

L'INTERDIPENDENZA DELLE OBBLIGAZIONI NELLA COMPRAVENDITA CONCLUSA TRAMITE INTERMEDIARIO LIBERO (*'INSTITOR' O 'PROCURATOR'*).

1. - *D.19.1.13.25 e l'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita conclusa dal 'procurator praepositus'.*

Il presente lavoro prende spunto dalla tematica dell'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita allo scopo, tuttavia, di rimeditare alcune problematiche afferenti a precedenti mie ricerche, con l'intento - se possibile - di aprire il campo a nuove riflessioni in ordine a questioni attinenti all'ambito di applicazione delle *actiones adiecticiae qualitatis*, ma che involgono anche tematiche relative alla figura del *procurator* e, dunque, anche alla configurazione stessa del fenomeno rappresentativo nell'esperienza romana.

Pertanto, con specifico riguardo alla tematica dell'interdipendenza delle obbligazioni, il mio contributo si limita soltanto ad offrire qualche elemento di verifica in ordine ad alcune delle conclusioni di carattere generale formulate dalla dottrina romanistica, che specificamente si è occupata del tema¹, prospettando semmai solo qualche nuovo spunto di indagine.

Tanto è vero che anche nell'individuazione della tematica in discussione ho fatto riferimento non ad autonomi studi condotti sull'argomento, ma alle conclusioni raggiunte da autorevole dottrina², che individua e fa discendere l'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita dal carattere di buona fede dell'*actio empti e venditi*, riconducendola così non tanto all'operare, più o meno meccanico, di una struttura concettuale come quella del sinallagma genetico o funzionale, quanto alla valutazione della complessiva situazione intercorrente tra le parti in base alla *bona fides*, che regola il contratto. Infatti - superate le rigide impostazioni della scienza interpolazionistica - si tende ormai a ravvisare nel pensiero dei giuristi dell'epoca classica la propensione ad ammettere l'interdipendenza sinallagmatica fra le due obbligazioni anche sul versante funzionale, escludendo, tuttavia, la configurazione a tal proposito di una precisa, consapevole e coerente costruzione dogmatica³.

Fatte queste precisazioni, vorrei sottoporre all'osservazione del lettore alcuni testi relativi all'ambito di applicazione delle *actiones exercitoria ed institoria*, dai quali è possibile, a mio

¹ In particolare cfr. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, 214ss; BENÖHR, *Das sogennante 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.*, XXXVI, 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; da ultimo RODEGHIERO, *Sul Sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004, 1-3, nt. 3; ID., *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, 1998-99, 551ss e ampia bibliografia ivi citata.

² M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 373.

³ Sul tema 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; BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., 20ss; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 373; 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.

avviso, desumere alcuni spunti di riflessione anche in ordine al principio dell'interdipendenza delle obbligazioni.

In particolare, vi è un brano di Ulpiano in cui gli elementi fattuali descritti sembrano riferirsi specificamente all'esistenza di un contratto di compravendita, ed in cui sembra prospettarsi in qualche modo l'esigenza dell'interdipendenza tra le obbligazioni, manifestata chiaramente già nella stessa domanda posta al giurista *'an domino vel adversus dominum actio dari debeat'*:

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.*

Si tratta, infatti, del caso di un *procurator* che vende *'et caverit emptori'*. Al giurista si domanda se al *dominus negotii*, e contro lo stesso *dominus negotii*, debba darsi azione.

Nel dare una risposta Ulpiano riferisce l'opinione espressa da Papiniano nel terzo dei suoi *libri responsorum*, secondo la quale 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.

Ebbene, l'interpretazione del brano è fortemente controversa, se non altro perché è uno di quelli in cui si fa espressa menzione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

Ed, in effetti, il passo è stato esaminato e studiato dalla dottrina unicamente con riguardo al tema della classicità dell'*actio ad exemplum institoriae*⁴, mentre è stata quasi del tutto trascurata la questione relativa all'azione concessa al *dominus negotii* preponente contro i terzi che hanno negoziato con il *procurator*.

