fede si fosse spontaneamente presentato in giudizio (Gai 4.84).

Nei paragrafi successivi³⁶ ci occuperemo di un'altra controversia giurisprudenziale, ricordata da Ulpiano in D.3.3.1, che riguardava la possibilità di considerare *procurator* qualsiasi '*unius mandati suscipiens*', con la conseguenza di applicare la disciplina relativa al *procurator* a qualsiasi soggetto che avesse ricevuto un semplice mandato.

³³ SOLAZZI, *La definizione del procurator*, cit, 557ss; cfr. *supra*, nt., 3; 17.

³⁴ D.3.3.1 pr-1 (Ulp. 9 *ad ed.*); D.17.2.65.7 (Paul 32 *ad ed.*); D.21.1.25.3 (Ulp. 1 *ad ed. curul.*) ; PS. 1.3.2. Per un'accurata ricognizione dei brani e della bibliografia ad essi relativa cfr. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 167.

³⁵ D.13.7.11.7 (Ulp. 28 *ad ed.*); cfr. § 4.3; D.46.3.12 (Ulp. 30 *ad Sab.*); cfr. § 4.8; D.2.14.12 (Ulp. 4 *ad ed.*); cfr. § 4.4; 4.9.

³⁶ *Infra*, § 6.3.

Allo stato attuale degli studi romanistici, e preannunciando quanto diremo più compiutamente nei paragrafi successivi, è comunque probabile supporre che già in età classica i giuristi avessero riconosciuto la figura del *procurator unius rei*, ma al contempo, che tale circostanza non avesse comportato la totale assimilazione della figura del *procurator* a quella del mandatario.

Pertanto, come abbiamo già visto e vedremo meglio nei paragrafi successivi, ancora in tarda età classica la figura del *procurator* - in tutte le sue articolazioni- continua a mantenere un'individualità precisa, distinta da quella degli altri soggetti che potevano agire nell'interesse altrui.

CAPITOLO VI

IL MANDATO ED I RAPPORTI INTERCORRENTI CON LA FIGURA DEL PROCURATOR

1- Procurator e mandatario: stato delle fonti e della dottrina. Identificazione dei principali aspetti problematici che caratterizzano il rapporto tra procura e mandato.

Il rapporto tra mandato e procura è la questione giuridica, attinente alla nostra ricerca, che presenta maggiori caratteri di problematicità ed incertezza. È una questione, infatti, sulla quale è estremamente difficile pronunciarsi in quanto, nonostante i numerosi studi in materia, si controverte ancora su molte questioni fondamentali.

Appare, tuttavia, decisamente superata l'opinione della dottrina più antica³⁷, che era orientata a ritenere possibile che, anche in tarda età classica, il procuratore non ripettesse dal mandato in senso tecnico (*Auftrag*) le sue funzioni, ma che il conferimento dell'incarico avvenisse unicamente tramite un mero atto unilaterale (*Vollmacht*)³⁸.

La dottrina più recente³⁹ in base ad un attento esame delle fonti ha, invece, avvertito l'esigenza di rivedere questa impostazione riscontrando, già in età classica, un progressivo avvicinamento tra la figura del *procurator* e quella del mandatario. Va segnalato, tuttavia, che le modalità concrete e i limiti di tale assimilazione sono ancora controversi e, forse, lo rimarranno sempre per l'estrema difficoltà di proporre una ricostruzione unitaria

³⁷ ALBERTARIO, *Procurator unius rei* cit., 87, poi ripreso da FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio* cit., 327 ss.; ID., *Das Mandat in seiner Beziehung* cit., 339 ss.; SERRAO, *Il procurator* cit., 1 s.

³⁸ A tal proposito ANGELINI, *Il procurator* cit., 95, sulla scorta di Schlossmann, notava giustamente che “le categorie di ‘*Auftrag*’ e ‘*Vollmacht*’, a cui Frese e Albertario cercano di ridurre la contrapposizione tra *procurator* e mandatario, risultano sconosciute al diritto romano. Si tratta di due categorie moderne, elaborate dalla dottrina pandettistica, per far valere l'esigenza di una rappresentanza diretta. Chi parla di ‘*Vollmacht*’ pone l'attenzione sul potere attribuito a qualcuno di agire in rappresentanza di un altro, nei limiti in cui tale rappresentanza è riconosciuta nel singolo ordinamento giuridico”.

³⁹ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 52 ss.; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 36 ss.; NICOSIA, voce “*Gestione di affari altrui*” (*Premessa storica*), cit., 630-631ss. Generalmente viene correlato, e spesso, assimilato a tale problema, quello relativo all'esistenza o meno, già in età classica, del *procurator unius rei*. In proposito, volendo riassumere lo stato della dottrina, può ritenersi ormai superata la tesi più antica che propendeva per l'inesistenza, ancora in età classica, del *procurator unius rei*, ma anche del *procurator ad litem*. Restano discusse, invece, quella di chi ammette la configurabilità soltanto di quest'ultima figura (ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., 12 ss.), a fronte di chi, invece, è proclive ad ammettere l'esistenza di entrambe (WATSON, *Contract of mandate*, cit., 78 ss.); cfr. *supra*, Cap. V.

del fenomeno, nel senso di un percorso evolutivo dai caratteri netti e definiti, che si svolge lungo direttive ben precise ed individuate⁴⁰.

In realtà, che nel diritto romano non vi fosse piena coincidenza tra la figura del *procurator* e del mandatario risulta evidente da diverse fonti.

Per il periodo preclassico, addirittura, sembra consacrata non solo la mancata coincidenza ma addirittura la netta differenziazione⁴¹. Per l'età classica e per i periodi successivi la distinzione viene mantenuta se non altro per l'importante profilo che attiene all'acquisto del possesso⁴², visto che il mandatario, secondo l'opinione prevalente, non acquista direttamente il possesso al mandante⁴³, mentre il *procurator* acquista direttamente possesso, e forse anche la proprietà, al *dominus negotii*⁴⁴, al pari del *tutor* e *curator*⁴⁵.

Ebbene, la divergenza appurata nelle fonti - che ha dato luogo a notevoli problemi interpretativi⁴⁶ - non può essere frutto solo di un intervento dei compilatori, ma è certamente dovuta anche al retaggio storico di una diversa origine e funzione dei due istituti.

⁴⁰ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., 22. Più recentemente sul mandato v. PROVERA, voce *Mandato*, in *Enc. del dir.* XXV, Milano, 1975, 312ss; MARTINI, voce *Mandato nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, 11, Torino, 1994, 198; NÖRR-NASHIMURA, *Mandatum und Verwandtes*, cit., 1-407; da ultimo RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 1-273.

⁴¹ Cic., Top. 10.42: *Sunt enim similitudines quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt hoc modo: si tutor fidem prestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator; v. infra § 6.1.*

⁴² Sul tema v. specificamente SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, Wien, 1865, 249 ss.; DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, Halle 1883, 60 ss.; ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma 1871, ora in *Opere giuridiche e storiche* 1, Roma 1896, 217 ss (da cui si cita); BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 330; RICCOBONO, *La teoria del possesso in diritto romano*, in *AG* 50 (1893) 267 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Il possesso*, Roma, 1934, 56 ss.; ID., FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 405 ss.; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 345 ss.; MEYLAN, *Per procuratorem possessio nobis adquiri potest*, in *Festschrift Lewald*, Basel 1953, 105 ss.; BRETONNE, *Adquisitio per procuratorem?* cit., 280 ss.; NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, cit., 345; ID., *Acquisito del possesso per procuratorem' e 'reversio in potestatem domini' delle 'res furtivae'*, in *IVRA* 11 (1960) 194 ss.; WATSON, *Acquisition of possession per extraneam personam*, in *TD*. 29 (1961) 22 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 393 ss.; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, Palermo, 1985, 31ss.; VACCA, *Ancora sul problema del procurator e della rappresentanza nell'acquisto del possesso. A proposito di alcuni studi recenti*, in *Riv. di scienze giur.*, 17, Milano, 1973, 261ss, ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, 3ss.

⁴³ V. in particolare ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., 49 ss. Sul tema v. *infra*, § 6.8.

⁴⁴ Gai 2.95; D. 41.1.13pr.; D. 41.2.1.20; D. 41.2.34.1; D. 41.2.42.1; D. 41.3.41; PS. 5.2.2 ; I. 2.9.5. Sul tema cfr. *infra*, §§ 6.5 ; 6.6; 6.9.

⁴⁵ D. 6.2.7.10; D. 13.7.11.6; D. 41.1.13.1; D. 41.2.1.20 ; su cui *infra*, §§ 6.6 nt. 150; 6.9.

⁴⁶ Quasi tutti gli autori che si sono occupati, anche incidentalmente, di temi attinenti al mandato o alla procura, hanno sempre rilevato la circostanza in questione; cfr. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 358ss; SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 89ss; SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., 97ss; FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 405ss; ALBERTARIO, *Procurator unius rei* cit., 502ss; DONATUTI, *Studi sul "procurator"*, cit., ; SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., 564; ID, *Di alcuni punti controversi*, cit., 345; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., 62 ss.; SANFILIPPO, *Rec. a ARANGIO RUIZ, Il mandato in diritto romano*, in *IVRA* 1 (1950) 491; SERRAO, *Il procurator* cit., 1 s; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 36. Sul punto v. *infra* §§ 6.6; 6.7; 6.8; 6.9.

Deve essere riconosciuto, infatti, allo Schlossmann, e al suo *Der Besitzerwerb durch Dritte*⁴⁷, il merito indiscusso, se non altro, di aver fatto riflettere sull'origine stessa del concetto di *procurator*, e quello di aver riportato alla luce, e all'attenzione della dottrina romanistica, la sua realtà sociale originaria, che certamente ebbe a condizionare fortemente la natura e funzione dell'istituto non solo in età preclassica ma anche classica.

Come precisava già Bonfante⁴⁸ «il *procurator* è distinto essenzialmente dal mandatario soprattutto per la sua base sociale. Non è un semplice incaricato, ma una specie di *factotum* ai servigi del principale, di solito un liberto, il quale poteva essere munito di mandato, e allora dicevasi *cum administratione* o *cum libera administratione*, ma il più delle volte era anche senza mandato. Insomma sua base essenziale non è il vincolo contrattuale e giuridico del mandato, bensì la fiducia del principale, il carattere e il rapporto sociale della persona col principale: suo tipo è il *procurator omnium bonorum*, non il mandatario *unius negotii*». Quindi «...per quel che concerne il mandato, il vincolo contrattuale del *procurator* col *dominus*... mi par certo già una classica alterazione del concetto primitivo di *procurator*»⁴⁹... Come pure io riterrei con lo Schlossmann che la originaria e sempre tipica figura del *procurator* sia appunto il *procurator omnium bonorum*: non solo da Cicerone ciò risulta (Cic. *pro Caec.* 20.57), ma nella stessa giurisprudenza classica Pomponio e anche altri, a quel che sembra, dei più tardi giuristi⁵⁰ non ritenevano vero procuratore che il *procurator omnium bonorum*. Il mandato è, per dir così, la veste nella quale il *procurator* fa il suo ingresso nel diritto: e forse il mandato generale fu inventato la prima volta per esso. Ma il contratto di mandato non nacque col *procurator* e per lui»⁵¹.

Abbiamo voluto riportare il pensiero di Bonfante perché ci sembra che ancora oggi meriti particolare attenzione, e possa costituire un valido punto di partenza per ulteriori riflessioni sull'argomento. Alcune le abbiamo già svolte nei paragrafi precedenti⁵², altre saranno sviluppate nei paragrafi successivi.

Possiamo fin d'ora anticipare alcune considerazioni di carattere generale, e di immediata evidenza allo stato degli studi romanistici, che sono, tuttavia, funzionali all'interpretazione dei brani relativi alla tematica esaminata, e che saranno oggetto di specifica valutazione nei paragrafi successivi.

Non vi sono dubbi, infatti, che l'acuto romanista coglie nel segno quando dice che il contratto di mandato non nacque col *procurator* e per lui, e che il vincolo contrattuale del *procurator* col *dominus negotii* sembra presentarsi ai nostri occhi come una classica alterazione del concetto primitivo di *procurator*, la cui originaria e tipica figura doveva essere quella del *procurator omnium bonorum*⁵³.

Vi sono, invece, degli aspetti del pensiero di Bonfante sui quali riteniamo di non poter concordare. Il primo riguarda l'affermazione per cui il mandato sarebbe la veste

⁴⁷ *Supra*, § 3.1.

⁴⁸ *Facoltà e decadenza* cit., 10.

⁴⁹ *Facoltà e decadenza* cit., 11.

⁵⁰ D. 3.3.1.1

⁵¹ *Facoltà e decadenza* cit., 11-12.

⁵² *Supra*, Cap. IV.

⁵³ *Supra*, §§ 3.1; 3.4.

attraverso la quale il *procurator* fa il suo ingresso nel mondo del diritto, e che pertanto il mandato generale fu creato proprio per il *procurator omnium bonorum*.

Si tratta, d'altronde, per certi versi della stessa prospettiva di Schlossmann, accentuata da Angelini nel suo libro sul *procurator*. Le ragioni del nostro dissenso le abbiamo già espresse precedentemente⁵⁴, ma saranno meglio articolate nei prossimi paragrafi.

In tal senso ci sembrano particolarmente significative le parole di Arangio Ruiz⁵⁵ che coglie bene il rapporto iniziale tra mandato e procura, identificando come tratto comune a tutti i contratti consensuali “l'essere venuti in essere quando già, nei rapporti tra i romani, qualche parte dei risultati pratici ai quali essi hanno mirato era realizzabile coi mezzi tecnici apprestati dal diritto civile. Così anche prima che sorgesse il contratto di compravendita si era comprato e venduto..... La stessa esperienza si ripete, anche più largamente, per il mandato: se si voleva affidare a taluno l'amministrazione di un patrimonio o di una sua branca, la figura del *procurator omnium rerum* vi si prestava in appieno; se si voleva sostituire a sé medesimi altra persona nella condotta di un processo, soccorrevano gli istituti del *cognitor* e del *procurator ad litem*; se bastava ricorrere all'opera del proprio figlio o schiavo, i congegni già ricordati davano pieno rendimento”.

Nel caso del mandato, dunque, siamo in presenza di una figura giuridica che si affianca ad altre che avevano già una loro compiuta realizzazione (*procurator*), non solo sociale ma anche giuridica in senso pieno⁵⁶.

Si tratta, dunque, non tanto di seguire l'affacciarsi al mondo giuridico della figura del *procurator omnium bonorum*, attraverso la sussunzione della stessa nell'ambito di applicazione del mandato, quanto piuttosto di individuare i principali momenti del graduale processo di avvicinamento dei regimi giuridici dei due istituti, già fortemente caratterizzati nella loro individualità specifica.

2- Origini e natura del mandato.

Ebbene, secondo l'impostazione tradizionale il mandato, in quanto contratto consensuale, viene incluso nell'ambito del *ius gentium*⁵⁷. La sua origine, infatti viene individuata nell'ambito dello sviluppo dei rapporti negoziali intrapresi con i peregrini, nel

⁵⁴ *Supra*, § 3.1; 3.2; 3.4.

⁵⁵ *Il mandato* cit., 47.

⁵⁶ A tal proposito, infatti, risulta particolarmente discutibile l'ipotesi ricostruttiva di ANGELINI, *Il procurator* cit., 193, il quale ritiene che in età classica il *procurator* fosse addotto, al di fuori del processo, come *topos*: “nel processo si formerebbe per la prima volta il concetto tecnico di *procurator*, e solo lentamente la giurisprudenza, e poi in tutta la sua pienezza solo con la compilazione giustiziana, il *procurator* sarebbe divenuto un concetto giuridico”. A tal riguardo v. *supra*, §§ 3.2; 4.4.

⁵⁷ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 44; FREZZA, *Ius Gentium*, in RIDA., 2, *Mélanges F. De Visscher* 1, 1949, ora in *Diritto e Storia*, 258ss; COPPOLA BISAZZA, *Aspetti della sostituzione negoziale*, cit., 8.

più ampio contesto dello sviluppo dei traffici commerciali avvenuto a Roma tra il III ed il II sec. a.C.⁵⁸.

Si tratta, tuttavia, di un inquadramento molto discusso⁵⁹. Le obiezioni principali fanno capo, infatti, alla mancata inclusione del mandato nell'elenco degli istituti espressamente qualificati dai giuristi come istituti del *ius gentium*⁶⁰, ma anche a determinate caratteristiche del regime del mandato che lo differenziano nettamente dagli altri contratti consensuali. Basti pensare, ad esempio, alla gratuità⁶¹ che caratterizza profondamente la

⁵⁸ In senso contrario si esprimono, invece, WATSON, *Contract of mandate*, cit., 18-23; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 604. Ne dubita, invece, BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, 476.

⁵⁹ In realtà, le posizioni dottrinali sul tema sono numerose ed estremamente articolate. Accanto a coloro che riferiscono la genesi del contratto unicamente all'ambito del *ius gentium*, in relazione allo sviluppo dei traffici commerciali (cfr. nt. 57), è nutrita la schiera di coloro che assumono una posizione intermedia collocando la genesi del contratto - sempre nel quadro del *ius gentium* - ma considerandolo, al tempo stesso, una figura intermedia tra i rapporti giuridici legati ai traffici commerciali e i rapporti familiari caratterizzati dall'*amicitia* o dall'*officium*; cfr. FREZZA, *Ius gentium*, cit., 109. Alcuni di essi, in particolare, tendono a riportare indietro nel tempo l'origine storica del mandato, legando la sua formazione ed il suo regime a valori tipici e risalenti del mondo romano, quali *fides*, *amicitia* ed *officium*, riconoscendogli, tuttavia, in tale epoca un valore ed una doverosità di carattere prevalentemente sociale, che avrebbe subito un processo di progressiva 'giuridicizzazione' in relazione allo sviluppo dei traffici commerciali; cfr. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 313 ss. Nello stesso senso anche NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, in *Mandatum und Verwandt*, cit., 13ss; ID., *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*. 60 (1994) 367ss, che ampio spazio dedica proprio alla ricostruzione della complessa fenomenologia sociale legata alle origini del contratto. Da ultimo RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità*, cit., 23ss, il quale - prendendo spunto anche da un'ipotesi di Albanese che attribuisce piena rilevanza giuridica all'*amicitia* nel mondo romano (*infra* nt. 65) - ritiene di poter riscontrare già in età risalente un uso del termine 'mandare' volto ad individuare delle relazioni che, seppur fondate su valori quali *fides*, all'*amicitia* e all'*officium*, appaiono dar luogo a saldi vincoli giuridici. Si tratta di originari rapporti basati sulla gratuità e su una particolare connotazione 'unilaterale' - espressione di una valenza 'imperativa' connessa soprattutto alla '*fides*' - che si sarebbero piegati verso una progressiva ma determinante «evoluzione consensualistica», pur mantenendo «alcune peculiarità tanto radicate nel sentire sociale e giuridico romano da formare un insieme inscindibile con il rapporto disciplinato (p. 103)». Di conseguenza, a parere dell' A. si potrebbe prospettare un percorso storico-ricostruttivo del mandato che prenderebbe le mosse da rapporti giuridici configurabili in senso generico nell'ambito del 'mandare' - ancorati ad un concetto tecnico-giuridico dell'antica *fides* - che sarebbero stati poi gradualmente attratti nella disciplina *ex fide bona* del rapporto, che caratterizza il contratto nella sua compiuta elaborazione. Quindi «...si potrebbe essere indotti a configurare un percorso evolutivo tra *fides*, *mandare*, *bona fides mandatum* con conseguenze di rilievo non secondario nella configurazione dell'evoluzione storica dell'istituto (p. 151-152)».

⁶⁰ D.1.1.5 (Hermog. 1 *Iul. Epit.*): *Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ: exceptis quibusdam quæ iure civili intrductæ sunt*; D.48.22.15 (Marc....): *Deportatus...iure civili caret, gentium vero utitur, itaque emit vendit, locat conducit, permutat, fenus exercet, aliaque similia*. Nello stesso senso anche le fonti giustinianee I. 1.2.2.: *...ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles*.

⁶¹ DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi Arangio Ruiz* 2, 308ss; MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 502ss.

stessa struttura del contratto (non bilaterale)⁶², all'elevato livello di responsabilità del mandatario⁶³, correlata alla sanzione dell'*ignominia*, ed in fine ai rigidi limiti posti al mandatario nell'esecuzione della sua prestazione⁶⁴.

Ebbene, non possiamo soffermarci specificamente sulla questione in quanto si tratta di una problematica che trascende, per complessità e difficoltà, i confini della nostra indagine.

Possiamo, tuttavia, riconoscere che i rilievi sollevati sono pienamente fondati e devono indurci ad una più attenta riflessione nell'affrontare lo studio del mandato, riconoscendo in esso e nella sua storia elementi di complessità ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente considerati.

In realtà, va considerato che il mandato per certi versi sembra affondare le sue radici anche in un contesto originario non lontano da quello del *procurator*, precedente allo sviluppo dei traffici commerciali, e dunque all'affermazione dei contratti consensuali.

In particolare, è facile constatare nelle fonti che la sfera originaria del mandato⁶⁵ partecipa degli stessi caratteri delle figure del *procurator* o del *tutor*.

⁶² Il contratto di mandato è l'unico dei contratti consensuali a non essere caratterizzato dalla bilateralità. La dottrina ormai prevalente, infatti, lo inquadra tra i contratti a bilateralità imperfetta; MARTINI, voce "Mandato", cit., 199; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 476; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 604. Basti considerare, inoltre, che nella nota definizione del contratto di Labeone ricordata da Ulpiano (D.50.16.19) non si fa riferimento - in ordine al sinallagma e all'*ultra citroque obligatio* - al contratto di mandato; cfr. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 7-9 Aprile 1987), I, Milano, 1988, 22; ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere' in D.50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone*, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 242; da ultimo GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 373, nt. 74. Si esprimono nel senso della bilateralità piena, invece, unicamente PROVERA, *Mandato*, cit. 311; ID., *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, in *SDHI*. 8 (1942) 113ss; GROSSO, *Il sistema*, cit., 144.

⁶³ Da ultimo LITEWSKI, *La responsabilità del mandatario*, cit., 106ss.

⁶⁴ D.17.1.5pr (Paul 32 ad ed.): *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur*, D.17.1.20pr (Paul 11 ad Sab.): *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil rimanere oportet...*; sul punto specifico, v. *infra*, § 7.5.

⁶⁵ La dottrina inizialmente tendeva a relegare nel campo dei 'fenomeni pregiudiziali' le testimonianze sul '*mandatum*' o sul '*mandare*' relative alle età più risalenti, ritenendo che l'utilizzazione di soggetti liberi per la realizzazione dei propri interessi avesse rivestito unicamente una rilevanza sociale, e che invece, solo l'affermazione dei contratti consensuali avrebbe determinato l'attrazione dei rapporti in questione nella sfera propriamente giuridica; FREZZA, *Ius Gentium*, cit., 277; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 45ss; MARTINI, *Fides e pistis in materia contrattuale*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea*, *Atti in onore di A. Burdese*, Padova, 2003, 447, 439. Abbiamo visto come la dottrina più recente abbia, invece, rivalutato la rilevanza giuridica di alcuni valori fondamentali sui quali si basava *ad origine* il mandato (*supra*, nt. 59). A tal proposito risultano particolarmente significative le considerazioni di ALBANESE (*L'amicitia*, cit., 311ss; *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia dell'amicitia romana*, in *AUPA* 29 (1962) 51ss, ora in *Scritti Giuridici*, I, Palermo, 1991, 215ss.) sulla rilevanza pienamente giuridica dei rapporti di *amicitia*; nello stesso senso anche KASER, *Ius gentium*, Köln, Weimar, Wien, 1993, 144. Da ultimo RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità*, cit., 23ss.

Ovviamente ciò non significa che già in età risalente un uso del termine '*mandare*' o '*mandatum*' fosse di per sé sufficiente ad identificare un contratto di mandato. Così ancora all'epoca di Plauto l'uso del termine

Si tratta di una circostanza che emerge con evidenza nel pensiero ciceroniano:

Cic., Top. 10.42: *Sunt enim similitudines quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt hoc modo: si tutor fidem prestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

Id., 17.66: *Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri prestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem vobis tradiderunt.*

Tra le figure considerate, infatti, intercorrono *similitudines* tali che, pur presupponendo una connotazione specifica di ciascuna di esse, implicano tuttavia l'idubitabile esistenza di tratti comuni alle stesse. In primo luogo, proprio l'obbligo di "praestare fidem"⁶⁶, che ne costituisce il connotato fondamentale.

mandare o *mandatum* non sembra identificare l'esistenza di un contratto di mandato in senso tecnico. Infatti, lo stesso RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità*, cit., 151-152 - anche se propenso a riconoscere una sostanziale linea di continuità tra il più antico 'mandare' ed il contratto di mandato, così come tra la *fides* arcaica e la *bona fides* del contratto consensuale - non può non riconoscere la profonda diversità dei fenomeni considerati.

Particolarmente significativo risulta a tal proposito l'uso sinonimico di 'iussum' e 'mandatum' riscontrabile nelle opere di Plauto; cfr. specificamente COPPOLA BISAZZA, *Aspetti della sostituzione negoziale*, cit., 8, nt. 25. A parere dell'Autrice, infatti, quest'uso del termine confermerebbe la trasformazione del valore del 'iussum' da ordine impartito da chi esercita un *ius imperandi* sui membri della *familia*, al significato di «autorizzazione» ad espletare qualunque affare che il destinatario era libero di portare a compimento, alla stregua di quanto avrebbe potuto fare un qualsiasi intermediario 'mea gratia'. La Coppola Bisazza è pronta ad ammettere che in questi casi il termine 'mandatum' non è usato in termini rigorosamente giuridici, ma ritiene al contempo che tale considerazione non privi di valore la sua ipotesi. I rapporti di mandato, anche se privi di un'azione specifica a tutela degli stessi, sarebbero già stati praticati di fatto anche in quel momento storico. Inoltre, questo significato sinonimico permarrebbe, anzi si rafforzerebbe anche in epoca successiva, quando il mandato diverrà un contratto, tanto che si potrebbe parlare di un uso indifferenziato dei due termini ad indicare lo stesso concetto di «autorizzazione», di una «legittimazione ad alienare» data ad un soggetto libero di negoziare nell'interesse dell'ordinante.

In realtà, l'equivalenza sinonimica che si ritrova, sia nelle opere plautine, sia successivamente anche nelle opere dei giuristi classici, sembra volta non tanto ad assimilare il *iussum* al mandato per conferirgli il valore di un'autorizzazione al compimento di un atto negoziale nell'interesse del soggetto ordinante, ma al contrario per utilizzare il termine *mandare* o *mandatum* in senso equivalente al verbo *iubere*. Risultano in tal senso particolarmente significative le considerazioni della VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 4: « ..anche là dove le fonti ricorrono all'uso del verbo *mandare* spesso questo appare usato in senso equivalente al verbo *iubere*, ad indicare il rapporto intercorrente fra la volontà del *dominus* e quella del suo intermediario per giustificare una gestione diretta, in nome anche quindi del rappresentato, assimilabile più a quella del sottoposto a potestà che a quella del mandatario. »; cfr. in tal senso le testimonianze contenute in D.12.6.6 pr. (Paul 3 *ad Sab.*); D.46.3.87 (Cels. 20 *Dig.*).

⁶⁶ Si tratta, tuttavia, di una problematica di particolare difficoltà ed interesse che va ben oltre i confini della nostra indagine, ma che merita adeguata attenzione. Gli studi sulla 'fides' sono, infatti, particolarmente numerosi; cfr. LOMBARDI, *Dalla fides*, cit., 133; MAGDELEIN, 'Fides' e 'Bona fides', in *Labeo* 9 (1963) 242;

A ciò si aggiunga che per Cicerone il mandato è un rapporto che non si stabilisce se non tra *amici*⁶⁷, tanto che comporta l'*ignominia*⁶⁸ qualora relizzi ed integri in qualche modo una violazione dei profondi valori su cui si fonda l'*amicitia* nel mondo romano:

Cic., *pro Rosc. Amer.* 38.111: *..non enim possumus omnia per nos agere: alius in alia res est magis utilis: idcirco amicitiae comparantur, ut comune commodum mutuis officis gubernetur*".

ID., *pro Rosc. Amer.* 39.112: *nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei, quem fidelem putat*".

Ancora Paolo, alla fine dell'età classica, ricorderà l'origine del mandato facendolo derivare "*ex officio atque amicitia*":

D.17.1.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*): *Mandatum nisi gratuitam nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo et est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.*

Paolo giustifica, infatti, la gratuità del mandato riportandolo alla sua configurazione originaria, e, dunque, al legame con l'*officium*⁶⁹ e l'*amicitia*⁷⁰.

Si può, dunque, concordare sostanzialmente con Arangio Ruiz nel ritenere che "...il mandato fu inteso, nell'applicazione tra i romani, come la forma giuridica delle mutue prestazioni di servizi che erano dettate dall'*amicitia*, per quella parte che non era tale da rimanere nella cerchia meramente sociale dell'*officium*"⁷¹.

AMIRANTE, Rec. di LOMBARDI, *Dalla fides*, cit., in *Iura* 13 (1962) 310; GROSSO, in *BIDR* 65 (1962) 289ss. Più recentemente v. NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, cit., 13ss; FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla 'bona fides'*, in *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, 49; GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., 131ss; FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridica*, Napoli, 1996, 148ss; MARTINI, *Fides e pistis*, cit., 446.

⁶⁷ cfr. *praecipue* ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 47. A tal proposito si considerino anche le suggestive parole di ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos*, cit., 268.

⁶⁸ Gai 4. 182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremque habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur.* Sulla particolare valenza giuridica dell'*ignominia* v. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS.* 73 (1956) 220ss; ALBANESE, '*Iudicium contrarium*' e '*ignominia*' nel mandato, in *Iura* 21 (1970) 1-51, ora in *Scritti Giuridici*, I, Palermo, 1991, 919 ss.

⁶⁹ Sul valore e significato del termine '*officium*' cfr. CANCELLI, *Saggio sul concetto di officium in diritto romano*, in *RISG.* 92 (1957-59) 351ss; ID., *Nota preliminare sull'«officium civile»*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli* 1, Torino, 1960, 243ss; più recentemente v. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *ANRW.* 2, 15 (1976) 73ss; MURGA, *El 'officium'*, in *Studi Talamanca*, cit., 1ss.

⁷⁰ Nello steso senso Gai 3.162.

⁷¹ cfr. *praecipue* ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 47.

E' al contempo evidente, però, come la prospettiva dell'*officium*, strettamente connessa alla sfera dell'*amicitia*, rinvii ad un contesto «tipicamente romano»⁷², non lontano da quello della *familia*, a cui si lega la figura del *procurator*.

Sembra emergere, così, una natura ibrida dell'istituto che rende più complessa la storia e l'evoluzione del contratto in questione. Sembra, infatti, che il regime del mandato partecipi dell'originaria struttura della società romana nei suoi valori più profondi e tipici (*fides, amicitia*) ma, al contempo, che il suo regime si sviluppi poi secondo un assetto che si fonda prevalentemente sulla consensualità e l'*oportere ex fide bona*, in consonanza con gli altri contratti consensuali nell'ambito dello sviluppo dei traffici commerciali.

Ebbene, in questo contesto a noi sembra che la considerazione storica dell'origine e dei rapporti tra le varie figure di «gestione per conto altrui», sia fondamentale per la comprensione della natura e del regime di ciascuno di essi.

Proprio queste considerazioni ci inducono a concordare perfettamente con la lucida diagnosi di Arangio Ruiz⁷³ nell'individuare il problema più discusso e più problematico attinente al mandato proprio «nel modo in cui il nostro contratto si è venuto facendo il suo posto fra gli altri istituti destinati a realizzare una gestione per conto di altri, e la determinazione dei rispettivi confini», avvertendo al contempo sulla refrattarietà delle nostre fonti agli sforzi chi volesse introdurvi «concetti univoci e reciprocamente impermeabili, tali da evitare ogni interferenza ed intreccio», a fronte di una realtà costituita, invece, da “cerchi le cui circonferenze si intersecano, per modo che certi settori risultano appartenenti a più d'uno»⁷⁴.

Anzi, ci spingeremmo oltre ritenendo del tutto impossibile comprendere la natura ed il regime di ciascuna di esse senza avere coscienza di questa reciproca ed indiscutibile interferenza. Non potrebbero, pertanto, spiegarsi alcune soluzioni o alcuni tratti delle singole figure considerate se si prescindesse da una considerazione di tal genere.

Il difficile compito che spetta allo studioso è, dunque, proprio quello seguire il formarsi e il delinarsi di figure e regole differenti, incidenti sullo stesso fenomeno giuridico, che si «tipicizzano» - ciascuna in riferimento a situazioni e ambiti specifici - pur mantenendo elementi di contiguità e interferenza reciproca con le altre.

Inoltre, si tratta di percepire la tipicità e l'individualità delle singole figure nell'ambito di un sistema casistico-giurisprudenziale come quello romano, in cui la tipicità non osta a fenomeni di assimilazione⁷⁵ e correlazione dei rispettivi regimi giuridici.

Così, in conclusione, sulla base delle fonti in nostro possesso può certamente affermarsi che il mandato, già nell'ultima età preclassica, abbia raggiunto una sua caratterizzazione specifica rispetto alle altre figure di gestione per conto di altri. La sua peculiare natura, che si mantiene ancora in età classica, si individua nella sua consensualità e nel regime di buona fede delle azioni che ne tutelano la realizzazione, a fronte, invece, di una figura del *procurator* che mantiene sostanzialmente la sua connotazione più risalente

⁷² PROVERA, voce *Mandato*, cit., 313 ss. Sul tema v. anche MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 502ss.

⁷³ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 1.

⁷⁴ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 2.

⁷⁵ *Infra*, Cap. VII; Cap. VIII.

derivante dalla originaria struttura potestativa della *familia*, che appartiene e si riannoda ancora pienamente alle antiche regole del *ius civile*, oppure al regime delle *a.a.q.* che si attua ed evolve, invece, prevalentemente grazie agli incisivi interventi dei magistrati giuridicenti.

Di conseguenza, il mandato, pur presentando - in alcuni tratti del suo regime - caratteri comuni alle altre figure in questione, mantiene e sviluppa una sua precisa individualità. Con la sua consensualità e *bona fides*, infatti, si apre ai rapporti internazionali e ai rapporti con i peregrini, nella prospettiva, tuttavia, dell'affidamento dello svolgimento di singoli incarichi. Infatti, anche qualora riguardi l'affidamento di uno o più atti, o addirittura di un'attività di gestione⁷⁶, non si tratta mai di un'attività commerciale organizzata, come nel caso dell'ambito di applicazione delle *a.a.q.*

Inoltre, anche se la figura si lega a valori familiari, quali in primo luogo l'*amicitia*, la *fides*, nel suo regime non sembra rilevare alcun elemento che riporti in qualche modo ad una «natura potestativa»⁷⁷ dell'istituto, come nel caso del *procurator omnium bonorum*. Nel regime del mandato prevale invece decisamente la prospettiva dell'«*officium*», che è quella stessa che lo lega poi in età classica alle nuove figure del *procurator ad litem* e del *procurator unius rei*.

L'avvicinamento, infatti, tra il regime del mandato e della procura, non determinerà un radicale mutamento della natura degli istituti coinvolti. Sebbene si procederà ad assimilare alcuni aspetti delle relative discipline, in età classica non si giungerà alla completa identificazione dell'ambito di applicazione delle stesse.

Ciò comporterà, infatti, che alcune antiche regole che trovavano applicazione in ordine alla figura del *procurator* - e che si legavano alle regole e alla struttura originaria della *familia* - non si estenderanno al mandatario. In primo luogo, ad esempio, quelle relative all'acquisto del possesso o della proprietà⁷⁸.

3- D.3.3.1 pr: la definizione di *procurator* di Ulpiano e la «guerra al mandato».

Sulla base di quanto detto nei paragrafi precedenti, possiamo ora valutare adeguatamente la testimonianza contenuta in uno dei brani più controversi che riguarda il rapporto tra procura e mandato:

D.3.3.1pr (Ulp. 9 *ad ed.*): *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1- Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suspicientem procuratorem esse: sicuti ne is quidam, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium referendum suscepit, proprie*

⁷⁶ Si ci riferisce, in particolare, alla figura del mandato generale, su cui *supra*, § 4.10; *infra*, 7.6.

⁷⁷ *Supra*, § 3.4.

⁷⁸ *Infra*, §§ 6.4; 6.5; 6.6; 6.7; 6.8.

procurator appellatur. Sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.

Ebbene, si tratta indubbiamente di uno dei passi più discussi e tormentati dalla dottrina romanistica⁷⁹. Uno di quelli che più ha inciso nella storia della rappresentanza e del mandato, anche in conseguenza del fatto che i compilatori lo hanno posto all'inizio del titolo “*De procuratoribus et defensoribus*”.

In realtà il passo è certamente rimaneggiato. L'*incipit* è quasi concordemente ritenuto interpolato⁸⁰ nella misura in cui, nel dare una definizione generale di *procurator*, stabilisce un rapporto necessario con il mandato.

Più discusso il resto del frammento soprattutto nella parte in cui il giurista riferisce di una disputa giurisprudenziale classica.

Ed, in realtà, il passo del commentario all'editto di Ulpiano, almeno nella versione in cui ci è pervenuto, appare frutto della commistione di diverse tematiche non perfettamente coincidenti. Infatti, il brano in origine doveva riguardare probabilmente il *procurator ad litem*⁸¹, ma contiene al suo inizio una digressione in cui si menzionano più in generale anche le figure del *procurator omnium bonorum* e del *procurator unius rei*. La parte centrale del testo, poi, si riferisce ad una controversia insorta tra i giuristi, che ha ad oggetto l'*unius mandati suscipiens*, ed in particolare la possibilità di qualificare tale soggetto come *procurator*. La parte finale, invece, sembra riguardare unicamente il *procurator unius rei*, come sembrerebbe dimostrare la chiusa «*sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit*».

Ebbene, il passo è stato ritenuto del tutto interpolato da coloro che ritengono che in età classica l'unica figura di *procurator* fosse quella del *procurator omnium bonorum*, e che tale figura non derivasse i suoi poteri dal mandato⁸². È stato, invece rivalutato da parte di coloro che ritrovano in esso una delle principali testimonianze della classicità del *procurator unius rei* e dell'avvenuto processo di avvicinamento tra procura e mandato⁸³.

⁷⁹ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 497; 501; LE BRAS, *Procurateur*, cit., 80ss; SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., 557ss; 566-567; ID., *Il 'procurator ad litem' e la guerra al mandato*, cit., 628ss; SERRAO, *Il procurator*, cit., 12ss; DÜLL, *Über Ansätze direkte Stellvertretung im frührepublikanischen römischen Recht*, in *ZSS.* 67 (1950), 168; 176; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 51ss; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 186 ss.

⁸⁰ANGELINI, *Il procurator*, 50ss; 193ss.

⁸¹Risulta particolarmente significativo in tal senso il riferimento alla costituzione del *procurator* (...*procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus*), ed, in particolare, alle modalità di costituzione, che sembrano riferirsi chiaramente all'ambito processuale (*vel coram vel per nuntium vel per epistulam*). È agevole in tal senso il confronto con il passo di Gaio relativo al *procurator ad litem*: Gai 2.84; su cui *supra*, 5.1; *infra*, nt. 87. Il passo, inoltre, è stato inserito dai compilatori nel titolo del Digesto che riguardava proprio '*procuratores et defensores*' (D.3.3).

⁸²ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 497; FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio*, 383 ss.; ID., *Da Mandat in seiner Beziebung*, 402 ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., 12ss.

⁸³SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., 557ss; 566-567; ID., *Il 'procurator ad litem' e la guerra al mandato*, cit., 601ss; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 58; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 51ss; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 167 ss; 186 ss.

In effetti, è forse eccessivo aderire alla prima ipotesi, negando radicalmente fondamento al progressivo processo di avvicinamento tra il regime del mandato e quello della procura, e, pertanto, al riconoscimento della figura del *procurator unius rei*.

Al contempo, non può essere pienamente accettata la piena classicità del brano, soprattutto nella misura in cui prospetta il rapporto tra il mandato e la figura del *procurator* all'insegna di una necessaria e piena coincidenza dei relativi ambiti di applicazione.

Infatti, se si accettasse pienamente l'affermazione contenuta nell'*incipit* del brano, volto a far derivare unicamente dal mandato i poteri del *procurator*, così come anche quella - contenuta nella parte centrale del brano - volta a precisare che ogni mandatario dovesse essere considerato *procurator* - dovremmo riconoscere che al tempo di Ulpiano fosse stata raggiunta una piena equiparazione tra mandatari e procuratori.

Si priverebbero, così, di fondamento tutte le questioni interpretative attestate nelle fonti in ordine a questo problema.

Bisognerebbe, quanto meno, trovare una spiegazione altrettanto plausibile per quelle fonti che testimoniano l'esistenza di *procuratores* del tutto sforniti di mandato⁸⁴, oppure a quelle che negano al mandatario alcuni poteri riconosciuti al *procurator*⁸⁵.

Ebbene, volendo innanzitutto ricostruire il contesto originario al quale doveva riferirsi il brano, appare certamente plausibile ritenere che dovesse riguardare unicamente il *procurator ad litem*.

Si può, dunque, legittimamente supporre che questo frammento del nono libro *ad edictum* di Paolo avesse una portata molto più limitata, e che solo successivamente abbia subito un processo di generalizzazione da parte dei giustinianei.

Ed, in effetti, la stessa formulazione del brano sembra ancora recare tracce del riferimento originario alla figura del *procurator ad litem*. Il *coram* del §1 («*vel coram vel per nuntium vel per epistulam*») sembrerebbe richiamare, come ipotizzato da Solazzi⁸⁶, una più completa espressione «*coram adversario*», sul modello delle istituzioni di Gaio⁸⁷. D'altronde, in tal senso depone anche l'accento posto nel § 1 sui modi di costituzione del *procurator* («*...procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus...*»)⁸⁸.

D'altronde, in tale ottica si spiegherebbe perfettamente il riferimento al mandato. Il *procurator ad litem*, infatti, si costituiva solitamente tramite mandato, come si legge chiaramente in Gai 4.84⁸⁹.

Assodata questa circostanza, si potrebbe giungere alla conclusione che nella parte centrale del passo si facesse riferimento alle dispute intercorse tra i giuristi sulla possibilità di riconoscere quale *procurator* anche il *procurator ad litem*. Ulpiano avrebbe ammesso palesemente tale possibilità, mentre altri giuristi in età precedente ne avrebbero dubitato.

⁸⁴ Le testimonianze principali riguardano la figura del procuratore-gestore; cfr. *supra*, § 4.8 nt. 223.

⁸⁵ *Infra*, § 6.8.

⁸⁶ Il '*procurator ad litem*' e la guerra al mandato, cit., 629.

⁸⁷ Gai 4. 84: *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur...*; cfr. *supra*, § 5.1

⁸⁸ ANGELINI, *Il procurator* cit., 187s.; BURDESE, *Sul procurator*, cit., 327; PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., 444, nt. 152.

⁸⁹ *Supra*, § 5.1.

A tal proposito Solazzi⁹⁰, però, aveva manifestato le sue perplessità ritenendo di una certa gravità ammettere che alcuni giuristi classici avessero potuto negare la qualifica di *procurator* al rappresentante processuale. Le testimonianze sul *procurator ad litem* a nostra disposizione sono infatti numerose e certamente affidanti⁹¹.

D'altronde non si può al contrario accettare la lettura del brano che riferisce la disputa dei giuristi ad ogni '*unius mandati suscipiens*'. Bisognerebbe altrimenti ritenere che già al tempo di Ulpiano tutti i mandatari fossero di per sé considerati procuratori, e che solo una parte dei *iuris periti* dell'età precedente ne avesse dubitato.

A tal proposito risulta interessante l'ipotesi di Angelini, che vorremmo ricordare nei suoi termini fondamentali.

L'Autore⁹² ritiene, infatti, che il brano nella sua versione originale dovesse riferirsi unicamente al *procurator ad litem*. Altrimenti, interpretandolo in maniera letterale, come fa Watson⁹³, si dovrebbe ammettere che al tempo di Ulpiano la maggioranza dei giuristi classici avesse ammesso l'esistenza del *procurator unius rei* e che solo una minoranza avesse rifiutato tale posizione. Ciò avrebbe comportato il riconoscimento della piena classicità del *procurator unius rei*, che Angelini, invece, non crede di poter riscontrare nelle fonti⁹⁴. Inoltre, a parere dell'A.⁹⁵ per i giuristi classici sarebbe stata oziosa ed inutile una disputa sulla possibilità di qualificare *procurator* lo '*unius rei mandatum suspicientem*', mentre aveva valore decidere se dovesse essere qualificato *procurator* anche colui che avesse ricevuto l'incarico di agire in giudizio.

Ebbene, pur concordando in linea di massima con l'Autore ci sembra che la questione vada posta in termini parzialmente differenti.

Specificamente, ci sembra di poter condividere perfettamente l'idea che la disputa riportata da Ulpiano nella parte centrale del brano non dovesse riguardare qualsiasi mandatario ma solo il mandatario che avesse ricevuto l'incarico di agire in giudizio. Non possiamo concordare, invece, con l'Autore nel momento in cui propone per la radicale negazione della classicità della chiusa del brano e, dunque, del riferimento al *procurator unius rei*⁹⁶.

Infatti, a nostro parere, molti problemi relativi all'interpretazione del testo derivano dal fatto che in esso vengono affrontate due tematiche del tutto distinte, che spesso invece vengono considerate unitariamente.

L'una - quella contenuta nella chiusa del brano - riguarda il riconoscimento della figura di un *procurator* a cui fosse affidato lo svolgimento di un singolo incarico (*procurator unius rei*), che in realtà - all'epoca di Ulpiano - doveva ormai essere generalmente ammesso, come riconosce Watson⁹⁷, e nega, invece, Angelini⁹⁸.

⁹⁰ Il '*procurator ad litem*' e la guerra al mandato, cit., 629.

⁹¹ Gai 3.55; Gai 4.84; PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., 441, ntt. 141- 143.

⁹² ANGELINI, *Il procurator* cit., 188.

⁹³ WATSON, *Contract of mandate*, cit., 51ss.

⁹⁴ ANGELINI, *Il procurator* cit., 169.

⁹⁵ ANGELINI, *Il procurator* cit., 192.

⁹⁶ ANGELINI, *Il procurator* cit., 175.

⁹⁷ WATSON, *Contract of mandate*, cit., 51ss.

Altra questione è, invece, quella - riportata nella parte centrale del brano - relativa alla possibilità di qualificare *procurator* ogni soggetto che decidesse di assumere un mandato. Si tratta di una problematica del tutto diversa da quella relativa al riconoscimento del *procurator unius rei*, in quanto riguarda la possibilità che nel II sec. d.C. si fosse potuti pervenire alla piena equiparazione tra l'ambito di applicazione del mandato e quello della procura.

Ebbene, al tempo di Ulpiano, dunque, doveva essere generalmente riconosciuto che colui che avesse ricevuto un mandato ad agire in giudizio per conto di un altro soggetto poteva ben essere considerato *procurator*, mentre nell'età precedente qualche giurista ne aveva dubitato.

Non si può accettare, invece l'ipotesi che Ulpiano ammettesse la qualifica di *procurator* per qualsiasi mandatario, e dunque che nell'ultima età preclassica si fosse giunti ad una piena assimilazione tra le due figure⁹⁹.