⁴ BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino, 1898, 3 ss. ora in *Scritti III* (1926) 287ss; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, in *Studi di Dir. Rom.* IV (1912) 211; RABEL, *Ein Ruhmesblatt 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) 287ss; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, in *Studi in onore di Bernardino Scorza*, Roma, 1940, 186 ss.; KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis*, in *Festschrift für Wenger II*, München-Beck, 1945, 92ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, in *Atti dell'Accademia Scienze di Torino LXXXVIII*, 1949-50, 113; 120ss; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, in *Studi Donatuti*, I, Milano 1973, 207ss; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, 483 ss; ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR.* LXXI, 1968, 240-1; ID., *Il 'procurator'*, Milano, 1971, 26ss; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 262ss; ID., *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, 608ss; ID., *Stellvertretung und «notwendige Entgeltlichkeit»*, in *ZSS.* 91, 1974, 196; G. LONGO, *Actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio quasi institoria*, in *Studi Scherillo II*, Milano, 1972, 620 ss.; VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, 147ss; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 159ss; ID., *Atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 350, nt. 403; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römisches Prozess* (Berlin 1973), 261ss.; 342ss; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *INDEX IX*, 1980, 212 nt. 237; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano, 1984, 54ss; PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, 115; WACKE, *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, 608ss.; BENKE, *Zur Papinians 'actio ad exemplum institoriae actionis'*, in *ZSS.* 105, 1988, 621ss; CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004, 45-46; FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio.* II.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003, 440ss.

Si è, infatti, prevalentemente ritenuto che l'inciso 'an domino', e la proposizione finale 'ergo...competere' fossero oggetto di un'interpolazione giustiniana⁵.

In realtà, nel frammento esaminato è possibile riconoscere qualche alterazione, almeno nella sua veste formale. Si dissente, tuttavia, nel precisare l'estensione e la portata dell'intervento compilatorio.

Sono stati avanzati dubbi, infatti, sull'autenticità dell'*actio utilis ex empto* che spetterebbe al *dominus* del *procurator*⁶. 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 'competere', visto che si tratta con certezza di un rimedio da attribuire ad un esplicito intervento dei magistrati giurisdicenti, e non al *ius civile*.

Può dubitarsi, d'altronde, anche dell'inciso 'si modo rem vendendam mandavit'⁷, che sembra giustificare in questo caso la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* proprio in base all'esistenza di un rapporto assimilabile ad un mandato.

Più complessa è la questione relativa alla stessa autenticità dell'*actio ad exemplum institoriae* - in verità ormai riconosciuta da gran parte della dottrina⁸ - e, ancora più controversa e problematica quella relativa alla classicità dell'azione 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 non posso occuparmi integralmente in questa sede in quanto si tratta di una tematica che richiede un'indagine del tutto autonoma. Vorrei, invece, valutarne soltanto un aspetto specifico che risulta, d'altronde, determinante anche ai fini dell'odierna trattazione: l'esistenza nel brano di un «atto di legittimazione esterna» del *procurator*, che consenta la riconoscibilità dell'interesse in causa del *dominus negotii* e che, giustifichi pertanto l'esercizio dell'azione da parte del terzo nei suoi confronti ed, eventualmente, anche quella del *dominus* stesso nei confronti del terzo contraente.

Ma vi è di più. L'azione che il giurista suggerisce di concedere è un'*actio ad exemplum institoriae*, e quindi è necessario che nella fattispecie descritta possa riscontrarsi un elemento idoneo a giustificare la concessione non di un'azione qualsiasi, ma di un'azione modellata 'ad exemplum institoriae actionis'.

La questione - data in genere per scontata - va, invece, esaminata attentamente.

Infatti negli altri brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae* si ritrovano sempre riferimenti precisi a fatti o atti idonei a specificare che l'intermediario agisce nell'esclusivo interesse del *dominus negotii*, e dunque a determinare la riconoscibilità dello stesso *dominus negotii* e, al contempo, l'affidamento del terzo: la *praepositio mutuis accipiendis pecuniis* in D.

⁵ v. *Ind. Interp., h.l.* Fra coloro che si sono occupati specificatamente dell'*actio quasi institoria*: ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 211; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 483 ss.; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 186 nt. 100; LONGO, *Actio exercitoria*, *actio institoria*, cit., 620 nt. 67; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 120; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali* cit., 65; ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione* cit., 240-242; ID., *Il procurator*, cit. 26ss.

⁶ v. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 79, nt. 50.

⁷ 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* cit., 483 ss.

⁸ Sopra, nt. 4.

14.3.19pr⁹, un mandato conosciuto dal fideiussore¹⁰ in D.17.1.10.5, un mandato portato a conoscenza del terzo addirittura tramite documento scritto (*litterae*) in D.3.5.31(30)pr.¹¹.

Nel nostro brano non vi è nulla di questo. Non si fa espresso riferimento all'esistenza di una *praepositio* o di un atto ad essa equiparabile. Vi è solo un generico ed impreciso riferimento al mandato contenuto nell'inciso '*si modo rem vendendam mandabit*', sulla cui genuinità sono stati avanzati legittimamente molti sospetti¹².

In realtà, come già sostenuto in precedenti lavori¹³, 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 fa espresso riferimento ad una *praepositio mutuis pecuniis accipiendis*¹⁴; 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*'¹⁵.

Inoltre, va valutata un'altra importante circostanza. Secondo l'opinione prevalente¹⁶ gli acquisti per '*extraneam personam*' - laddove consentiti - non sembrano trovare la loro giustificazione nell'esistenza di un mero rapporto interno di mandato.

⁹ 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.*

¹⁰ 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.*

¹¹ 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 sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.*

¹² Si tratta di un'ipotesi che prende avvio da alcune considerazioni svolte da BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, cit., 253; Nello stesso senso ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 190. *Contra* KRELLER, '*Formula ad exemplum institoriae actionis*', cit., 92-93; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 483 ss; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 26ss.

¹³ Cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., § 4.1; 4.2; 4.3; MICELI, '*Institor*' e '*procurator*' nelle fonti romane dell'età preclassica e classica, in *IVRA* LIII, 2002, § 4.3 a); 4.3 b).

¹⁴ Cfr. in proposito BURDESE, '*Actio ad exemplum institoriae*', cit., 120; ID., '*Actio ad exemplum institoriae*' e categorie sociali, cit., 207ss; PETRUCCI, '*Mensam exercere*'. *Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991, 309ss; ID., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., 115; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, cit., 212; BENKE, *Zur Papinians 'actio ad exemplum institoriae actionis'*, cit, 609ss.

¹⁵ Sopra, nt. 29.

¹⁶ In particolare cfr. 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* I (Roma 1896) 217 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano* III, cit., 330; RICCOBONO Sr., *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 zur 'Procurator'*, in *Studi in onore di S. Riccobono* IV, Palermo, 1936, 405 ss.; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 49ss; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in *Scritti di diritto romano* I, Napoli, 1955, 345 ss.; MEYLAN, '*Per procuratorem possessio nobis adquiri potest*', in *Festschrift Lewald*, Basel, 1953, 105ss.; BRETONE, '*Adquisitio per procuratorem*'? in *Labeo* I, 1955, 280 ss.; NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestates subiecti'*, Milano, 1960, 345; ID., *Acquisto del possesso 'per procuratorem' e 'reversio in potestatem domini' delle 'res furtivae'*, in *IVRA*, XI, 1960, 194 ss.; WATSON, *Acquisition of possession 'per extraneam personam'*, in *TD*. XXIX, 1961, 22 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 393 ss.; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, Palermo, 1985.; VACCA, *Ancora sul problema del 'procurator' e della*

Dalle fonti a nostra disposizione, infatti, sembra emergere con evidenza che il mandatario non acquista direttamente il possesso al mandante, diversamente dal *procurator*¹⁷ che acquista, invece, direttamente il possesso - e in alcuni casi anche la proprietà - al *dominus negotii*¹⁸, al pari del *tutor* e *curator*¹⁹.