Tale conclusione contrasterebbe, infatti, almeno con quelle fonti che ancora in tarda età classica negano l'acquisto del possesso al semplice mandatario, ammettendolo invece in ordine al *procurator*¹⁰⁰.

Pertanto, è probabile che Ulpiano in D.3.3.1.1 ritenesse di dover riconoscere, nonostante qualcuno ne avesse dubitato, la qualifica di *procurator* a qualunque soggetto avesse ricevuto un mandato ad agire in giudizio, e non a qualunque mandatario (*'unius rei mandatum suspicentem'*).

In conclusione, volendo ricostruire il brano nella sua versione originale, possiamo legittimamente ritenere che Ulpiano in D.3.3.1.pr nel definire il *procurator ad litem* potesse anche far riferimento al mandato, poiché - come sappiamo dallo stesso Gaio (Gai 2.84) - il *procurator ad litem* era costituito prevalentemente tramite mandato¹⁰¹.

⁹⁸ ANGELINI, *Il procurator* cit., 169.

⁹⁹ Su questo punto, invece, non si può condividere l'ipotesi di WATSON, *Contract of mandate*, cit., 51ss, che attribuisce ad una innovazione ulpiana l'equiparazione tra il regime del mandato e quello della procura. Lo stesso Ulpiano, infatti, in altri luoghi mostra chiaramente di conoscere figure di *procuratores* liberi gestori (D.46.8.12.2). D'altronde, l'ipotesi di Watson non sembra accettabile nel suo complesso, in quanto propende per un generalizzato riconoscimento dell'acquisto del possesso tramite ogni intermediario libero (*'per liberam personam'*). Le ragioni specifiche del nostro dissenso le chiariremo meglio nei paragrafi successivi; *infra*, §§ 6.7; 6.8.

¹⁰⁰ Da ultimo, BERNEISEN, *Per liberam personam*, in RIDA 6 (1959) 249ss; per ulteriori ragguagli bibliografici v. *infra*, § 6.6. Sul punto in tal senso anche ANGELINI, *Il procurator* cit., 195, nt. 90. A tal proposito ci sembra davvero sorprendente che Angelini - pur essendo uno strenuo sostenitore della piena coincidenza in età classica tra l'ambito di applicazione del mandato e quello della procura - in questo contesto si esprima così chiaramente in senso diametralmente opposto. Infatti, in tutta la sua particolareggiata trattazione, l' A. ritiene che il *procurator* fosse una figura dotata di poteri puramente economici, tanto che per conferirgli poteri giuridici fosse sempre necessario un mandato generale o speciale. In questo contesto (p. 195), invece, lucidamente, ed in maniera del tutto condivisibile, prende atto che nelle fonti la figura del mandatario e del *procurator* sono nettamente distinte, almeno in ordine al profilo dell'acquisto del possesso.

¹⁰¹ *Supra*, § 5.1. Il mandato, tuttavia, non aveva una 'rilevanza esterna', tanto è vero che - come ci ricorda esplicitamente Gaio (4. 84) - esso non veniva solitamente esibito nella fase *in iure*, ma solo successivamente nella fase *apud iure*, dopo la formalizzazione della lite e la conclusione della *litis contestatio*.

E' probabile, tuttavia, che il giurista abbia avvertito la necessità di precisare che accanto ai *procuratores ad litem* nominati per un singolo incarico tramite mandato, esistevano anche *procuratores omnium rerum* a cui era consentito di agire in giudizio senza necessità di un'apposito mandato, perché erano investiti dell'amministrazione generale dei beni del *dominus negotii*.

Tanto è vero che D.3.3.1.1 non vi è alcun riferimento ad un mandato conferito al *procurator* sia che fosse *unius rei* o *omnium bonorum*, ma si precisa solo che '*vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus*'. Si fa generico riferimento alla costituzione e alle modalità di costituzione dei *procuratores*. Nessun riferimento specifico al mandato come nel *principium*.

D'altronde appare fondata a tal proposito l'idea - già richiamata - di una derivazione storica del *procurator ad litem* dal *procurator* inteso come «Vermögensverwalter»¹⁰², e pertanto dell'indiscussa possibilità per il *procurator omnium bonorum* di agire in giudizio per conto del *dominus negotii* senza bisogno di uno specifico mandato.

A quel punto Ulpiano, trattando del *procurator ad litem* - avrà avvertito anche la necessità di chiarire che qualunque soggetto a cui fosse stato conferito un mandato ad agire in giudizio, poteva essere considerato a tutti gli effetti un *procurator*.

Di quest'ultima circostanza, infatti, alcuni giuristi avevano dubitato, in quanto la figura del *procurator* ancora in età classica era dotata di un'individualità specifica - indipendentemente dal conferimento di un mandato o di un altro atto autorizzativo - che prevedeva l'applicazione a tale figura di una disciplina del tutto particolare. Tuttavia, in relazione al soggetto che fosse stato investito tramite mandato di un incarico processuale, Ulpiano ed altri giuristi avevano ritenuto di poter ammettere l'equiparazione alla figura *procurator*.

Successivamente, invece, il brano, deve essere stato profondamente rimaneggiato dai compilatori. È assai verosimile, infatti, che siano stati i giustinianeici ad obliterare, anche se parzialmente, l'iniziale prospettiva processuale del brano cercando di attribuirgli un valore generale.

A tal fine hanno proceduto a modificare l'*incipit* del brano, configurando il mandato come fonte di legittimazione di tutte le figure di *procurator*, non solo del *procurator ad litem*¹⁰³.

Inoltre, hanno modificato anche la parte centrale del passo nel tentativo di prospettare come classica - anche se controversa - la soluzione per cui tutti i mandatari dovessero essere considerati *procuratores*.

¹⁰² KASER, *Römisches Zivilprozessrecht*, cit., 156. Va detto che a tal proposito si sono confrontate diverse ipotesi dottrinali. Alcuni studiosi, infatti, hanno considerato il *procurator ad litem* una figura del tutto autonoma; altri - a dire il vero prevalenti - hanno, invece, ipotizzato l'esistenza di un legame profondo tra la figura del *procurator quasi dominus* e quella del *procurator ad litem*; PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., 442. Cfr. *supra*, § 5.2.

¹⁰³ I compilatori, infatti, non erano più in grado di comprendere che il *procurator* originariamente ripeteva la sua legittimazione ed i suoi poteri unicamente dalla posizione sociale, economica e parentale che lo legava alla struttura potestativa della *familia*; *supra*, Cap. III. Pertanto, hanno tentato di ritrovare altrove la fonte della legittimazione dei poteri del *procurator*, ravvisando nel mandato lo strumento giuridico che meglio si prestava a tale scopo; *infra*, § 6.9; 6.10.

Ed, in effetti, leggendo il brano nella sua attuale redazione, è facile rilevare che si tende a porre sullo stesso piano due questioni profondamente distinte nel pensiero dei classici, e cioè quella relativa alla possibilità di considerare *procurator* ogni ‘*unius rei mandatum suspicientem*’, e quella relativa alla legittimità di un *procurator* ‘*qui ad unam rem datus sit*’.

Infatti, vi era una notevole differenza tra il riconoscere che un *procurator* potesse essere costituito anche per lo svolgimento di un singolo incarico (*procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus*) - come doveva ormai essere pacificamente consentito in tarda età classica - e l'ammettere che ogni soggetto al quale fosse stato conferito un mandato potesse essere qualificato *procurator*, con tutto quello che ne conseguiva sul piano della disciplina giuridica ad esso applicabile¹⁰⁴.

Solo i giustinianeî non potevano percepire la netta distinzione tra le due questioni, poiché ormai per loro tutti i *procuratores* erano mandatari.

In conclusione, ricollegando D.3.3.1pr-1 al brano delle Istituzioni di Gaio (Gai 4.84) - possiamo tentare una prima ricostruzione dei rapporti intercorrenti in età classica tra procura e mandato, che sarà confermata anche nei paragrafi successivi.

Nel II sec. d. C. le Istituzioni di Gaio attestano il consolidamento, accanto alla più antica forma del *procurator quasi dominus*, della figura del *procurator* a cui è affidato un singolo compito, soprattutto processuale, la cui legittimazione deriva da un semplice mandato. Il mandato, tuttavia, non è l'atto di legittimazione effettiva del *procurator*, tanto è vero che questo, se esiste, viene esibito di solito nella fase *apud iudicem* (Gai 4.84). La legittimazione ad agire in sostituzione del *dominus negotii* deriva dal fatto stesso di presentarsi in giudizio nella qualità di *procurator*, non dal mandato. D'altronde, è assai verosimile che il riconoscimento della figura del *procurator ad litem* derivi storicamente dalla prassi consolidata del *procurator omnium bonorum* di presentarsi in giudizio nell'interesse del *dominus negotii* senza alcuna specifica autorizzazione preventiva.

Al tempo di Ulpiano, ormai, il mandato è divenuto con molta probabilità l'atto consueto di investitura del *procurator ad litem*. Quindi è possibile che Ulpiano in D.3.3.1pr potesse legittimamente affermare che il *procurator ad litem* è colui che agisce in giudizio *mandatu domini*, anche se il mandato costituiva ancora soltanto uno dei possibili atti di conferimento dell'incarico di agire in giudizio. Infatti, potevano costituirsi in giudizio sia *procuratores unius rei*, sia *procuratores omnium bonorum*, che di solito non ripetevano dal mandato il potere di agire in giudizio.

Al tempo di Ulpiano, inoltre, sebbene fosse generalmente accettata la figura del *procurator unius rei*, era discussa, invece, tra i giuristi la possibilità di qualificare ‘*procurator*’ qualunque soggetto che avesse ricevuto un semplice mandato ad agire in giudizio. Ulpiano sembra ammettere palesemente tale possibilità.

L'aver ammesso tale possibilità non comportava, tuttavia, il riconoscimento del principio per cui tutti i soggetti a cui veniva conferito un mandato potessero essere considerati *procuratores*. Continuava a permanere, infatti, una profonda differenza tra la disciplina giuridica applicabile alla *procuratio* e quella relativa al mandato¹⁰⁵, che in età

¹⁰⁴ v. *infra*, § 6.5; 6.6; 6.9.

¹⁰⁵ v. *supra*, § 6.1; *infra*, § 6.8. in tal senso anche ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., 195 nt. 90.

classica non fu mai eliminata. Tale differenza verrà meno solo in età giustiniana, nell'ambito della progressiva ed inesorabile tendenza a far coincidere l'ambito di applicazione del mandato con quello della procura.

4- Divieto di acquisto tramite *extranea persona* e regime degli acquisti realizzati dal mandatario e dal *procurator*: stato delle fonti e della dottrina.

Uno degli aspetti che differenzia nettamente la figura del *procurator* e del mandatario riguarda proprio il regime degli acquisti, e, in particolare, l'acquisto del possesso, visto che il mandatario, secondo l'opinione prevalente, non acquista direttamente il possesso al mandante¹⁰⁶, mentre il *procurator* acquista direttamente il possesso, e forse anche la proprietà, al *dominus negotii*¹⁰⁷, al pari del *tutor* e *curator*¹⁰⁸.

Ebbene, si tratta di una divergenza che si coglie con evidenza nelle fonti¹⁰⁹, ma che ha dato luogo a notevoli contrasti interpretativi non solo nell'ambito della scienza romanistica, ma anche nel più ampio contesto della scienza giuridica.

La dottrina pandettistica, infatti, ha fornito una soluzione di 'stampo dogmatico' alla divergenza presente nelle fonti, che ha poi condizionato profondamente non solo i

¹⁰⁶ D.41.1.59 ; D.17.1.8.10 ; D.41.3.13.2. Per un elenco completo delle fonti e una disamina delle principali opinioni dottrinali in materia, cfr. *infra*, § 6.8.

¹⁰⁷ Gai 2.95; D. 41.1.13pr.; D. 41.2.1.20; D. 41.2.34.1; D. 41.2.42.1; D. 41.3.41; PS. 5.2.2 ; I. 2.9.5. Sul tema si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale. In particolare cfr. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., 249 ss.; DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, Halle, 1883, 60 ss.; ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, ora in *Opere giuridiche e storiche* 1, Roma, 1896, 217 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 330; 358ss; RICCOBONO, *La teoria del possesso*, cit., 267 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Il possesso*, cit., 56 ss.; ID., FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Procurator*, in *St. Riccobono* IV, Palermo, 1936, 405 ss.; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 345 ss.; MEYLAN, *Per procuratorem possessio*, cit., 1953, 105 ss.; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?* in *Labeo* 1 (1955), 280 ss.; NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, cit., 1960, 345; ID., *Acquisto del possesso per procuratorem*, cit., 194 ss.; CANNATA, «Possesso (diritto romano)», in *NN.D.I.*, XIII, Torino, 1966, 327; BURDESE, «Possesso (diritto romano)», in *Enc. del dir.*, 34, Milano, 1985, 458s.; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 27; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 125; WATSON, *Acquisition of possession*, cit., 22 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 393 ss.; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 31ss; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 6 ss. Per ulteriori e più dettagliati riferimenti bibliografici v. v. *infra*, §§ 6.5; 6.6; § 6.9.

¹⁰⁸ D. 6.2.7.10; D. 13.7.11.6; D. 41.1.13.1; D. 41.2.1.20 ; v. *infra*, § 6.6, nt. 151; § 6.9.

¹⁰⁹ In tal senso anche VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 4 s., la quale - riferendosi all'ipotesi di Angelini - considera del tutto improbabile negare autonoma rilevanza alla figura del *procurator*, che tanta importanza ha rivestito nel contesto economico-sociale del mondo romano sin dall'epoca repubblicana. Va valutato, infatti, che intorno alla figura del *procurator* si è costruita una casistica giurisprudenziale particolarmente ampia, nello sforzo evidente di determinare esattamente le conseguenze della peculiarità della sua posizione nei riguardi del *dominus*. Così, il fatto che tale determinazione casistica non coincida, se non in parte, con l'elaborazione giurisprudenziale relativa al contratto di mandato e della *negotiorum gestio*, dimostra chiaramente l'impossibilità di ridurre il problema giuridico del *procurator* a quello del mandatario.

succesivi studi romanistici, ma anche quelli giusprivatistici e, addirittura, la stessa sistematica ed il contenuto dei moderni codici di diritto privato¹¹⁰.

Secondo questa impostazione, procuratore è colui che agisce nell'interesse ma anche in nome del *dominus negotii* (rappresentanza diretta). Mandatario, invece, è colui che agisce nell'interesse del mandante ma in nome proprio (rappresentanza indiretta)¹¹¹.

Si tratta, infatti, della stessa impostazione dottrinale che ha indotto la dottrina moderna a distinguere tra rappresentanza 'diretta' ed 'indiretta', suscitando notevoli problematiche sia nell'ambito dell'interpretazione romanistica delle fonti romane, sia nel contesto degli studi della moderna scienza giusprivatistica.

Ebbene, la divergenza appurata nelle fonti non può essere, a nostro parere, interpretata nel senso operato dalla dottrina pandettistica.

Infatti, come nota sapientemente Arangio Ruiz¹¹², la distinzione in questione nasce e si spiega non in "un ambiente che ponga tutte le norme sullo stesso piano", ma in prospettiva storica, ed in relazione ad un sistema giurisprudenziale come quello romano preclassico e classico¹¹³.

Infatti, la distinzione in questione - che ha dato luogo ad una serie infinita di problemi interpretativi - non può che spiegarsi in chiave storica, quale retaggio di una diversa origine e funzione dei due istituti.

Infatti, sebbene la giurisprudenza romana abbia proceduto già in età classica ad elaborare, sistemare e definire l'immenso patrimonio giuridico di cui era depositaria - effettuando un'opera di organizzazione sistematica e coerente degli istituti e dei concetti - non ha mai realizzato nulla di paragonabile ad un moderno sistema codicistico-legislativo.

Pertanto, la razionalizzazione del sistema giuridico non si è mai tradotta nella predisposizione di una serie di regole tra loro logicamente e funzionalmente collegate a formare un tutto organico, del tutto scissa dalla realtà storica di formazione e sviluppo dei singoli istituti giuridici.

Ed, in effetti, il punto di partenza della tematica qui esaminata è certamente rappresentato dalla regola proibitiva dell'acquisto tramite persone non legate da rapporti potestativi con l'acquirente, che si ritrova in tutte le fonti romane, dalle più risalenti alle più recenti nel tempo¹¹⁴.

Si tratta, infatti, di una regola che nella sua struttura formale è stata mantenuta ferma per tutta l'esperienza romana, ma che ha subito progressivamente numerose

¹¹⁰ *Supra*, Cap. I.

¹¹¹ Il presupposto fondamentale di questa impostazione teorica è costituita dalla netta separazione concettuale tra procura e mandato - che caratterizza il pensiero della dottrina tedesca del XIX sec., degli inizi del XX sec., ed anche quella italiana del codice del '42 - e che, dalla dottrina in questione, viene fatta risalire al diritto romano; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., 90-98; JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, cit., 273ss; LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften*, cit., 186ss.

¹¹² *Mandato*, cit., 55.

¹¹³ Come dicevamo, già SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 1-175 - e, sulla sua scia, la dottrina prevalente - ha riconosciuto ed identificato la particolare realtà storica, economica e sociale in cui nasce e si sviluppa la figura del *procurator*, che la distingue da tutte le altre forme di sostituzione negoziale; cfr. *supra*, § 3.1.

¹¹⁴ D.50.17.73.4; Gai 2.95; I 2.9.5; cfr. ALBANESE, *Atti negoziali*, cit., 345.

deroghe, sempre più ampie, sulle quali, tuttavia, ancora oggi vige un profondo stato di incertezza.

L'incertezza riguarda, infatti, non solo l'ambito in cui furono operate le deroghe, l'ampiezza e la portata delle stesse, ma anche i periodi storici in cui vennero realizzate¹¹⁵.

Si tratta, tuttavia, di questioni destinate - con molta probabilità - a non trovare mai una soluzione certa ma solo congetturale, a causa della varietà e contraddittorietà delle fonti sul tema.

In effetti, l'unica deroga che trova appigli certi nelle fonti, e maggiore consenso in dottrina¹¹⁶, riguarda proprio l'acquisto del possesso realizzato tramite *procurator*¹¹⁷. Tuttavia - anche in ordine a questa possibilità - esistono forti contrasti sia nelle stesse fonti romane, sia nelle interpretazioni dottrinali che le riguardano.

Il contrasto a cui ci riferiamo riguarda alcune testimonianze in cui si riconosce che il *procurator* acquista il possesso al *dominus ignorans*¹¹⁸ ed altre, invece, in cui si subordina l'acquisto del possesso o della proprietà all'esistenza di un mandato conferito al *procurator* oppure ad una ratifica successiva da parte del *dominus negotii*¹¹⁹.

Vi sono, poi, alcune fonti che sembrano rigorosamente limitare l'eccezione relativa all'acquisto del possesso solo al *procurator*, altre ancora, in cui si ammette che proprietà e possesso possano acquistarsi al *dominus negotii* da parte di qualsiasi intermediario libero (*per liberam personam*)¹²⁰.

Sappiamo, tuttavia, che anche la dottrina più recente¹²¹ - che tende ad ammettere, già nell'esperienza romana classica, la realizzazione di ampie deroghe al divieto di acquisto tramite *extraneam personam* - ritiene, comunque, rigorosamente inammissibile che i negozi conclusi da soggetti estranei alla famiglia, in virtù di intermediazioni fondate sul semplice rapporto interno tra autore materiale del negozio e *dominus negotii*, potessero avere efficacia acquisitiva diretta in favore del *dominus negotii*.

Ed, in effetti, dalle fonti risulta in maniera abbastanza evidente che il mandatario acquista al mandante solo nel momento in cui lo stesso mandatario o il terzo effettuino la *traditio* al mandante¹²². Il mandatario, sebbene abbia ricevuto mandato a svolgere un incarico nell'interesse del mandante, non può realizzare alcun acquisto diretto nella sfera giuridica dello stesso mandante.

È legittimo chiedersi, tuttavia, se il mandatario non possa essere considerato una *libera persona*, e come mai nei suoi confronti non debbano valere le regole enunciate in via

¹¹⁵ *Infra*, §§ 6.5; 6.6; 6.7; 6.8; 6.9.

¹¹⁶ *Infra*, §§ 6.5; 6.6.

¹¹⁷ Gai. 2.95; *Paul. Sent.*, 5.2.2; D.41.3.41; D.41.2.1.20; *infra*, § 6.5; 6.6.

¹¹⁸ D.41.2.34.1; D.41.2.49.2; D.41.3.47; ; D.47.2.14.17; CI 7.32.1; I 2.9.5; Theoph. 2.9.5. Sul punto *infra*, §§ 6.6.

¹¹⁹ D.41.2.42.1; D.43.26.6.1. In proposito cfr. BRETONE, *Adquisitio per procuratorem*, cit., 280, nt. 4. Sul tema v. *infra* §§ 6.6.; 6.9.

¹²⁰ D.13.7.11.6 (Ulp. 28 *ad ed.*); D.41.1.20.2 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D.41.2.2 (; P.S. 5.2.2; C.7.32.1 (Imp. Sever. et Anton., a. 196) ; I. 2.9.5; cfr. *infra*, § 6.7.

¹²¹ CORBINO, *Forma librare*, cit., 2271, nt. 50.

¹²² v. *supra*, nt. 106; *infra*, § 6.7.

generale a proposito dell'acquisto tramite *libera persona*¹²³. Ed, ancora, come si conciliano le fonti che attestano l'impossibilità per il mandatario di acquistare con effetti diretti al mandante, con quei passi che richiedono, invece, l'esistenza di un mandato in capo al *procurator* perché questi possa realizzare l'acquisto del possesso o della proprietà al suo *dominus negotii*¹²⁴.

Come avevamo preannunciato - e constateremo meglio nei paragrafi successivi - si tratta di testimonianze in forte contrasto tra di loro, che non possono facilmente comporsi in un quadro unitario e coerente.

In realtà, le cause a cui possono essere ricondotte le divergenze sono molteplici. Non vi è dubbio che in alcuni casi esse derivino da precisi interventi operati dai compilatori giustiniani.

È molto probabile, però, che gran parte di esse traggano la loro origine principalmente dall'evoluzione storica degli istituti coinvolti. Va considerato, inoltre, che si tratta di un'evoluzione storica che si realizza all'interno di un sistema giuridico di carattere giurisprudenziale, e come tale, di natura fortemente controversiale.

Come vedremo¹²⁵, va anche considerato che spesso le testimonianze in questione affrontano tematiche non perfettamente coincidenti. Così, alcune si riferiscono unicamente all'acquisto del possesso, altre, invece, riguardano anche l'acquisto della proprietà tramite possesso.

Ebbene, nonostante il quadro sia estremamente frammentato, ciò non toglie che sia possibile scorgere delle linee fondamentali di sviluppo delle regole in questione.

In particolare, è possibile ritenere - in coerenza al quadro generale dai noi ricostruito - che la chiave di lettura iniziale delle regole in questione sia costituita dal nesso esistente tra le regole per l'acquisto del possesso e la condizione personale del *procurator*¹²⁶.

Ci preme chiarire, tuttavia, che con quest'ultima affermazione non si vuole aderire alle ipotesi di coloro che propongono distinzioni nette tra la figura socio-economica e quella giuridica del *procurator*¹²⁷, o che fanno discendere la particolare posizione assunta dal *procurator* unicamente dall'originaria condizione di *libertus*¹²⁸.

¹²³ v. *supra*, nt. 120; *infra*, § 6.7.

¹²⁴ D.14.1.13pr (Ner. 6 *regul.*); D.41.2.42.1 (Ulp. 4 *regul.*); cfr. *infra*, § 6.6, nt., 153; 6.9.

¹²⁵ *Infra*, § 6.6; § 6.9.

¹²⁶ Si tratta di una linea di pensiero che prende le mosse dagli studi di SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 103 e che è stata poi sostanzialmente seguita dalla dottrina successiva; cfr. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, cit., 108; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit. 36; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 29ss; 31ss; da ultima LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, 78; 91.

¹²⁷ Ci si riferisce chiaramente alle ipotesi di SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 110ss e ANGELINI, *Il procurator*, cit., 119., che portando ad estreme conseguenze i risultati delle loro importanti ricerche sulla realtà economico-sociale del *procurator*, sono giunti ad ipotizzare che tale figura fosse priva di poteri giuridici e dotata unicamente di poteri di gestione economica del patrimonio del *dominus negotii*; cfr. *supra*, §§ 3.1; 4.4.

¹²⁸ QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit. 4ss.

Anzi ci sembra, al contrario, di poter condividere l'opinione di chi¹²⁹ ravvisa nelle regole che consentono l'acquisto del possesso tramite *procurator*, proprio uno degli argomenti più validi che può opporsi a coloro¹³⁰ che riconoscono al *procurator* solo poteri economici e non giuridici.

Come già detto, la particolare posizione del *procurator* non sembra dipendere dal suo *status* economico o sociale, ma dalla particolare posizione rivestita nei confronti del *dominus negotii* e del suo patrimonio, che induce a considerarlo un '*quasi dominus*'. Si tratta di una posizione del tutto particolare che si lega alla risalente struttura della famiglia romana, che abbiamo già descritto¹³¹.

Ebbene, in questo contesto potrebbe spiegarsi perfettamente la regola dell'acquisto del possesso anche al *dominus ignorans*¹³².

È probabile ipotizzare, tuttavia, che il mutamento successivo della figura e della posizione del *procurator* nella prospettiva dell'*officium*¹³³, e l'assimilazione agli altri casi di *agere alieno nomine*¹³⁴, abbiano condotto ad una «perdita di individualità» della figura del *procurator* stesso.

Il processo evolutivo descritto ha determinato, per un verso, l'estensione dell'ambito delle applicazioni delle regole originariamente formulate per il *procurator* agli altri soggetti che agivano in qualità di intermediari, e per altro verso, ad alcune riflessioni sulla portata dei poteri e delle facoltà ad esso spettanti, anche nell'ottica della limitazione degli stessi.

L'intervento giustiniano ha poi ulteriormente complicato il quadro, in quanto ha tentato una «composizione legislativa» delle soluzioni e delle fonti descritte, senza tener debito conto delle stratificazioni storiche e del contesto controversiale nel quale si erano originate.

Di conseguenza al tempo di Giustiniano si è concluso il processo già in corso nell'età classica con la definitiva obliterazione dell'individualità del *procurator* rispetto alle altre figure di intermediari liberi, e la riconduzione generalizzata dei poteri del *procurator* al mandato, e, dunque alla volontà del *dominus negotii*.

¹²⁹ BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., 307ss; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 6.

¹³⁰ Angelini, infatti, non tratta - se non in modo del tutto marginale (*Il procurator*, cit., p. 195 nt. 90) - delle testimonianze che si occupano dell'acquisto del possesso tramite *procurator*. Ebbene, risulta davvero strano che in una trattazione così dettagliata ed accurata, quale è quella di Angelini, sia stato trascurato proprio uno degli argomenti più rilevanti e discussi della storia della procura nel diritto preclassico e classico. È evidente, tuttavia, che la regola che ammette l'acquisto del possesso tramite il *procurator*, costituisce una delle prove più evidenti che noi possediamo sui poteri giuridici del *procurator* in età classica e preclassica. Pertanto, è comprensibile che l'A. sia andato incontro a notevoli difficoltà nel conciliare la propria tesi con le fonti che testimoniano chiaramente l'acquisto del possesso tramite *procurator*; cfr. *supra*, nt. 100; *infra*, §§ 6.6.; 6.8; 6.9.

¹³¹ *Supra*, § Cap. III.

¹³² *Infra*, §§ 6.5; 6.6.

¹³³ *Supra*, § 5.2.

¹³⁴ *Supra*, Cap. V.

5- Acquisto del possesso tramite *procurator*: la posizione di Nerazio (D.41.3.41) e quella di Gaio (Gai 2.95)

Esaminiamo, pertanto, le principali fonti che testimoniano l'acquisto del possesso tramite *procurator*. Il brano più risalente è un noto brano di Nerazio:

D. 41.3.41 (Ner. 7 membran.): *Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nibilo magis eam in potestatem meam redisse usuque capi posse exestimandum est, quia contra statui captiosum est.*

Si tratta di un passo fortemente controverso, sul quale si è sviluppato un animato dibattito.

In realtà, tranne che per l'inciso '*quia contra statui captiosum est*¹³⁵, esso è ritenuto dalla dottrina prevalente sostanzialmente autentico¹³⁶.

Le principali controversie interpretative, tuttavia, hanno riguardato soprattutto l'espressione '*quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat*' e, dunque, il riconoscimento al tempo di Nerazio della regola che consentiva al *procurator* l'acquisto del possesso al suo *dominus negotii*.

Vi è, infatti, chi ha ritenuto¹³⁷ che vi fosse un insanabile contrasto tra l'affermazione contenuta nella prima parte del brano - dalla quale sembra evincersi che al tempo del giurista fosse quasi concordemente ammesso l'acquisto del possesso *per procuratorem* - e la seconda parte dello stesso brano, in cui, invece, si nega che l'acquisto operato dal *procurator* sia idoneo a realizzare la '*reversio in potestate domini*' e, pertanto, a rendere nuovamente usucapibile la '*res subrepta*'.

Vi sarebbe, inoltre, contrasto tra l'affermazione di Nerazio e la testimonianza contenuta nelle Istituzioni di Gaio:

¹³⁵ In particolare cfr. BESELER, *Beitrage zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, Tübingen, 1920, 59; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, 858, nt. 2; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 292, nt. 55; BERNEISEN, '*Per liberam personam*', cit., 255, nt. 10.

¹³⁶ ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi*, in *Scritti giuridici. III. Studi vari di diritto romano ed attuale*, Pavia, 1922, 212, nt., 3 (da cui si cita); SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., 100; BETTI, *Diritto romano*, cit., 1935, 403; ALBERTARIO, *Il possesso*, Milano, 1939, 310; SERRAO, *Il procurator*, cit., 95; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 50; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 71; 165; MEYLAN, '*Per procuratorem possessio*', cit., 111; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 332, nt. 15; ID., *Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit*', cit., 193, nt. 171; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 280ss; BERNEISEN, '*Per liberam personam*', cit., 255; NICOSIA, *Acquisto del possesso 'per procuratorem'*, cit., 189ss; ID., voce *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. Sezione civile*, 14, Torino, 1996, 84, nt. 19; CANNATA, «*Possesso (diritto romano)*», in *NN.D.I.*, XIII, Torino, 1966, 327; BURDESE, «*Possesso (diritto romano)*», cit., 459; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 27; WATSON, *Acquisition of possession*, cit., 22ss; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 125; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 32ss.

¹³⁷ BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 281ss. In tal senso già PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 858, nt.2.

Gai. 2.95: *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fides possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessionem quaeritur, an <per procuratorem> nobis adquiratur.*

L'espressione utilizzata da Gaio, infatti, sembrerebbe implicare - a parere di Bretonne¹³⁸ - il riferimento ad una realtà estremamente viva ed attuale nella pratica e nella discussione teorica, che mal si concilierebbe con il riconoscimento dell'acquisto del possesso tramite *procurator* come regola pacificamente riconosciuta, così come prospettato da Nerazio. Il fatto che Gaio potesse prospettare come incerta e controversa la regola dell'acquisto del possesso tramite *procuratorem*, renderebbe legittimo il dubbio che tale regola trovasse piena accoglienza all'epoca di Nerazio.

In realtà, l'interpretazione del passo di Gaio è fortemente condizionata dall'integrazione della lacuna del manoscritto veronese che è oggetto di accese dispute dottrinali tra i romanisti. Nel ricostruire il testo originario si controverte, infatti, se procedere all'integrazione inserendo il riferimento al *procurator* ('*per procuratorem*'), oppure ad un più generico richiamo ad ogni persona libera ('*per extraneam personam*')¹³⁹.

Ebbene, è del tutto evidente come l'accoglimento dell'una o dell'altra integrazione del testo, possa mutare profondamente il significato ed il valore dell'affermazione gaiana.

Va riconosciuto, tuttavia, che l'opinione prevalente¹⁴⁰ ritiene più plausibile l'integrazione <*per procuratorem*>, e spiega in modi differenti la diversa impostazione tra la

¹³⁸ BRETONNE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 282ss.

¹³⁹ In dottrina, tra coloro che propongono un'integrazione che faccia riferimento a '*extraneam personam*' o '*liberam personam*' si ricordano: KRÜGER-STUEDEMUND, *Gai institutiones*, Berlino, 1899; BAVIERA, *Auctores*, Florentiae, 1968, 64; ARANGIO RUIZ - GUARINO, *Breviarium iuris romani*, Milano, 1983, 73; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 75, nt. 2. Propendono, invece, per un'integrazione che faccia riferimento specifico al *procurator* (<*per procuratorem*>): IHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden Methode*, Jena, 1889, 136, nt.1; SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 87ss; KNIEP, *Vacua possessio*, cit., 212; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 298, nt. 9; BESELER, *Beiträge* IV, 51; ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, cit., 212, nt. 3; ALBERTARIO, *Il possesso*, cit., 310; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 50 nt. 2; MEYLAN, *Per procuratorem possessio*, cit., 106; BRETONNE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 281; BERNEISEN, *Per liberam personam*, cit., 256; NICOSIA, *Acquisto del possesso per procuratorem*, cit., 192, nt. 14 ss; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 21; WATSON, *Acquisition of possession*, cit., 27; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 393; ID., *Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit*, cit., 193, nt., 172; CLAUS, *Genwillkürte Stellvertretung*, cit., 174; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 32ss; QUADRATO, voce "*Rappresentanza*" (*Diritto romano*), cit., 426, nt. 112; da ultimo BRIGUGLIO, *L'interdipendenza delle obbligazioni nella vendita conclusa per mezzo di un 'procurator'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 60, nt. 13; ID., '*Tantum de possessionem quaeritur...*'. Gai 2.95 e l'acquisto del possesso '*per procuratorem*'. (Nuove indagini paleografiche sulla lacuna contenuta nel folium 86v del manoscritto veronese (codex XIII), in *Studi per Giovanni Nicosia*, II, Milano, 2007, 117ss. Nelle more della pubblicazione ci è giunta notizia di un lavoro monografico di Briguglio dal titolo *Studi sul procurator. 1. L'acquisto del possesso e della proprietà*, di cui non abbiamo potuto tener conto a causa dello stato avanzato della stampa del presente volume.

¹⁴⁰ Cfr. *supra*, nt. 137.

posizione di Nerazio - che sembra riconoscere come regola consolidata l'acquisto del possesso tramite *procuratorem* (D. 41.3.41) - e il brano di Gaio che la darebbe per dubbia, qualora si ammettesse l'integrazione <per *procuratorem*>.

Si fa riferimento ad un ritardo di Gaio rispetto ai suoi tempi¹⁴¹, ad un contrasto tra scuole¹⁴², oppure ad una interpretazione problematica dell'espressione di Nerazio che non si pone necessariamente in contrasto con quella gaiana¹⁴³.

D'altronde, se si integrasse il testo con l'espressione <per *extraneam personam*>, ne deriverebbe la conseguenza che Gaio - ferma restando la regola generale proibitiva degli acquisti *per extraneam personam* - desse per dubbia invece solo la possibilità dell'acquisto del possesso tramite *extraneam personam*, dando, invece, per scontato l'acquisto del *possesso per procuratorem*, al pari di Nerazio.

Quest'ultima ricostruzione potrebbe, d'altronde, trovare conferma in altri brani, che sembrano riconoscere l'acquisto del possesso tramite *liberam personam*.

¹⁴¹ KUNTZE, *Der Provinzialjurist Gaius wissenschaftlich abgeschätzt*, Leipzig, 1883.

¹⁴² ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 50; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 19; 27ss.

¹⁴³ ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, cit., 212, nt. 3; FERRINI, *Opere*, II, Milano, 1929, 532; MEYLAN, *Per procuratorem possessio*, cit., 111; KASER, *Römische Privatrecht*, cit., 332 nt. 15; NICOSIA, *Acquisto del possesso 'per procuratorem'*, cit., 191-192; 199ss. In particolare, a parere di quest'ultimo autore "...Nerazio e Gaio esprimono entrambe, sia pure in tono lievemente diverso, uno stato di incertezza, che rispecchia palesemente il faticoso affermarsi, fra contrasti e discussioni, dell'ammissibilità dell'acquisto del possesso *per procuratorem* (p. 192)".

Risulta, inoltre, particolarmente interessante, a tal proposito, l'opinione di QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit., 36, il quale suppone che in ordine al possesso si sia svolto un movimento in senso contrario, volto a mettere in dubbio la regola dell'acquisto del possesso *per procuratorem* che, anteriormente, doveva essere valida e pacifica, visto che il *procurator* era solitamente un *libertus*. In questa sede non possiamo trattare specificamente l'argomento in questione, del quale ci occuperemo diffusamente nel secondo volume dei nostri studi dedicati alla rappresentanza. Tuttavia, ci preme fin d'ora anticipare che l'affermazione di Quadrato ci sembra del tutto condivisibile, nella misura in cui ritiene che l'acquisto del possesso tramite *procurator* dovesse trovare riconoscimento già prima di Gaio e Nerazio. È nostra convinzione, però, che tale riconoscimento non fosse necessariamente legato allo *status* originario di *libertus* del *procurator* - che non trova appigli del tutto certi nelle fonti, quanto piuttosto alla posizione originaria del *procurator quasi dominus*, sulla quale ci siamo già soffermati nei capitoli precedenti (Cap. III- Cap. IV).

In ordine, poi, al contrasto ravvisato da Bretonne all'interno tra la prima e la seconda parte dello stesso brano di Nerazio (*supra*, nt. 137), si segnala in particolare l'opinione di NICOSIA (*L'acquisto del possesso per procuratorem'*, cit., p. 192ss) il quale ritiene che il *dominus* - in seguito all'*adprensio* realizzata dal *procurator* - abbia acquistato certamente il possesso della cosa, ma che l'acquisto del possesso non basti a realizzare la *reversio in potestatem domini*, in quanto manca quella particolare *scientia* di possedere la cosa '*tamquam res sua*' richiesta proprio al fine specifico di realizzare la *reversio* in questione (D.41.4.7.7; D.41.3.4.12; D.47.2.87(86)). Nel caso di specie, infatti, troverebbe piena attuazione il principio per cui mediante *procurator* si acquista il possesso '*domino ignorante*'. Infatti, in questo caso, come in tanti altri, la *scientia domini* non è richiesta per l'acquisto del possesso ma per la realizzazione della *reversio in potestate domini*, che è cosa ben diversa del semplice acquisto del possesso. Stessa regola vale, d'altronde, per l'*usucapio* realizzata tramite possesso acquisito dal *procurator*. La *scientia domini* non è richiesta - almeno secondo l'opinione preferibile - per l'acquisto del possesso ma per la realizzazione dell'*usucapio*. Sull'acquisto del possesso *domino ignoranti*; *infra*, § 6.6. Sull'acquisto della proprietà per *usucapio* tramite *procurator*; *infra*, § 6.9.

Tuttavia, come vedremo, queste testimonianze sono comunemente e giustamente ritenute interpolate¹⁴⁴.

Inoltre, l'ipotesi in questione - volta a riconoscere l'ammissione in tarda età classica dell'acquisto del possesso tramite qualsiasi soggetto libero - sarebbe del tutto inconciliabile anche con altre testimonianze che escludono chiaramente l'acquisto del possesso tramite altri intermediari diversi dal *procurator*, quali in primo luogo il mandatario¹⁴⁵.

6- Acquisto del possesso tramite *procurator*.

Ebbene, innanzitutto va ricordato che la regola dell'acquisto del possesso tramite *procurator* è chiaramente testimoniata in molti altri brani.

Alcuni sono addirittura riconducibili allo stesso Nerazio:

D.14.1.13pr (Ner. 6 *regul.*): *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur etiam ignorantibus.*

D.41.3.47 (Paul 3 *ad Nerat.*): *Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usucepimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.*

In realtà questi brani si riferiscono all'acquisto della proprietà, sulla quale torneremo meglio nei prossimi paragrafi¹⁴⁶, ma non vi è dubbio che si tratti di un acquisto della proprietà realizzato tramite acquisto del possesso.

Il primo è direttamente riferibile a Nerazio¹⁴⁷. Il secondo è in realtà di Paolo, ma si ritiene che possa farsi risalire comunque al pensiero di Nerazio¹⁴⁸.

Vi sono, tuttavia, molti altri passi che attestano chiaramente l'acquisto del possesso tramite *procurator*:

¹⁴⁴ *Infra*, § 6.7.

¹⁴⁵ *Infra*, § 6.8.

¹⁴⁶ *Infra*, 6.9.

¹⁴⁷ BESELER, *Beiträge*, 4, cit., 55; BETTI, *L'attuazione di due rapporti*, cit. 182ss; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 75, nt. 3; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 325, nt. 101; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III., cit., 378; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 282ss; NICOSIA, *Acquisto del possesso per 'procuratorem'*, cit., 194, nt. 25. Si tratta di un brano fortemente discusso di cui ci occuperemo in maniera approfondita più avanti, a proposito dell'acquisto della proprietà tramite *procurator*; cfr. *infra*, § 6.9.

¹⁴⁸ In tal senso espressamente LENEL, *Palägenesia Iuris civilis*, Lipsia 1889, I, 778 nt. 2; 785 nt. 2, il quale riferisce a Nerazio anche l'opinione riportata in D.41.2.1.21 (Paul 54 *ad. ed.*), nella parte in cui si richiama il parere di "Priscus". In proposito cfr. NICOSIA, *Acquisto del possesso per 'procuratorem'*, cit., 194, nt. 24.

D.41.2.18 (Cels. 23 *digest.*): *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causa possessionis, sed desino possedere et alium possessorem ministerio meo facio, nec idem est possedere et alieno nomine possedere: nam possidet, cuius nomine possideatur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.*

D.41.2.1.20 (Ulp. 54 *ad ed.*): *Per procuratorem tutorem curatoremque possessio nobis acquiritur. Cur autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere. Alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quondam cesserit possessione.*

D.41.2.49.2 (Pap. 2 *def.*): *Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.*

D.41.2.34.1 (Ulp. 7 *disp.*): *Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur. Et cum placet ignoranti adquiri, poterit erranti. Sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut adquiram possessionem.*

Paul., *Sent.* 5.2.2: *Per liberas personas, qua in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam rata sit, quaeritur.*

C.7.32.8 (Impp. Diocl. et Max.) : *Per procuratorem utilitatis causa possessionem et si proprietatis ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit (a.290).*

Ebbene, le testimonianze richiamate sono ritenute sostanzialmente autentiche da gran parte della dottrina, e sembrano attestare chiaramente l'acquisto del possesso tramite *procurator*, che possa realizzarsi anche nei confronti del *dominus ignorans* (D.41.2.34.1; D.41.2.49.2; D.41.3.47)¹⁴⁹.

¹⁴⁹ In proposito v. anche C.7.32.1 (Impp. Sever. et Anton., a.196) : *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, et, postquam scientia intervenerit, usucapionis inchoari posse tam ratione utilitatis pridem receptum est; D.41.1.13.1; D.47.2.14.17; I. 2.9.5; cfr., infra, § 6.7; 6.8.*

Il riconoscimento della classicità dell'acquisto del possesso al *dominus ignorans* da parte del *procurator* ha suscitato notevoli questioni interpretative. In realtà - preso atto dello stato contrastante delle fonti - risulta determinante un'indagine volta all'identificazione delle cause e delle ragioni che giustificano, in ordine al *procurator*, l'eccezione al divieto di acquisto tramite *per extraneam personam*.

A tal proposito, va ricordato che la dottrina unanimemente ammette che l'acquisto del possesso tramite soggetti a potestà dovette costituire il caso originario su cui si modellò l'acquisto tramite estraneo, ed in particolare tramite *procurator*; cfr. IHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, cit. 273; SCHLOSSMANN, *Der*

Besitzerwerb durch Dritte, cit., 6; SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., 97; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 289, 294, 3030, 307; NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, cit., 101 .

Ebbene, la ragione originaria che giustifica l'acquisto del possesso tramite i propri sottoposti è chiaramente espressa da Gaio nelle *Institutiones*: Gai 2.89 ...*per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis...etiam possessio*?. Il fondamento dell'acquisto del possesso tramite i propri sottoposti può essere ravvisato in un fatto oggettivo, nel rapporto di natura potestativa intercorrente tra avente potestà e sottoposto. L'avente potestà in quanto possessore del sottoposto acquista tutto ciò che si trova in possesso di quest'ultimo. Si tratta di un orientamento dottrinale che prende le mosse già dal pensiero di SAVIGNY, *Rechts des Besitzes*, cit., 308ss e IHERING, *Der Besitzwille*, cit., 113. Ihering, in particolare, sulla base della teoria della «*juristische Symmetrie*» riteneva che per mezzo dei propri sottoposti, così come si poteva acquistare un diritto in base al diritto che si aveva su di essi, così si poteva acquistare il possesso, unicamente in conseguenza del possesso che si esercitava sugli stessi «*Recht erzeugt Recht, Besitz Besitz*». In realtà, tale opinione - sebbene sia stata oggetto di animato dibattito presso la dottrina successiva, allo scopo di precisarne il contenuto e chiarirne i termini - nella sostanza mantiene ancora oggi la sua validità; in proposito cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 269; NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante 'potestati subiecti'*, cit., 101; Id., voce «*Possesso*», cit., 88ss; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 29ss; da ultima LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., 78; 84ss.

Rimane discusso, invece, in dottrina se l'acquisto realizzato dal sottoposto necessitasse della *voluntas* o quantomeno della *scientia* dell'avente potestà. Gaio nulla dice a tal proposito (Gai 2.89). Le fonti riportate nella compilazione giustiniana sono, invece, profondamente contraddittorie. Anche le posizioni dottrinali espresse sul tema sono numerose e profondamente articolate. Possiamo sinteticamente riassumerle prendendo le mosse innanzitutto da una posizione più risalente che - non attribuendo particolare rilevanza alla contraddizione esistente tra le fonti - riteneva che i sottoposti potessero acquistare all'avente potestà *ignorans* solo *ex causa peculiari*; cfr. SAVIGNY, *Das recht des Besitzes*, cit. 310; MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit. 78; SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 141; IHERING, *Der Besitzwille*, cit. 277; FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1904, 3. Le contraddizioni presenti a tal proposito nelle fonti, invece, furono poste in evidenza per la prima volta da DE FRANCISCI, *Sull'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo*, in *RIL.*, serie 2°, vol., 40 (1907) 1002 ss, il quale ha cercato di spiegarne l'esistenza rinvenendo in esse delle interpolazioni giustiniane. I classici avrebbero ammesso l'acquisto del possesso *domino ignorantis ex causa peculiari*, mentre i giustiniane avrebbero eliminato in numerosi passi la limitazione della *causa peculiari*. All'ipotesi in questione se ne oppose in seguito un'altra, diametralmente opposta nei contenuti, che tuttavia ancora una volta attribuiva il contrasto tra le fonti agli interventi operati su di esse dai compilatori. Si tratta dell'ipotesi del BESELER, *Beiträge*, 4, cit., 61ss, ripresa poi da NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, cit., 1ss, che ne ha svolto un'ampia e approfondita dimostrazione. Secondo questa tesi in età classica i *potestati subiecti* avrebbero acquistato il possesso all'avente potestà senza che avesse alcun rilievo la *scientia* o la *voluntas* di questi, o la circostanza che l'acquisto fosse avvenuto *peculiari nomine*. Sarebbero stati i giustiniane ad introdurre il principio secondo cui l'acquisto *domino ignorantis* potesse avvenire solo *ex causa peculiari*. I classici avrebbero richiesto la *scientia* solo ai fini dell'*usucapio*, facendo eccezione solo per gli acquisti '*causa peculiari*' per i quali la *scientia* non sarebbe stata necessaria. In fine, va ricordato che successivamente numerosi studiosi hanno, invece, rivalutato la classicità delle testimonianze in questione, attribuendo la loro discordanza alle divergenti opinioni dei giuristi classici sul tema; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit. 295ss; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 273; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 79ss; BURDESE, *Rec. a G. Nicosia, L'acquisto del possesso*, in *Labeo* 8 (1962), 413ss; CANNATA, *L'animo possidere' nel diritto romano classico*, in *SDHI*. 26 (1960), 100ss; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 272ss; LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., 85-86.