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*'.

Quindi, non credo possa sostenersi che l'azione concessa al terzo fosse un'*actio ad exemplum institutoriae* perché il giurista ravvisava nella situazione descritta un caso assimilabile ad un rapporto di mandato²⁰.

rappresentanza nell'acquisto del possesso. A proposito di alcuni studi recenti, in *RISG*. 100, 1973, 272 ss; QUADRATO, voce '*Rappresentanza*' (*Diritto romano*) cit., 431.

¹⁷ 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; BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, cit., 250 ss; ID., *Corso di diritto romano*, III, cit., 287 ss.; ALBERTARIO, '*Procurator unius rei*', in *Studi dell'Isti.giuri.dell'Università di Pavia*, XVI, 1921, 87, ora in *Studi Albertario*, III, 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 *romischen Recht*, in *Mélanges Cornil*, I, Parigi, 1929, 327 ss.; ID., *Da Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, cit., 339 s.; RICCOBONO, *Lineamenti della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA XIV*, 1930, 389 ss.; ID., *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione del diritto romano*, in *Scritti Ferrini*, Pavia, 1946, 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)*, I, Pavia 1934, 235 ss.; DE ROBERTIS, '*Invitus Procurator*'. *Appunti sul 'procurator' nel diritto classico romano*, in *Annali Bari I* (1934) 188 ss.; SERRAO, '*Il procurator*', Milano, 1947; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 1 ss.; SCIALOJA, *Studi giuridici*, I, Roma, 1950, 101 s.; 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, 569 ss.; *Il 'procurator ad litem' e la guerra al mandato*, in *Atti Napoli LVIII*, 1937 ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 601 ss.; ID., *Il 'procurator ad litem'*, in *Atti Napoli 62* (1941) 162 ss.; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Padova, 1950, 37 ss.; BREONE, '*Adquisitio per procuratorem*'?, cit., 280 ss.; MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in *SDHI*. 28 (1962) 109 ss.; QUADRATO, *Rappresentanza (Diritto romano)* cit., 417 ss.; ID., *Dal 'procurator' al mandatario*, Bari, 1963; ID., *D. 3.3.1pr e la definizione di "procurator"* cit., 211 s.; MILELLA, *Il 'libertus procurator'. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari*, 1966; PROVERA, *Mandato: negozio giuridico (Storia)*, in *Enciclopedia del dir.* XXV, Milano, 1975, 310 ss.; WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961; ID., *Acquisition of ownership by 'traditio' to an 'extraneus'*, in *SDHI*. XXXIII, 1967, 189 ss.; SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht*, Köln-Graz, 1968; NICOSIA, *Gestione di affari altrui (Premessa storica)*, in *Enc. dir.* XVIII, Milano, 1969, 628 ss.; ID., *Studi sulla deiectio I*, Milano, 1965, 119 ss.; ID., *L'acquisto del possesso mediante 'potestati subiecti'*, cit., ; MICHEL, *Quelque observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, in *Études offertes à J. Macqueron* (Aix-en-Provence, 1970); ANGELINI, *Il procurator*, cit., 1-320; BURDESE, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI*. XXXVII, 1971, 307 ss.; CORBINO, *La legittimazione a 'mancipare' per incarico del proprietario*, in *IVRA XXVII*, 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, 1993.

¹⁸ 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.

¹⁹ D. 6.2.7.10; D. 13.7.11.6; D. 41.1.13.1; D. 41.2.1.20.