Va riconosciuto, tuttavia, che i brani riportati meriterebbero ciascuno una trattazione autonoma - in considerazione dell'importanza delle questioni affrontate - che tuttavia in questa sede non può essere compiutamente svolta.

Si tratta, infatti, di questioni attinenti alla possibilità che ad acquistare il possesso potessero essere anche *tutores* e *curatores*¹⁵⁰, al rapporto tra l'agire del *procurator* e la *voluntas* o

Tornando, ora, ad esaminare la posizione del *procurator*, la dottrina è pressochè unanime nel riconoscere che l'acquisto mediante sottoposto dovette costituire il caso originario su cui si sarebbe poi modellato anche l'acquisto tramite *procurator*. Si divide, invece, nell'identificare i presupposti che condussero al riconoscimento in questione. Così, BONFANTE (*Corso di diritto romano*, III, cit., 289; 294; 303; 307) riteneva che il precedente per l'acquisto del possesso tramite *extranei*, ed in particolare tramite *procurator*, era costituito dall'acquisto «peculiare». La ragione che avrebbe determinato l'acquisto, infatti, non sarebbe da ritrovare semplicemente nel rapporto potestativo, ma nella concessione del peculio, per il servo, e nella concessione dell'amministrazione generale per il *procurator*. Tale posizione, riconosciuta da granparte della dottrina, è stata contestata da NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, cit., 111. L'A., infatti, ha ritenuto che i presupposti siano diversi nei due casi esaminati. Nel caso del *procurator*, infatti, il presupposto dell'acquisto andrebbe ritrovato nella volontà del principale che si esprimerebbe nella concessione dei poteri di amministrazione, mentre nel caso dei *potestati subiecti* si trattava di un acquisto automatico al *dominus* o *pater* che si realizzava per il solo fatto che essi si trovavano nel suo possesso. Ebbene, a noi sembra di poter osservare che vi sono elementi di verità in entrambe le ipotesi. Siamo convinti del fatto che originariamente i presupposti fossero comuni ad entrambe le ipotesi considerate, ma che vadano ravvisati, non solo per il servo, ma anche per il *procurator*, nel particolare legame di natura potestativa e familiare che li legava al *dominus negotii*. Il *procurator* nelle fonti più risalenti è un '*quasi dominus*', appartiene e si lega alla '*familia*' del *dominus* stesso (*supra*, § 3.1; 3.2; 3.4), non può pertanto essere propriamente definito un '*extraneus*'. E' questa la ragione che giustifica - a nostro parere - la particolare posizione rivestita dal *procurator* in ordine al patrimonio del suo *dominus*, e la ragione, dunque, che può giustificare l'eccezione - in capo al *procurator* - alla regola che vietava l'acquisto tramite soggetti *extranei*.

Ci sembrano particolarmente significative a tal proposito le osservazioni di SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., 101, nella misura in cui ritiene che «la causa dell'eccezione può trovarsi nella somiglianza della posizione del *procurator* con quella del *tutor* o del *curator* rispetto al patrimonio amministrato da loro, o nello stretto legame col quale il *procurator* era unito alla casa del principale, legame il più delle volte rinforzato dal rapporto di patronato. L'eccezione poi fu fatta per il possesso, perchè per questo già si era ammessa la regola che si poteva conservare per mezzo di altri; l'acquisto era un semplice progresso ulteriore; esso è il primo momento della conservazione»

¹⁵⁰ L'interpretazione dei passi in questione pone, infatti, una questione preliminare. Si tratta di stabilire se l'eccezione alla regola proibitiva dell'acquisto del possesso '*per extraneam personam*' fosse stata estesa anche al *tutor* e al *curator*. Molte fonti riconoscono, infatti, l'acquisto del possesso, e a volte anche della proprietà, al *tutor* e al *curator* al pari del *procurator*: D.41.2.1.20; D.13.7.11.6-7; D.41.1.13.1; D.6.2.7.10.

Ebbene, la dottrina della prima metà del XIX sec. ha molto discusso il problema. Si è divisa tra coloro che ritenevano interpolati i passi in questione nella parte in cui facevano menzione del *tutor* e del *curator*, e altri, invece, che ne hanno pienamente rivalutato l'autenticità, ritenendoli sostanzialmente genuini. Tra i sostenitori della prima tesi ricordiamo ALIBRANDI, *Teoria del Possesso*, cit., 265, e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 360ss, i quali davano per certo che fosse stato l'Imperatore Giustiniano a generalizzare l'eccezione ammessa per il *procurator*, estendendola anche al *tutor* e al *curator*. A parere di tali Autori, infatti, oltre ad i rilievi di carattere formale che potrebbero essere sollevati in ordine ai brani in questione, vi sarebbero alcune considerazioni di carattere generale che farebbero propendere decisamente a favore dell'intervento manipolativo sui testi. Secondo Bonfante, in particolare, bisognerebbe distinguere tra diritti

la *scientia* del *dominus negotii* al fine della piena realizzazione dell'acquisto¹⁵¹, ed ancora all'autonoma configurazione di una *possessio 'alieno nomine'*¹⁵².

e possesso. Il possesso esigerebbe l'*animus* del possessore, tanto è vero che gli schiavi non potrebbero acquistare *domino ignorantibus*, se il *dominus* non avesse manifestato almeno una volontà generale all'acquisto mediante la concessione del peculio; così, il *procurator* potrebbe acquistare *domino ignorantibus* purché vi sia stata la concessione dell'*administratio* del patrimonio, che rivestirebbe una funzione corrispondente all'*administratio peculii*. Il *tutor*, invece, sarebbe un organo stabile, ma un organo legale. Tale circostanza sarebbe stata idonea a conferire al *tutor* una posizione superiore a quella del *procurator* in relazione ai diritti, ma una posizione inferiore per quanto riguarda il possesso, in quanto non sarebbe ravvisabile alcuna manifestazione di volontà da parte dell'impubere, la quale possa sostituire l'*animus* del possessore. Pertanto tale circostanza porterebbe a credere che fosse stato Giustiniano ad equiparare la posizione del *tutor* e del *curator* a quella del *procurator*.

A parte le considerazioni che possono riguardare l'esame specifico dei passi esaminati, a noi sembra più plausibile l'opinione di SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit. 321; su cui v. LEWALD, *Rec. a Solazzi, di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in ZSS, XXXIV, 1913, 449ss; MEYLAN, *'Per procuratorem possessio'*, cit., 105ss. Solazzi, infatti, riconosce la sostanziale classicità dei brani in questione. Ed, in effetti, - proprio sulla base di quanto detto nella nota precedente in ordine alle ragioni che consentirono il riconoscimento dell'acquisto del possesso tramite *procurator* - riteniamo che non vi siano ragioni plausibili per sostenere che ai *tutores*, soprattutto, ma anche ai *curatores* non fosse riconosciuta la possibilità di acquistare il possesso. Le figure considerate si legano anch'esse - al pari del *procurator* - al contesto originario del *ius civile*, ed in particolare a quello relativo alla struttura familiare, fortemente caratterizzata e connotata da rapporti di natura potestativa. Inoltre, si tratta di figure di «amministratori generali», come tali dotati di ampiezza di poteri e di facoltà nei confronti della persona e del patrimonio del pupillo o del furioso. Infatti, pur riconoscendo le originarie e profonde differenze di regime - derivanti da profonde diversità storiche - sono riscontrabili certamente forti elementi di affinità, che potevano giustificare l'assimilazione di alcuni aspetti dei relativi regimi.

Inoltre, anche il età classica, il regime applicabile alle figure in questione presenta aspetti simili. Ne troviamo conferma, ad esempio, proprio nelle istituzioni di Gaio, in ordine al regime processuale dell'*agere alieno nomine*. Infatti, come abbiamo già posto in evidenza (§ 5.2), in età classica - venuta meno per certi versi la struttura potestativa della famiglia romana - vi è una nuova prospettiva unificante che riguarda le figure dei *procuratores*, *curatores* e *tutores*. Si tratta della comune riferibilità all'ambito dell'«*agere alieno nomine*», che tende a prospettare regole comuni per le figure che si iscrivono in tale ambito.

¹⁵¹ *Supra*, nt. 145; *infra* § 6.8.

¹⁵² In realtà - come dicevamo precedentemente (nt. 149) - in ordine alla facoltà di *possidere 'alieno nomine'* risulta più plausibile l'idea che essa in origine trovasse fondamento non tanto nell'intenzione soggettiva di possedere per se o per altri, ma nel particolare rapporto che legava il possessore immediato a quello mediato; cfr. *supra*, § 6.4, nt. 126; § 6.6, nt. 149.

E' probabile, tuttavia, che i giuristi della tarda età classica abbiano potuto procedere a dare rilevanza alla posizione soggettiva dell'intermediario non solo per la realizzazione dell'*animus* e del *corpus possessionis*, ma anche ai fini della produzione degli effetti in capo al possessore mediato (*'possidere alieno nomine'*). A tal proposito si veda quanto sostiene espressamente VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 11, la quale riconosce che in epoca classica alcuni giuristi non solo avevano ammesso l'acquisto del possesso al *dominus ignorante* anche al di fuori della causa peculiare - negandogli, tuttavia, la possibilità di usucapire - ma che avevano esteso la costruzione anche all'acquisto *per procuratorem*. D.41.2.34.1 (Ulp. 7 *disput.*): *Servus quoque meus ignorantibus mihi adquiret possessionem. Nam et servus alienus, ut Celsus scribit, sive a me sive a nemine possideatur, potest mihi adquiri possessionem si nomine meo eam adipiscatur.*; D.41.4.2.11 (Paul 54 *ad ed.*): *Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine adipiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapire: quod si non peculiari nomine non nisi sciente me*; D.41.2.49 (Pap. 2 *def.*): *Etsi possessio per procuratorem ignorantibus quaeritur, usucapio vero scienti competitur*; D.41.3.47

Inoltre, va anche considerato che, oltre a quelli finora citati, vi sono altri brani in cui, invece, si richiede un mandato specifico conferito al *procurator*, o quantomeno una *ratihabitio* successiva, affinché questi possa realizzare l'acquisto del possesso al *dominus negotii*¹⁵³. Così come ve ne sono altri ancora in cui la possibilità dell'acquisto del possesso non viene riconosciuto soltanto al *procurator*, al *tutor* o al *curator*, ma genericamente a qualunque *'libera persona'*.

7- Acquisto del possesso tramite *'libera persona'*.

Come preannunciamo nel paragrafo precedente, vi sono alcune testimonianze in cui l'acquisto del possesso viene riconosciuto in via generale ad ogni intermediario libero.

In esse si legge, infatti, che tramite qualsiasi persona libera può essere acquistato il possesso (*per liberam personam possessio adquiri potest*), e, in alcuni, casi - tramite l'acquisto del possesso - anche la proprietà.

Procediamo, pertanto, ad esaminarne alcune, tra le più significative¹⁵⁴:

D.41.1.20.2 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Si ego et Titius emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*

C.7.32.1 (Imp. Sever. et Anton.): *Per liberam personam ignorantem quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionem condicionem inchoari posse ratione utilitatis pridem receptum est* (a.184).

(Paul 3 *ad Nerat.*): *Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.* Sostiene, infatti, l'A. che "in realtà una volta che si era riconosciuto come nell'ambito della causa peculiare fosse l'intermediario a porre in essere tutti gli elementi del possesso, il passo immediatamente successivo era la configurazione dell'acquisto del possesso *alieno nomine*: il problema non era di stabilire in quali casi si potesse attribuire l'*animus possidendi* al *dominus*, ma in quali casi si potesse, sulla base del rapporto intercorrente fra il *dominus* e l'intermediario, dare rilevanza alla volontà di quest'ultimo di acquistare *domini nomine*. È probabile che l'elaborazione di questa *possessio alieno nomine* - in cui l'*animus possidendi* si attegga in modo particolare, essendo diretto a favore di un terzo - sia dovuta a Celso: D.41.2.18 (Celsus 23 *dig.*): *Quod meo nomine possiedo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.*

¹⁵³ D.41.2.42.1 (Ulp. 4 *regul.*): *Procurator si quidam mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem*; v. anche D.43.26.6.1. In proposito cfr. BRETONE, *Adquisitio per procuratorem*, cit., 280, nt. 4. Su questi brani torneremo più avanti; cfr. § 6.9.

¹⁵⁴ v. in proposito anche D.41.2.2 (Ulp. 70 *ad ed.*); D.47.2.14.17. (Ulp. 29 *ad Sab.*).

D.13.7.11.6 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem aquiratur: et ideo ipsi cautione pigneraticia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non sempre adquiret.*

La prima testimonianza ricordata si riferisce ad un passo del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, molto discusso in diversi suoi punti. La dottrina prevalente, infatti, tende a riconoscere l'interpolazione dell'espressione '*per liberam personam*' in luogo dell'originaria espressione '*per procuratorem*', che faceva riferimento probabilmente ad un *procuratorem omnium rerum*¹⁵⁵.

La seconda è, invece, una costituzione di Alessandro Severo che nella sua attuale redazione sembra ammettere l'acquisto del possesso tramite ogni *libera persona*, e nel momento in cui interviene la *scientia domini*, anche la possibilità di realizzare l'*usucapio*.

In realtà, si potrebbe anche ipotizzare che in tarda età classica il diritto imperiale avesse potuto ammettere l'acquisto *per liberam personam*¹⁵⁶. La costituzione esaminata (C.7.32.1), infatti, è espressamente richiamata da Ulpiano (D.13.7.11.6)¹⁵⁷ e nelle Istituzioni di Giustiniano¹⁵⁸.

Quest'ultima circostanza potrebbe, tuttavia, insospettire, in quanto ci dimostra quantomeno che i compilatori, nel realizzare il loro lavoro, avevano ben presente la costituzione¹⁵⁹. Non si può, dunque, escludere che possano essere intervenuti anche su di essa.

¹⁵⁵ KNIEP, *Vacua possessio*, cit., 221; SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 146, nt.1; BESELER, *Beiträge* IV, cit. 56; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 325, nt 101; PACCHIONI, *Per estraneam personam*, cit., 234; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 367; BETTI, *L'attuazione di due rapporti*, cit. 183, nt.2; KASER, *Durchgangserwerb*, cit., 32, nt. 37; ID., *Stellvertretung*, cit., 194, nt. 178; CLAUS, *Genillkürte Stellvertretung*, cit., 189ss; BENKE, *Zu Papinians actio*, cit., 615, nt., 117.

¹⁵⁶ WATSON, *Acquisition of possession*, cit., 41-42; QUADRATO, voce "*Rappresentanza*", cit., 432ss. Come riconosce quest'ultimo Autore, tuttavia, in tale periodo non si realizzerebbe "...una riforma radicale, un abbandono del quadro di riferimento tradizionale, ma un distacco lento, graduale, indolore che si va compiendo attraverso una conversione e riconversione di strumenti, meccanismi, schemi preesistenti, da una tradizione avvertita come sempre più lontana dalla realtà sociale, incapace di seguirne ed interpretarne i mutamenti (p.433).

¹⁵⁷ *Supra*, § 4.3.

¹⁵⁸ *Infra*, nt. 172.

¹⁵⁹ Interessante in tal senso anche la Parafrasi di Teofilo (Par. 2.9.5) che nel far riferimento alla costituzione di Alessandro Severo, sembra riconoscere l'acquisto del possesso solo al *procurator* e non a qualsiasi persona libera, diversamente da quanto si legge nel Codice di Giustiniano, e da quanto attestato nelle *Istitutiones* dello stesso Giustiniano. A parere di alcuni Autori, inoltre, dallo stesso passo della Parafrasi si potrebbe evincere che la possibilità per il *procurator* di acquistare il possesso anche al *dominus ignorans* daterebbe proprio dalla costituzione di Alessandro Severo ora esaminata; cfr., SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 145; BERNEISEN, '*Per liberam personam*', cit., 259; BRIGUGLIO, '*Tantum de possessionem quaeritur...*', cit., 121-122. Sul tema v. *supra*, § 6. 6, nt. 149.

Va considerato infatti, se non altro, che la costituzione sembra contrastare decisamente con quella contenuta in C. 7.32.8¹⁶⁰, in cui l'eccezione relativa all'acquisto del possesso e della proprietà viene ancora rigorosamente limitata - in conformità all'orientamento presente nelle altre fonti - solo al *procurator*, e con un passo delle *Pauli Sententiae* (5.2.2)¹⁶¹ in cui l'eccezione al divieto è ancora rappresentato unicamente dal caso del *procurator*.

Del contenuto della terza testimonianza ci siamo già occupati nei paragrafi precedenti¹⁶², riconoscendo chiaramente in essa i segni di possibili manipolazioni giustiniane.

In questa sede, vorremmo porre l'attenzione, invece, sull'insistente ripetizione dell'espressione '*per liberam personam*', utilizzata sia per esprimere il principio negativo degli acquisti, sia l'eccezione ad esso.

Si tratta, infatti, di una circostanza del tutto particolare, in quanto le fonti giustiniane - qualora vogliano fa riferimento all'antica regola che prevedeva il divieto di acquisto tramite persone non soggette a potestà - usano sempre l'espressione '*per extraneam personam*' (Inst. 2.9.5; C. 4.27pr.) .

E, in effetti, già Kniep¹⁶³ e Bonfante¹⁶⁴ avevano notato l'anomalia presente nella testimonianza di Ulpiano contenuta in D.13.7.11.6, ritenendola frutto di un chiaro intervento manipolativo dei compilatori. Il primo, tuttavia, riteneva interpolate entrambe le espressioni che facevano riferimento all'acquisto tramite libera persona, al posto dell'originale '*per procuratorem*'. Bonfante, invece, era dell'opinione che solo la seconda espressione fosse insitica. Propendeva, invece, per la classicità della prima, a patto di ritenere che fosse stata privata 'dell'inciso '*quae tuo iuri*' o '*tuae potestati subiecta non est*' che si ritrova in tutte le fonti classiche che utilizzano l'espressione '*per liberam personam*' in relazione agli acquisti.

In realtà - pur ammettendo che in tarda età classica si sia potuta realizzare una maggiore apertura in ordine alla possibilità di acquistare tramite soggetti *extranei*¹⁶⁵ - tuttavia non crediamo che si sia potuti giungere ad un riconoscimento pieno ed incondizionato della regola dell'acquisto tramite *libera persona*.

E' probabile ritenere che tale pieno riconoscimento sia stato realizzato solo in età giustiniana¹⁶⁶, e che pertanto i passi esaminati siano stati interpolati nella parte in cui

¹⁶⁰ *Supra*, § 6.6.

¹⁶¹ *Infra*, nt. 172.

¹⁶² *Supra*, § 4.3.

¹⁶³ *Vacua possessio*, cit., 225.

¹⁶⁴ *Corso di diritto romano*, cit., 359.

¹⁶⁵ La dottrina prevalente ritiene che solo in età giustiniana sia stato riconosciuto pienamente il principio dell'acquisto del possesso '*per liberam personam*'; cfr. tra gli altri BERNEISEN, '*Per liberam personam*', cit., 249ss; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 32ss; da ultimo NICOSIA, v. *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. Sezione civile*, 14, Torino, 1996, 84ss. Propendono, invece - come abbiamo già visto (*supra*, nt. 156) - per la classicità dell'estensione WATSON, *Acquisition of possession*, cit. 22ss; QUADRATO, voce "*Rappresentanza*" (*Diritto romano*), cit., 432ss.

¹⁶⁶ Basti pensare che ancora nelle *Pauli Sententiae* (5.2.2) l'unica eccezione al divieto di acquisto *per liberam personam* è rappresentata dal caso dell'acquisto del possesso tramite *procurator*: *Per liberas personas, quae*

prevedono e riconoscono l'acquisto del possesso, ed in alcuni casi della proprietà, *per liberam personam* in luogo dell'originaria menzione dell'acquisto '*per procuratorem*'.

Oltre ai rilievi critici già proposti, vi è un' ulteriore considerazione che ci induce a ritenere i passi in questione interpolati. Infatti, è plausibile supporre che nelle fonti classiche per esprimere il divieto di acquisto dovesse ricorrere prevalentemente l'espressione '*per extranem personam*' e non '*per liberam personam*'¹⁶⁷.

Il divieto di acquisto tramite *extranea persona* trovava giustificazione, infatti, nelle originarie regole che afferivano alla struttura potestativa della *familia* romana, nell'ambito della quale si poteva acquistare solo tramite i *potestati subiecti*, e non tramite persone 'estranee' alla famiglia¹⁶⁸.

Ammessa progressivamente l'autonomia dei *filiū familias*¹⁶⁹, e venuta meno la forte struttura potestativa della famiglia, soltanto i servi acquistano necessariamente al *pater familias*. L'opposizione sembra delinarsi non più tra i membri della famiglia e gli *extranei*, ma tra servi e liberi.

Tanto è vero che, come abbiamo già visto, l'espressione '*per liberam personam*', non è del tutto estranea alle fonti classiche relative all'acquisto della proprietà e del possesso¹⁷⁰. Tuttavia, quando vi si ritrova, ricorre in un'accezione più complessa: '*per liberam personam quae tuo iuri subiecta non est*' o '*quae in potestate non est*'¹⁷¹.

Nel diritto giustiniano il percorso descritto si consolida, per cui la contrapposizione riguarda ormai unicamente servi e liberi senza ulteriori specificazioni. In

in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur; infra, nt. 173.

¹⁶⁷ Si tratta di un'ipotesi che risale nella sua sostanza a BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 356ss, sulla scia di quanto sostenuto da PACCHIONI (*Per extraneam personam*, cit., 227ss), contro l'ipotesi avanzata, invece, da SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 89. Quest'ultimo A., riteneva, infatti, di poter individuare la causa dell'esclusione dei liberi dalla rappresentanza nell'esigenza di difesa della libertà individuale. In base a tale principio, infatti, l'uomo libero non poteva servire come strumento dell'economia altrui.

¹⁶⁸ Gai 2.95; D.50.17.73.4; I. 2.9.5; v. *supra*, Cap. I, nt. 10. Di particolare rilievo risultano a tal proposito le riflessioni sul concetto di *extraneus* svolte da QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*), cit., 427.

¹⁶⁹ Il riconoscimento della capacità giuridica dei *filiū familias* rappresenta un argomento fortemente controverso nella scienza romanistica. Il punto di partenza è costituito dalla regola per cui '*ipse qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest*' (Gai 2.87; D.41.1.10.1). Di conseguenza, ogni acquisto che discendesse da un atto negoziale posto in essere dai *filiū familias*, si produceva *ipso iure* nella sfera giuridica del *pater* (D.29.2.79; D.45.1.45pr; Paul. *Sent.* 5.8). In età classica, tuttavia, in ordine ai *filiū familias* vennero ammesse deroghe alla regola in questione, riconoscendo agli stessi una progressiva capacità di obbligarsi autonomamente o di essere titolari di un proprio patrimonio (*peculium castrense*). Sul tema da ultima, LONGO, *Filius familias se obligat?*, cit., 3ss, la quale - pur propendendo per un tardo riconoscimento della capacità giuridica dei *filiū familias* - realizza una particolareggiata e ampia ricognizione della bibliografia e delle problematiche attinenti all'argomento.

¹⁷⁰ Basti pensare, a tal proposito alla stessa testimonianza gaiana, della cui classicità non si può ragionevolmente dubitare: Gai 2.95: *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fides possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iusta possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse....*

tal modo potrebbe spiegarsi perché nelle fonti giustiniane - quantomeno nel riferirsi alle eccezioni ammesse all'antica regola proibitiva degli acquisti - si discute prevalentemente di acquisto *'per liberam personam'* e non più *'per extraneam personam'*. La menzione del divieto di acquisto tramite *extraneam personam* si ritrova ancora nelle fonti, ma ricorre unicamente qualora venga richiamato - in ossequio alla tradizione - l'originario principio che sanciva il divieto.

Di conseguenza è probabile che i giustinianeî siano intervenuti ad estendere la regola dell'acquisto del possesso prevista solo per il *procurator* ad ogni *libera persona*, configurando il caso originario del *procurator* solo come una delle tante figure tramite le quali poteva realizzarsi tale acquisto. Ma questo è il risultato storico, non il punto di partenza del diritto romano¹⁷².

E, in effetti, basta confrontare i brani delle Istituzioni di Gaio e delle *Pauli Sententiae*, relativi all'acquisto del possesso, con i corrispondenti passi della compilazione giustiniana, per avere un'immediata percezione dello sviluppo storico che si è realizzato in tal senso.

Riportiamo, pertanto, nuovamente il passo di Gaio al fine di rendere più agevole il confronto con le altre fonti esaminate:

Gai. 2.95: *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fides possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iusta possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extranem personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an <per procuratorem> nobis adquiratur.*

Paul. Sent., 5.2.2: *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.*

I. 2.9.5: *Ex his itaque apparet per liberos homines, quod neque iuri vestro subiectos habetis neque bona fides possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habetis neque iustam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum Divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.*

C. 4.27.1 pr. (Imp. Dioclet. et Maxim.): *Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuris non est subdita, nihil adquiri posse indubii iuris est (a.290).*

¹⁷² BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 356; cfr. *supra*, nt. 167.

Mettendo a raffronto i brani, si nota che in quello delle Istituzioni di Giustiniano è riprodotta fedelmente la regola proibitiva degli acquisti '*per extraneam personam*', presente nelle *Institutiones* di Gaio e nelle *Pauli Sententiae* ('*Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse*').

Quando, invece, si passa a trattare delle eccezioni ammesse in deroga al divieto, nelle istituzioni di giustiniano viene introdotto - a differenza dei testi delle età precedenti - il principio generale dell'acquisto del possesso tramite '*libera persona*', rispetto al quale il caso del *procurator* è solo uno dei casi configurabili¹⁷³.

Il *procurator* ormai non è la sola figura di persona estranea alla famiglia tramite la quale può acquistarsi il possesso, ma è soltanto una di esse, addotta dunque a titolo esemplificativo.

Inoltre, in aggiunta al corrispondente passo di Gaio, viene introdotto anche il tema dell'acquisto della proprietà tramite *procurator* o tramite *libera persona*, ma di questo ci occuperemo nel paragrafo successivo.

Vi è, in fine, un ulteriore dato testuale che ci induce a propendere decisamente per l'interpolazione dei passi in cui si ammette l'acquisto della proprietà e del possesso tramite qualsiasi libera persona.

Si tratta di quelle fonti in cui si riconosce chiaramente che tramite l'attività del mandatario è impossibile realizzare un acquisto diretto del possesso e della proprietà al mandante, che saranno oggetto d'esame nel paragrafo successivo.

8- Impossibilità di procedere all'acquisto del possesso o della proprietà tramite semplice *mandatario*.

Ebbene, per poter fornire delle risposte adeguate alle problematiche affrontate nei paragrafi precedenti¹⁷⁴, è necessario in fine interrogarsi su un'ulteriore questione di fondamentale importanza in ordine alla materia studiata.

Infatti, se il principio dell'acquisto del possesso e della proprietà tramite *libera personam* fosse stato generalmente ammesso¹⁷⁵, esso avrebbe dovuto riguardare anche per il mandatario.

¹⁷³ Ci sembra interessante notare che, invece, nel corrispondente passo della Parafrasi di Teofilo (Par. 2.9.5) l'eccezione al divieto di acquisto del possesso tramite *extranea persona* sembra essere riconosciuta unicamente in capo al *procurator*. Il principio in questione non viene espressamente enunciato, ma si formula un caso a titolo esemplificativo che riguarda proprio il *procurator*. Si potrebbe pertanto supporre - in via del tutto congetturale - che l'Autore della parafrasi avesse assunto tale posizione - differente rispetto a quella delle *Institutiones* di Giustiniano - proprio perché poteva consultare direttamente il testo delle *Institutiones* di Gaio, in cui probabilmente l'eccezione era ammessa solo in ordine al *procurator* (Gai 2.95). In proposito da ultimo BRIGUGLIO, '*Tantum de possessionem quaeritur...*', cit., 119ss. Sull'acquisto del possesso tramite *procurator*, ed, in particolare sul testo delle *Institutiones* di Gaio che sembrerebbe riconoscerlo (Gai 2.95) v. *supra*, § 6.5; 6.6.

¹⁷⁴ *Supra*, § §6.1; 6.4.

¹⁷⁵ *Supra*, § 6.7.

Eppure, diverse fonti ci testimoniano, al contrario, che l'acquisto del possesso tramite il semplice mandatario non determina alcun acquisto diretto del possesso al mandante, e di conseguenza nessun acquisto diretto della proprietà:

D.41.1.59 (Callistr. 2 *quaest.*): *Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam mihi tradiderit qui emit.*

D.17.1.8.10 (Ulp. 31 ad ed.): *Proinde si tibi mandavi, ut hominem emereres, tuque emisti, teneberis mihi restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa.*

D.41.3.13.2 (Paul 5 ad *Plaut.*): *Si mandavero tibi ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit quod mandati iudicio tenearis.*

Si tratta di fonti che non sembrano lasciare spazio a dubbi interpretativi, a cui si aggiungono molti altri passi individuati già da Bonfante¹⁷⁶, sulla scorta di autori precedenti¹⁷⁷, che ne confermano il contenuto come un dato univoco.

In tutti i testi richiamati si manifesta chiaramente il principio per cui la compravendita conclusa dal mandatario sulla base di un mandato ad esso specificamente conferito per l'acquisto, non determina alcun effetto diretto per il mandante, se il mandatario non operi un ritrasferimento di quanto acquisito in base al contratto stesso di compravendita.

In D.41.3.13.2 si legge che neanche l'acquisto del possesso realizzato dal mandatario comporta l'acquisto del possesso nei confronti del mandante, sebbene sia evidente che il mandante possiede *'non pro suo'*.

Di conseguenza, siamo in presenza di negozi che sono del tutto estranei al concetto di rappresentanza in quanto il negozio posto in essere dal mandatario, anche se per conto del mandante, è espressione pura e semplice della sua volontà e produttivo di

¹⁷⁶ In proposito BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 370ss.

¹⁷⁷ SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., 97, nt. 1, il quale - oltre ai testi più noti (D.41.1.59 e C.7.10.2.) - ricorda altri brani individuati da Jhering: D.41.1.13pr; D.45.1.135.2; D.41.2.1.20; D.3.32.8. Si tratta di brani che, tuttavia, non riguardano il semplice mandatario, ma il *procurator* mandatario (D.41.1.13 pr) o addirittura il *procurator omnium bonorum*, pertanto le soluzioni in essi attestate non possono essere valutate in questa sede. Ve ne sono, invece, altri - individuati da SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 3 - che risultano di particolare interesse: D.32.1.30.4 (Labeo 2 *post. a Iavol. epitom.*): *Qui fundum mandato meo in societate mihi et sibi emerat, deinde eum finibus diviserat et priusquam mihi traderat, ita eum tibi legaverat "fundum meum illi do". Negavi amplius partem deberi, quia verosimile non esset ita testatum esse patrem familias, ut mandati heres eius damnetur*; D. 38.5.12; D.24.1.5pr; D.17.1.8.10; D.43.19.3.7; D.46.3.34.7; C.4.50.2 (Imp. Alex., a. 222). Per una valutazione critica dei testi individuati da Schlossmann, v. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 372ss.

effetti solo per se medesimo, tanto è vero che il trasferimento al *dominus* di questi effetti necessita di un ulteriore negozio, la *traditio*¹⁷⁸.

Sulla base di quanto osservato, possiamo ritenere plausibile, allora, che nel periodo classico l'eccezione al principio dell'acquisto tramite *extraneam personam* fosse stata ammessa solo in ordine al *procurator*, e non al mandatario, né tanto meno per qualsiasi altra persona libera.

Tutto ciò in consonanza, d'altronde, alla *ratio* che aveva condotto ad ammettere tale eccezione.

Secondo l'opinione più accreditata, risalente ad una posizione di Vittorio Scialoja¹⁷⁹, la ragione fondamentale di tale eccezione va ritrovata nel fatto che il *procurator* era un rappresentante stabile del principale, un organo permanente nell'amministrazione, e, pertanto, l'acquisto tramite il *procurator* sarebbe stato consentito perché questi, non essendo stato costituito per un singolo affare - come il vero e proprio mandatario - bensì per una gestione prolungata, rappresentava al pari dello schiavo il suo principale, non tanto nell'acquisto ma nel durevole rapporto di fatto con la cosa, che era l'essenza stessa del possesso.

Ebbene, tale circostanza non esclude che in età classica - riconosciuta per alcuni aspetti l'assimilazione del regime della procura a quello del mandato - si sia potuti giungere a riconoscere poteri acquisitivi al *procurator* mandatario, cioè a quel *procurator* che fosse stato investito dell'incarico di svolgere uno o più atti determinati.

Non si tratta, dunque, di un semplice mandatario, bensì di un *procurator* a cui fosse stata affidata non l'amministrazione generale di tutti i beni del *dominus*, ma l'incarico di svolgere alcuni compiti specifici.

Il mandato, in questi casi non costituisce l'atto di legittimazione o autorizzazione esterna del *procurator*, ma solo lo strumento interno di disciplina dei rapporti intercorrenti tra *dominus* e *procurator*, e in alcuni casi anche elemento necessario per il perfezionamento della fattispecie acquisitiva dell'acquisto realizzato dall'intermediario, come vedremo meglio nel paragrafo successivo.

9- *Procurator*, mandato e acquisto della proprietà.

Ebbene, come abbiamo potuto rilevare più volte nei paragrafi precedenti, nelle fonti romane troviamo anche dei passi che attestano non solo l'acquisto del possesso, ma anche della proprietà tramite il *procurator*.

D'altronde, l'aver ammesso l'acquisto del possesso tramite *procurator*, era prevedibile che potesse comportare anche l'acquisto della proprietà¹⁸⁰, qualora, ad

¹⁷⁸ In tal senso espressamente VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 28.

¹⁷⁹ SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., 103.

¹⁸⁰ In realtà, l'ammissione dell'acquisto del possesso tramite *procurator*, comportò notevoli refluenze anche in ordine all'acquisto del credito *ex mutuo*, alla *condictio indebiti*, all'acquisto dell'eredità tramite *bonorum*

esempio, l'acquisto del possesso fosse realizzato tramite una *traditio* che riguardasse *res nec mancipi* trasferite *cum iusta causa*¹⁸¹ dal proprietario al *procurator*.

E', tuttavia, discusso in dottrina il momento storico ed i limiti entro i quali fu ammesso l'acquisto della proprietà tramite *procurator*, ed, in particolare, se tale riconoscimento sia stato operato pienamente già in età classica, o invece, solo in età giustiniana in conseguenza della generalizzazione del principio dell'acquisto della proprietà tramite *traditio*¹⁸², ed anche dei casi di rappresentanza¹⁸³.

In questa sede non possiamo esaminare nel dettaglio le numerose questioni che si riferiscono alla tematica in questione, ma esaminare solo alcune delle più rilevanti, riassumendo le principali questioni interpretative che si pongono in ordine alle stesse.

Si tratta, infatti, di un argomento che - per complessità ed importanza - merita uno studio più approfondito e dettagliato, che non può essere svolto nel corso di questa indagine, ma che sarà oggetto di specifico approfondimento nel secondo volume dei nostri studi sulla rappresentanza nel diritto romano.

Inoltre, si tratta di una materia sulla quale - a causa della varietà e contraddittorietà delle fonti - è impossibile proporre una soluzione univoca.

Si possono solo individuare alcune linee interpretative fondamentali che caratterizzano la materia in questione, ferma restando la molteplicità delle questioni affrontate e delle soluzioni fornite.

Ed, in effetti, a nostro parere, nell'affrontare l'argomento vanno distinte preliminarmente almeno due questioni fondamentali.

Infatti, per trovare una giustificazione all'apparente contraddizione delle soluzioni contenute nelle fonti, bisogna distinguere, innanzitutto, tra gli acquisti realizzati dal *procurator omnium bonorum* e quelli posti in essere dai *procuratores* a cui era affidato lo svolgimento di singoli affari.

Inoltre, è necessario, distinguere ulteriormente - in ordine ad alcuni importanti profili - l'acquisto del possesso dagli altri effetti connessi all'acquisto stesso del possesso, quali, in primo luogo l'acquisto della proprietà e l'*usucapio*.

possessio, al pagamento e al pegno; cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 366. Si tratta di argomenti di estremo interesse, di cui ci occuperemo nello specifico, tuttavia, nel secondo volume dei nostri studi sulla rappresentanza.

¹⁸¹ D.41.1.31(Paul. 31 *ad ed.*): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua causa praecesseri, propter quam traditio sequeretur.* Sul tema, con riferimento specifico all'acquisto della proprietà tramite *procurator*, v. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., 306ss; JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, cit., 334; ID., *Besitzwille*, cit., 204ss; MITTEIS, *Zur Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, Wien, 1885, ; Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Gesammelte Schriften*, Napoli, 1990, 58ss; BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione. Contributo alla teoria della delegazione di dare*, in *BIDR.*, 41 (1933), ; VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 71, nt. 1; WATSON, *Acquisition of ownership*, cit., 193; CLAUS, *Genüllkürte Stellvertretung*, cit., 136; KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, cit. ; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn- München-Wien-Zurich, 1990, 88; LOVATO, *Traditio e conventio*, ; KLINK, *Erwerb, durch. Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht*, Berlin, 2004.

¹⁸² ALBANESE, *Atti negoziali*, cit., 23.

¹⁸³ cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 366.

In ordine al primo punto, ci sembra di poter evincere dalle fonti che per il *procurator omnium bonorum* non esistesse limite alcuno per l'acquisto del possesso¹⁸⁴, e con molta probabilità anche per l'acquisto della proprietà:

D.6.2.7.10 (Ulp. 60 *ad ed.*): *si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam: idem est et si procurator meus vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit.*

D.41.1.13.1 (Nerat. 6 *regul.*): *Et tutor pupilli pupillae similiter procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquisit etiam ignorantibus.*

D.41.1.20.2 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Si ego et Titius emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*

D.41.3.41 (Ner. 7 *membr.*): *Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihilo magis eam in potestatem meam redisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit.*

Ebbene, nei casi esaminati la precisazione che si tratta di un '*procurator meus*'¹⁸⁵, e la costante assimilazione al caso del *curator* o del *tutor*¹⁸⁶, lasciano intendere chiaramente che si tratta di casi di *procurator omnium rerum*.

In tal senso depono anche il riferimento al *servus*¹⁸⁷. Infatti, in ordine all'acquisto, almeno del possesso, la situazione del *procurator omnium bonorum* è spesso assimilata a quella rivestita dal *servus* nei confronti del patrimonio del suo *dominus*¹⁸⁸.

Per quanto riguarda, invece, il *procurator* investito del compimento di singoli atti, le fonti sembrano attestare la necessità di un mandato apposito o di una *ratihabitio* successiva alla conclusione dell'atto negoziale, perché l'attività acquisitiva possa consolidarsi in capo al *dominus negotii*.

È necessario chiedersi, tuttavia, se il mandato e la *ratihabitio* riguardassero sia l'acquisto del possesso che quello della proprietà, oppure soltanto l'acquisto della proprietà.

Ebbene, è nostra convinzione che tali requisiti dovessero riguardare solo l'acquisto della proprietà, perché per l'acquisto del possesso - almeno secondo l'orientamento

¹⁸⁴ D.6.2.7.10; D.41.1.20.2 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D.41.2.34.1; cfr. *supra*, § 5.6.

¹⁸⁵ *Supra*, § 4.2, nt. 73.

¹⁸⁶ *Supra*, § 6.6, nt. 146.

¹⁸⁷ D.6.2.7.10 (Ulp. 60 *ad ed.*)

¹⁸⁸ Per quanto riguarda i motivi ed i termini dell'assimilazione in questione, rinviamo a quanto detto precedentemente; cfr. § 6.6, nt. 149.

prevalente¹⁸⁹ - non doveva richiedersi alcuna specifica *scientia* o *voluntas* da parte del *dominus negotii*. Le fonti indicano che il *dominus* acquista il possesso tramite il *procurator* anche se *ignorans*.

Infatti, la possibilità di possedere tramite terzi, e, dunque, anche la possibilità di acquistare tramite terzi non sembra trovare giustificazione nell'intenzione di possedere per sé o per altri, ma nel particolare rapporto che lega il possessore immediato a quello mediato, configurabile di volta in volta alla stregua di un rapporto potestativo, procuratorio o di altro genere¹⁹⁰.

L'eventuale *scientia*, *mens* o *voluntas* sembrano essere requisiti necessari perché si realizzino effetti ulteriori in capo al *dominus negotii* (possessore mediato), e dunque perché inizi a decorrere l'usucapione o si realizzi l'acquisto della proprietà.

Non può realizzarsi, infatti, un acquisto di proprietà che non si fondi anche sulla volontà dell'avente causa. Tale volontà, tuttavia, può essere manifestata preventivamente con la costituzione del soggetto in qualità di *procurator omnium bonorum* - oppure con la concessione di un mandato o di un *iussum*¹⁹¹ - ma anche successivamente tramite *ratihabitio*.

A tal proposito, risultano particolarmente interessanti ed espliciti i passi relativi all'acquisto per usucapione tramite *procurator*:

D.41.2.49.2 (Pap. 2 def.): *Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.*

D.41.3.47 (Paul 3 ad Nerat.): *Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucipiam. Quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.*

C.7.32.1 (Impp. Sev. et Anton.): *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionem condicionem inchoari posse ratione utilitatis pridem receptum est (a.196).*

I brani riportati non presentano particolari problemi formali¹⁹², né interpretativi. Risultano, invece, particolarmente espliciti nel chiarire il rapporto tra l'acquisto del possesso e l'acquisto della proprietà tramite *procurator*.

¹⁸⁹ *Supra*, § 6.6, nt. 149.

¹⁹⁰ *Supra*, nt. 124; 149.

¹⁹¹ D.41.2.1.21 (Ulp. 4 regul.); v. *infra*, nt. 199.

¹⁹² L'unico rilievo significativo può riguardare la costituzione (C.7.32.1), nella misura in cui riconosce che l'acquisto del possesso possa avvenire non tramite il *procurator*, ma tramite qualsiasi persona libera. Per chiarimenti in proposito v. *supra*, § 6.7.

L'acquisto del possesso tramite *procurator* poteva, dunque, avvenire anche all'insaputa del *dominus negotii*. Per realizzare l'acquisto della proprietà tramite *usucapio* dello stesso bene era necessaria, invece, la *scientia domini*¹⁹³.

Risulta, invece, più complessa e problematica l'interpretazione dei brani che ammettono l'acquisto della proprietà tramite *procurator* fornito di mandato.

Uno dei brani più significativi in proposito è di Nerazio:

D.41.1.13pr-1(Ner. 6 regul.): *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignorantibus. 1.-Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus.*

Si tratta di un brano fortemente discusso. La dottrina più antica tendeva ad espungere non solo l'inciso '*id est proprietas*' di chiara fattura glossematica¹⁹⁴, ma soprattutto la menzione del mandato¹⁹⁵.

La dottrina successiva ha operato una profonda rivisitazione del testo, ammettendone la sostanziale ed integrale autenticità¹⁹⁶.

Infatti - secondo la tesi che noi preferiamo - non è possibile ravvisare nel mandato un atto di autorizzazione alla conclusione del contratto con rilevanza esterna, quanto piuttosto un atto di manifestazione di volontà anticipata alla realizzazione dell'acquisto tramite il *procurator*¹⁹⁷.

¹⁹³ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III., cit., 364ss; NICOSIA, *Acquisto del possesso per 'procuratorem'*, cit., 194, nt. 25; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 25ss.

¹⁹⁴ KNIEP, *Vacua possessio*, cit., 216; SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 135, nt.1; FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 411 ss; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 300, nt. 20; GROSSO, *Congetture di glossemi pregustiniani nei frammenti dei 'libri regularum' di nerazio contenuti nel Digesto*, in *Atti Torino* 67 (1932) 158, nt. 17; BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione. Contributo alla teoria della delegazione di dare*, in *BIDR.*, 41 (1933) 183, nt. 1; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 282s., nt. 13; NICOSIA, *Acquisto del possesso per 'procuratorem'*, cit., 194, nt. 25; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 71, nt. 1; WATSON, *Acquisition of ownership*, cit., 193; MEYLAN, *'Per procuratorem possessio*, cit., 110; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 136; FLUME, *Rechtsakt*, cit., 88.

¹⁹⁵ ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, cit., 211ss; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 505; FRESE, *Procurator und Negotiorum gestio*, cit., 362 ss.; ID., *Da Mandat in seiner Beziehung*, cit., 410 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III., cit., 378; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 282-283, nt. 13ss.

¹⁹⁶ BESELER, *Beiträge*, 4, cit., 55; BETTI, *L'attuazione di due rapporti*, cit. 182ss; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., 300ss; GROSSO, *Congetture di glossemi pregustiniani*, cit., 158ss; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 75, nt. 3; MEYLAN, *'Per procuratorem possessio*, cit., 110; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 332, nt. 15; ID., *Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit*, cit., 193, nt. 173; NICOSIA, *Acquisto del possesso 'per procuratorem'*, cit., 194, nt. 25; ID., voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 84, nt. 19; CANNATA, *«Possesso (diritto romano)»*, in *Nss.D.I.*, XIII, Torino, 1966, 459; BURDESE, *«Possesso (diritto romano)»*, cit. 458; WATSON, *Acquisition of ownership*, cit., 193; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 137; FLUME, *Rechtsakt*, cit., 89.

¹⁹⁷ In particolare cfr. BESELER, *Beiträge*, 4, 55; BETTI, *L'attuazione di due rapporti*, cit., 182ss; GROSSO, *Congetture di glossemi*, cit., 158.

Il mandato, dunque, in quanto atto idoneo a manifestare l'assenso anticipato alla realizzazione dell'acquisto, va posto sullo stesso piano della *scientia*. Si tratta di un requisito necessario non per l'acquisto del possesso ma della proprietà, idoneo ad integrare il perfezionamento della fattispecie acquisitiva insieme alla *insta causa usucapionis*.

Questa posizione classica non verrà condivisa dai successivi interpreti, i quali progressivamente non tenderanno più a distinguere nettamente l'acquisto del possesso dall'acquisto della proprietà tramite possesso. Infatti già nel diritto tardo-classico, e poi definitivamente, in età postclassica si tenderà a stabilire una relazione necessaria tra i due casi, generalizzandone anche l'ammissibilità¹⁹⁸:

C.7.32.8 (Imp. Diocl. et Max.): *Per procuratorem utilitatis causa possessionem et si proprietas ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit* (a.290).

Inoltre, la tendenza a subordinare tutta l'attività del *procurator* all'esistenza di un mandato, indurrà i compilatori a richiedere il mandato, la *scientia*, la *ratihabitio* anche in ordine all'acquisto del possesso:

D.41.2.42.1 (Ulp. 4 *regul.*): *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquiritur possessionem: quod sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.*

Quest'ultimo brano, ritenuto interpolato dalla prevalente dottrina¹⁹⁹ - nella parte in cui fa riferimento all'acquisto del possesso e non della proprietà - testimonia chiaramente l'intento dei compilatori di limitare l'acquisto del possesso *per procuratorem* all'esistenza del mandato o della *ratihabitio*, ed è specchio evidente dell'ormai definitiva sovrapposizione della figura del mandatario a quella del *procurator*, che ha perso ormai ogni individualità rispetto agli altri intermediari.

In conclusione a noi sembra che anche i passi relativi all'acquisto della proprietà tramite *procurator* confermino le ipotesi ricostruttive da noi prospettate nei capitoli precedenti.

Il mandato non era necessario per realizzare l'acquisto del possesso, tanto è vero che - secondo l'opinione prevalente- il *procurator* acquistava il possesso al *dominus ignorans*. L'acquisto del possesso si basava, infatti, principalmente sul rapporto di natura potestativa o personale esistente con l'intermediario che acquistava il possesso in questione²⁰⁰.

Il mandato o la *ratihabitio* erano necessari, invece, per realizzare l'acquisto della proprietà tramite possesso del *procurator*. In questo caso, tuttavia, il mandato non costituiva l'atto di autorizzazione esterna o l'atto di legittimazione del *procurator*, ma

¹⁹⁸ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III., cit., 367

¹⁹⁹ CLAUS, *Genwillkürte Stellvertretung*, 188s.; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 29.

²⁰⁰ *Supra*, § 6.6 nt. 149.

unicamente l'atto che comportava un preventivo assenso all'acquisto realizzato tramite *procurator*²⁰¹.

Così, d'altronde, anche il fatto che l'acquisto sia realizzato *ex mandato domini* e la *res empti* sia *tradita nomine domini*²⁰², non realizza un vero e proprio fenomeno di rappresentanza, in quanto manca un atto di autorizzazione esterna che determina l'immediato prodursi degli effetti del negozio nella sfera giuridica del *dominus*.

Tale circostanza, indica, tuttavia, che la giurisprudenza romana aveva iniziato un percorso che portava all'identificazione di una serie di situazioni concrete in cui, sulla base di un particolare rapporto intercorrente tra il *dominus* e l'intermediario, si potesse dare rilievo alla volontà di quest'ultimo soggetto di acquistare *domini nomine*, che tante nuove prospettive avrebbe aperto nelle età successive²⁰³.

10- *Procurator* e *mandatario*: considerazioni conclusive su una vicenda complessa che si determina e svolge all'insegna dell'accentuazione della prospettiva dell'*officium* e della consensualità.

Le considerazioni svolte in questo capitolo ci consentono, allora, di prendere posizione su un'altro aspetto dell'ipotesi tradizionale di Bonfante sul *procurator*, sul quale non concordiamo perfettamente. Ci riferiamo, in particolare, alla volontà di prospettare l'avvicinamento con il mandato solo in termini negativi, e che si coglie chiaramente nelle parole dello stesso Autore, quando dice che l'istituto del *procurator* “era destinato ad oscurarsie il riflesso principale è il ricollegarsi col mandato, in quella tormentata vicenda che lo renderà un concetto ‘oscuro ed evanescente’, e che tanto influenzerà l'esperienza successiva”²⁰⁴.

Non c'è dubbio, infatti, che la vicenda complessa che lega il mandato al *procurator* determinò profondi mutamenti nella figura tradizionale del *procurator*, che ne complicarono certamente la natura e la disciplina.

Ed, in effetti, la vicenda in questione non può non essere vista all'insegna della limitazione e della specificazione di poteri del *procurator*, che consegue certamente al venir meno dei valori che avevano retto la società romana fino ad allora (*fides*, *obsequium*, *amicitia*), e quindi anche al progressivo disgregarsi dell'originaria struttura potestativa della

²⁰¹ *Supra*, nt. 197.

²⁰² Sul tema da ultimo BRIGUGLIO, *L'interdipendenza delle obbligazioni*, cit., 81ss con ampie note bibliografiche.

²⁰³ D'altronde, come abbiamo già visto, la giurisprudenza classica aveva iniziato un percorso di identificazione e valutazione - in ordine all'acquisto del possesso - dell'*animus possidendi pro alio*; VACCA, *Ancora sul problema*, cit., 13. Non si trattava di stabilire, infatti, unicamente in quali casi si potesse attribuire l'*animus possidendi* al *dominus*, ma in quali casi - sulla base del rapporto tra intermediario e *dominus* - si potesse dare rilevanza all'intento dell'intermediario in questione di acquistare ‘*domini nomine*’. Sul tema v. *supra*, § 6.6., nt. 152.

²⁰⁴ *Facoltà e decadenza* cit., 261.

famiglia romana, che porta, di contro, all'emersione e all'autonomo affermarsi dei singoli soggetti che la costituivano, e che fino ad allora si erano organicamente e necessariamente identificati con il *pater familias*.

Tuttavia, a noi sembra che il fenomeno possa essere visto anche sotto altre angolazioni. Infatti, così come accade per le vicende processuali del *procurator*, anche l'avvicinamento al mandato avviene certamente nell'ottica dell'approfondimento e della prevalenza della prospettiva dell'*officium*, dell'incarico svolto nell'interesse altrui, evidente nell'*agere alieno nomine* del *procurator ad litem*, ma anche nella posizione del mandatario, che è colui che svolge un incarico nell'interesse altrui.

Ed è proprio in questa prospettiva che comincia a profilarsi decisamente la già accennata distinzione tra titolarità del diritto e legittimazione all'esercizio dello stesso²⁰⁵.

La legittimazione a disporre di un diritto può essere ora esplicitamente conferita a soggetti estranei alla *familia*, con i quali non intercorre alcun vincolo domestico o amicale. E d'altronde, anche se conferita ad *amici, propinqui, familiares*, non vi è più la certezza che questi operino nell'interesse, ed in vista di direttive o orientamenti propri del *pater familias* o del *dominus* in nome e per conto dei quali essi agiscono.

Inoltre, la legittimazione a disporre del proprio patrimonio può essere conferita anche a soggetti con i quali non intercorre necessariamente un rapporto di natura stabile e continuativa, ma a cui è affidato lo svolgimento di singoli incarichi predeterminati.

In alcuni casi si prospetta, dunque, la necessità di garantire i terzi che accettano di negoziare o assumere un giudizio con tali soggetti. In altri c'è anche la necessità di dare una regolamentazione giuridica e stabile ai rapporti interni tra *dominus negotii* e *procurator*. Nelle età precedenti non c'era spazio per questioni di questo tipo, perché i rapporti di *fides*, di *obsequium*, di *amicitia* di per sé garantivano il buon esito sia dei rapporti interni tra *procurator* e *dominus negotii*, ma anche quelli intercorrenti tra terzi e lo stesso *dominus negotii*.

Di conseguenza, corrisponde certamente al vero che l'avvicinamento al mandato sia avvenuto anche in relazione a queste esigenze.

L'avvicinamento avviene, però, anche nell'ottica della 'consensualità'. Infatti, ciò che prima, nel caso del *procurator*, era - per la particolare struttura della famiglia romana - unilaterale e necessario²⁰⁶, ora diviene consensualità e libertà.

Nuove prospettive si aprono allora per il *procurator* nei rapporti con il suo *dominus negotii* e con i terzi. *Un rapporto che prima era spontaneo, necessario, e dagli effetti automatici ora diventa pattizio, derogabile, modellabile secondo il volere delle parti. Il mandato è il terreno della libertà.* Tutto è possibile, tutto si può decidere e stabilire nel regolamento pattizio tra le parti.

Al contempo, non vi è dubbio che gli stessi rapporti si intrecciano e si complicano, perché molteplici e diversi diventano gli elementi ai quali affidarsi. D'altronde, la tipicità delle figure e delle relative attività, prospettata in maniera chiara e netta nell'età precedente, viene mantenuta ma, al tempo stesso, laddove necessario, superata.

²⁰⁵ *Infra*, § 4.1.

²⁰⁶ Sul *procurator invitus* v. DE ROBERTIS "Invitus Procurator" cit., 188 ss.; FABRE, *Libertus Patrons et affranchis* cit., 229 s.; MILELLA, *Il libertus procurator* cit., 378; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario* cit., 3 ss.

Questo mutamento del quadro di riferimento comporta, tuttavia, incertezza per i terzi a cui è richiesta una maggiore attenzione, non potendo più confidare solo nella qualifica di *procurator* attribuita al soggetto con cui negoziano. Devono, infatti, porre attenzione a tutta una serie complessa di elementi che possono legare il *procurator* al suo *dominus negotii*

Si giunge, così, ad una situazione complessa, multiforme, in continua evoluzione e modificazione, che di per sé, tuttavia, non implica necessariamente confusione ed incertezza. Restano saldi i principali punti di riferimento, le categorie fondamentali, anzi vengono precisati e chiariti nella loro applicazione concreta grazie al lavoro incessante e generoso di una *scientia iuris* esperta che, forse, anche in questo non ha avuto pari nella storia della nostra tradizione giuridica occidentale.

CAPITOLO VII

MANDATO, PRAEPOSITIO E PROCURATIO: CONFRONTO E DISTINZIONE DEGLI AMBITI SPECIFICI DI APPLICAZIONE.

1- *Procurator, institor* e mandatario in età classica: ambito di applicazione e disciplina.

Esaminati, dunque, i regimi della procura, del *mandatum* e della *praepositio*, vorremmo ora valutare le fonti in cui espressamente i giuristi si occupano dei rapporti tra loro configurabili. È interessante constatare, infatti, con quali modalità i giuristi romani - prendendo le mosse proprio dalla forte tipicità sociale, economica e giuridica delle stesse figure - procedono al confronto, alla distinzione, ed eventualmente anche alla loro assimilazione, allo scopo di fornire forme di tutela sempre più adeguate e coerenti alle necessità concrete poste della prassi negoziale.

Vi sono brani, infatti, in cui le figure del *procurator*, dell'*institor* o del mandatario vengono espressamente richiamate dai giuristi allo scopo di distinguerle nettamente, anche in ordine alla disciplina applicabile. Ve ne sono altri, invece, in cui le figure e le discipline relative alle figure esaminate, vengono poste direttamente a confronto, per operare, invece, delle forme di assimilazione dei relativi ambiti di applicazione.

In questo capitolo esamineremo le prime fonti, cercando di meglio individuare, attraverso lo studio delle stesse, le caratteristiche tipologiche di ciascuna delle figure considerate, attraverso il confronto diretto operato dagli stessi giuristi romani.

Nel capitolo successivo (Cap. VIII) ci occuperemo della seconda tipologia, con particolare attenzione per le fonti relative all'*actio ad exemplum institoriae*. Si tratta, infatti, dell'azione che comportò l'estensione al *procurator* e al suo *dominus negotii*, della disciplina prevista dagli editti pretori in ordine alla responsabilità del proponente per le obbligazioni assunte dall'*institor*.

Nel capitolo ancora successivo (Cap. IX) ci occuperemo sempre di fonti che realizzano forme di assimilazione tra il caso del *procurator* mandatario e l'*institor*, operando tuttavia un'estensione di carattere inverso rispetto a quella compiuta tramite l'*actio ad exemplum institoriae*, poichè in tali casi è la soluzione creata per il *procurator* ad essere estesa all'*institor* (D.14.3.1; D.19.1.13.25).

2. D.14.3.5.10: *procurator, institor* e la responsabilità del *dominus negotii* o del preponente.

In ordine al rapporto intercorrente tra *procurator* e *institor*, i giuristi intervengono più volte chiarendo e precisando nettamente le caratteristiche tipologiche delle due figure, differenziandone chiaramente la disciplina.

Il primo frammento di cui vorremmo occuparci, è un passo di Ulpiano (D. 14.3.5.10), ampiamente discusso in dottrina.

Si tratta, infatti, di una testimonianza apparentemente poco rilevante nell'ambito della disciplina dell'*actio institoria*, ma in realtà di una certa importanza per l'identificazione delle figure del *procurator* e dell'*institor*, e della disciplina loro applicabile:

D. 14.3.5.10 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius projectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.*

Il *fullo*, partendo per un viaggio, ha lasciato un soggetto a sovrintendere ai *discipuli*, ai quali '*tabernam instructam tradiderat*'. Così, se dopo la partenza, uno di questi abbia ricevuto in consegna delle vesti e le abbia trafugate, il *fullo*, secondo Ulpiano, non è tenuto se il soggetto *relictus* era stato designato come *procurator*, è tenuto, invece, se era stato nominato *institor*. Se, invece, il *fullo* aveva assicurato al cliente che i suoi operai erano fidati, sarà tenuto con l'azione *ex locato*, e non con l'*actio institoria*.

Il testo - come dicevamo - costituisce uno dei luoghi del Digesto più tormentati dalla dottrina romanistica¹. Alcuni ritengono addirittura che rappresenti un vituperio alla realtà e alla logica e, quindi, negano ogni attendibilità al brano².

Altri³, invece, lo hanno giudicato - in maniera diametralmente opposta - integralmente autentico, anzi come una delle prove più evidenti del fatto che l'*actio quasi institoria* non può essere classica. Rappresenterebbe, infatti, testimonianza dell'antitesi, ancora esistente in età classica, tra *institor* e *procurator*, tale che, anche qualora l'attività

¹ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 200; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 176 ss.; SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, in *SDHI.* 9 (1943), 104 ss.; LONGO, *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, 2, *Parte speciale*, Roma, 1954; VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis"* cit., 376; 416; ID., *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias* cit., 384; RABEL, *Ein Rubmesblatt Papinians* cit., 15 ss.; KRELLER, *Formula ad exemplum* cit., 82 ss.; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria* cit., 614 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* cit., 9 nt. 1; ID., '*Actio ad exemplum institoriae*' e categorie sociali, cit., 197 nt. 23; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 236; ID., *Il procurator* cit., 85; VOICI, "*Diligentia*", "*custodia*", "*culpa*". I dati fondamentali, in *SDHI.* 56 (1990) 111; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen in römischen Recht*, in *ZSS.* 100 (1983) 407; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 598.

² SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, cit., 113. Va considerato, tuttavia, che Solazzi - pur essendo estremamente critico sulla redazione formale, ma anche sul contenuto del brano - ha dedicato al passo del commentario all'editto di Ulpiano (D.14.3.5.10) addirittura un autonomo contributo.

³ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 200; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 176 ss.

svolta dai due soggetti fosse identica, non sarebbe stata possibile un'equiparazione dei relativi regimi giuridici, con inevitabili riflessi sulla riferibilità a Papiniano della creazione delle azioni *ad exemplum institoriae*.

Per altri⁴, ancora, la soluzione prospettata nel brano sarebbe genuina, e rappresenterebbe anzi una delle dimostrazioni più evidenti del fatto che il *procurator* era un soggetto dotato, a differenza dell'*institor*, solo di poteri tecnici e non prettamente giuridici.

In effetti, il passo presenta varie scorrettezze formali⁵, e una certa discontinuità nel periodare⁶; ma ciò non si riflette, a nostro parere, necessariamente in una scorrettezza anche dal punto di vista contenutistico.

Si potrebbe, anche, ipotizzare che la soluzione prospettata non sia da attribuire ad Ulpiano, bensì a Labeone⁷ a cui si riferisce il frammento immediatamente precedente (D. 14.3.5.9). Si spiegherebbe così l'anomalia rilevata, in quanto il responso sarebbe eco di un'età precedente a quella papiniana, e quindi frutto dell'originario sistema, in cui le due figure erano nettamente distinte, in ordine soprattutto alla figura del soggetto responsabile, che nel primo caso è il preponente, nell'altro il *procurator* stesso.

Ebbene, per dare una corretta interpretazione al brano ci sembra innanzitutto necessario riflettere su una circostanza fondamentale. Il fatto stesso che, in alcuni casi e sotto determinati profili, le figure del *procurator* e dell'*institor* vengano assimilate (*actio ad exemplum institoriae*), non significa di per sé che si sia giunti, anche in età classica avanzata, ad una totale equiparazione delle relative discipline.

Sappiamo, infatti, che i giuristi romani avevano precisa coscienza della netta distinzione intercorrente fra le figure del *procurator* e dell'*institor*. Abbiamo già visto⁸ che il primo solitamente non esercitava attività commerciale, anzi veniva nettamente distinto dall'*institor*, o da chi si occupava in veste di *praepositus* di queste attività.

Di conseguenza, a nostro parere, il fatto stesso che il *fullo* abbia voluto qualificare il *relictus* come *procurator*, dimostra che egli non voleva che questo soggetto si occupasse dello svolgimento dell'attività commerciale in sua assenza.

Sostiene, infatti, Solazzi⁹ che se gli avesse affidato il potere di contrattare con i clienti e di accettare gli indumenti personalmente o tramite i *discipuli*, sia che l'avesse definito *procurator*, o *institor* sempre come un *institor* doveva essere trattato: « Poco importa

⁴ ANGELINI, *Il procurator* cit., 85; 235, a parere de quale, infatti, il brano sarebbe attendibile, e costituirebbe anzi una delle dimostrazioni più evidenti dell'ipotesi espressa dall'autore sul *procurator*, quale soggetto dotato, a differenza dell'*institor*, solo di poteri tecnici e non prettamente giuridici; v. *supra*, § 3.1; 4.4.

⁵ 'Imperaret' è senza soggetto, tanto è vero che sono state proposte varie correzioni. D'altronde, anche la parte finale 'Plane si adfirmaverit mihi.... sed ex locato tenebitur' da adito a forti sospetti; cfr. SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, cit., 104-105 ss.

⁶ In proposito *praecipue* RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians* cit., 14 ss.

⁷ In particolare VOCI, 'Diligentia', 'custodia' cit., 112. L'Autore ricostruisce il responso nel suo tenore letterale con l'ausilio dei Basilici, e sostiene che una forma di responsabilità vi sarebbe comunque verso il terzo, cambierebbe solo il soggetto chiamato a rispondere: nel caso che fosse lasciato un *institor*, risponderebbe il *fullo*, se un *procurator*, risponderebbe quest'ultimo soggetto.

⁸ *Supra*, § 3.1; 3.2.

⁹ SOLAZZI, *Procurator ed institor in D.14.3.5.10*, cit., 108.

che il *fullo* ‘*peregre proficiscens*’ abbia dato alla persona il nome di *procurator tabernae*. Contano le funzioni e non il titolo. Se colui che il *fullo* ha chiamato *procurator* abbia le stesse incombenze di un *praepositus tabernae*, e cioè il potere di disporre nei negozi della *taberna*, esso è sicuramente un *institor*».

Dal brano, invece, risulta chiaramente che non c’è stata la volontà da parte del *fullo* di affidare al soggetto, da lui lasciato a sorvegliare i *discipuli*, la continuazione dell’attività commerciale. La *taberna*, infatti, è stata *tradita* ai *discipuli*, ed al *relictus* è stato affidato unicamente il compito di sorvegliarli. Non è ingiustificato pertanto supporre col Solazzi¹⁰ che il *relictus* fosse davvero un *procurator* e che questi - forse già nominato, o costituito in occasione della partenza - avesse avuto affidati ben altri compiti e non solo quello di *imperare discipuli*, e dunque non abbia dovuto, né potuto prendere possesso di tutti i beni appartenenti al suo amministrato. D’altronde, la nomina del *procurator* non doveva prevedere una consegna particolareggiata dei beni del gerito.

Inoltre, vi è una seconda importante considerazione da svolgere. Non va dimenticato, infatti, che nel brano si discute di un problema non perfettamente coincidente con le tematiche oggetto di considerazione negli altri frammenti in cui si propone il confronto tra *procurator* ed *institor* : il problema, cioè della responsabilità per fatto altrui, che sembra essere assumere connotati del tutto particolari nel caso delle attività commerciali.

Nel caso di specie, il *fullo* dovrebbe essere chiamato a rispondere non dell’adempimento di negozi posti in essere dai *discipuli* nello svolgimento dell’attività commerciale, ma dell’illecito commesso da uno di essi, con l’indebita appropriazione di alcune delle merci.

Così, è probabile che nel brano esaminato si discutesse non tanto dell’applicabilità o meno dell’*actio institoria*, quanto piuttosto del ricorso alla particolare disciplina che sanciva la responsabilità dell’*exercitor*, o più genericamente di colui che esercita un’attività commerciale, per gli atti illeciti dei propri sottoposti, contemplata più volte nelle fonti a nostra disposizione.

3- La responsabilità del preponente per fatti illeciti : il regime delle *actiones furti et damni adversus nautas, caupones, stabularios*.

Ebbene, limitando la nostra trattazione al furto, nelle fonti ritroviamo una particolare disciplina per le fattispecie criminose poste in essere nell’ambito dello svolgimento di attività commerciali.

Ci riferiamo, in particolare all’editto pretorio relativo alle *actiones furti adversus nautas, caupones, stabularios*, ricordato nel titolo quinto del libro 47 del Digesto¹¹:

¹⁰ SOLAZZI, *Procurator ed institor in D.14.3.5.10*, cit., 112-113.

¹¹ Si tratta di un frammento che è stato oggetto di numerose critiche; cfr. LENEL, *EP* cit., 333 ss.; HUVELIN, *Études d’histoire*, 121 ss.; SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo*, in *Scritti di dir. romano* 3,

D. 47.5.1pr (Ulp. 38 *ad. ed.*): *In eos, qui naves, cauponas, stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicetur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.*

Va ricordato, d'altronde, che disposizioni simili furono previste dai magistrati giurisdicenti anche in ordine ai danneggiamenti realizzati nell'ambito dell'esercizio dell'attività commerciale.

Facciamo riferimento, infatti, alle prescrizioni edittali riguardanti le *actiones damni adversus nautas caupones, stabularios*, menzionate nel paragrafo settimo del titolo nono del libro quarto del Digesto¹², di cui riportiamo, anche questa volta, solo il *principium*:

D. 4.9.7pr (Ulp. 18 *ad. ed.*): *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum prestare: nec immerito factum eorum praestare, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum, si extra navem licet a nautis, non praestabit. Item si praedixerit ut unusquisque vectorum res sua servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.*

Ebbene, si tratta, in particolare, di azioni con le quali si sanciva la responsabilità degli *exercitores*¹³, in particolare dei *nautae, caupones* e *stabularii*¹⁴, per i fatti illeciti (furti e danneggiamenti) realizzati in danno dei clienti direttamente dagli stessi *exercitores* o dai propri dipendenti nell'ambito specifico dell'attività commerciale svolta.

Tuttavia, la disciplina prospettata potrebbe avere una portata più ampia; difatti, l'elemento che accomuna l'attività dei soggetti indicati nell'editto, e che costituisce la *ratio*

Napoli, 1960, 506 ss.; DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, in *Ann. Bari* 12 (1953) 135; SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., 144 ss. Tuttavia, va riconosciuto - come aveva già fatto Lenel - che l'innegabile intervento sull'aspetto formale del brano non è stato suggerito dall'intento di creare *ex novo* un principio sostanziale, in quanto può certamente riferirsi ad Ulpiano tutto il contenuto sostanziale del passo; *praecipue* SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., 144 ss.; FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor* cit., 122 ss.

¹² Anche questo brano, e quelli che immediatamente lo seguono, sono stati oggetto di numerose dispute dottrinali. Per ulteriori dettagli e raggugli bibliografici v. SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., 154; da ultimo, FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor* cit., 99 ss.

¹³ Va precisato che il termine *exercitor* assume nelle fonti significati differenti. Alcune volte è usato per indicare specificamente l'imprenditore marittimo (Gai 4.71; D. 14.1.1.15), in altri casi, invece, viene usato in senso lato per indicare colui che esercisce una *taberna* ed in genere un'impresa commerciale. In queste ultime ipotesi nelle fonti ricorre l'espressione '*is qui tabernam (cauponam o stabulum, o genericamente, negotiationem) exercet*'; cfr. *praecipue* DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 87 nt. 51.

¹⁴ Ebbene, nonostante apparentemente non vi sia piena coincidenza dei soggetti e delle attività commerciali a cui si applica la disciplina prevista dagli editti in questione, l'*inscriptio* dei due titoli è esplicita in proposito ed anche la dottrina, ormai, è concorde nel ritenere che riguardassero entrambi non solo gli *exercitores*, ma anche *caupones* e *stabularii*; v. SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., 144 s.; 154 s.; FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor* cit., 99 s.; 122 s.

della specifica disciplina creata dal pretore, sembra consistere proprio nella circostanza che la commissione degli atti illeciti da punire si ricollega direttamente all'esercizio di un'attività commerciale. Non a caso si fa riferimento all'esercizio di attività marittime (*exercitor, nauta*) o terrestri (*caupo, stabularius*), che si caratterizzavano specificamente come attività di carattere commerciale.

Infatti, va ricordato che le attività svolte da *caupones e stabularii* rientrano nell'ambito di applicazione dell'*actio institoria* (D. 14.3.5.6-7)¹⁵, e non a caso - anche il brano da noi esaminato (D. 14.3.5.10) - è inserito nel lungo frammento di Ulpiano in cui si tratta dei casi di «progressiva espansione dell'area economica di riferimento dell'*actio institoria* e dell'*institor*»¹⁶.

D'altronde, come abbiamo già osservato esaminando la particolare disciplina prevista per gli illeciti commessi dalla *familia publicanorum*¹⁷, appare plausibile che i romani abbiano adottato una *disciplina del tutto peculiare per gli atti illeciti commessi da soggetti legati ad un'organizzazione imprenditoriale*, rispetto alle altre ipotesi di reato.

In quest'ottica è assai verosimile che la disciplina in esame - sebbene risulti specificamente indirizzata nei confronti di determinate forme di attività commerciale - potesse anche rispondere ad esigenze comuni a tutto il settore commerciale, alle quali i magistrati giurisdicenti più volte cercarono di fornire risposte concrete ed adeguate.

I magistrati giurisdicenti, probabilmente, decisero di regolamentare nello specifico le attività descritte proprio perché erano quelle che assumevano un ruolo del tutto particolare nell'ambito dello svolgimento dei traffici commerciali, e la cui disciplina, di conseguenza, rivestiva un ruolo determinante in termini di 'efficienza' del sistema economico¹⁸.

Ebbene, se queste considerazioni si attagliano particolarmente al caso dei *nautae, caupones e stabularii*, tuttavia, possono valere in riferimento a tutte le attività individuate dagli editti relativi all'*actio institoria* ed *exercitoria*.

L'elemento unificante può essere rappresentato non solo dal fatto che chi legittima dei soggetti a svolgere un'attività commerciale nel suo esclusivo interesse - facendo propri

¹⁵ *Supra*, Cap. 2, § 6.

¹⁶ DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 66 s.

¹⁷ Ci riferiamo, ad esempio, agli editti relativi agli atti illeciti commessi dalla *familia publicanorum*, di cui ci siamo già espressamente occupati; cfr. *supra*, § 3.3.

¹⁸ Come sottolinea da ultimo FERCIA, *Criteri di responsabilità* cit., 210 - sulla scia di quanto sostenuto già da SERRAO (*Impresa e responsabilità* cit., 115 s.) e BRAUDEL (*Civiltà materiale, economica e capitalismo (sec. XV-XVIII)*) III *I tempi del mondo*, trad. ital. a cura di C. Vivanti, Torino, 1982, 4 ss., «...gli *exercitores* - in particolar modo i *nautae*, ma anche i *caupones* e gli *stabularii* - nella vita economica romana svolgono un fondamentale ruolo di intermediari - tra mercato libero e rifornimento annonario, anche di pubblico interesse - in occasione di spostamenti via mare e via terra; sicchè le azioni create e promesse dai pretori romani nei loro editti, introducendo un diversificato regime di responsabilità 'oggettiva' dell'*exercitor*, possono considerarsi in una certa misura uno strumento - per utilizzare una terminologia moderna - di 'globalizzazione' economica, proprio perché tendono a garantire la sicurezza dei trasporti di merci viaggianti. L'interesse degli operatori economici, quindi, in termini di efficienza del sistema, in tanto può essere incentivato in quanto gli stessi, in occasione di scambi su lunga distanza, possano contare su adeguati strumenti di tutela dei beni affidati a terzi a tal fine».

i proventi che dovessero derivarne - dovrà essere pronto ad assumersi anche tutti gli oneri che ne conseguono, ma, soprattutto, dalla circostanza fondamentale *che chi esercita un'attività imprenditoriale pone in essere una struttura complessa, idonea a creare l'affidamento dei terzi, e, dunque, proprio a tutela dell'affidamento ingenerato, deve assumersi tutti i rischi ad essa connessi, anche se non derivino o conseguano direttamente da una sua personale condotta.*

Tanto è vero che la disciplina prevista per gli atti illeciti è ancora più rigorosa che per gli atti negoziali. A tal proposito, infatti, i giuristi romani si esprimono chiaramente.

Basta leggere le battute introduttive del commentario *ad edictum* di Ulpiano relativo all'*actio exercitoria* per rendersene conto. Il giurista, infatti, identificata la *ratio* sottesa alla creazione dell'editto '*de exercitoria actione*' (D. 14.1.1pr)¹⁹, si sofferma ad esaminare nello specifico la figura del *magister navis* (D. 14.1.1.1).

Così, dopo averne dato una breve definizione come soggetto '*cui totius navis cura mandata est*', immediatamente procede a distinguerlo dai semplici *nautae*, a causa dei quali è configurabile in capo all'*exercitor* solo una responsabilità *ex delicto*, e mai una responsabilità *ex contractu*²⁰:

D. 14.1.1.2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem: alia enim est contraendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet*'.

Il giurista severiano distingue con particolare chiarezza la disciplina vigente per gli atti leciti e quella prevista, invece, per gli atti illeciti ('*alia enim est contraendi causa, alia delinquendi*'), ponendo in evidenza che colui che prepone un *magister*, autorizza espressamente i terzi a concludere atti negoziali con lo stesso soggetto, mentre chi adibisce alcuni marinai alla cura della nave, non autorizza affatto i terzi a contrarre con loro, anche se dovrà rispondere dei fatti illeciti commessi anche da uno solo di essi.

Infatti, l'*exercitor* risponderà *ex contractu*, e quindi con l'*actio exercitoria*, solo degli atti negoziali posti in essere dal *magister*, quindi dal soggetto espressamente legittimato tramite *praepositio* al compimento degli atti negoziali; risponderà, invece, *ex delicto* anche degli atti illeciti commessi da "*cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint*".

È una conferma di quanto leggiamo nell'editto relativo alle *actiones furti adversus nautas, caupones et stabularios*²¹, in cui espressamente si stabilisce che l'*exercitor* debba

¹⁹ *Supra*, Cap. II, § 1.

²⁰ Solo il *magister* può obbligare l'*exercitor ex contractu*. In proposito già ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, Paris, 1966, 234 ss.; 389 ss., rigettava decisamente l'opinione che il *magister* fosse solo «*les capitaine du navire*», ritenendo, invece, che si trattasse di un «...*agent commercial du propriétaire au de l'armateur du navire*...». A tal proposito anche MOSCHETTI, *Gubernare navis, Gubernare rem publicam*, Milano, 1966, 16; GHIONDA, *Sul magister navis* cit., 327 ss.; GUARINO, *Magister e gubernator navis*, cit., 224 ss.; recentemente in maniera puntuale FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor* cit., 106.

²¹ *Supra*, nt. 11.

rispondere *ex delicto* degli atti commessi da chiunque si trovi sulla nave (*‘a quoquo eorum, quosve ibi habebunt furtum factum esse dicetur’*), e per qualsiasi atto illecito che sia stato realizzato *‘sive...ope consilio exercitoris...., sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset’* (D. 47.5.1).

L'unica differenza riguarda la previsione di una *culpa in vigilando* dell'*exercitor* che sembra profilarsi nell'ultima parte di D. 14.1.1.2 (*‘sed culpa et dolo carere eos curare debet’*), che ha, tuttavia, un sapore spiccatamente giustiniano²².

Ebbene, non possiamo soffermarci sugli aspetti particolari delle prescrizioni edittali in questione, ma possiamo certamente affermare in termini generali che si tratta di una disciplina *particolarmente onerosa*, che potremmo definire in termini di *responsabilità oggettiva*. Una responsabilità che consegue al fatto stesso di esercitare l'attività commerciale, *indipendentemente da ogni criterio di collegamento soggettivo* con chi viene chiamato a risponderne.

In conclusione possiamo rilevare che nelle fonti da noi conosciute *non si ritrova una disciplina di carattere generale per gli atti illeciti connessi all'esercizio dell'attività imprenditoriale, ma regole ed interventi che riguardano singole fattispecie*, coerentemente al tipico modo di procedere dei giuristi e dei magistrati romani.

Tuttavia, i casi menzionati espressamente nelle fonti riguardano alcuni tra i più rilevanti fenomeni di esercizio di attività imprenditoriale (società di pubblicani²³, imprese di navigazione, gestione di locande e di stazioni per il cambio dei cavalli²⁴), ed, inoltre, da tutte le soluzioni prospettate, sembra emergere in maniera inequivocabile la *ratio* comune da noi identificata.

Tornando, dunque, al brano di Ulpiano esaminato nel paragrafo precedente (D. 14.3.5.10), è possibile, pertanto, ipotizzare che Ulpiano ritenesse di dover distinguere le figure del *procurator* e dell'*institor* proprio in riferimento a tale particolare disciplina.

Il parere del giurista può, allora, essere ricostruito nel seguente modo. Qualora il *fullo* lasci un soggetto nella veste di *procurator*, vuole che questi si limiti a sorvegliare e custodire la sua *taberna*. Tale circostanza, non comporta però che il *procurator* sia sfornito di poteri tecnico-giuridici, ma solo che non debba esercitare attività commerciale, con le rilevanti conseguenze ad essa connesse. Responsabile nei confronti del terzo sarà, forse, il *procurator* stesso, però, solo nell'ambito generico del potere di custodia e sorveglianza.

Nel caso, invece, in cui lasci un soggetto in qualità di *institor*, il *fullo* manifesta implicitamente la volontà che questi continui l'esercizio dell'attività a suo nome e nel suo interesse. In tal caso, dunque, il *fullo* sarà responsabile non solo per gli atti negoziali connessi all'esercizio dell'attività commerciale, ma anche per tutto ciò sia ad essa attinente. Così, nel caso di specie, sarà responsabile per il fatto illecito commesso da uno dei *discipuli*, anche a prescindere dalla configurazione di una responsabilità diretta a suo carico (D. 47.5.1).

Ebbene, possiamo concludere le nostre riflessioni sul tema osservando che anche gli ultimi brani esaminati testimoniano chiaramente che ancora in tarda età classica le figure

²² SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., 173.

²³ *Supra*, § 3.3.

²⁴ *Supra*, nt. 11-12.

del *procurator* e dell'*institor* erano dotate di una precisa individualità tecnico-giuridica, che ne delinea con esattezza ambiti di applicazione e disciplina.

Il fatto che in alcuni casi e sotto determinati profili (*actio ad exemplum institoriae*) - come vedremo nei capitoli successivi - le due figure vengano assimilate, non significa che si sia giunti, anche in età classica avanzata, ad una totale equiparazione delle relative discipline. Bisogna rendersi conto, infatti, del carattere stesso dell'assimilazione prospettata in alcuni casi dai giuristi romani, di cui ci occuperemo nei prossimi capitoli.

D'altronde, come abbiamo visto²⁵, e vedremo meglio nei capitoli successivi, anche l'avvicinamento tra mandato e procura non determina la totale assimilazione dei rispettivi regimi.

4- Altri brani giurisprudenziali in cui si profila con chiarezza la netta distinzione tra la figura del *procurator* e dell'*institor* in età classica.

Nelle fonti si ritrovano ancora altre testimonianze in cui i giuristi si occupano di precisare il rapporto intercorrente tra *procurator* ed *institor*.

In essi si legge, ad esempio, che se è il *procurator meus*, un *tutor* o un *curator* a preporre un *institor*, l'azione sarà data contro di me come se fossi stato io personalmente a preporre il soggetto allo svolgimento dell'attività negoziale:

D. 14.3.5.18 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeposuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.*

Il brano, quasi del tutto ignorato dalla dottrina²⁶, sembra ineccepibile nella sua veste formale, ma anche nel suo tenore sostanziale. Non sembra attaccabile sotto alcun profilo, anzi ci restituisce in maniera estremamente chiara e sintetica, e forse, appunto per questo, ancora più evidente, la figura di un *procurator quasi dominus*, il quale, al pari del *tutor* o del *curator*²⁷, compie atti giuridici, anche di una certa rilevanza - quale può essere addirittura quello di preporre un *institor* alla gestione di una impresa commerciale - con *effetti diretti ed immediati* nella sfera giuridica del *dominus negotii*.

Il *dominus negotii*, infatti, sarà chiamato a rispondere *illimitatamente* delle obbligazioni assunte dall'*institor*, come se fosse stato lui in prima persona a preporlo all'esercizio dell'attività commerciale.

²⁵ *Supra*, §§ 6.4; 6.8; 6.9.

²⁶ LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 620 ss.; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 224 ss; cfr. *supra*, § 4.9.

²⁷ Sull'assimilazione del regime del *procurator omnium bonorum* a quello del *tutor* e del *curator* v. *supra*, §§ 3.4; 6.6, nt. 150; v. in proposito, ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 4.

Siamo, allora, in presenza - ancora in tarda età classica - di un *procurator* ‘*paene dominus*’, la cui posizione, è, inoltre, distinta da quella dell’*institor* in modo tale da non lasciare alcun dubbio in proposito.

La posizione del *procurator*, del *tutor* o del *curator* è posta, infatti, su un piano paritario e perfettamente equivalente a quella del *dominus negotii*, anche nei confronti dell’*institor* da essi stessi preposto.

L’*institor*, invece, è il soggetto al quale è affidato il materiale espletamento solo dell’attività imprenditoriale che fa capo al *dominus negotii*, o addirittura di una parte di essa. Il suo incarico, inoltre, è legato all’esistenza di un atto di legittimazione esterna (*praepositio*), perfettamente riconoscibile all’esterno, che può contenere anche specificazioni e limitazioni dell’attività, al quale è rigorosamente vincolato. Gli atti compiuti al di fuori di essa non determinano alcuna responsabilità per il preponente, ma forse, in maniera residuale, solo in capo al preposto.

La questione è discussa²⁸, tuttavia, in ogni caso l’azione esercitabile contro l’*institor* non è l’*actio institoria* prevista dal pretore, ma semmai quella ordinaria nascente dal negozio concluso.

Diversa è la questione nel caso del *procurator*. Egli, infatti, in quanto riveste una posizione paritaria ed equivalente al *dominus negotii* non sembra incontrare limiti nello svolgimento della sua attività nell’interesse del *dominus* stesso; tanto è vero che nei suoi confronti, qualora abbia preposto un *institor*, è possibile addirittura esperire la stessa *actio institoria*:

D.14.3.6 (Paul. 30 *ad ed.*): *Sed et in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debebit institoria.*

Ed, in effetti, la soluzione prospettata nel brano, pur nella sua semplicità e sinteticità, appare particolarmente rilevante. Né può sospettarsi della sua autenticità, in quanto il frammento, del tutto ignorato dalla dottrina, sembra formalmente e sostanzialmente genuino. L’unico sospetto potrebbe riguardare la precisazione ‘*si omnium rerum procurator est*’²⁹. Tuttavia, anche qualora si trattasse di un’interpolazione, avrebbe solo un carattere esplicativo, e dunque, risulterebbe inidonea a privare di fondamento l’affermazione principale contenuta nel responso.

Detto questo, bisogna considerare, tuttavia, che in età classica, accanto ai brani ora descritti e commentati - che ci testimoniano ancora l’esistenza di un *procurator* ‘*quasi*

²⁸ In proposito, MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 208 ss.; *supra*, § 2.1; 2.2.

²⁹ A tal proposito va ricordato che la dottrina più risalente considerava compilatoria l’espressione *procurator omnium bonorum* in quanto del tutto ridondante e pleonastica. In età preclassica e classica, infatti, non sarebbe esistito altro *procurator* che quello dotato di tutti i poteri. L’espressione esaminata, inoltre, era ritenuta sospetta anche per la sua stessa formulazione letterale, palesemente contrapposta a quella del *procurator unius rei*, considerata inequivocabilmente di fattura giustiniana; v. in proposito ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 513 ss.; SERRAO, *Il procurator* cit., 42; SOLAZZI, *Il procurator ad litem* cit., 175 ss. La dottrina successiva, anche se con motivazioni differenti, ne ha riconosciuto, invece, la sostanziale autenticità; cfr. *supra*, §§ 4.1; 4.2.

dominus’, fornito, dunque di poteri illimitati - se ne ritrovano altri in cui, invece, si tratta di un *procurator* al quale è affidato lo svolgimento di singoli incarichi, e che, in alcuni casi, non può realizzare determinati atti di disposizione del patrimonio del *dominus* senza preventiva e specifica autorizzazione³⁰.

Ci siamo già occupati della questione ritenendo che tal circostanza con molta probabilità non è dovuta solo ad alterazioni successive dei testi classici, ma anche ad un prevedibile e necessario mutamento evolutivo della figura descritta, realizzatosi già in età classica.

Ed, in realtà, non vi è dubbio che, se per un verso, risulta assodata e comprovata nelle fonti l’esistenza, ancora in età classica, della particolare connotazione potestativa del *procurator*, che si manifesta principalmente nella considerazione del *procurator* ‘*paene dominus*’³¹, per altro verso, tuttavia, non vi è dubbio che emerge decisamente anche la prospettiva dell’*officium*, che è sicuramente presente nella struttura e disciplina dello stesso *procurator* sin dall’origine. Essa, infatti, si manifesta originariamente solo come esterno riflesso di un rapporto di natura prevalentemente potestativa, ma assume progressivamente un ruolo sempre più rilevante e determinante.

Oltre ai frequenti riscontri presenti, se non altro, già nelle opere ciceroniane³², l’esemplificazione massima della prospettiva del *munus*, dell’*officium* è consacrata e stigmatizzata nella figura del *procurator ad litem* che agisce in veste di ‘rappresentante processuale’, per il quale emerge chiaramente la prospettiva dell’*agere alieno nomine*, dell’ufficio svolto nell’interesse altrui. D’altronde, anche l’avvicinamento al mandato avviene nell’ottica dell’*officium*. Il mandatario è, infatti, colui che svolge un incarico nell’interesse altrui: ‘*qui aliena negotia mandatu domini administrat*’³³.

5 - Mandato e *praepositio*.

Il regime del mandato, tuttavia, nonostante i progressivi tentativi di assimilazione e avvicinamento alle figure dell’*institor* e del *procurator*, come abbiamo già visto³⁴, presenta delle peculiarità proprie.

Delle differenze tra mandatario e *procurator* ci siamo già occupati nel capitolo precedente³⁵, e torneremo ancora ad occuparcene nel corso della nostra trattazione.

In questa sede, ci premeva porre in evidenza alcune caratteristiche tipologiche del mandato, in riferimento soprattutto a quei casi in cui l’oggetto del contratto non riguarda

³⁰ Cfr. *supra*, Cap. V; Cap. VI.

³¹ *Supra*, Cap. IV.

³² v. in proposito FRESE, *Das Mandat in seiner* cit., 411 ss.; ANGELINI, *Op. cit.*, 203 nt. 121,

³³ D. 3.3.1pr.

³⁴ *Supra*, Cap. VI.

³⁵ *Supra*, Cap. V.; VI.

l'affidamento di singoli incarichi ma di amministrazioni di carattere generale (*praepositio, procurator omnium bonorum*).

Come abbiamo già visto precedentemente³⁶, una delle caratteristiche fondamentali del mandato consiste proprio nell'elevato livello di responsabilità del mandatario, connesso ai rigorosi limiti a lui posti nell'esecuzione della sua prestazione.

Si tratta di principi affermati con chiarezza in numerose fonti³⁷, che mostrano con evidenza il rigido rapporto esistente tra le indicazioni date dal mandante e l'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario, pena l'inadempimento e la conseguente *ignominia*.

Il mandatario, infatti, non deve oltrepassare i limiti del mandato e delle prescrizioni in esso contenute³⁸.

Di conseguenza, il mandatario è inadempiente in tutti i casi in cui ha venduto l'oggetto del mandato ad un prezzo inferiore rispetto a quello indicato dal mandante (D. 17.1.5.3), o se incaricato di comprare ad un prezzo determinato, abbia acquistato ad un prezzo superiore (D. 17.1.5.2):

D. 17.1.5 pr. (Paul. 32 ad ed.): *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: 1. nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit tenetur. 2. Itaque si mandavero tibi, ut domum Seianam centum emeris tuque Titianam emeris longe maioris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implere mandatum. 3. Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum, non obstat mibi exceptio, nisi et reliquum mibi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves. 4. Servo quoque dominus si praeceperit certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest nec ulla exceptione summovebitur, nisi indemnitas ei praestetur. 5. Melior autem causa mandantis fieri potest, si, cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeris, tu eum minoris emeris vel tantidem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti.*

Ma vi è di più. Il mandatario, infatti, gode di un margine di autonomia estremamente limitato, tanto che viene considerato inadempiente qualora compia un negozio parzialmente o totalmente diverso da quello che si era impegnato di fare, anche se per il corrispettivo pattuito o per un corrispettivo inferiore, e anche nel caso in cui riesca addirittura ad ottenere risultati migliori, sia in termini quantitativi che qualitativi, rispetto a quelli pretesi dal mandante.

Così, risulterà inadempiente anche nel caso in cui gli sia stato affidato il compito di acquistare una determinata abitazione ad un prezzo determinato, e ne abbia invece

³⁶ *Supra*, § 6.2, nt. 63-64.

³⁷ D.2.14.13pr; D.12.2.19; D.17.1.36.2-3; D.17.1.62.1; su cui v. in particolare, DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., 168; LITEWSKI, *La responsabilité du mandatataire*, cit., 106ss; da ultimo RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità*, cit., 176ss.

³⁸ cfr. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 179ss e bibliografia ivi citata.

acquistata un'altra di valore maggiore allo stesso prezzo, o addirittura ad un prezzo inferiore (D. 17.1.5.2)³⁹.

Non vi è dubbio che anche il mandatario gode di un certo margine di discrezionalità, visto che nel realizzare il compito affidato deve anche tener presenti le circostanze nelle quali il mandato fu conferito, lo scopo, la normale e consueta attività del mandante. Infatti, in tale ambito il mandatario potrà compiere tutto ciò che può servire come strumento di esecuzione dell'incarico⁴⁰.

Tuttavia, i giuristi precisano con estrema chiarezza e fermezza che il mandatario non potrà mai oltrepassare i limiti a lui imposti dal mandante.

Il *parametro fondamentale* per la determinazione dei poteri del mandatario è costituito, infatti, unicamente dalla *volontà del mandante*, al di là della situazione oggettiva, o dell'economia e convenienza dell'affare.

Volendo, pertanto, proporre un confronto tra il regime del mandato e quello della *praepositio* - esaminato nei paragrafi precedenti⁴¹ - si percepisce con evidenza la netta differenza tra mandato e *praepositio*.

Nel mandato è principalmente la volontà del mandante a determinare il contenuto dell'incarico, il quale deve essere preventivamente stabilito in maniera dettagliata perché costituisca per il mandatario un limite effettivo alla sua discrezionalità.

Nel caso della *praepositio institoria* ed *exercitoria*, la volontà del preponente, invece, è solo l'atto iniziale di investitura, e solamente uno dei limiti allo svolgimento dell'attività commerciale, che si determina prevalentemente in relazione alle esigenze concrete di realizzazione del suo oggetto, con inevitabili riflessi in ordine alla pubblicità, e dunque, alla responsabilità del preponente nei confronti dei terzi⁴².