²⁰ La differenziazione tra l'ambito di applicazione del mandato e della *praepositio* è così netta nelle fonti classiche da non lasciare - a mio parere - alcun margine di dubbio. Per quanto riguarda il mandato nella sua configurazione classica, le fonti chiaramente indicano che il mandatario non deve oltrepassare i limiti del mandato; D. 17.1.5 pr.; D. 17.1.60.4. Bisogna, infatti, tener presenti le circostanze nelle quali il mandato fu conferito, lo scopo, la normale e consueta attività del mandante, ed in tale ambito il mandatario potrà compiere tutto ciò che può servire come strumento di esecuzione dell'incarico; 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.*). per la

2. - D.19.1.13.25 e la configurabilità di una 'praepositio' in capo al 'procurator'.

In definitiva, l'unico elemento che può determinare la «riconoscibilità esterna» dell'interesse in causa del *dominus negotii* e la concessione di un'azione sul modello dell'*actio institoria*, può essere costituito dal 'caverit' iniziale che non è presente negli altri frammenti, ma che sembra rivestire una importanza fondamentale in questo contesto.

L'espressione è stata variamente interpretata. Si è pensato ad una *cautio* con la quale il *procurator* venditore prestava garanzia per l'evizione²¹, oppure ad una *cautio de rato* prestata dal *procurator*²² per garantire il terzo dal pericolo dell'inesistenza del mandato.

Ebbene, è mia 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 menzionare²³.

bibliografia sul mandato v. sopra, nt. 17. Nonostante ciò, il mandatario non potrà mai oltrepassare i limiti a lui imposti dal mandante. Ne consegue che, «...per quanto al mandatario spettino vasti poteri, pure non devono essergli conferiti oltre il presumibile volere del mandante»; GLÜCK, *Commentario alle pandette*, lib. XVII, trad. italiana a cura di P. Bonfante, Milano, 1904, 28. Quindi, il parametro necessario per la determinazione dei poteri del mandatario è costituito unicamente dalla volontà del mandante, al di là della situazione oggettiva, o dell'economia e convenienza dell'affare. Nel mandato, dunque, è principalmente la volontà del mandante a determinare il contenuto dell'incarico, il quale deve essere preventivamente e dettagliatamente determinato perché costituisca per il mandatario un limite effettivo alla sua discrezionalità, e per il mandante, la misura fondamentale della sua responsabilità nei confronti dei terzi. 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 terzi. La *praepositio*, dunque, individua solo genericamente l'ambito dell'attività svolta dal preposto, che invece si concretizza e specifica durante l'esercizio dell'incarico e in base alle concrete e, spesso, imprevedibili esigenze dell'attività stessa; 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 (Ulp. 28 ad ed.): *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*. In proposito v. anche D.14.1.7pr.; D.14.1.1.8; D.14.1.1.9; su cui oltre, § 3. A ciò si aggiunge, come è stato recentemente posto in evidenza, che la *praepositio* risponde anche a rigidi criteri di 'tipicità'. Infatti, non è sufficiente l'esistenza di una *praepositio* per determinare la configurazione di un'impresa commerciale, ma è necessario considerare sia il genere di attività esercitata, sia le modalità con le quali si svolge; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 67; PETRUCCI, 'Mensam exercere', cit., 309. Così, Gaio, nel definire l'*exercitor* (Gai. 4.71), fa esplicito riferimento al 'coddianus quaestus', evidenziando proprio l'idea della continuità dell'attività svolta; cfr. anche D. 14.1.1.15. D'altronde, in riferimento all'*institor*, Ulpiano identifica il concetto di *taberna instructa*, quale oggetto dell'attività del preposto: D. 50.16.185 (Ulp. 28 ad ed.): *Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat*. E in effetti, è proprio in relazione alle modalità di esercizio adottate, che nell'esperienza romana è possibile individuare un novero ben preciso di attività commerciali, originariamente più ristretto (Gai 4.71, D. 14.3.18; D. 14.3.3) ma ben presto esteso grazie all'intervento costante ed assiduo della giurisprudenza (D. 14.3.5.1-9).