La *praepositio*, dunque, individua *solo genericamente* l'ambito dell'attività svolta dal preposto, che invece *si concretizza e specifica durante l'esercizio dell'incarico* anche in relazione alle concrete e, spesso, imprevedibili esigenze dell'attività stessa. Ed è proprio per questo motivo che la *praepositio* risponde anch'essa a rigidi criteri di *tipicità*⁴³, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di *protezione dell'affidamento dei terzi* contraenti.

Il mandato, invece, è un rapporto che solitamente si svolge unicamente tra mandante e mandatario. *Non ha alcuna rilevanza esterna, non è soggetto a pubblicità*, pertanto è conforme a equità che nel valutare la responsabilità del mandatario ed, eventualmente, del mandante si tenga conto unicamente o principalmente dei rapporti intercorsi tra i due soggetti in questione, determinati principalmente dalla volontà del mandante. *Trattandosi, infatti, di un rapporto di carattere interno, non comporta solitamente esigenze di tutela dei terzi contraenti.*

³⁹ Può considerarsi adempiente il mandatario che sia disposto a rimettere la differenza tra la somma determinata dal mandante e quella effettivamente spesa: D. 17.1.3.2 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 17.1.4 (Gai 2 *rerum cottid.*). In tal senso anche ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 181.

⁴⁰ D. 3.3.56 (Ulp. 65 *ad ed.*); D. 3.3.57 (Ulp. 74 *ad ed.*); D. 3.3.58 (Paul. 71 *ad ed.*); D. 3.3.59 (Paul. 10 *ad Plaut.*); D. 3.3.60 (Paul. 4 *resp.*); D. 3.3.61 (Paul. 1 *ad Plaut.*); D. 3.3.62 (Pomp. 2 *ex Plaut.*).

⁴¹ *Supra*, §§ 2.7; 2.8; 2.9.

⁴² *Supra*, §§ 2.7; 2.8; 2.9.

⁴³ *Supra*, §§ 2.6; 2.9.

6- Mandato generale: profili di classicità. Il *procurator omnium bonorum* ed il mandato generale.

I caratteri del mandato, individuati nei paragrafi precedenti⁴⁴, potrebbero tuttavia non trovare conferma nel regime previsto per il c.d. mandato generale.

Si tratta, infatti, di una figura contrattuale, estremamente controversa, individuata tramite un' espressione che non si ritrova nelle fonti, ma che è stata coniata dalla dottrina per designare alcune ipotesi di mandato che hanno ad oggetto il conferimento di un'amministrazione di carattere generale.

Ebbene, alcuni autori⁴⁵, ne hanno negato radicalmente la classicità in quanto contrasterebbe con la natura del mandato come atto volto al conferimento di incarichi specifici (*supra*, § 7.5), e con la natura dell'*actio mandati*, qualificata nelle fonti come *iudicium speciale*⁴⁶.

Altri, invece, al contrario ne hanno ammesso la piena autenticità e risalenza nel tempo, ammettendone la configurazione già in età repubblicana⁴⁷. Questi autori, infatti, hanno voluto ravvisare nel mandato generale l'atto di conferimento dei poteri al *procurator omnium bonorum*. Infatti - a parere degli stessi - il *procurator* sarebbe stato dotato solo di poteri di carattere economico, se non gli fossero stati conferiti poteri generali di amministrazione del patrimonio del *dominus negotii* proprio tramite mandato generale.

Ebbene, a noi sembra che per affrontare con chiarezza le complesse problematiche connesse alla figura del mandato generale debbano essere distinte due questioni. L'una relativa al regime e alla classicità del mandato generale. L'altra relativa all'applicazione di tale schema negoziale nei rapporti intercorrenti tra *dominus negotii* e *procurator omnium bonorum*. Si tratta di due questioni tra loro connesse, ma che è necessario distinguere per non confondere piani differenti, anche se tra loro interagenti.

In ordine alla prima questione a noi sembra che - con le dovute cautele - possa essere riconosciuta la classicità al mandato generale⁴⁸, a patto di ritenere, tuttavia, che con

⁴⁴ *Supra*, § 6.2; 7.5.

⁴⁵ ALBERTARIO, 'Actio de universitate', cit., 91; ID., *Procurator unius rei*, cit., 497ss; FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio*, cit., 341 ss.; ID., *Da Mandat in seiner Beziehung*, cit., 431ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., 109.

⁴⁶ D.17.2.38pr (Ulp. 6 ad Sab.); *infra*, nt. 60.

⁴⁷ ANGELINI, *Il procurator*, 110, il quale ritiene addirittura che il mandato generale sia un fenomeno possibile fin da quando il mandato è stato azionabile nella società romana. Vi sarebbero, in proposito, numerose testimonianze, anche di carattere letterario, che proverebbero l'esistenza di mandati generali fin dal periodo più antico, e queste testimonianze rivestirebbero un particolare valore poiché riguarderebbero proprio il caso del *procurator*. In proposito per un approfondimento ulteriore della posizione di Angelini cfr. *supra*, Cap. IV, nt. 127; 260-261.

⁴⁸ In tal senso si erano espressi ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 57ss; WATSON, *Contract of mandate*, cit., 37ss. Gli Autori, in questione, infatti, si sono pronunciati in senso favorevole al progressivo avvicinamento del regime della procura e del mandato, e hanno ritenuto pertanto di poter riconoscere la classicità anche della figura del mandato generale. D'altronde, in tal senso si era espresso BONFANTE, *Facoltà e decadenza* cit., 259-260, il quale riteneva che il mandato generale fosse stato perfettamente conosciuto dalla giurisprudenza romana classica, ed anzi che esso fosse stato creato proprio in relazione al *procurator*. A tal proposito, per una valutazione critica dell' ipotesi di Bonfante, cfr. *supra*, § 6.1. Si sono

esso non si intenda il mandato che investe il *procurator omnium bonorum* di tutta l'amministrazione dei beni del *dominus negotii*, come vuole Angelini⁴⁹, ma quello che affida al mandatario il compimento di uno o più negozi individuati nella specie o nel genere.

Bisognerebbe, forse, più propriamente parlare di mandato 'generico'⁵⁰ più che di mandato generale, individuando il suo oggetto nel conferimento di più negozi individualmente considerati, o più negozi individuati nel genere.

Altrimenti, se non riconosciamo tale circostanza, saremmo costretti ad ammettere che il mandato generale facesse eccezione alle principali regole vigenti in ordine al mandato. Si riconoscerebbe, infatti, una figura di mandato con 'oggetto incerto', in cui non sarebbe possibile individuare e predeterminare i limiti dell'operato del mandatario, e di conseguenza della sua responsabilità⁵¹.

Va riconosciuto, tuttavia, che ogni ipotesi prospettabile a tal proposito è destinata ad avere unicamente un carattere congetturale. Non abbiamo, infatti, fonti da cui si possa evincere con chiarezza il contenuto del mandato generale.

Vi è un unico dato testuale certo che si percepisce con immediatezza leggendo le testimonianze che riguardano il c.d. mandato generale, e che potrebbe rivestire in tal senso un ruolo significativo. Si tratta dell'espressione che viene utilizzata nelle fonti per individuare l'esistenza di tali ipotesi di mandato: si legge, infatti, di un incarico che viene conferito allo scopo di '*negotia gerere*' o '*administrare*'.

In tal senso basti considerare le principali testimonianze in nostro possesso:

Gai 3, 155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus seve aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me vel te mihi bona fide prestare oportet.*

D.17.1.2.1 (Gaius 2 *cott.*): *Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi tandem ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeris vel ut pro me fideiubeas. 2. Aliena tantum, veluti si tibi tandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emeris vel ut pro eo fideiubeas.*

In realtà, non vi sono fondati motivi per dubitare dell'autenticità della testimonianza gaiana⁵². Tuttavia, come già rilevato da Arangio Ruiz⁵³, non si può d'altronde essere certi del fatto che Gaio, così scrivendo, pensasse senz'altro ad un soggetto investito all'amministrazione generale degli affari di una persona. E tale osservazione risulta ancora

espressi per la classicità del mandato generale anche ANGELINI, *Il procurator*, cit., 103 ss; BURDESE, *Sul procurator*, cit., 321-322.

⁴⁹ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 112 ss.

⁵⁰ Raccogliamo, in tal senso, il suggerimento implicito di BURDESE, *Sul procurator*, cit., 321, che - nel riconoscere la classicità di tale mandato - utilizza più opportunamente l'espressione mandato generico, senza precisarne, tuttavia, il contenuto.

⁵¹ Si tratta di elementi strutturali fondamentali del contratto di mandato, espressamente ravvisabili nelle fonti in nostro possesso; cfr. *praecipue supra*, §§ 6.2; 7.5.

⁵² v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 104 e bibliografia ivi citata.

⁵³ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 57ss.

più rilevante se si pensa al mandato conferito *per la gestione dei beni altrui*. Sembrerebbe eccessivo ammettere, infatti, che il mandante potesse conferire al mandatario il potere di amministrare *tutti i beni di un terzo soggetto a lui estraneo*. Si tratterebbe, infatti, di un contratto con cui si autorizza un soggetto a disporre *in toto* di beni appartenenti ad un terzo soggetto.

D'altronde, in ordine alla terminologia usata per designare le ipotesi di mandato generale, possiamo considerare un'ulteriore testimonianza gaiana, che trova, inoltre, perfetta corrispondenza in passo di Scevola:

D. 3.3.46.7 (Gaius 3 *ad ed. prov.*): *Si duobus mandata sit administratio negotiorum, quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte acturus sit?*

D.17.1.60.2 (Scev. 1 *resp.*): *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur. Respondi unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur.*

Vi è dunque, perfetta corrispondenza terminologica tra i passi di Gaio e quello di Scevola⁵⁴ nell'identificare il mandato generale con l'ipotesi in cui al mandatario venga affidata la 'gestio' o l' 'administratio' di *negotia* propri o altrui.

Nel caso del *procurator omnium bonorum* ricorrono, invece, espressioni ben diverse. Abbiamo già visto, infatti, che nelle fonti la terminologia ricorrente fa riferimento ad un *procurator omnium rerum* o *totorum bonorum* o *omnium bonorum*, oppure ad un'espressione più complessa quale 'procurator, cui universorum bonorum administratio permessa o concessa o mandata est'⁵⁵. Nel caso del mandato generale manca dunque il riferimento generalizzato 'a tutti i beni' del mandante o del terzo.

In realtà, la sola differenza terminologica individuata - di per sé significativa- non è sufficiente a provare che nel conferimento di un mandato generale non possa ravvisarsi propriamente il conferimento dell'amministrazione generale dei beni di una persona, con l'ampiezza prevista e consentita alla figura del *procurator omnium bonorum* di Ciceroniana memoria, ed ancora attestato in molte testimonianze di età classica⁵⁶.

Vi è, tuttavia, un passo che potrebbe fornire qualche indicazione ulteriore sull'oggetto del mandato e sull'azione che lo tutela:

D.17.1.31 (Iul. 14 *digest.*): *Si negotia mea mandavero gerenda ei, qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, etsi post annum cum eo mandati*

⁵⁴ v. anche D.17.1.6.1 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actionem erit conveniendus, nec recte negotiorum gestorum cum eo agatur: nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset.*

⁵⁵ *Supra*, § 4.4.

⁵⁶ *Supra*, Cap III, § 1; 2; 3.

agam, prestare mihi quadruplum debet: nam qui alterius negotia administranda suscipit, id prestare debet in sua persona, quod in aliorum.

Si tratta, in realtà, di un passo alquanto controverso, in cui si prospetta il seguente caso: un tale ha conferito mandato di gestire alcuni suoi affari a colui che era tenuto nei suoi confronti con un'azione in *quadruplum*, che dopo un anno sarebbe divenuta in *simplum*. Se dopo un anno il mandante agisce con l'*actio mandati*, il mandatario gli dovrà restituire il *quadruplum*. Infatti chi ha assunto l'onere di '*administrare negotia aliena*', deve prestare non solo quanto dovuto dagli altri ma anche quanto dovuto da se stesso.

La dottrina più antica⁵⁷ riteneva interpolata nel brano la menzione dell'*actio mandati*. Arangio Ruiz⁵⁸, riteneva che il principio del '*a semetipso agere*' chiaramente richiamato nel brano, sarebbe tipico dei *iudicia generalia*, e, dunque, mal si concilierebbe con la natura dell'*actio mandati* come *iudicium speciale*.

Angelini⁵⁹, invece, non riteneva di dover ravvisare un collegamento necessario tra la distinzione prospettata da Paolo⁶⁰ tra *iudicia generalia* e *specialia* e il principio dell'*a semetipso agere*'. Quest'ultimo principio ricorrerebbe, infatti, nel caso della tutela e della *negotiorum gestio*, ma non nel caso dell'*actio pro socio*, che pur è inserita dal giurista nel novero dei *iudicia generalia*.

Secondo, Finazzi⁶¹, in fine, il passo dimostrerebbe che 'il *negotia gerere*' affidato al mandatario implicava l'amministrazione di tutti i beni del mandante e non solo lo svolgimento di una pluralità di negozi individuati specificamente. Il fatto stesso di porre a carico del gestore l'obbligo di '*a semetipso agere*', indicherebbe che si tratta di un *iudicium generale*.

Ebbene, probabilmente si tratta di una questione destinata a non trovare mai una soluzione univoca. Le fonti in nostro possesso non ci offrono, infatti, elementi certi in ordine al contenuto del mandato generale. D'altronde, il fatto stesso che in un solo passo si preveda l'obbligo per il mandatario di '*a semetipso agere*,' non può di per sé costituire prova determinante in ordine al contenuto del mandato.

Inoltre - ferma restando la natura di *iudicium speciale* dell'*actio mandati* - se il mandante avesse conferito al mandatario un incarico avente ad oggetto lo svolgimento di una pluralità di negozi individuati nella loro individualità o nel genere - riguardanti ad esempio la riscossione di alcuni crediti facenti capo al mandante, tra cui anche quello gravante sullo stesso mandatario - non vi è dubbio che il mandatario sarebbe stato obbligato a riscuotere anche da se stesso quanto dovuto al mandante.

⁵⁷ FRESE, *Da Mandat in seiner Beziehung*, cit., 439ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., 152ss.

⁵⁸ *Il mandato*, cit., 75-76.

⁵⁹ *Il procurator*, cit., 108-109.

⁶⁰ D.17.2.38 pr (Paul 6 *ad Sab*): *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate, quod sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimaverit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, comodati, depositi)*; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 23 con ampia nota bibliografica; da ultimo FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 244, al quale si rinvia per un'accurata disamina della questione ed un completo aggiornamento bibliografico.

⁶¹ *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, cit., 244.

D'altronde, non accettando l'idea che il mandato generale - sebbene riguardasse una pluralità di atti - dovesse comportare l'individuazione in modo più o meno generico di tali atti, dovremmo giungere alla conclusione che il mandato generale faceva eccezione alle principali regole vigenti in tema di mandato.

Le fonti, infatti, ci dicono chiaramente che il mandatario non deve oltrepassare i limiti del mandato e delle prescrizioni in esso contenute: *'diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt... nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit tenetur'*⁶².

Il mandatario viene considerato inadempiente qualora compia un negozio parzialmente o totalmente diverso da quello che si era impegnato di fare. L'oggetto del mandato è sempre rigorosamente predeterminato, e costituisce un limite invalicabile per l'attività del mandatario⁶³, che deve realizzarlo compiutamente e esattamente nel rispetto dell'*officium* che su di lui incombe, pena l'*ignominia*.

Di conseguenza, un mandato che riguardasse *una pluralità di atti, tuttavia individuati nella loro specificità o nel genere, potrebbe essere compatibile con la natura ed il regime del mandato*. Diversamente, ci appare del tutto inconciliabile con il regime del contratto in questione, l'esistenza di un mandato che possa comportare il conferimento dell'amministrazione di tutti i beni del mandante, alla stregua di un *procurator omnium bonorum*. Basti pensare che il mandatario - sulla base del semplice contratto di mandato - come abbiamo già visto - non poteva acquistare nè possesso nè proprietà al mandante.

Va anche considerato che nei passi relativi al c.d. mandato generale - che abbiamo fin qui esaminato - non si fa mai menzione diretta del *procurator omnium bonorum*, né di altra figura di *procurator*.

Inoltre, va valutata un'altra importante circostanza. Dai brani considerati⁶⁴ sembra evincersi chiaramente che i casi di mandato generale sono considerati e disciplinati unicamente per la regolamentazione dei *rapporti interni* intercorrenti tra mandante e mandatario. Non sembra emergere *alcuna rilevanza esterna* del rapporto di mandato, per quanto di contenuto generale, nei confronti dei terzi che entrano in relazione con il mandatario.

Quindi, in definitiva, è anche possibile supporre che il mandato generale avesse potuto trovare riconoscimento nell'ambito dell'età classica, ma è certo che esso *non potesse costituire l'atto di legittimazione o di autorizzazione* fondante i poteri del *procurator omnium bonorum*.

Infatti, con molta probabilità il mandato in questione non era idoneo a conferire al soggetto che lo riceveva poteri di amministrazione generale di tutti i beni del mandante, ma soprattutto non poteva rivestire alcuna 'rilevanza esterna', idonea ad attribuire al mandatario l'autorizzazione a compiere atti nell'interesse ed in nome del mandante.

⁶² D. 17.1.5 pr. -1 (Paul. 32 *ad ed.*); cfr. *supra*, § 7.5.

⁶³ Pertanto se incaricato di vendere una certa casa ad un prezzo ben determinato, si ha inadempimento in tutti quei casi in cui il mandatario ha venduto l'oggetto del mandato ad un prezzo inferiore rispetto a quello indicato dal mandante (D. 17.1.5.3), o se incaricato di comprare la casa Seiana ad un certo prezzo, abbia acquistato ad un prezzo superiore, o ne abbia acquistata un'altra anche ad un prezzo inferiore (D. 17.1.5.2).

⁶⁴ D.17.1.2.1 (Gaius 2 *cott.*); D. 3.3.46.7 (Gaius 3 *ad ed. pron.*); D.17.1.31 (Iul. 14 *digest.*).

Volendo, pertanto, ricostruire il processo storico che ha condotto alla creazione del mandato generale potremmo ipotizzare che in età classica avanzata vi sia stata *una progressiva sussunzione sotto lo schema del mandato di varie ipotesi tipiche, iniziando proprio da ipotesi di mandato specifico nell'interesse del mandante, per passare poi via via a ipotesi di mandato, da un lato generico, dall'altro nell'interesse di terzi o eccezionalmente anche dello stesso mandatario*⁶⁵.

È probabile, infatti, che i giuristi classici - a partire da un certo momento storico - abbiano ritenuto di poter ravvisare anche nel rapporto intercorrente tra *dominus* e *procurator omnium bonorum* gli estremi per l'applicazione dell'*actio mandati*⁶⁶, e progressivamente dunque anche per la configurazione di un contratto di mandato vero e proprio.

Infatti, mentre non trova conferma nelle fonti l'idea che a tutti i *procuratores omnium bonorum* fosse conferito un mandato generale, è, invece, ampiamente documentata, a partire dal II sec. d.C., l'applicazione dell'*actio mandati* nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra *dominus negotii* e *procurator omnium bonorum*⁶⁷.

Ed, in effetti, nei brani in cui si riconosce l'applicazione dell'*actio mandati* nei rapporti tra *procurator* e *dominus negotii*⁶⁸, non si legge espressamente che al *procurator* è stato conferito un mandato, ma unicamente che nel caso di specie può applicarsi l'*actio mandati* nel regolamentare i rapporti intercorrenti tra *dominus negotii* e *procurator*.

La differenza è rilevante. Ritenere, infatti, che il *procurator* ricevesse i poteri di amministrazione e disposizione dei beni del suo *dominus negotii* sempre da un mandato generale a lui conferito, è cosa ben diversa dall'affermare che nei rapporti tra questi due soggetti potesse anche applicarsi l'*actio mandati*, unicamente allo scopo di regolamentare i loro rapporti interni.

Ci sembra, infatti, di poter notare che in tutti i brani in questione si discute della regolamentazione dei rapporti interni tra *procurator* e *dominus negotii*, e non dell'efficacia dei

⁶⁵ In tal senso specificamente BURDESE, *Sul procurator*, cit., 321.

⁶⁶ *Supra*, § 4.10, ntt. 269.

⁶⁷ *Supra* § 4.10.

⁶⁸ D.15.3.17pr (Afr. 8 quaest.): *Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nibilo minus cum domino de in rem verso agi existimavit. Nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum*; D.17.1.34pr (Afr. 8 quaest.): *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. Respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. His argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nibilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum catione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*; D.17.1.55 (Pap. 1 resp.): *Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed traditas non reddit, sudicio mandati, non furti tenetur*; D. 21.1.51.1 (Afr. 8 quaest.): *Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nibilo magis eo nomine agere possit: at cum ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendum*; Per un'attenta disamina dei testi e della ricca bibliografia che si è sviluppata sugli stessi v. Cfr. v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 104; da ultimo, FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 238ss.

negozi conclusi dal *procurator* nei confronti dei terzi o del patrimonio del *dominus negotii* stesso⁶⁹.

E' chiaro, tuttavia, che nel tempo l'applicazione dell'*actio mandati* nella regolamentazione dei rapporti interni tra *dominus negotii* e *procurator* abbia potuto indurre i giuristi a riconoscere l'esistenza di un vero e proprio rapporto contrattuale di mandato tra i due soggetti, anche se tale circostanza non determinò - ancora in tarda età classica, come abbiamo precisato più volte - la piena coincidenza tra la sfera di applicazione del mandato e quella della procura.

Numerose sono le fonti in cui si distingue ancora il regime e la disciplina applicabile al *procurator* da quelli relativi al semplice mandatario⁷⁰, anche se sempre più spesso, invece, si tratta del *procurator* mandatario, cioè del soggetto che cumuli in sé le due qualifiche⁷¹.

⁶⁹ D.15.3.17pr (Afr. 8 *quaest.*); D.17.1.34pr (Afr. 8 *quaest.*); D.17.1.55 (Pap. 1 *resp.*): *Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed traditas non reddidit, sudicio mandati, non furti tenetur*; D. 21.1.51.1 (Afr. 8 *quaest.*); cfr. supra, nt. 68. Eguali considerazioni valgono - nostro parere - anche in ordine alla testimonianza dei giuristi del III sec. d. C. in cui si menziona l'applicazione dell'*actio mandati* per la regolamentazione dei rapporti tra *procurator* e *dominus negotii*. Per una accurata ricognizione dei brani in questione v. ancora FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 252ss.

⁷⁰ *Supra*, §§ 6.3; 6.8.

⁷¹ *Supra*, §§ 6.1; 6.9.

CAP. VIII

L'ACTIO «AD EXEMPLUM INSTITORIAE».

1-Quadro riassuntivo della pluralità dei presupposti tecnico-giuridici necessari per la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

Nel capitolo introduttivo abbiamo fatto riferimento all'*actio ad exemplum institoriae* o *quasi institoria*. Si tratta, come dicevamo, di un'azione fortemente discussa sia in ordine alla sua classicità, sia in relazione ai presupposti che ne determinarono la concessione.

Innanzitutto dobbiamo ricordare che i brani relativi alle applicazioni dell'*actio ad exemplum institoriae* o *quasi institoria* sono pochi; sono riferibili, nella loro quasi totalità, a Papiniano, e soprattutto, fanno riferimento a situazioni giuridiche fra loro profondamente differenti. Alcuni configurano ipotesi di *praepositio*, anche se procuratoria (D. 14.3.19pr), altri prevedono ipotesi di mandato, o più genericamente, di attribuzione a terzi del compimento di singoli incarichi (D. 3.5.30(31); D. 17.1.10.5; D. 19.1.13.25; C.4.25.5), altri ancora si riferiscono al caso del *vilicus* (D.14.3.16).

In proposito sono state espresse differenti ipotesi dottrinali. Tralasciando quelle che negano radicalmente attendibilità ai brani in questione⁷², ormai decisamente superate, le altre possono riassumersi - come accennavamo in premessa - in due orientamenti principali.

In particolare, per alcuni studiosi⁷³, la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* sarebbe dovuta a motivazioni di carattere strettamente tecnico, ed in particolare all'impossibilità di ravvisare, nelle fattispecie contemplate, l'esistenza di una *praepositio* in senso proprio.

Altri⁷⁴, invece, hanno creduto di ritrovare una giustificazione plausibile in motivazioni di carattere sociale prima che giuridico, ritenendo che, nei casi in questione,

⁷² In particolare v. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., 71 ss.; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 200; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 176 ss.

⁷³ SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 481 ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II, 307, nt. 3; KRELLER, *Formula ad exemplum* cit., 73 ss.; COSTA, *Actio exercitoria ed institoria*, cit., 39 ss.; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 394 ss.; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 95; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 617 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* cit., 1 ss.; ID., '*Actio ad exemplum institoriae*' e categorie sociali, cit., 191 ss.; BENKE, *Zur Papinians actio* cit., 592 ss. Infatti, gran parte degli studiosi citati ritiene che l'*actio ad exemplum institoriae* sarebbe stata accordata ad un terzo che avesse contrattato con un *procurator*, e non anche al terzo che avesse contrattato con un semplice mandatario; v. *infra*, § 8.3.

⁷⁴ RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 275 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 233.

L'*actio institoria* diretta non potesse essere utilizzata per l'impossibilità di assimilare le figure dell'*institor* e del *procurator*. Secondo costoro, infatti, la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* non sarebbe dovuta al fatto che l'attività da tutelare non rientrasse tra quelle commerciali in senso stretto, e quindi nel concetto tecnico di *praepositio*, ma alla diversità delle posizioni sociali rivestite dal *procurator* e dall'*institor*.

Ebbene - dopo aver proceduto ad un'attenta valutazione delle figure del *procurator* e dell'*institor* - anche in relazione all'ambito di applicazione del contratto di mandato - possiamo, ora, tentare di dare delle risposte ad alcuni dei principali interrogativi che si pongono in ordine all' *actio ad exemplum institoriae*.

Innanzitutto, possiamo verificare la *classicità dell'equazione comparativa* che essi pongono tra *institores* e *procuratores*, in relazione alle fonti della età precedente, ma anche, e soprattutto in rapporto a quelle coeve, in cui, invece, le due figure sono nettamente distinte.

Possiamo, in fine, accertare i criteri in base ai quali viene proposta l'assimilazione dei regimi del *procurator* e dell'*institor*, le ragioni che vi stanno alla base, e quindi determinare se sia stata suggerita dall' «oscuramento»⁷⁵ dei concetti giuridici coinvolti, in particolare di quello del *procurator*, o se, invece - ferma restando la configurazione tipica e coerente degli istituti e delle regole differenti per essi vigenti - si sia proceduto ad operare di volta in volta delle forme di assimilazione tra gli stessi, allo scopo di dare tutela a fattispecie particolari.

Procediamo, dunque, con ordine. Nel corso dell'esame del regime dell'*actio institoria*⁷⁶, e, sotto determinati profili, anche di quello del *procurator* e del mandato, abbiamo potuto osservare che si trattava di fenomeni *chiaramente ed indiscutibilmente* distinti, per i quali erano previste regole profondamente differenti.

Pertanto, è estremamente difficile ipotizzare, anche in tarda età classica, che sia stata proposta ed ammessa una 'generalizzata assimilazione' tra la *praepositio ad mensam*, la *praepositio mutuis accipiendis* e, addirittura, il mandato specifico.

D'altronde, nelle fonti in nostro possesso la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* non sembra prospettarsi come una soluzione giuridica pacificamente riconosciuta, ma piuttosto come una soluzione ascrivibile ad un solo giurista, anche se probabilmente condivisa da altri giuristi del tempo⁷⁷.

⁷⁵ BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 13, il quale ritiene che «...poiché essenzialmente romano, l'istituto del *procurator* doveva oscurarsi nella progressiva espansione del popolo, e svanire nella società romano ellenica».

⁷⁶ *Supra*, § 2.1: 2.2. Per una trattazione più dettagliata e compiuta v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 188.

⁷⁷ Infatti, dei frammenti che si riferiscono all'*actio ad exemplum institoriae*, uno soltanto (D. 14.3.19pr) è direttamente tratto da terzo dei *libri responsorum* di Papiniano; altri due (D. 17.1.10.5 e D. 19.1.13.25), sono brani di Ulpiano, ma rinviano espressamente allo stesso libro dei responsi papiniani; il quarto (D. 3.5.31(30)pr) è attribuito sempre a Papiniano e ai suoi *libri responsorum*, ma, a quanto si legge nell'*incryptio*, al secondo e non al terzo dei libri in questione.

Non vi sono elementi dai quali dedurre un riconoscimento generale dell'*actio ad exemplum institoriae*⁷⁸. Sembra difficile credere, infatti, che si stia prospettata una *soluzione unica* in ordine a fattispecie tra loro così diverse.

Infatti, ammettendo un riconoscimento generalizzato di tale processo di assimilazione, bisognerebbe accettare l'idea che i giuristi romani avessero proposto e realizzato non solo l'assimilazione delle figure dell'*institor* e del *procurator* - e, dunque, del rapporto intercorrente tra preponente e *institor* a quello esistente *tra dominus negotii* e *procurator* a cui era conferita una *praepositio* (D. 14.3.19pr) - ma anche l'assimilazione della *praepositio institoria* al semplice rapporto di mandato conferito ad un *procurator* o, addirittura, a determinate situazioni di fatto e di diritto idonee a determinare, tuttavia, un generico affidamento da parte dei terzi (D. 19.1.13.25 D. 17.1.10.5.e D. 3.5.31(30)pr)⁷⁹.

Di conseguenza, è plausibile riconoscere l'autenticità di quei brani in cui viene concessa l'*actio ad exemplum institoriae*, poiché nella fattispecie descritta si ravvisa quantomeno l'esistenza di una *praepositio procuratoria* (D.14.3.19pr).

D'altronde, la mancata applicazione - anche in via analogica - del regime previsto per l'*actio institoria* al caso in cui il *dominus* avesse preposto un *procurator* e non un *institor* all'esercizio di un'attività commerciale di carattere continuativo, avrebbe comportato una indebita elusione della disciplina in questione, e un'inadeguata tutela per i terzi contraenti.

Al contempo, se si fosse ammessa l'*actio ad exemplum institoriae* per ogni mandato - anche dotato di una certa rilevanza esterna - si sarebbe del tutto snaturata la disciplina dell'*actio institoria*.

È, pertanto, alla luce delle predette considerazioni che devono essere esaminati i brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae*, per valutare se ricorrano effettivamente i presupposti che rendono applicabile in via analogica il regime dell'*actio institoria*.

Infatti, ci sembra di poter affermare e dimostrare che, anche in tarda età classica, la tipicità delle figure del *procurator* e dell'*institor* è mantenuta salda nel pensiero e nelle soluzioni concrete apprestate dai giuristi romani, e che l'estensione della disciplina dell'*actio institoria* al caso del *procurator praepositus* (D.14.3.19pr) avvenga proprio nell'ottica della coerenza della disciplina dell'*actio institoria*. L'esigenza tutelata è quella di superare il dato formale, per far prevalere quello sostanziale.

In tal senso, ma con maggiore difficoltà, può anche ammettersi che qualche giurista abbia potuto proporre l'applicazione della stessa disciplina ad una situazione del tutto differente, ma che era comunque idonea a determinare l'affidamento dei terzi (mandato conferito a *procurator* o *libertus* portato a conoscenza dei terzi; cfr. D.17.1.10.5; D.3.5.31(30)pr).

Infatti, come accennavamo precedentemente, la 'tipicità' delle figure e delle attività svolte rispondeva primariamente ad un'esigenza di tutela dei terzi, ma è evidente che per

⁷⁸ HAMZA, *Aspetti della rappresentanza*, cit., 215, nt. 263.

⁷⁹ La precisazione che abbiamo operato dipende dal fatto che, in alcuni di essi (D. 3.5.30(31) o D. 17.1.17.25), il rapporto di mandato intercorrente tra preponente e soggetto a cui è affidato l'incarico non viene tutelato autonomamente, ma in quanto contribuisca a creare nei confronti dei terzi una situazione di affidamento tale da legittimare la concessione di un'azione diretta contro il *dominus negotii*; *infra*, § 8.3.

sopperire alla stessa esigenza, si doveva essere pronti a superarla quando le necessità di tutela del caso concreto lo richiedessero.

Esaminiamo, dunque, le testimonianze in questione, con particolare attenzione per quelle in cui si fa espresso riferimento al *procurator* o al mandato⁸⁰.

2. - D. 14.3.19pr: l' *actio ad exemplum institoriae* e la *praepositio procuratoria*. Azione dei terzi contro il preponente per i negozi conclusi dal *procurator praepositus*.

Iniziamo, dunque, l'esame dall'unico brano relativo all'*actio ad exemplum institoriae* in cui si fa esplicito riferimento all'esistenza di una *praepositio*, sebbene si tratti di una *praepositio procuratoria*:

D. 14.3.19pr (Pap. 3 resp.): *In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aeque faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.*

Siamo in presenza, inoltre, dell'unico frammento - tra quelli che menzionano il rimedio in questione - sul quale esiste una sostanziale concordia in dottrina. L'identità di vedute, infatti, riguarda sia l'autenticità della prima parte⁸¹ '*in eum....dabitur actio*, che il carattere spurio della seconda '*quod aequae... pecuniam promisit*'⁸².

⁸⁰ Oltre ai brani di cui ci occuperemo nei paragrafi successivi, l'*actio ad exemplum institoriae* è ricordata in D.14.3.16 (Paul 29 *ad ed.*) e in C.4.25.5 (Imp. Diocl. et Max., a. 294-305). Il primo riguarda il caso del *vilicus*, e sebbene si tratti di una testimonianza di particolare interesse, non riguarda l'oggetto specifico della nostra indagine: *Si cum vilico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praepositur. Si tamen vilicum distrabendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere.* Da ultimi sul tema CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 305ss. La seconda è una costituzione imperiale che sembra rispecchiare da vicino la nuova prassi seguita dai funzionari imperiali, di cui, pertanto, ci occuperemo solo marginalmente; cfr. *infra*, nt. 121.

⁸¹ Tranne qualche voce isolata (ALBERTARIO, *Actio quasi institoria*, cit, 210), tutti gli studiosi che si sono occupati del responso lo hanno ritenuto sostanzialmente autentico: SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo* cit., 482; 567; RABEL, *Ein Rubmesblatt Papinians*, cit., 22; KRELLER, *Formula ad exemplum* cit., 88 ss.; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria* cit., 620 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 9 ss.; ID., '*Actio ad exemplum institoriae*' e categorie sociali, cit., 194 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 242 ss.; VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, 147; BENKE, *Zur Papinians actio* cit., 607ss, PETRUCCI, *Mensam exercere* cit., 309; ID., *Profili giuridici*, cit., 196 ss.

⁸² In particolare ci sembrano pertinenti le osservazioni di LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria* cit., 620, il quale non ha esitazioni nel riconoscere che la soluzione in questione «...come molte altre, con le quali la decisione originaria è sottordinata al criterio empirico della solvibilità, è giustiniana»; v. anche BURDESE, "*Actio ad exemplum institoriae* " e categorie sociali cit., 193 nt. 12 e bibliografia ivi citata.

Ed, in effetti, il passo è l'unico che risulta tratto direttamente dal terzo dei libri *responsorum* di Papiniano⁸³, nel quale - a quanto sembra - il giurista propose la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

In esso si legge chiaramente che in ordine al mutuo stipulato dal *procurator*, che ha ricevuto dal suo *dominus* una *praepositio* a ricevere somme a mutuo, può proporsi un'*actio utilis ad exemplum institoriae*⁸⁴ direttamente contro il *dominus negotii* preponente.

Tuttavia, se risulta assodata la correttezza formale del responso, estremamente controverse restano le motivazioni per le quali il giurista si risolse a suggerire la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae* al posto dell'*actio institoria* diretta.

A tal proposito, infatti, si confrontano principalmente due opinioni. Coloro⁸⁵ che aderiscono alla prima - come abbiamo già visto⁸⁶ - sono quegli stessi Autori che ritengono impossibile assimilare il *procurator*, tipica figura della vita sociale, all'*institor*, e dunque ravvisano in questa circostanza l'impossibilità di concedere l'*actio institoria* diretta.

I sostenitori della seconda⁸⁷, invece, ritrovano la giustificazione dell'inapplicabilità dell'*actio institoria* diretta nell'impossibilità di qualificare quella descritta nel brano come una *praepositio* commerciale in senso proprio. Nella fattispecie considerata, infatti, sembra ricorrere il requisito della continuità - poiché si tratta di svolgere un'attività e non singoli atti - tuttavia, il *procurator* non viene preposto '*ad mensam*', ma '*mutuis accipiendis pecuniis*'.

Non siamo, dunque, in presenza di un'organizzazione tipica e stabile di uomini e mezzi che - come è stato sottolineato più volte⁸⁸ - costituiva elemento essenziale per l'esistenza di una *praepositio* in senso tecnico, e dunque per l'eventuale applicazione dell'*actio institoria*.

Ed, in effetti, dallo stesso frammento di Papiniano considerato nella sua interezza sembra emergere chiaramente la differenza tra l'*accipere mutuas pecunias* e l'*accipere mutuas pecunias apud mensam*.

Basta leggere il frammento successivo a quello esaminato per rendersene conto:

D. 14.3.19.1 (Pap. 3 *resp.*): *Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.*

⁸³ *Supra*, nt. 77.

⁸⁴ I sospetti sulla classicità della costruzione '*utilem ad exemplum institoriae actionis dare*' avanzati da CARRELLI (*L'actio quasi institoria* cit., 42-43) sono stati contestati in maniera efficace dalla dottrina successiva; v. in particolare BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* cit., 117 nt. 2.

⁸⁵ In particolare RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 22 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 242 ss.; ID., *Il Procurator*, cit., 103, nt. 83, sulla base di opinioni espresse già dallo SCHLOSSMANN (*Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit. 84 ss.).

⁸⁶ *Supra*, nt. 74.

⁸⁷ SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 481 ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, cit., 307, nt. 3; KRELLER, *Formula ad exemplum* cit., 73 ss.; COSTA, *Actio exercitoria ed institoria*, cit., 39 ss.; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 394 ss.; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria* cit., 617 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* cit., 1 ss.; ID., '*Actio ad exemplum institoriae*' e categorie sociali, cit., 191 ss.; BENKE, *Zur Papinians actio* cit., 592 ss; cfr. *supra*, nt. 73.

⁸⁸ *Supra*, § 2.6; 2.7.

Il giurista riferisce, in questo caso, di un *dominus* che ha un servo institore preposto ad *accipere mutuas pecunias apud mensam*⁸⁹. Ebbene, se dopo la manomissione dello schiavo, il *dominus* continua a servirsene, in qualità di liberto, per l'esercizio della stessa attività, questo mutamento di *status* - a parere del giurista - non è destinato ad avere alcuna incidenza sulla responsabilità che ne dovesse conseguire. Quindi, sarà sempre il preponente ad essere chiamato a rispondere delle eventuali obbligazioni assunte dal liberto nell'ambito dell'attività a lui affidata.

Così, in un approfondito studio sull'organizzazione bancaria nell'esperienza romana, Petrucci⁹⁰ sottolinea come, nel frammento diciannovesimo del titolo terzo del quattordicesimo libro del Digesto (D. 14.3.19), si rifletta tutta la vivacità del mondo degli affari nel settore creditizio. Sono rappresentate chiaramente tre ipotesi distinte: quella di un '*procurator mutuis accipiendis pecuniis*' (D. 14.3.19pr), quella di un '*servus institor apud mensam pecuniis accipiendis*' (D. 14.3.19.1), ed in fine quella di un '*servus pecuniis tantum fenerandis praepositus*' (D. 14.3.19.3).

Diversa è, infatti, la configurazione delle tre ipotesi sul piano economico e giuridico, anche in presenza di un identico schema organizzativo basato sulla *praepositio*. Sebbene tali attività siano tutte esercitate in forma organizzata e continuativa, il giurista romano tende esplicitamente a non confondere le attività relative alla conduzione di una *mensa* con quelle che riguardano la semplice accettazione di mutui in denaro o del prestito ad interesse.

Non solo, ma da D. 14.3.19.1 sembra evincersi chiaramente che il mutamento di *status* del soggetto preposto non incide affatto sulla disciplina da applicare. Lo schiavo che diventa liberto, quindi soggetto libero, non altera gli interessi in gioco e, quindi, la riferibilità al *dominus* della responsabilità che consegue all'esercizio dell'attività commerciale.

Probabilmente, si può, dunque, ipotizzare che qualora il *procurator* fosse stato preposto *apud mensam* e non *mutuis accipiendis pecuniis*, avrebbe trovato applicazione l'*actio institoria* ordinaria. Se, invece, il *procurator* fosse stato preposto *mutuis accipiendis pecuniis*, il regime dell'*actio institoria* sarebbe stato applicato solo in via analogica.

A noi sembra, infatti, che la soluzione data da Papiniano rispondesse più che altro all'esigenza primaria di tutela dell'affidamento dei terzi in relazione ai singoli casi configurabili in concreto, e che fosse suggerita, dunque, non tanto dalla volontà di prospettare una nuova disciplina, o aprire un nuovo corso nel campo della sostituzione negoziale⁹¹, quanto piuttosto da quella di dare una più compiuta interpretazione e definizione a quella già esistente.

Rimaneva ferma per tutti i giuristi la distinzione tra le figure del *procurator* e dell'*institor* e dei loro rispettivi ambiti di applicazione, palesemente dimostrata nei brani già

⁸⁹ SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 481; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 243 ss.; BURDESE, "*Actio ad exemplum institoriae*" e categorie sociali cit., 65 ss.; VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 147; ID., *Las "actiones adiecticiae qualitatis"* cit., 375; ID., *Las relaciones básicas*, cit., 424; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 388-389; PETRUCCI, *Mensam exercere* cit., 309; ID., *Profili giuridici*, cit., 114 ss.

⁹⁰ PETRUCCI, *Mensam exercere* cit., 309.

⁹¹ v. QUADRATO, voce "*Rappresentanza*" (*Diritto romano*), cit., 432.

esaminati⁹². Tuttavia, se i privati volevano utilizzare categorie e istituti dotati di una propria caratterizzazione e tipicità al di fuori del loro ambito specifico, l'applicazione corretta ed equa delle soluzioni giurisprudenziali e magistratuali voleva che *si guardasse alla sostanza dei fatti e non alla loro qualificazione formale*.

Quindi, se un soggetto conferiva una *praepositio* ad un *procurator* affidandogli la gestione di una *mensa*, allora, anche nei suoi confronti doveva essere concessa l'*actio institoria*. Questa circostanza doveva essere pacificamente accettata dai giuristi romani. Non abbiamo testimonianze che si esprimano chiaramente in tal senso. Possiamo, tuttavia, valutare a tal proposito la testimonianza contenuta nel brano di Papiniano (D. 14.3.19.1) - già esaminato in questo paragrafo - laddove si legge che il mutamento dello *status* sociale e giuridico del preposto non incide affatto sulla responsabilità che consegue agli atti negoziali conclusi dallo stesso⁹³. Ebbene, se si riflette sul fatto che molti *procuratores* erano *liberti*, sembra difficile credere che il semplice fatto che fosse un *procurator* ad essere preposto ad una *negotiatio* avrebbe impedito di per sé la concessione dell'*actio institoria* diretta.

Inoltre, alla stessa conclusione si giunge in base alle testimonianze contenute in altri brani, a cui abbiamo già fatto riferimento in precedenza⁹⁴, ed in cui si ribadisce a chiare lettere che la condizione personale del soggetto preposto, non può, e non deve rivestire alcun rilievo nel determinare la responsabilità nascente dagli editti relativi alle *a.a.q.*

Ma Papiniano va oltre. Vuole che venga assoggettato al regime dell'*actio institoria* non solo la *praepositio procuratoria* che risponda ai caratteri rigorosamente tecnici di una *praepositio*⁹⁵, ma anche un rapporto di stabile affidamento ad un *procurator* dell'esercizio di un'attività commerciale, che presenti almeno il requisito della continuità.

D'altronde, la giurisprudenza aveva già operato una lenta ma significativa interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione dell'*actio institoria*⁹⁶.

Quindi, non vi è dubbio che colga nel segno Angelini, e anche chi, prima di lui⁹⁷, abbia affermato che la figura del *procurator* e dell'*institor* avessero una loro 'tipica

⁹² *Supra*, Cap. II; Cap. III; Cap VII, § 71; 7.2; 7.3.

⁹³ D'altronde, ammettendo che i compilatori abbiano riportato i brani nella sequenza in cui si trovavano nell'opera papiniana, forse non è un caso che questo passo (D. 14.3.19.1) segua immediatamente l'altro (D. 14.3.19 pr.). L'intento del giurista poteva essere quello di precisare, diversamente dal caso precedente, che qualora si trattasse dell'esercizio di una vera e propria attività commerciale (*apud mensam*), il mutamento di *status* del preposto non aveva alcuna rilevanza sulla disciplina applicabile (*actio institoria*).

⁹⁴ D. 14.1.1.4 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*); cfr. *supra*, § 2.2.

⁹⁵ *Supra*, § 2.6; 2.7; 2.8; 2.9.

⁹⁶ Il processo in questione può evincersi chiaramente dal lungo frammento del libro ventottesimo del commentario *ad edictum* di Ulpiano, riportato dai compilatori in D. 14.3.5-9. In proposito v. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager* cit., 65 ss.; BENKE, *Zur Papinians actio* cit., 597. Non può accettarsi, tuttavia, l'opinione estrema espressa in proposito da ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 326, il quale ritiene "che con Gaio e Ulpiano la giurisprudenza avesse finito per concettualizzare la figura dell'*institor* e, prescindendo da ogni caratterizzazione sociale, fosse giunta a considerare tale il preposto ad un qualsiasi negozio".

⁹⁷ *Supra*, nt. 85.

individualità' che non permetteva di confonderne la disciplina e l'ambito di applicazione. Ma è altrettanto vero, innanzitutto che non si trattava solo di una tipicità sociale ed economica ma anche giuridica, e soprattutto che i giuristi romani erano pronti a superarla quando le esigenze concrete di realizzazione dell' *aequitas* lo richiedessero.

Pertanto, per quanto detto ed osservato nei paragrafi precedenti, ci sembra estremamente improbabile che la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* fosse dovuta al solo fatto che il *praepositus* era un *procurator*. Rivestiva un ruolo sicuramente più determinante il fatto che l'attività svolta non era tale da integrare una *praepositio* in senso tecnico.

D'altronde, a quanto ne sappiamo, nella formula dell'*actio institoria* non doveva essere indicata la condizione soggettiva del preposto⁹⁸, mentre doveva essere espressamente menzionata la *praepositio*⁹⁹, e doveva procedersi forse anche all'esatta individuazione dell'attività commerciale affidata al preposto¹⁰⁰, nell'ambito della quale doveva rientrare l'atto negoziale che aveva dato origine all'azione.

⁹⁸ *Supra*, § 2.1.

⁹⁹ La formula dell'*actio empti institoria* proposta da Lenel (*EP*, 263) è la seguente: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius de Lucio Titio, cum is a N. Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem L. Titium dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio c.s.n.p.a.* In proposito anche MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 360.

¹⁰⁰ Dai commentari *ad edictum* dei giuristi classici sappiamo che nella formula doveva menzionarsi espressamente la *taberna instructa* (*supra*, § 2.4), ed è anche possibile supporre che l'identificazione dell'attività da svolgere fosse ancora più precisa. Basti pensare al caso riferito in D. 14.3.13pr (Ulp. 28 *ad ed*): *Habebat quis servum mercis oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.* Si tratta di un brano molto discusso in dottrina principalmente in ordine alla natura dell'azione concessa, ed anche in relazione alla classicità dell'*actio ad exemplum institoriae*; v. COSTA, *Le azioni exercitoria* cit., 84; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 143 ss.; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 158; *contra* SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 480 ss; ID., *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 250 ss.; RABEL, *Ein Rahmesblatt Papinians*, cit., 16; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 616. Lo stesso responso è stato, tuttavia, visto con minore atteggiamento critico dalla dottrina più recente: ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 243; BURDESE, *'Actio ad exemplum institoriae' e categorie sociali* cit., 196. La fattispecie viene ricostruita nel seguente modo: un servo viene impiegato contemporaneamente per l'esercizio di due attività commerciali, il commercio dell'olio e la raccolta del denaro a mutuo. Si configurano, così, due *praepositiones* distinte, una *mercis oleariae gratia*, e l'altra *accipiendis mutuis pecuniis*. Un terzo concede al *servus* un prestito ritenendo che il denaro a mutuo servisse per la prima delle attività esercitate, e successivamente agisce per ottenere la restituzione della somma, specificando nella formula tale circostanza; non riesce però a provare che la somma era stata presa dal *servus* '*mercis gratia*' e quindi perde la causa e consuma l'azione. Il pretore però ritiene equo accordargli tutela, mediante un'*actio utilis* concessa '*quasi pecuniis mutuis accipiendis esset praepositus*'. È probabile, dunque, che nel redigere la formula dell'*actio institoria* non bastasse un generico riferimento all'esistenza di una *taberna instructa*, ma che dovesse individuarsi nella sua specificità anche l'attività commerciale menzionata nella *praepositio* (*mutuis accipiendis, mercis oleariae*), nell'ambito della quale doveva farsi rientrare, d'altronde, l'atto negoziale compiuto dal preposto. E tale indicazione, con molta probabilità, doveva rivestire un valore determinante, tanto che una sua errata proposizione avrebbe determinato addirittura la perdita della lite.

3. - D. 3.5.30(31); D. 17.1.5.10: mandato conferito al *procurator*, al *libertus* o all'*amicus*, come situazione idonea ad ingenerare l'affidamento dei terzi, e pertanto, meritevole di tutela a prescindere dall'esistenza di una *praepositio* in senso tecnico.

Continuando l'esame dei brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae*, dobbiamo ora valutare altre due testimonianze contenute nel Digesto, che vogliamo considerare congiuntamente in quanto presentano degli elementi di innegabile somiglianza.

In entrambi, infatti, non è ravvisabile l'esistenza di una *praepositio*, ma solo un comportamento del *dominus negotii* che ha determinato l'affidamento dei terzi contraenti, e che ha indotto il giurista a tutelare i terzi in questione contro lo stesso *dominus*, anche al di là dell'effettivo vantaggio che quest'ultimo abbia potuto ricavare dagli atti negoziali conclusi.

Il primo è un brano del commentario *ad edictum* di Ulpiano in cui si richiama l'opinione di Papiniano contenuta - a quanto si legge nello stesso frammento riportato - nel terzo dei suoi *libri responsorum*, proprio come il responso di cui ci siamo occupati nel paragrafo precedente (D. 14.3.19pr)¹⁰¹:

D. 17.1.10.5 (Ulp. 31 *ad ed.*): *idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.*

Il caso fa riferimento alla tutela accordata ad un fideiussore che ha prestato garanzia a favore di un *procurator*, il quale aveva avuto mandato da un terzo ad '*accipere mutuam pecuniam*'. Il fideiussore, tuttavia, aveva prestato garanzia a favore del *procurator* proprio perché era a conoscenza, ed aveva fatto affidamento sull'esistenza del mandato. Di conseguenza, Papiniano ritiene equo che il fideiussore, condannato a pagare, possa agire contro il *dominus negotii* con l'*actio utilis quasi institoriam*, considerando il mandato alla stregua di una *praepositio mutuae pecuniae accipiendae*.

Il brano è stato ritenuto interpolato da tutta la dottrina più antica nei suoi aspetti formali e sostanziali¹⁰². Successivamente ne è stata, invece, rivalutata l'autenticità¹⁰³.

¹⁰¹ *Supra*, § 8.2.

¹⁰² Il frammento è stato ritenuto interpolato, sul presupposto che tutte le espressioni costruite col '*quasi*' sarebbero da attribuire ai Giustiniane: ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 216; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 482; 567 ss.; RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 23; CARRELLI, op. cit., 168; KRELLER, *Op. cit.*, 88; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* cit., 117 ss.

¹⁰³ VALIÑO, *Actiones utiles* cit., 148, ne riconosce l'autenticità ma ipotizza che Papiniano avesse utilizzato la terminologia *actio ad exemplum institoriae*, per differenziare questa azione dalle altre azioni utili, ma anche che avesse adoperato la più complessa espressione '*actio utilis ad exemplum institoriae*' per sottolineare il fatto che fosse un'azione cognitoria e non edittale. La questione aperta da Valiño ci rinvia alla complessa questione della 'veste' processuale assunta dall'azione di cui ci stiamo occupando. Un

Così Angelini¹⁰⁴, lo ha ritenuto attendibile perché fondato sull'assimilazione tra il mandato specifico '*ad pecuniam mutuam accipere*'¹⁰⁵ e la *praepositio* stabile '*mutuis pecuniis accipiendis*', che - a parere dell'Autore- sarebbe stata generalmente riconosciuta in età classica. E lo stesso Burdese, che inizialmente lo aveva ritenuto interpolato¹⁰⁶, successivamente¹⁰⁷, ha manifestato una posizione di maggiore apertura, ritenendo che il brano possa essere autentico, e con esso la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae*, solo perché il mandato in questione era stato conferito ad un *procurator*, cioè ad un soggetto dotato di una propria ed inconfondibile riconoscibilità, tale da creare, anche in mancanza di una vera e propria *praepositio*, l'affidamento dei terzi.

In realtà, il brano solleva diversi problemi. Ci troviamo addirittura in presenza di un responso in cui si assimila un mandato - che conferisce un incarico specifico- ad una *praepositio*. Per le osservazioni fatte nei paragrafi precedenti, è facile rendersi conto che si tratti di un'assimilazione operata tra fenomeni estremamente differenti.

Oltretutto, il fatto che il responso rinvii al terzo dei *libri responsorum* di Papiniano non assicura di per sé che la soluzione ricordata dovesse riguardare l'*actio ad exemplum institoriae*, perché nel libro in questione - come chiaramente risulta dalla Palingenesia di Lenel¹⁰⁸- il giurista si occupava anche di argomenti differenti.

Potrebbe essere plausibile che nel brano si discutesse dell'eventuale concessione dell'*actio mandati* al fideiussore che era intervenuto a garantire l'obbligazione del *procurator* fornito di mandato.

Il fideiussore, infatti, aveva prestato garanzia spontaneamente, forse addirittura all'insaputa del *dominus negotii*, facendo, però, affidamento sul mandato conferito al *procurator*. Quindi, a rigore, il fideiussore non poteva agire contro il mandante perché tra i due non era intercorso alcun rapporto giuridico diretto. Anzi, probabilmente quest'ultimo non era neanche a conoscenza della garanzia prestata.

Il fideiussore pertanto poteva agire solo contro il *procurator* mandatario con un'azione di regresso, probabilmente con un'*actio mandati*. Tuttavia, Papiniano - a quanto ci riferisce Ulpiano - ritiene invece che l'esistenza di un mandato conferito al *procurator*, di cui il fideiussore avesse avuto notizia, potesse giustificare la concessione di un'*actio mandati contraria*, o eventualmente di un'*actio negotiorum gestorum*, al fideiussore direttamente contro il *dominus negotii* che aveva conferito il mandato¹⁰⁹.

problema di non facile soluzione, di cui purtroppo, non possiamo occuparci in questa sede; cfr. *infra*, nt. 344.

¹⁰⁴ Osservazioni cit., 233; 246; ID., *Il procurator* cit. 103.

¹⁰⁵ L'assimilazione potrebbe essere realizzata solo se questo mandato fosse un mandato generale *ad mutuam pecuniam accipere*, tale da determinare nei terzi un affidamento simile a quello ingenerato dall'esistenza di una *praepositio*. Va detto, tuttavia, che il mandato generale è una figura estremamente controversa in dottrina; v. in proposito BURDESE, *Sul procurator* cit., 321ss.

¹⁰⁶ *Actio ad exemplum*, cit., 11 nt. 1-2.

¹⁰⁷ "*Actio ad exemplum institoriae*" e *categorie sociali* cit., 73-74.

¹⁰⁸ *Paling*, II, 889 ss.

¹⁰⁹ In ordine all'esperibilità dell'*actio mandati* nei rapporti tra fideiussore e debitore garantito vi sono diverse testimonianze: D. 17.1.6.2 (Ulp. 31 *ad ed*): *Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio*; D. 17.1.53

Di conseguenza, il fatto che il giurista abbia voluto sottolineare e porre l'accento sull'esistenza del mandato, e della sua conoscenza da parte del fideiussore, potrebbe essere funzionale non al riconoscimento dell'*actio ad exemplum institoriae*, ma solo all'ammissione di una azione diretta contro il *dominus*. Il fideiussore, a rigore, avrebbe potuto agire solo contro il *procurator*, tuttavia, il giurista opta per una diversa soluzione, forse proprio perché il terzo ha prestato la *fideiussio* nell'interesse del mandante e non del *procurator*. Probabilmente, il fideiussore non si sarebbe nemmeno risolto a prestare la garanzia, se non avesse saputo del mandato conferito al *procurator*.

Quindi, potrebbe supporre che in riferimento al caso concreto Papiniano suggerisse la concessione al terzo fideiussore di un'*actio mandati* o di un'*actio negotiorum gestorum*, forse '*utilis*', contro il *dominus negotii*, per far valere la responsabilità derivante dal conferimento stesso del mandato.

In realtà, potrebbe anche accettarsi l'idea che Papiniano in riferimento al caso concreto avesse potuto proporre la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae*, poiché in esso il mandato aveva avuto una rilevanza esterna, idonea a determinare l'affidamento del terzo. Inoltre, non si tratterebbe di un semplice mandato ma di un mandato conferito ad un *procurator*. Abbiamo già visto, infatti, che il *procurator* godeva di una rilevanza giuridica e di prerogative del tutto particolari rispetto al semplice mandatario¹¹⁰.

Tuttavia, non possiamo esprimerci con certezza sul tema poiché non vi sono altre fonti che possano offrire indicazioni decisive per farci propendere a favore dell'una o dell'altra tesi.

L'unica testimonianza che si riferisce ad un caso simile è costituita da un altro brano - anch'esso attribuito a Papiniano - in cui si ritiene equo tutelare il terzo che abbia fatto affidamento sull'esistenza di un mandato '*pecuniam mutuam accipiendam*', conferito tramite lettera, ad un *amicus* o ad un *libertus*:

D. 3.5.31(30)pr. (Pap. 2 resp.): *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non*

(Pap. 9 quaest.): *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contigit et si meo mandato pro alio solvas.* D.17.1.20.1 (Paul 11 ad Sab.): *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.* Secondo quanto ci è dato leggere, sembra proprio che l'*actio mandati contraria* non potesse essere esperita dal garante che fosse intervenuto '*pro invito... aut donandi animo aut negotium gerens*', oppure '*pro ignorante*' o '*pro absente*'. In questi casi, probabilmente, doveva farsi ricorso all'*actio negotiorum gestorum*. Si tratta, in realtà di una questione molto complessa e articolata, della quale ci siamo in parte già occupati nei paragrafi precedenti; cfr. *supra*, Cap. IV, § 10, nt. 269. Il caso ora esaminato, in realtà, presenta ulteriori elementi di difficoltà, che non consentono di poter individuare con certezza la fattispecie considerata e la soluzione data dal giurista. La dottrina, infatti, si è profondamente divisa nell'interpretare il brano di Ulpiano. Per un'accurata ricognizione delle opinioni dottrinali espresse in proposito v. da ultimo FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. 2.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003, II, 444-445. ntt. 251-252.

¹¹⁰ *Supra*, § 6.1.

sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

Come accennavamo, la fattispecie prevista in questo responso, tratto dal secondo dei *libri responsorum* di Papiniano, presenta notevoli elementi di analogia, anzi - come ritiene Burdese¹¹¹ - “singolari identità di dettaglio” con quella descritta da Ulpiano in D. 17.1.10.5.

Anche qui si riscontra un mandato specifico ad ottenere una somma a mutuo, ed un terzo che presta fideiussione avendo avuto notizia del conferimento del mandato.

La differenza riguarda i soggetti a cui è conferito l’incarico. Qui si tratta, infatti, di un ‘*libertus vel amicus*’, e non di un *procurator*. Inoltre il mandato, in questo caso, risulta addirittura da un atto scritto (‘*litteras*’).

In realtà, il passo è formalmente scorretto: il verbo *mandavit*, ad esempio, è privo di soggetto. Discussa è anche la menzione dell’*amicus*, ritenuta solitamente spuria¹¹².

L’espressione ‘*creditori*’ sembra costituire un’aggiunta¹¹³, in quanto al creditore dovrebbe spettare l’azione diretta nascente dal negozio concluso. La denominazione finale dell’azione, inoltre, risulta alquanto sospetta: “*scilicet ad exemplum institoriae actionis*”¹¹⁴.

E, in effetti, anche in ordine a questo brano si sono confrontate ipotesi estremamente differenti. Il passo è stato ritenuto del tutto interpolato dalla dottrina più risalente nella sua quasi totalità¹¹⁵. Mentre successivamente ne è stata riconosciuta, in maniera più o meno ampia, l’autenticità, sia in relazione alla sua veste formale che alla soluzione in esso contenuta¹¹⁶.

Così - a parere dell’Angelini¹¹⁷ - anche in questo caso la concessione dell’*actio ad exemplum institoriae* sarebbe pienamente classica, ed ancora una volta, l’impossibilità di concedere l’*actio institoria* ordinaria discenderebbe dall’impossibilità di far rientrare il

¹¹¹ BURDESE, “*Actio ad exemplum institoriae*” e categorie sociali cit., 203.

¹¹² BURDESE, *Actio ad exemplum* cit., 5; 14 ss., il quale originariamente aveva ipotizzato che l’espressione ‘*liberto vel amico*’ avesse surrogato nell’originale il termine ‘*procurator*’. Successivamente, invece, lo stesso autore (*Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali* cit., 203-204), sulla scorta anche dei lavori dell’Angelini, ne ha accettato la sostanziale autenticità.

¹¹³ ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 238.

¹¹⁴ ALBERTARIO, *L’actio quasi institoria* cit., 215.

¹¹⁵ ALBERTARIO, *L’actio quasi institoria* cit., 214; RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 23; i due autori ritenevano infatti che Papiniano discutesse semplicemente della possibilità per il fideiussore di agire contro il *dominus* con l’*actio negotiorum gestorum*. Come dicevamo precedentemente (*supra*, nt. 73), gran parte della dottrina più risalente era del parere che l’*actio ad exemplum institoriae* fosse stata riconosciuta solo al terzo che avesse agito con un *procurator praepositus*, e non con il *procurator* fornito di solo mandato. Solo pochi avevano manifestato parere differente. Tra questi, in particolare, SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 490 ss., il quale obiettava al contrario che il mandato e le *litterae* non avrebbero avuto alcuna rilevanza per stabilire o meno l’applicabilità dell’*actio negotiorum gestorum*, ma potessero costituire, invece, dei validi presupposti per la concessione dell’*actio ad exemplum institoriae*?

¹¹⁶ LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 617 ss.; BURDESE, “*Actio ad exemplum institoriae*” e categorie sociali, cit., 74 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 237 ss.; VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 147; BENKE, *Zur Papinians actio* cit., 611 ss.; FINAZZI, *Ricerche in tema*, 2.1, 437ss.

¹¹⁷ *Osservazioni* cit., 246 ss.

libertus, ed anche l'*amicus*, nella categoria degli *institores*, a causa della loro appartenenza ad una diversa categoria sociale.

Altri¹¹⁸, pur avendone contestato inizialmente l'autenticità, successivamente si sono dichiarati favorevoli a riconoscere la sostanziale veridicità della soluzione prospettata nel passo, solo in considerazione del fatto che il mandato specifico ad '*mutuam pecuniam accipere*' conferito all'*amicus* o al *libertus*, come quello conferito al *procurator*, sarebbe tale da determinare l'affidamento dei terzi: "... la qualità di *libertus* e di *amicus* non rilevarebbero cioè come condizioni sociali del soggetto, ma semmai come indici dell'esistenza di un rapporto stabile, tra essi ed il mandante o preponente, non indifferente per il diritto in quanto socialmente riconoscibile e suscettibile quindi di giustificare l'affidamento del terzo nella responsabilità adiettizia del *dominus negotii*'".

Ebbene, noi concordiamo perfettamente con le precisazioni di Burdese¹¹⁹, chiedendoci, innanzitutto, come si sia potuto sostenere che il *libertus* avesse una rilevanza sociale ed anche giuridica diversa dall'*institor*, a fronte degli innumerevoli passi in cui ad essere preposti all'esercizio di una *negotiatio* presso una *taberna*, in qualità di *institores*, sono proprio dei liberti.

D'altro canto, va condivisa anche la necessità di apprestare tutela all'affidamento creato dalla riconoscibilità sociale delle figure in questione (*amicus* vel *libertus*), e dall'esistenza di un mandato scritto.

Il percorso suggerito da Papiniano ci sembra del tutto simile a quello seguito nel frammento precedentemente esaminato (D. 17.1.10.5). Anche in questo caso, infatti, il creditore o il fideiussore avrebbero potuto convenire propriamente, con l'azione nascente dal rapporto concluso, solo il *libertus* o l'*amicus*, ma ancora una volta il giurista suggerisce una diversa forma di tutela.

È conforme ad equità, difatti, che sia chiamato in giudizio anche il mandante, in quanto con il suo comportamento ha dato luogo ad una situazione che aveva una sua 'rilevanza esterna', che ha determinato l'affidamento di terzi in buona fede, e pertanto non può sottrarsi alla responsabilità che ne consegue.

La riconoscibilità è dovuta, infatti, a due fattori, uno di carattere oggettivo, le *litterae*, e l'altro di carattere soggettivo, consistente nell'aver voluto conferire l'incarico ad un *amicus* o *libertus*, e dunque, a delle figure dotate di una indiscussa 'riconoscibilità' sociale e giuridica, al pari del *procurator*, per essere incluse "...in una cerchia di soggetti determinata ed obiettivamente riconoscibile dai terzi e dallo stesso ordinamento giuridico¹²⁰".

Tuttavia, ancora una volta, si potrebbe dubitare del fatto che gli elementi descritti siano idonei a determinare l'applicazione anche in via estensiva dell'*actio institoria*. Non c'è una *praepositio*, né un atto ad essa equiparabile.

¹¹⁸ BURDESE, "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, cit., 77.

¹¹⁹ BURDESE, "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, cit., 76.

¹²⁰ ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos*, cit., 151; ID., *L'amicitia nel diritto privato romano* cit., 131 ss. Per la rilevanza del rapporto di *amicitia* nell'ambito della *negotiorum gestio* v. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, 1, Heidelberg, 1913, 13 ss.; NICOSIA, voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), cit., 630.

I fatti riferiti dal giurista - e cioè il mandato conosciuto al terzo, o addirittura le lettere espressamente indirizzate al creditore - sono certamente idonei a determinare l'affidamento del fideiussore, e potrebbero essere certamente sufficienti per giustificare la proposizione di un'*actio mandati* o di un'*actio negotiorum gestorum* direttamente contro il *dominus negotii*.

Più problematica appare la possibilità di concedere al terzo un'*actio ad exemplum institoriae actionis*, assimilando un mandato di carattere specifico ad una *praepositio*. Troppo diversi e distanti erano i fenomeni della *praepositio institoria* e del mandato specifico al compimento di un singolo atto, per poter proporre un'equiparazione di tal genere.

Comunque, ancora una volta è anche possibile supporre che qualche giurista abbia potuto proporre una soluzione di tal genere, in considerazione dell'*eccezionale rilevanza esterna del mandato*, e del fatto che tale mandato fosse stato *conferito ad un soggetto che rivestiva una particolare posizione nei confronti del mandante*, che gli conferiva una particolare riconoscibilità sociale e giuridica.

Tuttavia, ancora una volta, siamo sul piano delle congetture. Non abbiamo elementi certi che possano fornirci elementi decisivi a sostegno dell'una o dell'altra ipotesi.

In ogni caso, anche se si volesse accettare la classicità della concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* anche in questi casi, non verrebbe meno la ricostruzione generale da noi fin qui operata.

Il caso della *praepositio* e del mandato erano nettamente distinti dai giuristi romani, e prima ancora, nella prassi sociale ed economica. L'eventuale assimilazione, operata da alcuni giuristi - oltretutto in relazione a casi del tutto particolari (mandato portato a conoscenza dei terzi, e conferito al *procurator*, *libertus* o *amicus*) - non è in grado di mettere in discussione i principi fondamentali pienamente consolidati nella prassi giurisprudenziale, sociale ed economica dell'età classica.

D'altronde quelli descritti sono gli unici responsi di età classica in nostro possesso in cui si tenta un'assimilazione di tal genere. E questa circostanza rende ulteriormente plausibile l'ipotesi di chi¹²¹ ravvisa in essi un'alterazione successiva - forse anche non molto distante nel tempo - operante nel senso di una progressiva proposizione di un rapporto comparativo tra i fenomeni considerati, che i giuristi classici, invece, difficilmente avrebbero accettato in termini così ampi.

¹²¹ BURDESE, "*Actio ad exemplum institoriae*" e categorie sociali cit., 77, il quale si riferisce, in particolare, ad una costituzione imperiale di età Diocleziana in cui si riconosce l'esperibilità dell'*actio ad exemplum institoriae* solo sulla base dell'esistenza di un mandato specifico: C. 4.25.5 (Imp. Diocl. et Max., a. 294-305): *Si mutuum pecuniam accipere Demetrio Domitianus mandavit et hoc posse provare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competentem iudicem potes convenire*. La soluzione in essa prospettata può essere il prodotto di tanti fattori, tra i quali sicuramente la progressiva attenuazione della tipicità negoziale, così come anche l'abbandono progressivo della tipicità processuale connessa alla struttura stessa del processo formulare, a vantaggio della nuova e meno rigorosa procedura cognitoria. Su di essa, tuttavia, ci riserviamo di esprimere più compiutamente il nostro parere in un lavoro di proporzioni più vaste, già in corso.

4. - D. 19.1.13.25: *procurator, actio ad exemplum institoriae* e azione diretta del *dominus* contro i terzi per gli atti negoziali conclusi dallo stesso *procurator*.

L'ultimo brano giurisprudenziale, in cui si menziona la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae* in relazione ad un negozio concluso da un *procurator*, è anch'esso tratto dai commentari *ad edictum* di Ulpiano, ed è contraddistinto ancora una volta dalla menzione non solo di Papiniano ma anche del terzo dei suoi *libri responsorum*:

D. 19.1.13.25 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

Siamo in presenza di un passo fortemente discusso, sicuramente alterato nella forma, e forse anche parzialmente nella sostanza¹²². Si tratta di un *procurator* che vende e presta una *cautio* al compratore. Il giurista si domanda se al *dominus negotii*, e contro lo stesso *dominus negotii*, possono concedersi le azioni che nascono dal rapporto giuridico concluso.

Nel dare una risposta Ulpiano si riferisce all'opinione espressa da Papiniano nel terzo dei suoi *libri responsorum*, ritenendo che contro il *dominus* si può agire con un'*actio utilis ad exemplum institoriae* 'si modo rem vendendam mandavit', e che al contrario, anche al *dominus* compete l'*actio ex empto utilis* contro il compratore.

Come dicevamo, è un brano la cui interpretazione è fortemente controversa, in quanto certamente è giunto alterato, almeno nella sua veste formale. Si dissente, tuttavia, nel precisare l'estensione e la portata dell'intervento compilatorio¹²³.

È indubbio l'errore, forse di trascrizione del copista, dell'*actio utilis ex empto* che spetterebbe al *dominus* del *procurator*¹²⁴. Il *procurator* ha agito nella veste di venditore, e

¹²² BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 3 ss.; RABEL, *Ein Rubmesblatt Papinians*, cit., 287ss; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 186 ss.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 483 ss.; KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 92ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 113; 120ss; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 207ss; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 240-1; ID., *Il procurator*, cit., 26ss; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 262ss; ID., *Das römische Privatrecht*, cit., 608ss; ID., *Stellvertretung und «notwendige Entgeltlichkeit»*, cit., 196; G. LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 620ss; VALIÑO, *Actiones utiles*, cit. 147ss; ALBANESE, *Le persone*, cit., 159ss; ID., *Atti negoziali*, cit., 350, nt. 403; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit. 261ss.; 342ss; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza*, cit., 212 nt. 237; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 54ss; PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., 115; WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 608ss.; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit. 621ss; CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 45-46; FINAZZI, *Ricerche in tema*, 2.1., 440ss.

¹²³ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 186 ss.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 483 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 240-1; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* cit., 120; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 207ss.

¹²⁴ v. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae* cit., 208, nt. 50.

dunque, al suo *dominus* dovrebbe spettare l'*actio venditi* contro il compratore. Potrebbe risultare, d'altronde, sospetto anche il verbo '*competit*', visto che si tratta con certezza di un rimedio da attribuire ad un esplicito intervento dei magistrati giurisdicenti, e non al *ius civile*. Sappiamo, però, che la fede nell'interpolazione del famigerato *competit* va sempre più scemando fra i romanisti¹²⁵.

Sono stati ritenuti alterati anche l'inciso '*an domino*', e la proposizione finale '*ergo...competere*' - sui quali ci pronunceremo meglio tra poco¹²⁶ - e, per altro verso, l'espressione '*si modo rem vendendam mandavit*'¹²⁷.

Per quanto riguarda quest'ultima espressione non possiamo non concordare con chi la ritiene frutto di alterazione. Come abbiamo posto in evidenza precedentemente¹²⁸, non era certo l'esistenza in sé di un mandato a giustificare la concessione di un'*actio institoria*, anche *ad exemplum*, ma solo una *praepositio* o un atto ad essa equiparabile.

Il *mandato* - anche qualora si presti fede all'autenticità dei brani esaminati (D. 17.1.10.5; D. 3.5.31(30)pr.) - poteva semmai *essere equiparato* ad una *praepositio*, ma di per sé non era l'elemento che giustificava l'eventuale applicazione in via estensiva dell'*actio institoria*.

Infatti, in D. 14.3.19pr. si configura una vera e propria *praepositio*¹²⁹; in D. 17.1.10.5, sia che se ne accetti o meno l'integrale autenticità, si legge espressamente che l'*actio ad exemplum institoriae* viene concessa nel caso di un mandato '*quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur*'¹³⁰.

In questo brano, invece, non si fa riferimento esplicito all'esistenza di una *praepositio*. Gli elementi fattuali descritti menzionano solo l'esistenza di un contratto di compravendita, concluso tra un *procurator* e un terzo. Vi si ritrova solo l'inciso '*si modo rem vendendam mandavit*', che - in ogni caso, anche ammettendone la dubbia autenticità¹³¹ - può riferirsi ad un mandato, e dunque, di per sé, nulla indica o esprime sull'eventuale esistenza di una *praepositio*.

C'è, tuttavia, un elemento che riapre la questione, e ci fa propendere decisamente per la genuinità delle soluzioni prospettate in D. 19.1.13.25. Si tratta di un elemento in apparenza poco rilevante, ma forse l'unico che può riportarci all'esistenza di una *praepositio*: ci riferiamo al '*caverit*' della frase iniziale, con cui il giurista vuole espressamente porre in evidenza che il *procurator*, che ha proceduto alla vendita, ha anche prestato una *cantio*.

¹²⁵ In proposito, MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit., 40 nt. 16.

¹²⁶ *Infra*, § 9.3.

¹²⁷ Così BONFANTE, *Facoltà e decadenza* cit., 253; cfr. *praecipue supra*, § 4.3, nt. 114. Nello stesso senso ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 190; *contra* KRELLER, *Op. cit.*, 92-93; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 483 ss., il quale ritiene che il mandato sia necessario non per la vendita, ma per la concessione dell'*actio institoria*.

¹²⁸ *Supra*, § 4.3 .

¹²⁹ *Supra*, § 8.2 .

¹³⁰ *Supra*, § 8.3 .

¹³¹ *Supra*, § 4.3, nt. 109.

L'espressione è stata variamente interpretata. Si è pensato ad una *cautio* con la quale il *procurator* venditore prestava garanzia per l'evizione¹³², oppure ad una *cautio de rato* prestata dal *procurator*¹³³ per garantire il terzo dal pericolo dell'inesistenza del mandato.

Ebbene, è nostra opinione che la prima ipotesi sia da escludere. Infatti, se con l'espressione menzionata si fosse fatto riferimento ad una *cautio* prestata per garantire il compratore dall'evizione, non si spiegherebbe come mai nel brano non vi sia alcun riferimento all'*actio ex stipulatu* che ne sarebbe dovuta conseguire. Inoltre, non vi è alcun rapporto tra un'eventuale *cautio* prestata per garantire il compratore dall'evizione e l'esperibilità dell'*actio ad exemplum institoriae*. Di conseguenza non si capirebbe perché Ulpiano l'avesse voluta espressamente menzionare¹³⁴.

Il '*caverit*' in questione sembra, invece, rivestire una funzione determinante per l'identificazione della fattispecie, e per la giustificazione della soluzione proposta dal giurista. Potrebbe, allora, trattarsi di una *cautio de rato*?

In realtà, l'espressione menzionata potrebbe far riferimento ad una *cautio* prestata dal *procurator* con la quale prometteva che avrebbe risarcito l'altra parte qualora il *dominus negotii* non avesse ratificato il suo operato. Risulta, però, poco convincente che nella prima parte del brano il giurista precisi che il *procurator* ha venduto e prestato la *cautio de rato*, e che poi, nella seconda, subordini la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* all'esistenza del mandato. Sostiene, infatti, Angelini¹³⁵ che "Papiniano ha riconosciuto tale possibilità (leggi: la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae*), ma '*si modo rem vendendam mandabit*'; cioè se l'operato del procuratore, che potrebbe anche essere successivamente ratificato, sia stato in precedenza autorizzato". Ebbene, a me sembra che emerga una palese contraddizione nelle parole dell'Autore.

Detto questo vi è un'altra lettura del brano che ci appare plausibile, e che meglio sembra armonizzarsi con il resto del frammento.

Infatti, è plausibile, a nostro parere, che il '*caverit*' in questo contesto alluda ad una prassi di cui abbiamo testimonianza esplicita in altri brani relativi alle *a.a.q.* - di cui ci siamo precedentemente occupati¹³⁶ - in cui si menziona il caso del *magister* che assume un mutuo '*navis reficiendae causa*', e che all'atto di assunzione delle somme di denaro, dichiara espressamente la destinazione delle stesse (*'is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse'*).

Nelle fonti in questione¹³⁷, infatti, sembra ricorrere la necessità di una *lex*, cioè di una dichiarazione formale tendente ad imprimere una precisa 'destinazione di scopo'¹³⁸

¹³² ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 212; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 483 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum* cit., 120; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 396.

¹³³ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., 26; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 207 nt. 49.

¹³⁴ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., 27.

¹³⁵ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., 28.

¹³⁶ *Supra*, § 2.8.

¹³⁷ Quelli esaminati (D.14.1.7pr; D.14.1.1.8; D.14.1.1.9) infatti, sono brani in ordine ai quali la giurisprudenza romana riconobbe la responsabilità del preponente per le attività del preposto, che seppur non specificatamente previste nella *praepositio*, erano connesse o necessarie all'attività d'impresa. Parte della dottrina - fraintendendo forse il significato stesso della *praepositio* - ha addirittura dubitato dell'autenticità

alle somme di denaro assunte a mutuo del *magister*, e dunque, specificamente diretta a dichiarare la pertinenza del singolo atto negoziale, concluso dal preposto, al complesso dell'attività commerciale a lui affidata. Si tratterebbe, d'altronde, di un elemento determinante nell'ambito dell'esplicazione dei rapporti commerciali in questione, poiché sarebbe di per sé sufficiente ad imputare l'eventuale responsabilità, connessa al compimento dell'atto negoziale considerato, direttamente nella sfera giuridica del preponente.

Tornando, allora, all'esame di D. 19.1.13.25, si può ipotizzare che anche in questo caso il *'caverit'* del *procurator* potesse servire ad indicare la pertinenza del singolo atto di compravendita realizzato dallo stesso *procurator* ad una più complessa attività commerciale a lui affidata, o più semplicemente a consentire al terzo contraente l'individuazione effettiva del *dominus negotii*.

Di conseguenza il *'caverit'* potrebbe costituire l'elemento dal quale dedurre l'esistenza di una *praepositio* a vendere e comprare, o di tenore simile, nell'ambito della quale si inseriva l'atto di compravendita considerato dal giurista, e che era funzionale alla realizzazione dell'attività in essa prevista.

Ed, in ogni caso, anche se non fosse questo il significato da attribuire al *caverit*, e si ritenesse, invece, che con l'espressione in questione il giurista volesse alludere ad una *cautio de rato*, si tratterebbe pur sempre di un atto idoneo ad assicurare il riferimento dell'operazione negoziale conclusa al *dominus negotii*. La *cautio* prestata dal *procurator*, infatti, avrebbe comportato l'esplicita ammissione, da parte dello stesso *procurator*, che

delle soluzioni giuridiche prospettate in questi frammenti, in quanto verrebbero ad estendere la responsabilità dell'*exercitor* al di là dei limiti della *praepositio*, tanto da presentarci una *praepositio* talmente ampliata che non si riuscirebbe più a comprendere perché i giuristi l'avessero posta a fondamento dell'*actio exercitoria*. In particolare cfr. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit. 500ss e bibliografia ivi citata; ID, *Ancora sull'actio exercitoria*, cit., 683ss.

Ci siamo già espressi in proposito (cfr. *supra*, § 2.8), ritenendo, invece, probabile che i passi in questione siano sostanzialmente autentici e che vadano adeguatamente considerati proprio perché ci dimostrano che il contenuto della *praepositio* non era compiutamente definibile a priori, e non dipendeva esclusivamente dalla volontà del preponente, ma, al pari della responsabilità che gravava su quest'ultimo soggetto, si determinava prevalentemente su un piano oggettivo. La *praepositio* (D. 14.1.1.7), infatti, costituiva solo l'atto di legittimazione iniziale del preposto nei confronti dei terzi, ed individuava solo genericamente l'attività che lo stesso preposto era chiamato a svolgere. Di conseguenza la funzione rivestita dalla *lex* era decisiva. Essa imprimeva una precisa destinazione alla somma mutuata, riportandola nell'ambito della *negotiatio*, e dunque, della responsabilità del preponente.

¹³⁸ La dichiarazione formale in questione, infatti, serve a far in modo che la *'mutua pecunia sumpta a magistro'* possa rientrare nell'ambito del *'navis reficiendae causa contrahere'*, vd. CERAMI, *"Mutua pecunia a magistero"*, cit., 136 «.. in presenza di una specifica ed esplicita clausola di destinazione il mutuo esorbita dal rapporto contrattuale intercorrente fra mutuante e *magister* per refluire nella sfera della *negotiatio*, e cioè dell'attività imprenditoriale connessa alla gestione commerciale della nave, sì da coinvolgere "oggettivamente", in forza della *praepositio*, lo stesso armatore, giacché la *praepositio* ha natura impersonale ed obiettiva, nel senso che si risolve, a differenza del *iussum*, non già in un mero atto interno fra preponente (*exercitor*) e preposto (*magister*), sibbene in un atto esterno, direttamente e pienamente efficace per i terzi». In proposito v. *supra* § 2.8, nt. 155.

l'operazione conclusa doveva essere direttamente imputata alla sfera giuridica del *dominus negotii*.

Di conseguenza, è possibile pensare che Ulpiano in questo caso avesse deciso di aderire all'opinione di Papiniano, proprio perché aveva ravvisato nella realtà dei fatti descritti, un caso che richiedeva 'equitativamente' l'applicazione analogica della disciplina prevista per la *praepositio institoria*.

Vi è, inoltre, un'altra importante circostanza, indicata nel passo, che ci induce a propendere per l'esistenza di una *praepositio*, e, dunque per l'autenticità della soluzione giurisprudenziale volta a concedere, proprio in base ad essa, un'*actio ad exemplum institoriae*. Facciamo riferimento, in particolare, all'azione diretta riconosciuta al *dominus negotii* contro il terzo contraente.

Questo aspetto è stato spesso trascurato nello studio dell'argomento, in quanto si è generalmente ritenuto che l'inciso '*an domino*', e la proposizione finale '*ergo...competere*', fossero oggetto di un'interpolazione giustiniana¹³⁹.

Oggetto di riflessione è infatti la possibilità, prospettata nel testo, di accordare l'*actio ad exemplum institoriae*, non solo ai terzi contro il *dominus* - riconoscendo la possibilità che l'attività di un *procurator* potesse obbligare il preponente direttamente nei confronti dei terzi - ma anche al *dominus* contro i terzi, ammettendo, in definitiva, che questi potesse acquistare, altrettanto direttamente, per opera dello stesso intermediario, i diritti derivanti dai contratti compiuti nel suo interesse.

Oltre ai rilievi formali, potrebbe obiettarsi, contro l'autenticità del brano, che non dovrebbe designarsi come *actio ad exemplum institoriae* un'azione concessa al preponente contro i terzi, visto che lo schema tipico dell'*actio institoria* prevedeva, invece, che ad esercitarla fosse il terzo, che aveva contrattato con l'*institor*, contro il preponente.

Si tratta, di domande a cui cercheremo di dare una risposta compiuta nel capitolo successivo¹⁴⁰. Tuttavia, possiamo anticipare sin d'ora che nonostante formalmente il brano possa sembrare alterato, forse, non è del tutto escluso che possa essere autentico nella sostanza.

Infatti, va innanzitutto considerato che l'*actio institoria* non è un'azione autonoma, ma solo un adattamento dell'azione tipica che nasce dal rapporto giuridico concluso, che tiene conto della circostanza - di cui si fa menzione nella formula - che a realizzare il contratto sia stato un *institor*¹⁴¹.

Di conseguenza, visto che nel frammento da noi considerato (D. 19.13.25pr.), il contratto concluso dal *procurator* preposto è un'*emptio-venditio*, cioè un contratto bilaterale, si deve ammettere, almeno astrattamente, la configurabilità di due diverse azioni dirette a sanzionare l'inadempimento delle rispettive obbligazioni. Dal contratto concluso

¹³⁹ v. *Ind. Interp., h.l.* Fra coloro che si sono occupati specificatamente dell'*actio quasi institoria*: ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 186 nt. 100; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria* cit., 620 nt. 67; BURDESE, "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali cit., 65; ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 240-242; ID., *Il procurator*, cit. 26ss..

¹⁴⁰ In particolare cfr. *infra*, § 9.3.

¹⁴¹ LENEL, *EP.* cit., 268; MANTOVANI, *Le formule*, cit., 79-80. In proposito si vedano anche le considerazioni da noi svolte in MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 25 ss.

potrebbe, pertanto, derivare la concessione in via analogica non solo, quindi, di un'*actio empti institoria* a tutela del compratore, ma anche di un'*actio venditi institoria* a favore del venditore.

Inoltre, va considerato che l'azione prevista in D. 19.1.13.25 a favore del *dominus negotii* preponente non sembra configurabile come una soluzione isolata, o di carattere eccezionale. Come vedremo sempre nel capitolo successivo, diverse fonti si occupano proprio di tale rimedio, concesso a tutela del preponente nei confronti dei terzi che concludono atti negoziali con il preposto.

CAPITOLO IX

L'ACTIO INSTITORIA E L'AZIONE CONCESSA AL PREPONENTE CONTRO I TERZI.

1. - D.14.3.1: Marcello e la concessione di un'azione diretta al preponente contro i terzi che hanno negoziato con l'*institor*.

Nell'ultimo paragrafo del capitolo precedente abbiamo esaminato un brano di Ulpiano (D.19.1.13.25) in cui si riconosce in via analogica non solo azione al terzo contro il *dominus negotii*, ma anche allo stesso *dominus negotii* contro i terzi.

Come anticipavamo nel paragrafo precedente si tratta di un rimedio che viene menzionato in altre fonti in nostro possesso.

Così, nel brano che introduce nel Digesto la trattazione dell'*actio institoria* si fa esplicito riferimento alla possibilità che venga accordata tutela non soltanto al terzo contraente contro il preponente dell'*institor* (*actio institoria*), ma anche al preponente stesso contro il terzo che ha negoziato con l'*institor*.

Si tratta, infatti, di un frammento del lungo commentario *ad edictum* di Ulpiano in cui il giurista esplicita le ragioni profonde che avevano indotto i magistrati giurisdicenti alla creazione dell'*actio institoria*¹⁴², e che, forse proprio per questo motivo, è stato inserito dai compilatori all'inizio del titolo ad essa dedicato:

D. 14.3.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum vel etiam hominem liberum, actione deficietur: ipsum tamen institorem vel dominum eius*

¹⁴² SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 251; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 416-417; ID., *Scritti di diritto romano*, 2, cit., 395ss; SERRAO, voce «*Institore*» (*storia*), in *Enciclopedia del dir.*, 21, Milano, 1971, 832; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 263 nt. 29; 588 nt. 13; 606 nt. 2; VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 125; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 584; 604ss; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 224; ALBANESE, *Le persone*, cit., 148, nt. 642; 644; ID., *Atti negoziali*, cit., 362-363, nt. 457; nt. 458; nt. 462; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 35ss.; 195ss; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza*, cit., 202 nt. 106; 205 nt. 145; PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 329; 350; ID., *Profili giuridici*, cit., 107, nt. 7; 115; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 625 nt. 168; WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 607ss.; FINAZZI, *Ricerche in tema 1*, cit., 271; MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 188ss.; CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 45-46.

convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint.

Ulpiano ricorda, infatti, che il pretore aveva ritenuto conforme ad equità¹⁴³ che il preponente, il quale faceva propri i ‘benefici’ derivanti dall’attività dei propri *institores*, fosse anche ‘*obligatus*’ per i debiti nascenti dai negozi da loro conclusi, e potesse essere convenuto per l’adempimento degli stessi (*ita etiam obligari nos a contractibus ipsorum et conveniri*).

Aggiunge, tuttavia, Ulpiano che un intervento di tal genere non era stato realizzato in ordine ad *eum, qui institorem praeposuit*, affinché potesse esperire azione contro i terzi. Infatti, costui, se aveva come istitore il proprio servo, poteva essere certo del fatto che avrebbe acquisito automaticamente le azioni nascenti dai negozi conclusi; se, invece, il preposto era un servo altrui o un uomo libero, allora, *‘actione deficietur’*. Tuttavia, avrebbe potuto esperire l’*actio negotiorum gestorum* o l’*actio mandati* contro il *dominus* dello schiavo istitore o contro lo stesso *institor*¹⁴⁴.

Continua, in fine, il giurista ricordando l’opinione di Marcello il quale, invece, riteneva che dovesse essere concessa azione (diretta) al preponente dell’*institor* contro i terzi con cui quest’ultimo aveva negoziato.

Ebbene, a noi sembra che il brano introduca un’importante tematica, ed, in particolare quella relativa all’efficacia acquisitiva diretta nei confronti del preponente dei risultati utili derivanti dai negozi compiuti dall’*institor*, o meglio diremmo della possibilità per lo stesso preponente di avere azione diretta nei confronti dei terzi contraenti per far valere i diritti acquisiti tramite negozi realizzati dall’*institor* soggetto libero.

Si tratta di una tematica molto rilevante che, tuttavia, finora è stata quasi del tutto trascurata dalla dottrina più recente. Eppure, il riconoscimento della classicità del brano, e soprattutto dell’autenticità del parere di Marcello in esso riportato, potrebbe aprire il campo a diverse e nuove prospettive d’indagine.

¹⁴³ Nel frammento esaminato è di particolare evidenza il richiamo all’*aequitas*. Ed, in realtà, nelle trattazioni delle *actiones exercitoria* ed *institoria*, i riferimenti alla realizzazione dell’*aequitas* nell’ambito dei rapporti negoziali sono frequenti e di particolare importanza.

I richiami espliciti all’*utilitas*, alla *fides* e all’*aequitas* sono, infatti, particolarmente determinanti nell’identificazione delle ragioni che portarono all’introduzione delle *actiones adiecticiae qualitatis*, e che ne determinarono struttura e regime. Basta leggere i brani con i quali si aprono i titoli del Digesto relativi alle azioni in questione, o il brano delle *Institutiones* di Gaio che le riguarda, per rendersene conto; cfr. D. 14.1.1 pr. (Ulp. 28 *ad ed*): *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret, nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore*; Gai 4.70: *..quia qui ita negotium gerit magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. [71] Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam*. In proposito v. QUADRATO, voce «Rappresentanza» (*Diritto romano*), cit., 432 nt. 171; nt. 173. A chiarimento della questione mi sia consentito un rinvio a quanto già scritto in MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 188 s e bibliografia ivi citata.

Ebbene, in ordine alla classicità del brano non mi pare che possano muoversi rilievi significativi. Qualche fondato rilievo testuale può sollevarsi solo in riferimento al tratto centrale dello stesso¹⁴⁴.

Vi si riscontrano, infatti, delle palesi anomalie sintattiche. Basti pensare all'inciso '*ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum*', che sembra attribuire un *dominus* all'*institor* libero.

Inoltre, anche chi¹⁴⁵ concorda per la sostanziale classicità del brano, sospetta dell'effettiva possibilità di esperire l'*actio negotiorum gestorum* contro il *dominus* del servo alieno, come sembrerebbe evincersi *prima facie* da un'interpretazione rigorosamente letterale del brano.

In realtà, sul rapporto giuridico intercorrente tra il preponente e l'*institor* soggetto libero non abbiamo molte testimonianze. È, tuttavia, possibile ipotizzare - come testimoniato nel frammento ora esaminato - una progressiva assimilazione del rapporto in questione a quello intercorrente tra *procurator* e *dominus negotii*, o tra mandante e mandatario¹⁴⁶. Di conseguenza, in tal senso potrebbe giustificarsi il ricorso all'*actio negotiorum gestorum* o all'*actio mandati*.

Nel caso del servo alieno, invece, sembrerebbe del tutto fuori luogo il riferimento all'*actio negotiorum gestorum* da esercitare contro il *dominus* dello schiavo alieno preposto. Infatti se tra il preponente e il *dominus* dello schiavo era stato stipulato un contratto di locazione avente ad oggetto le *operae* del servo, il preponente poteva agire *ex locatione*, con l'*actio conducti*¹⁴⁷. Se, invece, il servo prestava gratuitamente le proprie *operae*, poteva esperire l'*actio mandati*¹⁴⁸.

Pertanto, è palese la scorrettezza sintattica del brano. Ed, in effetti, Riccobono¹⁴⁹ ne aveva già rilevato l'esistenza, ma ne aveva identificato le cause principalmente nella necessità di concentrare un discorso, che nella sua stesura originale probabilmente doveva essere più esteso e più esatto.

Riteniamo, allora, che si possa pienamente aderire a questa opinione e, pertanto, concludere l'analisi del testo ritenendo che le scorrettezze riscontrate non siano tali da

¹⁴⁴ RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, 2, cit., 395; SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 251.

¹⁴⁵ RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, 2, cit., 395-396.

¹⁴⁶ Per la classicità dell'applicabilità dell'*actio negotiorum gestorum* ai rapporti intercorrenti tra gerito e *procurator* v. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 19ss.; NICOSIA, voce "Gestione di affari altrui" (*Premessa storica*), cit., 630; FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 271. Per un approfondimento della questione v. *supra*, Cap. IV, § 10.