²¹ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 212; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta*, cit., 396; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 483 ss.; BURDESE, 'Actio ad exemplum institoriae', cit., 120.

²² ANGELINI, *Il 'procurator'* cit., 26; BURDESE, 'Actio ad exemplum institoriae' e categorie sociali, cit., 207 nt. 49.

²³ ANGELINI, *Il 'procurator'* cit., 27.

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 utilizzata dal giurista potrebbe far riferimento ad una *cautio* prestata dal *procurator* con la quale prometteva che avrebbe risarcito l'altra parte qualora il *dominus litis* 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, lo stesso giurista subordini la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* all'esistenza del mandato. Sostiene, infatti, Angelini²⁴ 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 mi appare plausibile, e che meglio sembra armonizzarsi con il resto del frammento.

È mia convinzione, infatti, che il *'caverit'* in questo contesto alluda ad una prassi di cui abbiamo testimonianza esplicita in altri brani relativi alle *a.a.q.*, e che riguarda dei casi in cui il *magister* assume un mutuo *'navis reficiendae causa'*, e, all'atto di assunzione delle somme di denaro, dichiara espressamente la destinazione delle stesse (*'is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse'*).

Mi riferisco, in particolare, ad un altro frammento, sempre del libro ventottesimo del commentario all'editto pretorio di Ulpiano, in cui viene chiesto al giurista se sia sufficiente che la destinazione delle somme prese a mutuo dal *magister* per la riparazione della nave emerga da una dichiarazione formalmente espressa, o se siano necessari ulteriori requisiti perché il contratto concluso dal preposto obblighi il preponente:

D. 14.1.7 pr. (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 erogatam 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.*

Ebbene, anche in questo caso l'interpretazione del passo è fortemente condizionata dal corretto significato da attribuire all'espressione *'cavit se in refectionem eam accepisse'*.

In passato, infatti, è stato sostenuto che con l'espressione in questione si alludesse ad una *stipulatio* con cui il *magister* avesse promesso al mutuante di impiegare la somma per la riparazione della nave, in quanto «..il mutuo puro e semplice non fondava la responsabilità dell'*exercitor*: questa, invece, nasceva dalla *cautio* del *magister* di spendere il danaro per le riparazioni e dall'effettivo adempimento di tal promessa²⁵».

In proposito mi sembrano, invece, particolarmente apprezzabili le osservazioni di Pugliese²⁶ volte a precisare che se fosse vera l'ipotesi in questione, il verbo collegato a *'cavit'* dovrebbe essere coniugato non al passato ma al futuro. Pertanto, in questo contesto appare difficile attribuire al

²⁴ ANGELINI, *Il 'procurator'* cit., 28.

²⁵ DE MARTINO, *Studi sull' 'actio exercitoria'*, cit., 500.

²⁶ *In tema di 'actio exercitoria'*, cit., 319, nt. 23.

‘cavit’ un significato tecnico che rinvii ad una *cautio de rato* o una *stipulatio duplae*. Il termine, invece, come in altri casi citati dall’Autore, sembrerebbe ricorrere nel suo valore generico di dichiarazione formale negoziale o di scienza.

In particolare si tratterebbe di una dichiarazione formale attestante la destinazione delle somme assunte a mutuo, secondo un valore che è espressamente confermato in un altro frammento del commentario all’editto di Ulpiano che riguarda la stessa tematica:

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.*

Si tratta di un frammento che in passato è stato fortemente sospettato di alterazione, ma che ormai è ritenuto autentico nella sostanza, anche se parzialmente corrotto nella forma²⁷.

In esso si richiede, infatti, che la destinazione del denaro preso a mutuo per la riparazione della nave, sia espressa dal *magister* in una *lex* apposita, ai fini dell’opponibilità all’*exercitor*²⁸.

In conclusione, nelle fonti esaminate (D.14.1.7pr; D.14.1.1.9) sembra ricorrere la necessità di una *lex*, cioè di una dichiarazione formale tendente ad imprimere una precisa ‘destinazione di scopo’²⁹ 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 preponente³⁰.