¹⁴⁷ Nel caso del servo si tratta di una *locatio rei*, pertanto il *dominus* è il locatore ed il preponente è il conduttore che paga la mercede. Pertanto se il preponente vuole rivalersi contro il *dominus* del servo alieno preposto, dovrà esperire l'*actio conducti*.

¹⁴⁸ In tal senso cfr. D. 14.1.5 pr (Paul. 29 ad ed.): *Si eum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas...ex locato...mecum ages, quod operas servi mei conduxeris...quod si gratuita operae fuerint, mandati ages*; D. 14.3.11.8 (Ulp. 28 ad ed.): *Si a servo tuo operas vicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero...*; D. 14.3.12 (Iul. 11 dig.): *et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim: pretiumque, quo emisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esset*. In proposito v. v. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 195; FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 264, 265, nt. 12; PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., 106-107 nt. 7.

¹⁴⁹ RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, cit., 395-396.

inficiarne la sostanziale autenticità e riferibilità ad Ulpiano, come del resto riconosciuto dalla dottrina prevalente¹⁵⁰.

Si può, invece, legittimamente dubitare della genuinità del brano che - nella struttura del Digesto, segue immediatamente quello da noi esaminato - ed, in particolare, dell'inciso '*si modo aliter rem suam servare non potest*' in esso contenuto¹⁵¹:

D. 14.3.2 (Gai 9 ad ed. prov.): *eo nomine, quo institor contraxit, si modo aliter rem suam servare non potest.*

Dal contesto letterale del passo potrebbe trarsi la conclusione che l'azione proposta da Marcello dovesse essere concessa al proponente 'per lo stesso titolo' ('*eo nomine*')¹⁵² per il quale l'*institor* ha negoziato, 'se (il proponente) non potesse tutelare in altro modo le sue ragioni' ('*si modo aliter rem suam servare non potest*').

In realtà è difficile accertare l'autenticità del brano monco e avulso dal suo contesto. Appare evidente, tuttavia, l'intervento realizzato dai compilatori che, nel redigere il titolo relativo all'*actio institoria*, hanno fatto seguire al brano di Ulpiano - in cui si ricorda il parere di Marcello (D. 14.3.1pr) - un frammento del commentario all'editto provinciale di Gaio (Gai. 9 ad ed. prov), monco della sua parte iniziale, proprio per meglio collegarlo al brano di Ulpiano, ed in particolare alla soluzione prospettata da Marcello, quasi a farne un unico discorso.

Ebbene, il collegamento operato sembra rispondere ad un preciso intento: quello di *limitare* la portata della soluzione prospettata da Marcello, attribuendole un *valore residuale*, cioè quello di un rimedio esperibile dal proponente '*si modo aliter rem suam servare non potest*'.

È doveroso chiedersi, però, se quest'impostazione corrispondesse a quella dei giuristi classici, o se, invece, il parere di Marcello, *senza essere alterato nel suo aspetto formale*, sia stato, invece, profondamente modificato dall'operazione descritta, che gli ha attribuito *un valore ed un significato che forse in origine non rivestiva*.

Bisogna, dunque, verificare innanzitutto se quello esaminato costituisca l'isolato responso di un giurista, o se vi siano, invece, altre fonti che testimonino una soluzione di tal genere.

¹⁵⁰ MAYER-MALY, *Necessitas constituit ius*, in *Studi Grosso I*, Torino, 1968, 189ss; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 604 ss.

¹⁵¹ LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 605 ss.

¹⁵² Nel tradurre l'espressione '*eo nomine*' va tenuto conto dello specifico contesto in cui essa si inserisce. È mia convinzione, infatti, che in questo ambito l'espressione in questione non possa essere tradotta «in nome» nel senso moderno del termine, sia per i rilievi di carattere dogmatico relativi alla configurazione nel mondo romano di un «agire in nome altrui», sia perché, come accade in altri frammenti, se si fosse voluto far riferimento ad una sorta di *contemplatio domini*, si sarebbe fatto ricorso all'espressione '*suo nomine*'. Non mi pare, inoltre, di poter riconoscere in essa un riferimento «al credito», e quindi al singolo rapporto di debito o credito intercorrente tra *institor* e terzo. Mi sembra, invece, di poter cogliere in essa il rinvio all'ambito di attività dell'*institor*, ritagliata e identificata dalla *praepositio*. Basta leggere altri passi relativi alle *a.a.q.*, ed in particolare D.14.1.1.7, per averne conferma: '*Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit*'.

2. - D.14.1.1.18: riconoscimento dell'azione diretta al *dominus negotii* contro i terzi contraenti nella prassi dei *praesides provinciarum* e dei *praefecti annonae*.

Ed in effetti, l'esigenza di concedere un'azione diretta al preponente contro il terzo che ha agito con il preposto è testimoniata in un altro brano che è stato riportato dai compilatori nel titolo relativo all'*actio exercitoria*. In esso si fa riferimento specifico ad un'azione concessa all'*exercitor* contro i terzi che hanno stipulato con il *magister* non soggetto a potestà¹⁵³:

D.14.1.1.18 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed ex contrario exercenti navem adversos eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat, sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitam, mandati agere potest. Solent plane praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis praesides provinciarum extra ordinem eos invere ex contractu magistrorum.*

Ulpiano, dopo aver ricordato che il terzo poteva a sua scelta convenire il *magister* o l'*exercitor* (D.14.1.1.17)¹⁵⁴, afferma che viceversa ('*ex contrario*') non era promessa azione all'*exercitor* della nave contro coloro che avevano negoziato col *magister*, poiché non necessitava dello stesso *auxilium*. Tuttavia il preponente poteva agire *ex locato* col *magister* se questi aveva prestato le sue opere dietro corresponsione di una *merx*, o *ex mandato* se le avesse prestate gratuitamente. Era, tuttavia, prassi dei prefetti dell'annona, così come in provincia dei presidi, tutelare *extra ordinem* questi soggetti per i contratti conclusi dai *magistri*.

Anche questo brano non è esente da critiche¹⁵⁵. È certamente rimaneggiato, almeno nella sua veste formale. Stilisticamente poco corretto è, infatti, il mutamento improvviso

¹⁵³ Si tratta di un brano generalmente trascurato, soprattutto dalla dottrina più recente, che il più delle volte si limita a menzionarlo senza dedicargli un'autonoma trattazione: MITTEIS, *Römisches Privatrechts bis auf die Zeit Diokletians*, 1, Leipzig, 1908, 228; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 416-417; GHIONDA, *Sul magister navis*, cit., 353; KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., 263 nt. 30; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 231; ALBANESE, *Atti negoziali*, cit., 362, nt. 459; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 596; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 39; 195ss.; FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., 265, nt. 12; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza*, cit., 197 nt. 43; PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 330 nt. 43; ID., *Profili giuridici*, 115; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 625 nt. 168; WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 607ss.; FINAZZI, *Ricerche in tema*, 1, cit., 271; CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 45-46; RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità*, cit., 202.

¹⁵⁴ D. 14.1.1.17 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.*

¹⁵⁵ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen, 1913, 82; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 335 nt. 3; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 596, il

di soggetto, per cui *'exercenti navem'* diviene soggetto di *'indigebat'* e *'agere potest'*; così come *'cum magistris'* diventa soggetto di *'exhibet'*.

Nonostante ciò, non si può sostenere a ragion veduta che nella sostanza il brano sia interpolato, in quanto sembra far riferimento ad una precisa prassi giurisdizionale, ed in particolare a quella del prefetto dell'*annona* e dei *praesides provinciarum*, le cui competenze potevano anche dispiegarsi nell'ambito dell'esercizio del commercio marittimo. Non risulta, allora, improbabile che i soggetti in questione abbiano potuto proporre una soluzione di tal genere, forse anche sotto la spinta di consuetudini provinciali¹⁵⁶.

In realtà, sulla competenza giudiziaria dei *praesides* non è il caso di soffermarsi, in quanto certamente comprensiva dell'ambito in questione.

Per quanto riguarda, invece, il *praefectus annonae*, sappiamo ben poco in ordine alla sua competenza. È, infatti, l'unico dei quattro prefetti citati da Pomponio nel *liber singulariis enchiridii* che non risulta trattato autonomamente, ed al quale, a differenza degli altri, neppure Giustiniano dedica nel Digesto alcun titolo. La ragione andrebbe ritrovata, a parere di Dell'Oro¹⁵⁷, nel fatto che l'attività del *praefectus annonae* era quasi completamente amministrativa, e ben poco aveva a che fare con quella dei privati, almeno sotto il profilo strettamente giudiziario. Ed effettivamente i brani che fanno riferimento ad una competenza giudiziaria del prefetto in questione sono soltanto due: D.14.1.1.18 e D.14.5.8 (*Paul. lib. 1 decret.*).

Sembra, comunque, più accettabile l'ipotesi¹⁵⁸ che tende a riconoscere l'esistenza, accanto ai poteri amministrativi, di una specifica competenza giudiziaria del prefetto in questione, derivante da quel processo evolutivo - verificatosi in età classica - in forza del quale tutta una serie di rimedi giuridici non vennero più introdotti dai pretori ma da altri organi che, nella prassi processuale, si sostituirono all'insigne magistratura repubblicana.

È storicamente molto probabile, infatti, che anche il prefetto dell'*annona*, come altri funzionari, col tempo abbia iniziato a prendere cognizione delle controversie sorgenti nell'ambito dei settori di sua competenza, e precisamente, per quanto riguarda il *praefectus annonae*, quello attinente ai commerci del grano (D.14.5.8) e alla polizia dei porti navali (D.14.1.1.18).

È, quindi, del tutto verosimile che il brano possa essere autentico nella sostanza.

Va riconosciuto, tuttavia, che il frammento esaminato sembra attestare una natura cognitoria del rimedio concesso, ma questa circostanza potrebbe costituire un elemento ulteriore a favore della sua autenticità, se è vero - come è stato autorevolmente

quale, in particolare, ritiene il passo interpolato per l'inciso "*quia non eodem auxilio indigebat*", e per la frase finale che l'autore considera un "evidente completamento giustiniano".

¹⁵⁶ *Infra*, nt. 161-162.

¹⁵⁷ DELL'ORO, *I libri 'de officio' nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, 231.

¹⁵⁸ Riconosce l'attendibilità sostanziale dl brano PAVIS DESCURAC, *Le Préfecture de l'annone service administratif imperial d'Auguste à Constantin*, Rome, 1976, 270 ss; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 398; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, cit., 335 nt. 3. Sul ruolo della *cognitio extra ordinem* ed, in particolare, sull'intervento del prefetto dell'*annona* nell'ambito di applicazione dell'*actio institoria* cfr. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del «ius novum»*, in *RIDA. II. Mélanges de Visscher*, 1949, 288.

riconosciuto ¹⁵⁹- che le fonti attestano un pieno riconoscimento della ‘rappresentanza’ anche nell’ambito della *cognitio extra ordinem*.

D'altronde, va adeguatamente valutata l'influenza esercitata dalle consuetudini ellenistiche sul diritto romano proprio in tema di rappresentanza, visto che in quell'ambito - a quanto si dice - la rappresentanza fu largamente riconosciuta ed applicata.

Le posizioni dottrinarie più risalenti - prendendo le mosse da alcuni interessanti lavori del Mitteis¹⁶⁰ - a cui va certamente il merito di aver dischiuso più larghi orizzonti allo studio del diritto romano - ipotizzavano l'esistenza un forte divario tra diritto classico e diritto giustineano in ordine alla rappresentanza, prospettando un ampio riconoscimento della stessa rappresentanza nel diritto giustiniano proprio per effetto di influssi del mondo ellenistico, che si sarebbero manifestati nell'innumerabile mole di interpolazioni inserite o accolte dai Bizantini nella codificazione.

Si tratta di un'opinione largamente rivista e superata, a partire dall'ormai storico lavoro di Rabel¹⁶¹, non a caso dedicato a Papiniano - volto a riconoscere che l'influenza dei diritti provinciali sul diritto romano si sarebbe manifestata già a partire dal II sec. a.C.. Come riconosce Riccobono¹⁶², tale influenza cominciò a realizzarsi, "...quando l'attività economica dell'impero era viva e rigogliosa e gli organi della recezione e dell'elaborazione del diritto (pretore, giurisprudenza, imperatori) erano più pronti ed energici. La pretesa di supporre che i bizantini nel legiferare avessero proceduto innovando teorizzando o dommatizzando nel vasto e complesso campo del diritto è difficilmente credibile”.

In conclusione, ci sembra che si possa decisamente propendere per la classicità della soluzione ricordata in D.14.1.1.18, e dunque riconoscere che nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, già alla fine dell'età classica, potesse essersi istaurata una prassi di tal genere.

A tal proposito si potrebbe anche sospettare che l'intervento operato dai prefetti dell'annona e dai presidi fosse stato suggerito dalla necessità di sopperire ad una lacuna del sistema formulare.

Tuttavia, va anche considerato che la disciplina dell'*actio exercitoria* riguardava l'ambito dei traffici marittimi, e quindi un settore in cui ovviamente i contatti con le consuetudini provinciali erano più frequenti ed in cui più forte era anche l'intervento dei magistrati provinciali e dei funzionari imperiali.

D'altronde, è possibile ipotizzare - come già sostenuto in altra sede¹⁶³ - che in questo punto del Digesto possa essere stato operato un preciso intervento dei compilatori tendente a sfrondare, semplificare e generalizzare il discorso di Ulpiano, originariamente forse più complesso ed articolato.

¹⁵⁹ RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 398 e bibliografia ivi citata.

¹⁶⁰ *Trapezītika*, in *ZSS.* 19 (1898) 198ss; 211ss; ID., *Römisches Privatrechts*, cit., 224ss.

¹⁶¹ RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 1-25 (269- 293).

¹⁶² *Lineamenti della dottrina*, cit., 416-417.

¹⁶³ Cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 209ss.

3.- D.19.1.13.25: l'*actio ad exemplum institoriae* e la concessione di un'azione diretta al *dominus negotii* contro i terzi che hanno negoziato col *procurator*.

Vi è, ancora, un altro frammento tratto dai *libri ad edictum* di Ulpiano in cui si menziona la concessione di un'azione diretta al preponente contro il terzo che ha agito con un preposto libero, non soggetto a potestà.

Si tratta di un passo fortemente discusso¹⁶⁴, che abbiamo già esaminato più volte nel corso della nostra trattazione¹⁶⁵, se non altro perché è uno di quelli in cui si fa espressa menzione dell'*actio ad exemplum institoriae*¹⁶⁶:

D. 19.1.13.25 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

La fattispecie descritta dal giurista riguarda, infatti, il caso di un *procurator* che vende 'et caverit emptori'. Il giurista si domanda se al *dominus negotii*, e contro lo stesso *dominus negotii*, debba darsi azione.

Nel dare una risposta Ulpiano si riferisce all'opinione espressa da Papiniano nel terzo dei suoi *libri responsorum*, ritenendo che contro il *dominus* si può agire con un'*actio utilis ad exemplum institoriae* 'si modo rem vendendam mandavit', e che al contrario, anche al *dominus* compete un'*actio utilis ex empto* contro il compratore.

In realtà, diversamente dagli altri finora esaminati (D.14.3.1; D.14.1.1.18) - ritenuti sostanzialmente autentici da gran parte della dottrina - questo è l'unico fortemente sospettato e discusso sia nella forma sia nella sostanza.

Si è, infatti, dubitato dell'*actio utilis ex empto* che spetterebbe al *dominus* del *procurator*. Il *procurator* ha agito nella veste di venditore, e dunque, al suo *dominus* dovrebbe spettare l'*actio venditi* contro il compratore.

Sul punto, tuttavia, si è già pronunciato Burdese¹⁶⁷ manifestando chiaramente la sua propensione ad ammettere la possibile autenticità dell'espressione '*actio utilis ex empto*'. Nel testo, infatti, non si discute di un '*actio ex empto*' ma di un '*ex empto agere*' tramite l'azione utile *ad exemplum institoriae*.

Sono stati ritenuti alterati anche l'inciso '*an domino*', e la proposizione finale '*ergo...competere*'¹⁶⁸ - sui quali ci pronunceremo meglio tra poco - e, per altro verso, l'espressione '*si modo rem vendendam mandavit*'¹⁶⁹.

¹⁶⁴ *Supra*, § 8.4, nt., 122.

¹⁶⁵ *Supra*, § 4.3.

¹⁶⁶ *Supra*, § 8.4.

¹⁶⁷ In proposito v. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 208 nt. 50.

¹⁶⁸ *Supra*, § 8.4 nt. 139.

Ed, in effetti, le due questioni fondamentali che riguardano l'interpretazione del brano si riferiscono, per un verso, all'autenticità stessa dell'*actio ad exemplum institoriae* - in verità ormai riconosciuta da gran parte della dottrina¹⁷⁰ - e, per un altro, anche alla classicità dell'azione diretta concessa al *dominus negotii* contro il terzo che ha negoziato col *procurator*, ritenuta, invece, da gran parte degli studiosi di natura compilatoria.

Della prima questione ci siamo già occupati nei paragrafi precedenti, ritenendo che si potesse riconoscere la sostanziale autenticità della concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* menzionata nel passo (Cap. VIII, § 4).

Infatti, nonostante la sinteticità del brano, abbiamo ritenuto di poter riscontare nella fattispecie descritta un elemento che garantiva la 'riconoscibilità esterna' dell'interesse in causa del *dominus negotii*, e che poteva pertanto giustificare l'esercizio dell'azione da parte del terzo nei suoi confronti ed, eventualmente, anche la proposizione dell'azione da parte del *dominus* stesso nei confronti del terzo contraente.

Infatti nel nostro passo non si fa espresso riferimento all'esistenza di una *praepositio* o di un atto ad essa equiparabile. Vi è solo un generico ed impreciso accenno ad un mandato contenuto nell'inciso '*si modo rem vendendam mandabit*', sulla cui genuinità sono stati avanzati legittimamente molti sospetti¹⁷¹.

In realtà, come già sostenuto in precedenti lavori¹⁷², non era certo l'esistenza in sé di un mandato a giustificare la concessione di un'*actio institoria*, anche *ad exemplum*, ma solo una *praepositio* o un atto ad essa equiparabile. Il mandato, infatti, poteva semmai essere equiparato ad una *praepositio*¹⁷³, ma di per sé non era l'elemento che giustificava l'eventuale applicazione in via estensiva dell'*actio institoria*.

Inoltre, va valutata un'altra importante circostanza. Secondo l'opinione prevalente¹⁷⁴, infatti, gli acquisti per *extraneam personam* - laddove consentiti - non sembrano trovare la loro giustificazione nell'esistenza di un mero rapporto interno di mandato. Dalle fonti a nostra disposizione, infatti, sembra emergere con evidenza che il mandatario non acquista direttamente il possesso al mandante, diversamente dal *procurator* che acquista, invece, direttamente il possesso, e forse anche la proprietà, al *dominus negotii*¹⁷⁵, al pari del *tutor* e *curator*¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Così BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 253. Nello stesso senso ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria* cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria* cit., 190. *Contra* KRELLER, *Op. cit.*, 92-93; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 483 ss; ANGELINI, *Il procurator*, cit. 26ss; cfr. *supra*, § 4.3, nt. 114; § 8.4, nt. 127.

¹⁷⁰ Cfr. *supra*, § 8.4.

¹⁷¹ Si tratta di un'ipotesi che prende avvio da alcune considerazioni svolte da BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 253; cfr. *supra*, nt. 127.

¹⁷² Cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., § 4.1; 4.2; 4.3; MICELI, *Institor e procurator*, cit., § 4.3 a); 4.3 b).

¹⁷³ D. 17.1.10.5; D. 3.5.31(30)pr.; cfr. *supra*, § 8.3.

¹⁷⁴ *Supra*, § 6.4.

¹⁷⁵ Gai 2.95; D. 41.1.13pr.; D. 41.2.1.20; D. 41.2.34.1; D. 41.2.42.1; D. 41.3.41; PS. 5.2.2; I. 2.9.5; cfr. *supra*, § 6.5; 6.6; 6.9.

¹⁷⁶ D. 6.2.7.10; D. 13.7.11.6; D. 41.1.13.1; D. 41.2.1.20; cfr. *supra*, § 6.5; 6.6; 6.9.

Nella fattispecie considerata in D.19.1.13.25, addirittura non vi è nemmeno un mandato in senso tecnico, ma un rapporto ad esso assimilabile *'si modo rem vendendam mandavit'*.

In definitiva, l'unico elemento che può determinare la «riconoscibilità esterna» dell'interesse in causa del *dominus negotii* può essere costituito dal *'caverit'* iniziale che non è presente negli altri frammenti, ma che sembra rivestire una importanza fondamentale in questo contesto.

Esso, infatti, sembra ricorrere nel significato di *lex*, cioè di una dichiarazione formale tendente ad imprimere una precisa 'destinazione di scopo'¹⁷⁷ alle somme di denaro assunte a mutuo del *magister*, e dunque, specificamente diretta a dichiarare la pertinenza del singolo atto negoziale, concluso dal preposto, al complesso dell'attività commerciale a lui affidata.

Di conseguenza il *'caverit'* può costituire l'elemento dal quale dedurre l'esistenza di una *praepositio* a vendere e comprare, o di tenore simile, nell'ambito della quale si inseriva l'atto di compravendita considerato dal giurista, e che era funzionale alla realizzazione dell'attività in essa prevista.

Ed, in ogni caso, anche se si ritenesse, invece, che con l'espressione in questione il giurista volesse alludere ad una *cautio de rato*, si tratterebbe pur sempre di un atto idoneo ad assicurare il riferimento dell'operazione negoziale conclusa al *dominus negotii*. La *cautio* prestata dal *procurator*, infatti, avrebbe comportato l'esplicita ammissione, da parte dello stesso *procurator*, che l'operazione conclusa doveva essere direttamente imputata alla sfera giuridica del *dominus negotii*.

Di conseguenza, è probabile che Ulpiano in questo caso avesse deciso di aderire all'opinione di Papiniano, proprio perché aveva ravvisato nella realtà dei fatti descritti, un caso che richiedeva, per la concreta realizzazione dell'*aequitas*, l'applicazione analogica della disciplina prevista per la *praepositio institoria*.

Ebbene - accertata in relazione a questa fattispecie la possibile autenticità della concessione al terzo dell'*actio ad exemplum institoriae* - va valutata, al contempo, la classicità del riconoscimento dell'azione diretta al *dominus* contro il terzo.

Questo aspetto - come dicevamo già precedentemente¹⁷⁸ - è stato spesso trascurato nello studio dell'argomento, in quanto si è generalmente ritenuto che l'inciso *'an domino'*, e la proposizione finale *'ergo...competere'*, fossero oggetto di un'interpolazione giustiniana¹⁷⁹.

Alcune voci autorevoli¹⁸⁰, tuttavia, hanno manifestato un'opinione differente. Abbiamo già considerato, infatti, che la fede nell'interpolazione del famigerato *'competere'*

¹⁷⁷ *Supra*, § 8.4, nt. 137.

¹⁷⁸ *Supra*, § 8.4.

¹⁷⁹ *Supra*, § 8.4, nt. 139.

¹⁸⁰ Per l'autenticità si è pronunciato RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 395. Più recentemente propende per la genuinità anche BENKE, *Zu Papinians actio*, 625 nt. 168, il quale - pur ritenendo che il brano, nella parte in cui configura la possibilità per il *dominus* di agire conto i terzi, non sia interpolato - è dell'idea che tale possibilità non fosse già presente nel responso di Papiniano, ma che sia stata aggiunta da Ulpiano. Ulpiano, infatti, avrebbe richiamato il parere di Papiniano, che si limitava a sancire l'azione del terzo contro il *dominus* ed avrebbe aggiunto l'inciso *'vel dominus'* e la frase finale *'ergo per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere'*. Le ragioni che avrebbero spinto il giurista a modificare il testo

va sempre più scemando fra i romanisti¹⁸¹. D'altronde - come abbiamo già visto¹⁸² - esistono altre importanti e affidabili testimonianze che attestano il riconoscimento di un'azione diretta al preponente contro il terzo che ha agito con il preposto.

Nel brano ora esaminato, infatti, si consente l'esercizio dell'*actio ad exemplum institoriae* non solo ai terzi contro il *dominus negotii* - riconoscendo così che l'attività di un *procurator* potesse obbligare direttamente il *dominus negotii* preponente nei confronti dei terzi - ma anche allo stesso *dominus negotii* contro i terzi, ammettendo che questi potesse acquistare - altrettanto direttamente - per opera dello stesso intermediario, i diritti derivanti dai negozi conclusi nel suo interesse.

Ebbene, contro l'autenticità del brano, oltre ai rilievi formali, potrebbe obiettarsi che non dovrebbe designarsi '*actio ad exemplum institoriae*' un'azione concessa al preponente contro i terzi, visto che lo schema tipico dell'*actio institoria* prevedeva, invece, che ad esercitarla fosse il terzo, che aveva contrattato con l'*institor*, contro il preponente. E, in realtà, nel testo si riconosce al preponente l'esperibilità di un'*actio utilis ex empto* e non di un'*actio utilis ad exemplum institoriae*.

Inoltre, va anche considerato, che l'*actio institoria* non è un'azione autonoma, ma solo un adattamento dell'azione, o delle azioni tipiche nascenti dal rapporto giuridico concluso, che tenga conto della circostanza - di cui si fa menzione nella formula - che a realizzare il contratto sia stato un *institor*¹⁸³.

Nel frammento da noi esaminato (D. 19.13.25pr.), il contratto concluso dal *procurator* preposto è un'*emptio-venditio*, cioè un contratto bilaterale. Di conseguenza, si deve ammettere, almeno astrattamente, la configurabilità di due diverse azioni dirette a

andrebbero ritrovate, a parere dell'autore citato, in alcune motivazioni di carattere esterno e sistematico, per cui il brano in questione andrebbe letto in relazione agli altri brani riguardanti l'*actio institoria*, in particolare D. 14.1.1.18, ma anche di carattere 'interno', relative ad alcuni rilievi formali posti in evidenza già da HONORÈ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 47 ss.

¹⁸¹ *Supra*, § 8.4, nt. 125.

¹⁸² Cfr. § 9.1; 9.2.

¹⁸³ Sulla struttura formulare delle *a.a.q.* v. LENEL, *EP.* cit., 268; MANTOVANI, *Le formule*, cit., 79ss. In proposito mi permetto di rinviare ancora una volta anche alle considerazioni da me svolte sull'argomento in MICELI, *Sulla struttura formulare* cit., 25 ss.

Ancora più complessa è la questione relativa alla struttura formulare dell'*actio ad exemplum institoriae*; cfr. in KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 97; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 261ss.; 342ss; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza*, cit., 212 nt. 237; KASER - HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 238.

In proposito è particolare interesse l'opinione di VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 148, il quale ha ipotizzato che Papiniano avesse utilizzato la terminologia '*actio ad exemplum institoriae*' per differenziare tale azione dalle altre azioni utili, ma, anche, che avesse adoperato la più complessa espressione '*actio utilis ad exemplum institoriae*' per sottolineare il fatto che fosse un'azione cognitoria e non edittale.

Ebbene, si tratta di un problema di non facile soluzione, sul quale possono solo avanzarsi congetture, in quanto non abbiamo testimonianze sufficientemente precise ed affidanti. È mia convinzione, tuttavia, che l'indagine volta verificare la natura e la struttura processuale di tali azioni rivesta un particolare interesse ed importanza per la definizione del tema nella sua complessità ed interezza. In tal senso, infatti, ho già intrapreso un'indagine che, tuttavia, per ragioni logistiche, non può essere esposta in questa sede.

sanzionare l'inadempimento delle rispettive obbligazioni, e che in entrambe debba farsi menzione del fatto che a concludere il contratto sia stato un *institor* o un *procurator*.

Non è un caso, infatti, che la possibilità per il *dominus negotii* di esperire azione diretta contro il terzo ricorra solo in questo brano - che si riferisce ad un contratto di compravendita concluso dal preposto - e non negli altri relativi all'*actio ad exemplum institoriae*, in cui si tratta, invece, prevalentemente di contratti di mutuo D.3.5.31(30); D.14.3.19.pr; D.17.1.10.5.

Contro l'autenticità dell'azione diretta concessa al *dominus negotii* contro il terzo contraente, si potrebbe anche obiettare che l'esigenza di bilateralità della compravendita potesse essere soddisfatta dalla possibilità che ad agire contro il terzo fosse lo stesso *procurator* che con lui aveva negoziato.

Va anche ricordato, tuttavia, che nel brano si fa riferimento ad una dichiarazione espressa (*caverit*) del *procurator* che indica chiaramente al terzo contraente il soggetto nell'interesse del quale agisce, identificando specificamente la figura del *dominus negotii*. Inoltre, bisogna anche considerare che in questo caso l'intermediario che ha concluso la compravendita è un *procurator*, e cioè un soggetto capace di acquistare al *dominus negotii* possesso e proprietà¹⁸⁴.

Bisogna adeguatamente valutare, ancora, che l'*emptio venditio* romana si fonda e si struttura su un rapporto negoziale caratterizzato dalla *bilateralità* e *corrispettività*, da intendere unicamente *in senso concreto ed effettuale* come *equilibrio sostanziale tra benefici acquisiti e sacrifici sopportati*. Si tratta di una reale esigenza di equilibrio e simmetria che, per essere tale, dovrebbe essere riconosciuta tra gli effettivi contraenti, cioè tra coloro che sono gli effettivi titolari del negozio giuridico.

D'altronde, al momento della conclusione del negozio il terzo contraente ha fatto affidamento sulla circostanza che sua effettiva controparte fosse il *dominus negotii* e non il *procurator*, altrimenti con molta probabilità non si sarebbe risolto a concludere il negozio.

Così, una volta riconosciuta al terzo la possibilità di rivalersi direttamente contro il *dominus*, qualora dovessero ricorrere le condizioni per l'applicazione analogica della disciplina prevista per l'*institor*, allo stesso modo doveva essere consentito al *dominus negotii* di avere azione nei confronti dello stesso terzo, pena l'inammissibile realizzazione di una forte discriminazione fra gli stessi, in pieno ed evidente contrasto con i principi dell'*aequitas* e della *bona fides*.

4 - Valutazioni conclusive sulla classicità dell'azione concessa al preponente contro i terzi che hanno stipulato negozi con il preposto.

Lette le testimonianze, esaminate le incongruenze ed i rilievi di carattere testuale prospettabili, va ora valutata la classicità delle soluzioni in esse prospettate dal punto di vista sostanziale.

¹⁸⁴ *Supra*, § 6.5; 6.6; 6.9.

È giusto ricordare che secondo l'opinione tradizionale, i brani relativi all'*actio institoria* - nelle parti in cui riconoscono l'azione al preponente contro i terzi - sarebbero quantomeno sospetti, in quanto comporterebbero il riconoscimento di forme di rappresentanza diretta negli acquisti che, contrariamente a quanto accadeva in età classica, nel diritto giustiniano sarebbero state riconosciute e largamente applicate¹⁸⁵.

Riteniamo, tuttavia, che l'antitesi tra il diritto classico e quello giustiniano, prospettata in termini così netti, non sia accettabile¹⁸⁶. Non ci sembra, infatti, di poter ritenere che il diritto giustiniano abbia espresso una concezione molto più estesa ed ampia della rappresentanza rispetto al diritto classico¹⁸⁷.

È più coerente con lo stato delle fonti ipotizzare, invece, che i compilatori si siano limitati a recepire alcune enunciazioni classiche - estrapolandole dal contesto specifico in cui erano state espresse - dando loro una formulazione più astratta e generalizzante, o presentando come certa e univoca una soluzione che nel diritto classico era controversa. *Non ci sembra, invece, che siano riscontrabili nella compilazione aperture sostanziali nel senso di un maggiore riconoscimento complessivo del fenomeno rappresentativo.*

Infatti - come sostiene Riccobono - "...il diritto romano era, da una parte un prodotto unico nella storia, troppo complesso per la ricchezza e varietà delle sue forme e per la sua fine elaborazione scientifica, per poter vivere con tutti i suoi attributi, senza la direzione vigile e illuminata della giurisprudenza e del pretore. Inoltre, il diritto creato da Roma, in condizioni privilegiate, elaborato e svolto dalla giurisprudenza e dal pretore, aveva raggiunto un grado di perfezione inarrivabile, era munito di una forza organica indistruttibile, onde esso non poteva perire al primo urto, anche in una crisi generale di tutti gli ordinamenti del passato...Il diritto romano, dunque, non poteva perire, ma doveva semplificarsi per vivere".¹⁸⁸

Nella compilazione, inoltre, può ravvisarsi una certa tendenza all'*uniformazione delle soluzioni*, tipicamente connessa ad una logica legislativa che deve predisporre un testo esaustivo e non contraddittorio al suo interno.

In tal senso, è nostra opinione che nel diritto giustiniano si manifesti anche una tendenza contraria a quella «generalizzante» comunemente riconosciuta. Si tratta, infatti,

¹⁸⁵ *Supra*, § 9.1.

¹⁸⁶ La dottrina ha da tempo avviato un percorso di revisione delle opinioni tradizionali sul tema caratterizzate spesso da visioni unilaterali e semplicistiche; cfr. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 389 ss; ORESTANO, voce «*Rappresentanza*» (*Diritto romano*), cit., 796; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 262 nt. 31; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1984, 371 nt. 34.1; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza*, cit., 194; QUADRATO, voce «*Rappresentanza*» (*Diritto romano*), cit., 431 e bibliografia ivi citata.

¹⁸⁷ In tal senso già RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 389 ss; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 268, il quale non esita a riconoscere nelle fonti gli spunti che avrebbero potuto aprire la strada al riconoscimento della rappresentanza diretta nell'ultimo periodo della giurisprudenza classica, ma che, tuttavia, non furono sviluppati dal diritto successivo neanche in età giustiniana. Tanto è vero che il regime attestato nel Digesto appare ancora quello proprio della tarda giurisprudenza classica. In tal senso anche ALBANESE, *Atti negoziali*, cit., 341ss, nel sostenere che le rare innovazioni giustiniane sul tema si collocano tutte sulla via delle soluzioni già affermate in epoca classica avanzata.

¹⁸⁸ RICCOBONO, *Lettere londinesi (maggio 1924)*. "Diritto romano e diritto moderno", Torino, 2004, 117.

di una tendenza volta in alcuni casi alla *limitazione del riconoscimento della rappresentanza*, proprio in relazione ad alcune soluzioni che sembrano fare eccezione alle regole generali.

Siamo in presenza, infatti, di una nuova concezione giuridica che non percepisce e comprende pienamente le logiche di un sistema fondato sulla pluralità degli ordinamenti e delle soluzioni in essi prospettabili, e che pertanto *tende a ridurre ad unità il molteplice, cercando di ricondurre forzatamente la pluralità delle soluzioni riscontrate ad un rigido rapporto regola-eccezione*.

In questa sede non possiamo fornire una esaustiva e documentata dimostrazione di quanto detto. Si tratta, infatti, di una questione complessa, che merita un'autonoma ed articolata trattazione, peraltro già in corso di realizzazione.

Possiamo fin d'ora anticipare, però, che il passo di Ulpiano da noi esaminato (D.14.3.1) è uno di quelli in ordine ai quali è possibile ipotizzare un intervento dei compilatori volto a limitare l'applicazione di una soluzione riconosciuta dai giuristi classici, restringendone la portata.

In realtà la testimonianza contenuta in D.14.3.1 è difficilmente attaccabile nella sua sostanza. Inoltre, anche dagli altri frammenti esaminati (D.14.1.1.18; D.14.1.13.25) sembra emergere con evidenza l'esigenza concreta di tutela del soggetto che avesse preposto un *institor* non legato a lui da rapporti potestativi.

Va ricordato, ancora, che si trattava di un'esigenza che con molta probabilità, si propose all'attenzione degli organi giurisdizionali in un'epoca successiva alla creazione delle *a.a.q.* - forse in un momento in cui l'attività dei pretori si avviava inesorabilmente verso la sua decadenza - e che, pertanto, ha trovato principale riconoscimento grazie alla sensibilità e all'intervento della giurisprudenza, che se ne fece promotrice anche presso i funzionari della *cognitio extra ordinem*.

Inoltre, in ordine alla classicità del parere di Marcello può assumere una certa rilevanza la circostanza che il frammento di Ulpiano in cui esso è ricordato (D.14.3.1) - ma anche tutti gli altri brani in cui si attesta la concessione di un'azione diretta al preponente contro il terzo (D.14.1.1.18; D.14.1.13.25) - siano riportati solo nel Digesto. Non si ritrovano, infatti, soluzioni simili nel Codice o nelle Istituzioni.

È, d'altronde, estremamente improbabile che la soluzione esaminata sia una creazione dei compilatori, in quanto il riconoscimento dell'azione diretta al preponente sembra contrastare decisamente con i principi accolti nel Digesto, e solidamente attestati anche nelle altre parti della compilazione¹⁸⁹.

Di conseguenza, è probabile che i compilatori abbiano riportato il frammento di Ulpiano in questione (D.14.3.1) poiché - nella sua prima parte - risultava particolarmente idoneo a chiarire le ragioni sottese alla creazione dell'*actio institoria*. È ipotizzabile, invece, che si siano trovati in difficoltà in relazione alla seconda parte del passo, ed, in particolare in ordine al parere di Marcello in esso contenuto.

Pertanto, hanno cercato di limitarne la portata, accostando al passo di Ulpiano (D.14.3.1) il brano tratto dal commentario all'editto provinciale di Gaio (D.14.3.2) - che abbiamo già esaminato¹⁹⁰ - dando avvio ad un percorso - accentuato poi dalla dottrina

¹⁸⁹ Gai 2.95; D. 50.17.73.4 (*Quint. Muc. Scaev. lib. sing. optov*); I. 2.9.5; C.4.27.1pr (Impp. Diocl. et Max., a. 290).

¹⁹⁰ *Supra*, nt. 150.

intermedia¹⁹¹ - di riconduzione al binomio regola-eccezione di quella realtà che era probabilmente espressione, invece, di una molteplicità di opinioni nell'ambito di un sistema pluralistico ed aperto quale quello casistico-giurisprudenziale dell'età classica.

Sulla scorta dell'impostazione giustiniana si è ritenuto, infatti, che Ulpiano ammettesse come rimedio di natura generale a favore del preponente - qualora l'*institor* era un soggetto libero - la cessione delle azioni da parte dello stesso *institor*, tramite esperimento dell'*actio mandati* o *negotiorum gestorum*¹⁹²; e solo in via eccezionale e sussidiaria il rimedio dell'*actio* diretta, aderendo al responso di Marcello.

Si tratta di un modo di operare tipico di una mentalità legislativa e 'sistematizzante' - che ha trovato la sua accentuazione nella lettura degli interpreti successivi¹⁹³- e che, a nostro parere, pur senza intervenire profondamente sul tenore letterale delle fonti classiche, ne ha tuttavia profondamente falsato l'originario significato.

Infatti, nel brano di Ulpiano in questione non vi è alcun esplicito riferimento alla cessione delle azioni, come invece avviene in altro luogo¹⁹⁴. Si potrebbe, certo, ipotizzare un taglio effettuato dai compilatori, ma anche ammettere, al contrario, che la cessione delle azioni fosse una soluzione praticabile in questi casi.

Tuttavia, al di là dei rilievi formali prospettabili¹⁹⁵, sorgono, inoltre, altri importanti interrogativi, volti a verificare se, ed in che limiti, la cessione delle azioni fosse

¹⁹¹ BALDUS, *In Digesti Veteris Partes Commentaria* h.l. D.14.3.1 pr; BARTOLUS, *Commentaria Omn. Iur.* h.l. D.14.3.1.

¹⁹² SERRAO, voce "Institore", cit., 832.

¹⁹³ CAPPELLINI, voce «Rappresentanza» (*Diritto intermedio*), cit., 445 nt. 56; WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 610ss.

¹⁹⁴ Sulla cessione delle azioni nell'ambito del mandato v. D. 17.1.1.13.pr; D. 17.1.8.1; D. 17.1.8.5; D. 17.1.8.10; D. 17.1.27.5; D. 17.1.28; D. 17.1.43; D. 17.1.45pr.; D. 17.1.54. Si tratta di un argomento che non è stato oggetto di studi autonomi o di approfondimenti specifici. Gli unici riferimenti al tema si trovano nei volumi di carattere istituzionale o nelle opere monografiche riguardanti il mandato, che vi dedicano, tuttavia, solo pochi cenni. In particolare v. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 550- 552; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 549; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 605; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., 15-16 e 165. Ed, in realtà, dell'argomento si sono interessati principalmente coloro che si sono occupati della cessione dei crediti e del *procurator in rem suam*. SCHULZ, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 27 (1906) 82 ss.; GERICH, *Kognitor und procurator in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Gottingen, 1963; LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln-Graz, 1966, 47 s.; CUGIA, *Inammissibilità del 'mandatum actionis' nella cessione e nell'accollo classici*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz* 4, Napoli, 1953, 291. L'argomento è, invece, a mio parere di particolare interesse, anche se di estrema complessità. Va considerato, inoltre, che è stato oggetto di particolare attenzione e studio da parte degli interpreti medievali, e poi, successivamente, della pandettistica e della stessa dottrina moderna; v. *infra*, nt. 212.

¹⁹⁵ Per accettare l'ipotesi che tende a riscontrare nel brano (D.14.3.1) un preciso riferimento alla cessione delle azioni bisognerebbe, infatti, ritrovare uno stretto collegamento tra la parte in cui si legge che '*si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus*', e quella in cui si riconosce al preponente - nel caso in cui l'*institor* fosse un soggetto libero od un servo altrui - la possibilità di convenire lo stesso *institor*, o il *dominus* del servo preposto, con l'*actio mandati* o l'*actio negotiorum gestorum*.

In realtà, non mi sembra di poter riscontrare una particolare connessione tra le due espressioni considerate. Mi sembra, piuttosto, che con la prima ci si riferisse semplicemente al fenomeno dell'acquisizione diretta da parte del *dominus* o *pater* dei risultati utili dell'attività negoziale svolta dai propri

configurabile come rimedio di carattere generale¹⁹⁶, e se l'assimilazione del rapporto preponente-*institor* a quello mandante-*procurator* fosse tale da consentire il ricorso indiscriminato a tale rimedio giuridico. La cessione delle azioni era, infatti, un meccanismo di natura squisitamente processuale, connesso alla forte discrezionalità dell'*officium iudicis* derivante dal regime di buona fede del mandato.

D'altronde, se il rapporto intercorrente tra il preponente e l'*institor* fosse stato perfettamente equiparato a quello prospettabile tra mandatario e mandante, e quindi, il regime del mandato fosse stato del tutto assimilato a quello della *praepositio*, forse lo stesso Papiniano non avrebbe suggerito l'adozione dell'*actio ad exemplum institoriae*¹⁹⁷.

E' nostra opinione, invece, che la lettura e la comprensione dei brani esaminati (D. 14.3.1; D.14.3.2) siano state profondamente influenzate dall'operazione realizzata dai giustiniani, che, *pur riportandoli fedelmente, li hanno posti in una sequenza logica che ne ha alterato l'originario significato*. Si può ragionevolmente credere, infatti, che i frammenti riportati non siano stati formalmente alterati ma profondamente modificati nella sostanza dall'operazione descritta.

L'intento, era forse, proprio quello di attribuire alla soluzione di Marcello un significato parzialmente differente, *riconoscendogli una portata molto più limitata* rispetto a quella che rivestiva nel suo originario contesto.

In età classica, infatti, è possibile che Marcello avesse proposto questa soluzione come rimedio ordinario e non come rimedio eccezionale da adottare a tutela del preponente di un *institor* libero. Non sappiamo, tuttavia, quale esito concreto abbia avuto la soluzione prospettata da Marcello, e, dunque, se avesse o meno incontrato il favore e l'approvazione degli altri giuristi. È certo tuttavia che Ulpiano ne riproponeva il ricordo, forse con l'intento di prestarvi adesione.

Dal frammento di Ulpiano in sé considerato, infatti, non sembra che il parere di Marcello corrispondesse ad un'opinione minoritaria. Anzi, si ha la netta impressione che Ulpiano volesse aderire alla sua opinione, ritenendo giusto che il preponente potesse ricevere una forma di tutela più forte ed incisiva, esperibile direttamente contro i terzi, rispetto all'eventuale proposizione di un'azione di carattere meramente interno, da rivolgere contro lo stesso *institor* o contro il *dominus* dell'*institor alieni iuris*.

D'altronde, i frammenti che attestano la concessione di un'azione diretta al preponente contro il terzo contraente - da noi esaminati - sono tutti tratti dal

sottoposti, in perfetta coerenza al pensiero dei giuristi romani che, nella descrizione dei fenomeni giuridici, prediligono la prospettiva 'dinamica' dell'*actio* rispetto a quella 'statica' di definizione delle posizioni giuridiche sostanziali. Non mi pare, invece, che vi sia un rapporto diretto tra questa affermazione del giurista e quella successiva in cui si riconosce al preponente l'esperibilità dell'*actio mandati* o dell'*actio negotiorum gestorum* contro il preposto.

Infatti, se il giurista avesse voluto fare riferimento al rimedio della cessione delle azioni realizzato dall'*institor* soggetto libero, o dal *dominus* del *servus institor* a vantaggio del preponente, avrebbe dovuto menzionare l'acquisizione delle azioni in specifica relazione all'esperibilità dell'*actio negotiorum gestorum* o dell'*actio mandati*; cfr. passi citati in nt. 194.

¹⁹⁶ *Supra*, nt. 194.

¹⁹⁷ *Supra*, Cap. VIII.

commentario all'editto di Ulpiano, ed in particolare, dal libro ventottesimo (D.14.3.1; D.14.1.1.18)¹⁹⁸ e dal libro trentaduesimo (D. 19.1.13.25)¹⁹⁹ dell'opera in questione.

Dal punto di vista sostanziale, inoltre, le ragioni invocate a sostegno della concessione di un'azione diretta al preponente o al *dominus negotii* contro il terzo potrebbero essere pienamente ascritte ad un giurista classico. Fanno riferimento, infatti, alla necessità sostanziale di realizzare una posizione di equilibrio e simmetria tra le parti negoziali, tra i *commoda* ad essi spettanti e le *obligationes* su di essi gravanti²⁰⁰.

Dall'esame di D.14.3.1. e D.14.1.1.18 si evince chiaramente che l'intervento del pretore mirava a riequilibrare la situazione iniqua determinata dall'antica regola per cui il *dominus* o il *pater* facevano propri gli acquisti realizzati dai propri sottoposti, mentre non potevano essere obbligati dagli atti negoziali da essi stessi realizzati.

In D.19.1.13.25 vi è di più, in quanto si tratta di un contratto di compravendita e, dunque, di un contratto caratterizzato da una 'struttura sinallagmatica' che *non si risolveva nell'operare, più o meno meccanico, di una struttura concettuale* come quella del sinallagma genetico o funzionale²⁰¹, quanto piuttosto nella *valutazione complessiva del rapporto di corrispettività e reciprocità intercorrente tra le obbligazioni* gravanti sulle parti contrattuali, alla luce del principio di *bona fides* che regolava il contratto²⁰².

I passi esaminati ci inducono, in definitiva, a riflettere sul significato profondo dell'*aequitas*, soprattutto nella prospettiva - ad essa connaturata - dell'aderenza concreta alle necessità poste dall'evoluzione storica, nella sua insostituibile funzione di strumento di costante adeguamento e modifica delle soluzioni giuridiche rese inattuali, inapplicabili o addirittura inique dalla società che muta.

Nel nostro caso, infatti, l'introduzione delle *a.a.q.* aveva contribuito a correggere un'iniquità derivante dalle antiche regole del *ius civile*, ma paradossalmente - col mutare di alcune circostanze concrete - aveva dato origine ad una nuova situazione iniqua, questa

¹⁹⁸ *Supra*, §§ 9.1; 9.2.

¹⁹⁹ *Supra*, §9.3.

²⁰⁰ Cfr. D.14.3.1.

²⁰¹ Sul tema dell'interdipendenza delle obbligazioni e della struttura sinallagmatica del contratto di compravendita cfr. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 540ss; PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, 3 ss; ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, 214ss; BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht*, Hamburg, 1965; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, 529-530; TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, 46, Milano, 1993, 373; VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, 4, Padova 2003, 331ss; FLUHME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, München -Wien- Zürich, 1990, 99ss.; ERNST, *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian*, in *Festgabe W. Flume*, Heidelberg, 1998, 1ss.

²⁰² In tal senso v. specificamente TALAMANCA, voce «*Vendita*», in *Enciclopedia del dir.* 46, Milano, 1993, 373. Dell'argomento in questione ci siamo già occupati in una relazione tenuta al Convegno di Cortina d'Ampezzo dal titolo *L'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita conclusa tramite intermediario libero ('institor' o 'procurator')*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 109-170.

volta a carico del preponente, che meritava anch'essa attenzione e un'adeguata risposta per ripristinare l'equilibrio sostanziale nel rapporto intercorrente tra le parti negoziali.

Infatti, è nostra convinzione che in questi casi la concessione di un'azione diretta al preponente contro il terzo sia stata proposta dai giuristi *allo scopo primario di ripristinare l'equilibrio tra le parti contraenti, e non dall'intento di riconoscere «la rappresentanza», che essi certamente non conoscevano e praticavano come principio astratto generale*²⁰³.

Ciò non toglie, tuttavia, che questi brani hanno rivestito successivamente un'importanza decisiva nella formazione delle moderne teorie sulla rappresentanza.

Infatti, quella che possiamo oggi leggere nel Digesto è un'impostazione, forse, del tutto diversa da quella data da alcuni giuristi classici, ma che ha condizionato tutta l'interpretazione successiva - non solo nel medioevo²⁰⁴, ma anche nell'età moderna. Da essa ha tratto origine, in particolare, un importante filone di studi della riflessione giusprivatistica²⁰⁵ che riveste un carattere determinante per la comprensione del moderno concetto di rappresentanza e, al tempo stesso, per la corretta valutazione della stessa interpretazione romanistica delle fonti romane che inevitabilmente ne è stata condizionata.

²⁰³ Come abbiamo più volte precisato, non esiste a Roma un concetto unitario di rappresentanza, bensì singole figure di 'rappresentanti', in relazione alle quali vengono riconosciuti di volta in volta effetti 'rappresentativi'. Ciascuna di esse, inoltre, mostra delle caratteristiche tipologiche particolari e regimi giuridici differenziati. Basti pensare che, anche all'interno della c.d. rappresentanza processuale, tra il caso del *cognitor* e del *procurator ad litem* esistono profonde e notevoli divergenze; vd. PUGLIESE, *Il processo civile*, 1, cit., 301ss; KASER-HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., 209ss.

²⁰⁴ *Supra*, nt. 202.

²⁰⁵ LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, cit., 47ss; MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts*, Stuttgart, 1836; PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1850 § 273.

CAP. X

L'APPROCCIO ROMANO AI PROBLEMI CONNESSI ALL'AGIRE IN NOME ALTRUI.

1. - Assenza di una disciplina unitaria dei fenomeni di sostituzione negoziale. Tipicità sociale e giuridica delle figure dei sostituti negoziali. Tipicità come strumento di certezza del diritto.

Conclusa la nostra trattazione, possiamo, dunque, svolgere alcune considerazioni conclusive, raccordandoci a quanto enunciato in via programmatica in premessa, ed esplicitato, poi, nel corso del lavoro.

Ebbene, come precisato inizialmente²⁰⁶, l'interesse per lo studio del fenomeno rappresentativo nel mondo romano non nasce dall'intento di accertare se il diritto romano abbia conosciuto e praticato la rappresentanza diretta o quella indiretta, o se possa attribuirsi ai romani la 'primogenitura' del concetto di rappresentanza²⁰⁷.

L'interesse è rivolto, invece, all'esame e all'approfondimento delle *soluzioni tecniche* tramite le quali i romani risolvevano i problemi connessi all'agire in nome altrui - analizzandone anche l'*evoluzione storica*, sebbene limitatamente ad alcuni aspetti - nell'intento di *acquisire consapevolezza della complessità del fenomeno rappresentativo* nelle sue molteplici articolazioni e manifestazioni.

Abbiamo, infatti, riscontrato che nel diritto romano non vi è una *concezione unitaria* né una disciplina generale della rappresentanza, ma si possono certamente riscontrare *singoli casi di rappresentanza o di sostituzione negoziale* compiutamente realizzati e razionalmente disciplinati.

Nell'ambito della nostra ricerca, infatti, abbiamo incentrato l'attenzione su alcune figure di sostituzione negoziale (*institor, procurator, mandatario*), procedendo, laddove possibile, anche ad identificare le linee fondamentali del loro sviluppo.

Uno sviluppo che non sembra svolgersi, tuttavia, *'in senso evolutivistico'*, secondo un processo lineare ed ininterrotto - che prevede un progressivo passaggio *da un sistema 'imperfetto'*, improntato prevalentemente su casi di rappresentanza indiretta, ad uno, invece, *sempre 'più perfetto'*, basato prevalentemente su forme di rappresentanza diretta - che troverebbe il suo culmine nella legislazione di Giustiniano²⁰⁸.

Si tratta, invece, di un processo che comporta, invece, la progressiva attenuazione ed involuzione della *prospettiva potestativa* a vantaggio della lenta emersione della prospettiva dell'*officium*, e, dunque, dell'*agere alieno nomine*, secondo un percorso che non giunge mai,

²⁰⁶ *Supra*, § 1.1.; 1.3.

²⁰⁷ *Supra*, § 1.1.; 1.3.

²⁰⁸ *Supra*, § 1.1, nt. 8.

neanche in piena età classica o giustiniana, ad una disciplina unitaria delle figure che operano in qualità di ‘intermediari’.

Se talora affiora o si manifesta per tratti una prospettiva unitaria, essa è solo il frutto di un’*interpretazione giurisprudenziale* che si svolge e attua *in un contesto marcatamente controversiale*. D’altronde, neanche Giustiniano giungerà a prospettare una disciplina unitaria ed organica del fenomeno rappresentativo.

Se si vuole identificare una linea di sviluppo degli istituti esaminati può ipotizzarsi semmai più propriamente un passaggio da un sistema giuridico fondato prevalentemente sulla *‘tipicità sociale ed economica’* ad uno basato prevalentemente su una *tipicità di tipo ‘giurisprudenziale’*.

Come abbiamo potuto verificare si tratta, infatti, di una tematica complessa, che involge notevoli problematiche e che presuppone una conoscenza approfondita non solo degli istituti esclusivamente attinenti alla sfera delle attività commerciali - quali, ad esempio, i concetti di *praepositio*, *negotiatio* o *taberna instructa* - ma anche di ben altre controverse tematiche, sulle quali, purtroppo ancora oggi, vige uno stato di estrema incertezza. Ci riferiamo, in particolare, al problema relativo all’origine stessa del *procurator*, alle sue funzioni di sostituzione e rappresentanza, in relazione, soprattutto, al processo di progressiva sussunzione nell’ambito di applicazione del mandato.

Nel realizzare, pertanto, l’indagine in questione abbiamo dovuto affrontare numerose problematiche, che avrebbero meritato ciascuna una trattazione esaustiva e completa, che purtroppo nell’ambito di un unico lavoro, non abbiamo sempre potuto realizzare compiutamente.

Nel corso dell’indagine abbiamo cercato, comunque, di affrontare tutte le problematiche in questione, non solo separatamente e partitamente, ma cercando di cogliere, ove possibile, le reciproche connessioni.

Così, siamo giunti alla conclusione che l’*institor*, il *procurator* e il mandatario sono tutte figure che possono farsi rientrare nell’ambito della sostituzione negoziale, ma tra loro estremamente differenziate. Si tratta, infatti, di figure caratterizzate da origini storiche differenti²⁰⁹, che ne hanno influenzato profondamente la configurazione originaria, e che hanno continuato a condizionarne lo sviluppo, nonostante l’assimilazione di alcuni aspetti dei relativi regimi processuali e sostanziali.

E’, dunque, errato voler leggere e spiegare le fonti romane relative al *procurator*, all’*institor* e al mandatario del periodo classico realizzando un confronto ‘statico’ tra i regimi già consolidati e, quindi, voler spiegare in tal modo le anomalie e le contraddizioni riscontrate nelle fonti, ed in particolare la poliedricità e le infinite sfumature assunte da tali figure nell’esperienza romana. Le anomalie e le contraddizioni, infatti, non sembrano derivare dalla frattura tra il momento economico e quello giuridico - come da alcuni ipotizzato -²¹⁰ bensì da una complessa vicenda evolutiva che non riguardò soltanto gli aspetti economico-sociali delle figure in questione, ma anche e soprattutto quelli giuridici.

Abbiamo visto, infatti, risalendo indietro nel tempo, che le figure considerate - nonostante si iscrivano in un ambito comune, che si riferisce ad un assetto originario della

²⁰⁹ *Supra*, §§ 2.2; 3.1; 4.1; 6.2.

²¹⁰ *Supra*, § 3.1; 3.2; 4.4.

familia romana, incentrata su profondi e risalenti valori quali *fides*, *obsequium*, *amicitia*²¹¹ - presentano *ab origine* una forte caratterizzazione specifica.

Ebbene, questa originaria caratterizzazione continuerà a permanere anche in età classica, in cui si realizzerà un'ulteriore specificazione e tipizzazione delle figure del *procurator*, *institor* e mandatario, che porterà a precisare ulteriormente gli ambiti di esplicazione delle loro attività, le caratteristiche peculiari e le relative discipline²¹². Inoltre, tale specifica caratterizzazione si manterrà sostanzialmente inalterata anche quando - in virtù dello sviluppo della realtà economica e sociale, per un verso, e dell'approfondimento della riflessione giuridica, dall'altro - si assisterà ad un fenomeno di assimilazione delle figure considerate e della relativa disciplina²¹³.

Tuttavia, le configurazioni originarie e certi elementi differenziali permarranno sempre, tanto è vero che si colgono ancora con evidenza in alcuni brani di tarda età classica in cui i reciproci ruoli e funzioni risultano distinti con particolare chiarezza²¹⁴.

Ancora in piena età classica, dunque, il diritto romano non conosce e pratica alcuna disciplina unitaria del fenomeno della sostituzione negoziale. Tale circostanza non comporta, tuttavia, particolari problemi nella prassi applicativa, poiché la *certezza* nella regolamentazione dei rapporti tra i privati non è affidata alla predisposizione di un sistema normativo o ad un sistema di regolamentazione astratta e generale del fenomeno, quanto piuttosto alla predisposizione di *una serie di regole concrete* in ordine alle diverse figure di sostituti negoziali e processuali *tipicamente individuati*.

Bisogna comprendere, infatti, che i giuristi romani non si pongono il problema di provvedere necessariamente all'elaborazione sistematica dei concetti, né tanto meno alla definizione astratta degli stessi, ma si pongono unicamente sul piano della *'tipicità'* dei fenomeni giuridici. Tipicità dunque, non solo processuale ma anche negoziale, non solo delle attività e delle concrete modalità di svolgimento delle stesse, ma anche dei soggetti chiamati a compierle. *E la 'tipicità' è, principalmente, un problema di tutela degli interessi concreti in gioco*, perchè è questa la prospettiva dei giuristi romani, ed è la medesima che li induce, come vedremo meglio in seguito, anche alla creazione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

Infatti, con l'evolversi delle situazioni giuridiche ed economiche - ferma restando la configurazione e la tipicità delle figure giuridiche - sarà, infatti, necessario, proprio per la concreta realizzazione dell'*aequitas*, superare parzialmente certi rigidi criteri di tipicità, e *l'analogia* costituirà lo strumento privilegiato di tale operazione.

La comparazione, infatti, non tende affatto alla parificazione completa, ma mira piuttosto all'enucleazione delle rispettive sfere di applicazione e delle intrinseche peculiarità.

L'accostamento, infatti, viene condotto ed effettuato solo in relazione a determinati e ben specifici profili, che consistono ora nell'accordare tutela ai terzi contro il rappresentato-*dominus*²¹⁵, ora, viceversa, nel tutelare tale soggetto contro i terzi²¹⁶. Così, i

²¹¹ *Supra*, §§ 2.2; 3.1; 4.1; 4.4; 6.2.

²¹² *Supra*, §§ 4.1; 5.1; 6.1; 6.4.

²¹³ *Supra*, Cap. VIII; Cap. IX.

²¹⁴ D. 14.3.5.10; D. 14.3.5.18 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.6 (Paul. 30 *ad ed.*); su cui *supra*, § § 7.2; 7.4.

²¹⁵ *Supra*, Cap. VIII.

rimedi giuridici - predisposti inizialmente dalla giurisprudenza in relazione ad una sola delle figure considerate (*procurator, institor*) – vengono estesi successivamente anche all'altra, quando l'evoluzione degli istituti conduce alla prospettazione di esigenze similari²¹⁷.

L'attenzione è principalmente rivolta *agli interessi effettivamente in gioco, alle esigenze concrete al di là di qualificazioni giuridiche o regole astratte*. E l'assimilazione, così come era tipico dei giuristi romani, viene condotta di volta in volta in relazione ad aspetti particolari della disciplina.

*Nel mondo romano, infatti, il processo analogico non è altro che una delle manifestazioni più elevate del pragmatismo dei giuristi*²¹⁸, che sanno trarre «...la comparazione dalle cose stesse, dai rapporti sottoposti al loro esame. Tutta la forza della costruzione analitica deriva dalla verità che è in quella racchiusa. La comparazione è effettiva, rispetto ad uno degli elementi essenziali del rapporto messi a confronto e delle volte solo in una direzione

²¹⁶ *Supra*, Cap. IX.

²¹⁷ *Supra*, §§ 8.1; 9.1.

²¹⁸ Il problema relativo all'utilizzazione delle *actiones ad exemplum*, ed, in genere, del procedimento analogico da parte dei giuristi romani, della tipologia, e dei limiti di tale utilizzazione, presenta una tale complessità, che rende impossibile, in questa sede, un'autonoma considerazione. Sulle modalità concrete del processo analogico adottato dai giuristi romani v. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia I*, Palermo, 1950, 217; HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo 1*, Aalen 1969, 242; ID., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, in *Labeo* 24 (1978) 2, 198; VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973, 51 ss.; SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' am Beispiel Iulianus*, in *St. Biscardi* 3, Milano, 1983 315 s.; ID., *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Iulian*, in *St. Sanfilippo* 5, Milano, 1984, 729 ss.; WESENER, *Zur Denkform des 'Quasi' in der Römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Donatuti* 3, Milano, 1973, 1387 s; SOTTY, *Recherches sur les utiles actiones*, Grenoble, 1977, 196 ss.; GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, in *Atti del Seminario Torinese, 4-5 dicembre 1991, in mem. Di G. Provera*, Napoli, 1994, 39 s., ora in *Opuscola Selecta*, Padova, 1999, 895 s. L'analogia è, infatti, uno degli strumenti privilegiati con cui la giurisprudenza opera il processo di ammodernamento del *ius civile*, ma, nella definizione e nello studio, bisogna procedere *per momenta*, e non certo unitariamente in riferimento all'intera esperienza giuridica romana. Non c'è dubbio, infatti, che il procedimento analogico si atteggi in maniera profondamente diversa, e con caratteri estremamente differenti nell'ambito della stessa giurisprudenza imperiale BRETONE, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1984, 124 ss.; CERAMI, *La concezione celsina del "ius". Presupposti culturali e implicazioni metodologiche* 1, in *AUPA* 38 (1985) 148 ss. A tale difficoltà si affianca la necessità di distinguere nell'ambito delle forme argomentative, solitamente riportate unitariamente nello schema dell'analogia, diversi processi logico-intellettivi. Sulle note peculiari dell'interpretazione analogica nell'ambito dei sistemi casistico- giurisprudenziali cfr. VACCA, *La 'svolta adrianea' e l'interpretazione analogica*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo. II*, Napoli, 1997, 441; ID., *Analogia e diritto casistico*, in *Mèlanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bale, Genève, München, 1999; ID., *L'interpretazione della legge e il diritto casistico nell'esperienza romana*, in *L'interpretazione della legge alla soglia del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 60ss, *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl., Anno XV, Nuova serie, 1/2006, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 115ss, ora raccolti, insieme ad altri saggi sul tema, in *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale. Ricerche*, in *Il giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e Mario Talamanca*, Padova, 2006.

formale. I giuristi la usano con profondità di indagine e, se guardiamo i risultati nell'insieme, essi costituiscono uno dei vertici dell'attività scientifica della giurisprudenza imperiale ²¹⁹».

2- Considerazioni finali sull'originaria caratterizzazione sociale e giuridica del *procurator*, dell'*institor* e del mandatario, e dei relativi settori d'attività. Costatazione dell'iniziale inscindibilità esistente tra la titolarità di un diritto e la legittimazione a disporre. Prevalenza della matrice potestativa nei rapporti di sostituzione negoziale.

Alla luce di quanto detto nei paragrafi precedenti, si può dunque affermare che, sia in età preclassica che classica, le figure del *procurator*, dell'*institor* e del mandatario erano profondamente differenziate, e mantenevano ciascuna una propria sfera di autonomia. Non si può certo ammettere - come sostiene Angelini²²⁰ - che fossero distinte e distinguibili solamente in base a criteri socio-economici, o di *status*.

In realtà, ad Angelini va certamente riconosciuto il merito di aver condotto, sulla scia di Schlossmann²²¹, un'accurata e credibile indagine sulla figura del *procurator* soprattutto in relazione all'età preclassica. Non possiamo accettare, tuttavia, la conclusione proposta - e cioè che il *procurator* fosse una figura tipica appartenente alla sola sfera socio-economica, sfornita come tale di poteri giuridici²²² - sia per quanto detto nei paragrafi precedenti, sia in considerazione del fatto che mai nella storia dell'esperienza giuridica i due fenomeni siano stati nettamente distinti o distinguibili.

Le anomalie e le contraddizioni riscontrate nelle fonti, allora, ed in particolare la poliedricità e le infinite sfumature assunte dalla figura del *procurator* nell'esperienza romana, non sembrano derivare dalla frattura tra il momento economico e quello giuridico²²³, bensì da una complessa vicenda evolutiva che non riguardò soltanto gli aspetti economico-sociali della stessa, ma anche e soprattutto quelli giuridici. Probabilmente la natura complessa del regime giuridico del *procurator* deriva proprio dall'*intreccio* e dall'*intersezione* con l'ambito di applicazione e la disciplina delle figure del mandatario e dell'*institor*.

Infatti, come abbiamo già visto, negli ultimi due secoli della repubblica tutte le figure esaminate sono nettamente definite nelle loro caratteristiche tipologiche.

Così, il *procurator* di solito era soggetto *sui iuris*, anche se strettamente legato alla '*familia*' e alla sua struttura potestativa, e veniva considerato, nell'ambito di esplicazione

²¹⁹ RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore*, cit., 54.

²²⁰ ANGELINI, *Osservazioni in tema*, cit., 235.

²²¹ *Besitzerwerb* cit., 12 ss.

²²² ANGELINI, *Il procurator* cit., 255.

²²³ *Supra*, § § 3.1; 3.2; 4.4.

della sua attività - l'amministrazione di grandi tenute o proprietà terriere - alla stregua di un *alter ego* del *pater familias*²²⁴.

L'*institor*, invece, il più delle volte era un soggetto *alieni iuris*²²⁵, ed anche nel caso in cui era un *sui iuris*, la sua individualità e la sua condizione giuridica non erano destinati a rivestire una particolare rilevanza, se non marginale e residuale²²⁶, poiché l'attività da esso compiuta veniva imputata principalmente e direttamente, nei suoi profili attivi e passivi, nella sfera giuridica del preponente, che era il titolare dell'attività economica esercitata. L'esistenza di un *institor*, infatti, era inscindibilmente connessa alla configurazione di una *negotiatio*, cioè all'esercizio di un'attività economica svolta con continuità e organizzazione di beni e forza lavoro²²⁷.

Il mandatario era un soggetto *sui iuris* legato anch'esso da vincoli di *amicitia* al mandante, che assumeva l'incarico di svolgere solo alcuni incarichi determinati nell'interesse del mandante. Era chiamato a svolgere l'incarico a lui affidato nell'ambito dei limiti rigorosamente previsti dal mandante, e pertanto, rispondeva con altrettanto rigore dell'eventuale inadempimento dello stesso.

Ebbene, si tratta di una tipicità di figure e di prassi economico-negoziali che si sviluppano, tuttavia, in un ambito comune. Nonostante le differenze riscontrabili vi è, infatti, una matrice comune degli istituti considerati, che rinvia alla struttura originaria della famiglia romana incentrata su profondi e risalenti valori quali *fides*, *obsequium*, *amicitia*, e ad un contesto storico in cui essa costituiva certamente il nucleo fondamentale della compagine sociale e giuridica. Si tratta di un *originaria struttura familiare* che si caratterizzava per la molteplicità di soggetti in essa ricompresi, ma al contempo per la *profonda unità personale ed economica della stessa*, che si realizzava in senso verticistico nella figura del *dominus* o *pater*.

Va considerato, infatti, che originariamente il carattere monolitico della famiglia era tale da ricomprendere al suo interno non solo i soggetti *alieni iuris* ma anche a pieno titolo i *sui iuris*, che fossero ad essa legati da vincoli potestativi (*libertà*) e parentali (*agnati*, *gentiles*), o anche più semplicemente di *amicitia* o *fides (clientes)*, e faceva sì che tutti gli atti da essi compiuti venissero unitariamente riportati alla famiglia stessa ed, in particolare, a chi ne rappresentava il vertice e l'unità (*dominus* o *pater familias*).

Ebbene, questo assetto non aveva una rilevanza solo sociale ed economica ma anche giuridica, perfettamente riconoscibile all'esterno, che consentiva, ad esempio, di considerare i tutori, i curatori ed i procuratori alla stregua di *domini* o *patres familias*²²⁸, e di

²²⁴ *Supra*, § 3.1; 3.2; 3.4.

²²⁵ *Supra*, 2.1; 2.2.

²²⁶ *Supra*, 2.2.

²²⁷ *Supra*, § 2.6; 2.7; 2.9.

²²⁸ Sulla struttura originaria della *familia* romana v. in particolare BONFANTE, *Corso di diritto romano*. I. *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, (ristampa, Milano 1963); VOLTERRA, *Corso di diritto romano*. *Il diritto di famiglia*, Bologna, 1946; ALBANESE, *Le persone cit.*, 205 ss.; FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*. *Contributo alla storia della famiglia romana* IV ed., Napoli, 1989; ID., *Famiglia e persone in Roma antica*. *Dall'età arcaica al Principato* II ed., Torino, 1992.

far sì che questi - proprio in virtù di questa considerazione - con i loro atti potessero disporre dei beni, ed occuparsi della cura dei soggetti che alla *familia* stessa appartenevano.

Siamo in presenza, tuttavia, di un fenomeno che *non è rappresentanza*. Il sistema descritto, infatti, non era concepito e regolato secondo criteri ‘rappresentativi’ veri e propri, ma discendeva dalla *particolarità dei rapporti ‘potestativi’ vigenti all’interno della famiglia romana*.

D'altronde, riflettendo su questa risalente struttura familiare con categorie più evolute, è possibile spiegare la singolarità del fenomeno descritto considerando che nella mentalità arcaica *non era possibile prospettare una netta differenziazione tra titolarità e legittimazione*; era, forse, *impossibile concepire una titolarità che non coincidesse con l'esercizio effettivo del diritto*.

E così il *curator*, il *tutor* ed anche il *procurator* non costituivano figure di ‘rappresentanti’ in senso proprio, quanto piuttosto manifestazione concreta della inscindibilità tra titolarità e capacità di esercizio del diritto, riscontrabile ogni volta che l'attribuzione del diritto avvenisse in funzione dell'effettiva capacità di esercitarlo, perchè altri non potessero farlo, per ragioni di incapacità (*curator, tutor*) o anche di semplice lontananza o impossibilità materiale (*procurator*).

Si tratta di una configurazione originaria che viene gradatamente superata, ma che, forse, condiziona ancora la struttura e la disciplina delle figure in questione nelle età successive, e della quale bisogna, comunque, avere coscienza per intendere appieno l'assetto prospettato nelle fonti classiche.

Dunque, in origine il fenomeno descritto doveva atteggiarsi in maniera simile per tutti i soggetti strettamente legati all'ambito familiare (*filii, schiavi, tutores, curatores, procuratores, amici*): gli atti giuridici da essi compiuti venivano riportati automaticamente nella sfera giuridica del *pater familias*, che ne era il vertice economico e potestativo.

Quindi, sul ‘piano effettuale’ non doveva esservi differenza tra l'attività realizzata dall'*alieni iuris* o dai *sui iuris* (*tutor, curator, procurator*); l'atto compiuto nell'interesse della *familia* veniva imputato comunque ad essa, nella sua valenza personale e patrimoniale, e dunque, al *dominus* o al *pater* che ne costituivano l'elemento centrale.

Il meccanismo che operava nei due casi, tuttavia, era diverso. Gli *alieni iuris*, infatti, erano parte della famiglia, ma non avevano rilevanza autonoma, in quanto del tutto privi di capacità giuridica; erano sottoposti alla *potestas* del *pater* o al *dominus*, unico soggetto capace e, pertanto, titolare dei beni familiari, ed agivano sempre e unicamente nell'interesse della *familia*, e mai in posizione equivalente ai loro aventi potestà. Tanto è vero che originariamente essi potevano solo migliorare e non peggiorare la posizione del *dominus* o del *pater*²²⁹. Infatti, anche dopo l'intervento del pretore che predispose gli editti relativi alle *a.a.q.*, essi obbligheranno i loro aventi potestà, ma solo nei limiti della *praepositio*, del *peculium*, del *iussum*. Di loro non si legge mai che sono da considerare ‘*quasi domini*’, ma solo che gli atti conclusi dal *servus* o dal *filius* in qualità di *magister* o *institor* ‘*sibi imputaturo qui praeposuit*’²³⁰.

²²⁹ D. 50.17.133.

²³⁰ D. 14.1.1.4; *supra*, § 2.2.

Il *tutor*, il *curator*, *procurator* erano considerati, invece, ciascuno nella propria sfera d'azione, 'quasi quidam paene dominus'²³¹. Si trattava, in effetti, di soggetti perfettamente capaci e autonomi, e che, in riferimento agli atti conclusi nell'interesse della *familia*, venivano considerati nella stessa, identica posizione del *dominus* o *pater*. Essi, infatti, non sembra che incontrassero limiti nello svolgimento delle loro funzioni. L'unica limitazione riguardava semmai l'ambito di esplicazione della loro attività.

D'altronde, come dicevamo all'inizio del paragrafo, alla fine della *libera res publica*, è ancora questo l'assetto della *familia*. Come scrive efficacemente Quadrato²³² «...l'universo domestico è popolato da molte altre figure, da altre persone che vivono nella *domus* accanto al *pater familias*, legati a lui dai vincoli più disparati, *obsequium*, *officium*, *amicitia*, *familiaritas*. Tutta una costellazione di persone che gli ruotano attorno: of per^ aÙtÕn nella rappresentazione ciceroniana (*ad Att.* 13.52.2); *universi quos circa se habet* nella immagine ulpiana di D. 33.9.3.6; *ceteri qui circa eum sunt* nella descrizione di Paolo in D. 33.9.4.2. Accanto ai *liberti*, espressamente menzionati da Cicerone²³³, nella cerchia familiare figurano *amici* e *clientes*...».

Si tratta di un universo legato da vincoli che non rivestono unicamente un valore sociale ma anche giuridico. Sono legami che trovano una precisa *formalizzazione esterna* ed una precisa *rilevanza giuridica*. Dice, infatti, Albanese²³⁴ che «...in un numero elevatissimo di testimonianze, i Romani insistono sulla circostanza che esiste, e anzi deve esistere, una *causa* della *amicitia* privata. Ciò, nel senso che occorre che l'*amicitia* tra due privati sia giustificata da dati obiettivi, obiettivamente rilevabili, sottratti alle mere sfumature psicologiche. Si insiste, infatti, sulla circostanza che l'*amicitia* tra due privati sia fondata sulla *cognatio*, sull'*adfinitas* e sulla *vicinitas*, sulla *necessitudo*, sui *mutua officia*, sulla comune gestione di cariche o magistrature, sulla paterna *necessitudo*, sul fatto di essere coeredi, e su simili circostanze. Questa insistenza da luogo a credere, già da sola, all'esistenza in Roma, d'un concetto d'*amicitia* privata con un valore assai più formale e obiettivo di quanto non avvenga in altre società antiche e moderne».

Ebbene, non solo i soggetti a potestà si iscrivono in questo contesto, ma anche i soggetti liberi, quali il *procurator*, il *tutor*, il *curator*. Quest'ultimi hanno, infatti, una loro precisa individualità, ma, al contempo, alla *familia* così intesa strettamente si legano ed appartengono.

Come scriveva magistralmente Bonfante²³⁵ a proposito del *procurator*: «Nella società romana, che nonostante il suo ricco svolgimento, non si svelse mai dalla sua base patriarcale, come l'Inghilterra non la ruppe con le sue vecchie feudali origini, la giuridica fisionomia del procuratore, i suoi tratti caratteristici non erano che la riflessa e parziale immagine di un tipo reale e organicamente perfetto esistente nella coscienza e nella vita del popolo. Istituzione di fatto prima di esser di diritto; come le più genuine e tenaci istituzioni romane nata nel consorzio familiare, e indi riconosciuta e assunta e riconosciuta

²³¹ Cic., *pro Caec.* 20.57; D. 14.3.5.18; D. 14.3.6; v. *supra*, § § 3.4; 7.4.

²³² QUADRATO, v. "Rappresentanza" (*Diritto romano*) cit., 429-430.

²³³ Cic. *Att.* 13.52.2

²³⁴ *La struttura della manumissio inter amicos* cit., 268.

²³⁵ *Facoltà e decadenza* cit., 260-261.

nel *ius civile*; costituente un ufficio e carattere personale più che un mero subietto passivo del vincolo obbligatorio, il *procurator* balza fuori dalle fonti classiche, letterarie e giuridiche, quale una figura schiettamente nazionale e distinta dal mandatario. Devoto liberto ove era già schiavo obbediente, egli continua le stesse funzioni di prima, né si considera assolutamente estraneo alla famiglia, cui lo legano i vincoli, anche essi familiari prima di essere in parte giuridici, del patronato e della clientela: e se il diritto in proposito regola per certi riguardi i suoi atti come se fosse ancora effettivamente membro della famiglia, non compie quindi un'assoluta finzione».

Nonostante, dunque, l'appartenza a tale ambiente comune, tuttavia, già alla fine dell'età repubblicana la 'tipizzazione' delle figure considerate è netta. In ordine a ciascuna esse si determinano e precisano rigorosamente gli ambiti di applicazione, la tipologia delle attività da svolgere, e le diverse conseguenze giuridiche che possano derivarne.

Nel caso degli *institores* e dei *magistri* la caratterizzazione è più marcata e decisa, e ne abbiamo notizie più certe. Essa è, infatti, ascrivibile in gran parte all'attività dei magistrati dotati di *iurisdictio* che intervennero disciplinando nel dettaglio gli ambiti, la tipologia delle attività rientranti specificamente nelle previsioni degli editti (*negotiatio, taberna*), i caratteri e le forme dell'atto di «legittimazione esterna» che garantiva la riferibilità al preponente dell'attività compiuta dal preposto.

Difatti, nel caso della *praepositio institoria* o *exercitoria* la disciplina è di natura 'ibrida', in quanto il regime degli acquisti deriva direttamente dalla struttura civilistica della *familia* romana, mentre la disciplina gli effetti obbligatori da un intervento esplicito del pretore. Ed è proprio l'intervento magistratuale che contribuisce a dare una forte caratterizzazione agli istituti coinvolti. Infatti, la disciplina pretoria, per un verso, determina indubbiamente una maggiore complessità della materia, ma al tempo stesso, le attribuisce dei caratteri più definiti.

In ordine al *procurator* e al mandatario, invece, non si realizza un intervento così specifico come in materia di *a.a.q.*, e questa circostanza da luogo sicuramente a maggiori incertezze ricostruttive. Le uniche prescrizioni edittali che riguardano direttamente la figura del *procurator* sono quelle relative al *procurator ad litem*²³⁶.

Tuttavia, anche per il *procurator* si prospetta nelle fonti una forte tipizzazione - che continua a mantenersi saldamente ancorata ai principi più antichi e risalenti del *ius civile*²³⁷, come si evince chiaramente dalle fonti - anche se lentamente si modifica in conseguenza dei profondi mutamenti avvenuti nel contesto economico e sociale.

Diverso, ancora, il caso del mandatario, soggetto legato anche anch'esso a valori risalenti e familiari (*amicitia, fides, obsequium*), ma che - pur mantenendo la sua iniziale fisionomia di soggetto incaricato dello svolgimento di singoli affari - in base alla struttura agile del contratto consensuale che lo lega al suo mandante, meglio si apre e adatta alle nuove esigenze poste dalla dinamicità e dallo sviluppo dei traffici commerciali²³⁸.

²³⁶ *Supra*, § 5.1; 5.2.

²³⁷ *Supra*, § 3.1; 3.4

²³⁸ *Supra*, Cap. V ; Cap. VI.

3- Le figure dell'*institor*, del *procurator* e del mandatario in età classica: inesistenza di una configurazione unitaria e di una disciplina generale del fenomeno rappresentativo. Obliterazione progressiva della matrice potestativa e prevalenza della prospettiva dell'*officium*, e dunque, dell'*agere alieno nomine*.

L'originaria caratterizzazione assunta dalle figure dell'*institor*, *procurator* e mandatario continuerà a permanere per tutta l'età classica, anche se - in virtù dello sviluppo della realtà economica e sociale, per un verso, e dell'approfondimento della riflessione giuridica, dall'altro - si assisterà ad un profondo mutamento della fisionomia delle figure considerate e della relativa disciplina.

Tuttavia, le configurazioni originarie e certi elementi differenziali permarranno sempre. Tanto è vero che anche in piena età classica la differenza tra *institor* e *procurator* è netta per i giuristi romani, e si coglie chiaramente ancora in alcuni brani di tarda età classica in cui i rispettivi ruoli e funzioni vengono distinti con particolare chiarezza²³⁹.

Stessa cosa vale per le figure del mandato e della procura. Nonostante la progressiva attrazione della figura del *procurator* nell'ambito dello schema contrattuale del mandato profonde differenze permangono ancora in ordine alla disciplina ad essi applicabile (acquisto del possesso e della proprietà, poteri dispositivi in ordine al patrimonio del *dominus negotii* etcc)²⁴⁰.

Non vi è dubbio, tuttavia, che si assiste ad una *progressiva obliterazione dell'originaria natura potestativa* dei rapporti di gestione nell'interesse altrui, tutto a vantaggio della progressiva prevalenza della prospettiva dell'*officium*, e dunque, dell'*agere alieno nomine*²⁴¹.

Comincia ad emergere, anche se lentamente, la distinzione tra titolarità di un diritto e legittimazione a disporre, come risulta chiaramente dalle figure del *procurator ad litem* e del *procurator unius rei*²⁴².

Cominciano a profilarsi decisamente soluzioni giurisprudenziali che *fanno dipendere l'acquisto e l'assunzione delle obbligazioni* tramite soggetti diversi dal titolare *non più unicamente dai rapporti potestativi o familiari, ma principalmente da scelte volontarie dello stesso titolare del diritto* che espressamente conferisce ad altri il diritto di disporre dei propri beni²⁴³.

Non muta, tuttavia, l'impostazione fondamentale della materia considerata. Continua a *permanere l'assenza di una regolamentazione comune* per i fenomeni rappresentativi. Si mantiene, infatti, l'impostazione precedente, che *disciplina e regola singole figure di sostituzione negoziale*.

Si tratta, ancora, di un sistema che affida prevalentemente alla 'tipicità' la certezza dei rapporti giuridici. *Non siamo, in presenza, tuttavia, di una tipicità giuridica che rispecchia prevalentemente la tipicità economico-sociale - come nell'età precedente - ma di una 'tipicità' che è principalmente frutto dell'elaborazione giurisprudenziale*.

²³⁹ D. 14.3.5.10; D. 14.3.5.18 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.6 (Paul. 30 *ad ed.*); su cui *supra*, Cap. VII.

²⁴⁰ *Supra*, Cap. IV; Cap. VI.

²⁴¹ *Supra*, § § 5.1; 6.1; 6.4.

²⁴² *Supra*, § § 5.1; 5.2; 5.3; 6.3; 6.9.

²⁴³ *Supra*, § § 6.3; 6.9.

L'intervento e l'opera della giurisprudenza si traduce, infatti, nell'*elaborazione sistematica e razionale del complesso assetto giuridico preclassico, nel tentativo di coniugare sapientemente pluralismo di soluzioni e coerenza scientifico-sistematica.*

Di conseguenza, qualora i terzi contrattano con un soggetto che dichiara di agire come *institor* - legittimato in base ad un atto adeguatamente pubblicizzato e nell'ambito di un'attività tipicamente commerciale - sanno con certezza che, per tutto ciò che concerne l'impresa e l'esplicazione di tale attività, possono rivalersi sempre contro il preponente.

I terzi, infatti, in ordine all'*institor*, possono fare affidamento sulla *praepositio* come criterio fondamentale per l'individuazione del soggetto incaricato, e dell'attività economica ad esso affidata, e in quell'ambito possono validamente concludere tutti gli atti ad essa pertinenti secondo la prassi concreta degli affari²⁴⁴.

Se devono concludere un atto negoziale, invece, con un *procurator*, originariamente dovevano accertarsi solo del fatto che a questo soggetto - in virtù dei rapporti personali intercorrenti col *dominus negotii*, o per la particolare posizione rivestita nei riguardi della *familia* dello stesso²⁴⁵ - fosse consentito l'esercizio concreto dei diritti che facevano capo allo stesso *dominus* o alla *familia*. In età classica, invece - in cui i poteri amministrativi e rappresentativi del *procurator* trovano fondamento anche in singoli e specifici atti di preposizione, in considerazione anche dell'avvicinamento alla figura del mandato - i terzi contraenti dovranno fare maggiore attenzione.

Dovranno accertarsi, infatti - vista la progressiva dissociazione del momento della titolarità da quello dell'esercizio del diritto - dei poteri effettivamente conferiti al *procurator*, se limitati ad un singolo atto, o se concernenti tutto il patrimonio del *dominus*. Dovranno accertarsi anche delle condizioni economiche di tale *procurator*, perchè è possibile che, in determinati casi, dovranno rivalersi su di esso e sul suo patrimonio. Dovranno, allora, tutelarsi, qualora le sue condizioni economiche non siano rassicuranti, con idonei mezzi di garanzia (fideiussioni, pegni) prestati da terzi, o dallo stesso *procurator* mediante *cautiones (rem ratam habiturum, iudicatum solvi)*.

Si tratta, dunque, fondalmente, di un problema di tutela degli interessi concreti, perchè è questa la prospettiva dei giuristi romani, ed è la medesima che li induce, come abbiamo già visto, anche alla creazione dell'*actio ad exemplum institoriae*²⁴⁶, e, dunque, alla concessione dell'azione non solo ai terzi contro il preponente dell'*institor* o contro il *dominus negotii* del *procurator*²⁴⁷, ma anche a questi ultimi contro i terzi contraenti.

Non è, tuttavia, l'intento di creare un concetto unitario di rappresentanza che induce i giuristi alla predisposizione concreta di tali rimedi. L'intento è quello di farsi interpreti del mutamento e dei profondi cambiamenti intervenuti nella società del tempo.

Infatti, con l'evolversi delle situazioni giuridiche ed economiche sarà, infatti, necessario - proprio per la concreta realizzazione dell'*aequitas* - superare parzialmente certi

²⁴⁴ *Supra*, § § 2.7; 2.9.

²⁴⁵ *Supra*, § 3.1; 3.2; 3.3; 3.4.

²⁴⁶ *Supra*, cap. VIII.

²⁴⁷ *Supra*, cap. IX.

rigidi criteri di tipicità, per far prevalere il dato sostanziale su quello formale²⁴⁸, o per proporre nuove soluzioni e nuovi rimedi.

4- Disciplina della rappresentanza romana per ‘nuclei problematici’. Sistema casistico ed elaborazione di soluzioni giurisprudenziali di elevato spessore tecnico-giuridico. La tradizione romanistica e la rappresentanza: prospettive di ulteriore sviluppo dell’indagine. Contributo del diritto romano alla costruzione del «modernes Rechts der Stellvertretung».

Possiamo, dunque, affermare che *il diritto romano, anche alla fine dell’età classica, non conosce e realizza un concetto generale ed unitario di rappresentanza.*

Tuttavia, va considerato che i giuristi romani procedono alla teorizzazione e alla disciplina della rappresentanza per ‘nuclei problematici’²⁴⁹ perché *operano in un sistema casistico*, e non certo perché sono incapaci di realizzare fenomeni di astrazione giuridica, o di concepire un concetto compiuto di rappresentanza.

Inoltre, la trattazione delle tematiche afferenti al fenomeno rappresentativo in modo parcellizzato, per ‘*nuclei problematici*’, non implica di per sé la conclusione che gli stessi giuristi non avessero una visione unitaria del fenomeno e delle problematiche connesse alla sostituzione negoziale, e che quindi trattassero necessariamente in maniera distinta del profilo obbligatorio e di quello degli acquisti, senza mai saldarli in una prospettiva unitaria.

Tutto dipendeva di volta in volta dai casi concreti ad essi sottoposti. Tanto è vero che le fonti ci ricordano numerose ipotesi in cui i giuristi procedettero ad applicare analogicamente soluzioni e rimedi che si riferivano ad una delle figure considerate (*procurator, institor, mandatario*) anche alle altre, qualora se ne ravvisasse l’esigenza concreta. Si trattava, tuttavia, di un’operazione di carattere ‘empirico’, da effettuarsi di volta in volta in relazione alle fattispecie sottoposte all’attenzione dei giuristi o degli organi giurisdizionali.

Basti considerare il caso dell’*actio ad exemplum institoriae*²⁵⁰, e quello relativo alla concessione dell’azione al preponente contro il terzo²⁵¹. Si trattava, infatti, di riconoscere che il *procurator* o l’*institor*, tramite la loro attività negoziale, potessero acquistare direttamente al *dominus negotii* o al preponente, e al tempo stesso, che potessero obbligare direttamente il *dominus negotii* o il preponente nei confronti dei terzi.

Si tratta, tuttavia, di *soluzioni probabilmente ascrivibili a singoli giuristi, e suggerite in relazione ad ipotesi specifiche*, che nel diritto romano non ebbero valore generale neanche in tarda età classica.

²⁴⁸ *Supra*, §§ 8.1; 8.2; 9.4

²⁴⁹ *Supra*, § 1.1, nt. 13.

²⁵⁰ *Supra*, cap. VIII.

²⁵¹ *Supra*, cap. IX.

Siamo in presenza, tuttavia, di *soluzioni suggerite e sostenute da concezioni tecnico- giuridiche di elevato spessore*, tanto è vero che, attraverso la mediazione del *Corpus Iuris*, sono state oggetto di studio e riflessione anche da parte della dottrina giuridica successiva, nel corso dei secoli, sino alle soglie dell'ottocento.

Infatti, l'interpretazione data ai brani in questione dalla dottrina medievale²⁵², sebbene spesso non rispecchi fedelmente il pensiero romano classico, ha comunque condizionato tutta la dottrina successiva, influenzando profondamente la tradizione giuridica francese²⁵³, la stessa pandettistica²⁵⁴, e, attraverso queste due grandi scuole di pensiero, persino quella moderna²⁵⁵.

Ebbene, la consapevolezza di tali influenze e condizionamenti, ed anche delle importantanti implicazioni connesse alla tradizione giuridica secolare descritta, costituisce un ulteriore stimolo per lo studio dell'argomento.

Si tratta, tuttavia, di un tematica di particolare interesse e complessità, che pertanto merita uno svolgimento autonomo. L'indagine relativa alla tradizione romanistica e al diritto moderno sarà svolta, infatti, in un secondo volume, dedicato all'esame specifico della disciplina giustiniana della rappresentanza e degli sviluppi successivi.

Era giusto darne contezza fin d'ora, poiché nonostante la disciplina moderna sia, per certi versi profondamente differente, essa è stata fortemente influenzata da quella romana, dando origine a soluzioni giuridiche che spesso rappresentano la commistione di principi e regole tra loro differenti, a volte palesemente inconciliabili, proprio perché ascrivibili a momenti storici, e a contesti sociali ed economici profondamente differenti.

Infatti, *sebbene il diritto romano abbia espresso e disciplinato un sistema della sostituzione negoziale per certi versi profondamente diverso da quella odierna, la teoria moderna della rappresentanza è stata costruita certamente sulle fonti romane e sulla tradizione romanistica.*

Ebbene, la coscienza di questo *'articolato processo di sviluppo storico' dell'istituto*, può contribuire a chiarire alcuni importanti aspetti relativi all'assetto moderno della rappresentanza. Non basta dire, infatti, che l'esperienza moderna ha creato un concetto di rappresentanza in opposizione o in discontinuità con il diritto romano. Le vicende che riguardano la formazione dell'istituto moderno della rappresentanza sono molto più complesse di quanto sembri, e sono certamente legate alla tradizione storica precedente.

Di conseguenza, un'indagine volta ad acquisire consapevolezza di tale complessità potrebbe risultare utile per *chiarire certe intricate ed incongruenti soluzioni moderne ed alcune anomalie presenti addirittura nelle nostre codificazioni*, e, al tempo stesso, potrebbe contribuire anche ad una corretta interpretazione delle fonti romane, scevra per quanto possibile, da *'autorevoli incrostazioni'* interpretative.

²⁵² BARTOLUS, *Commentaria Omn. Iur.* h.l. D.14.3.1 pr; BALDUS, *In Digesti Veteris Partes Commentaria* h.l. D.14.3.1 pr; v. *infra*, 107.

²⁵³ DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689; POTHIER, *Pandectae Justinianae. In novum ordinem Digestae, eum legibus codicis, et novellis, quae ius pandectarum confirmant, esplicant aut abrogant.*, Paris, 1818.

²⁵⁴ A tal proposito viene in rilievo in particolare il pensiero di MUHLENBRUCHE, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts*, Stuttgart, 1836; PUCHTA, *Lehrbuch Pandekten*, Leipzig, 1838, par. 255, 392 ss; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., 90-98.

²⁵⁵ BETTI, *Diritto Romano*, cit., 405; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 546- 552.

Va considerato, infatti, che le fonti romane spesso sono state lette ed interpretate alla luce delle stesse concezioni moderne, che da esse avevano tratto origine, ma che da esse si erano anche fortemente allontanate.

Solo avendo piena coscienza di tale complesso *'intreccio interpretativo'* potremo meglio comprendere il concetto odierno, e al contempo, acquisire consapevolezza dell'influenza esercitata da certe impostazioni concettuali della dottrina moderna in ordine alla lettura delle fonti antiche.