²⁷ In proposito v. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift für O. Lenel*, Leipzig, 1921, 226; EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS XVIII*, 1897, 20ss; DE MARTINO, *Studi sull’‘actio exercitoria’*, cit., 498ss; PUGLIESE *In tema di ‘actio exercitoria’*, cit., 317. Seguendo la lettura del Pringsheim gli autori citati espungono dal testo le espressioni ‘*mox-voluntatem*’ e ‘*imputaturum contra esse*’, ravvisando in esse un intervento postclassico volto a dare prevalente rilevanza alla *voluntas*, all’aspetto soggettivo, a danno, invece, del criterio discretivo di natura oggettiva proposto da Pedio e Ofilio. In realtà, non è necessario proporre una correzione del testo, in quanto nel brano la volontà del *magister* non è autonomamente considerata, ma in stretta connessione all’esistenza della *lex*. Così, nel primo caso il mutamento di volontà viene menzionato per sottolineare la circostanza che le somme non furono spese per la *refectio navis* così come enunciato nella *lex*. Nella seconda ipotesi l’intento fraudatorio viene svelato e posto in evidenza solo come giustificazione del fatto che il *magister* non aveva dichiarato esplicitamente la destinazione della somma con una *lex* apposita, proprio perché, questa volta, *ab initio* non aveva intenzione di destinarle a tale uso.

²⁸ Il frammento si lega strettamente a quello precedente di cui costituisce un evidente completamento: 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?*

²⁹ La dichiarazione formale in questione è, infatti, diretta a far rientrare la ‘*mutua pecunia sumpta a magistro*’ nell’ambito del ‘*navis reficiendae causa contrahere*’, vd. CERAMI, ‘*Mutua pecunia a magistro ‘navis reficiendae causa sumpta’ e ‘praepositio exercitoris*’, in *AUPA XLVI* (2000) 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».

³⁰ 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

Tornando, allora, all'esame di D. 19.1.13.25, si può dunque 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' 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 sottoposto all'attenzione del giurista, e che era funzionale alla realizzazione dell'attività in essa prevista.

Si potrebbe anche ritenere che non fosse questo il significato da attribuire al *caverit*, e ipotizzare, invece, che con l'espressione in questione il giurista volesse alludere ad una *cautio de rato*.

Infatti, si tratterebbe pur sempre di un atto idoneo ad assicurare il riferimento dell'operazione negoziale conclusa al *dominus negotii*, in quanto comporterebbe l'esplicita ammissione, da parte dello stesso *procurator*, che l'operazione conclusa doveva essere direttamente imputata alla sfera giuridica del *dominus negotii*.

In questo caso, tuttavia, non si giustificerebbe la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae*, poiché non vi sarebbe alcun riferimento ad una *praepositio* o ad un atto ad essa equiparabile³¹.

E' mia opinione, invece, che il riferimento all'*actio ad exemplum institoriae* sia autentico, e 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*.

Ebbene - valutata in relazione a questa fattispecie la possibile autenticità della concessione al terzo dell'*actio ad exemplum institoriae* - va considerata, al contempo, la classicità del riconoscimento dell'azione diretta al *dominus* contro il terzo.

Come già accennato³², 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 giustiniana.

Alcune voci autorevoli³³, tuttavia, hanno manifestato un'opinione differente.

In realtà, non credo che la questione possa essere risolta unicamente sulla base di un esame puramente formale della struttura del testo. Innanzitutto poiché non vi sono elementi certi dai quali dedurre un'eventuale interpolazione del testo. Inoltre, bisogna valutare la questione tenendo conto del regime complessivo delle *a.a.q.* ed, in particolare, di quello relativo all'*actio institoria*, per

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 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.

Ritengo, 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.

³¹ Sull'ambito specifico di applicazione dell'*actio institoria* cfr., sopra, nt. 19.

³² *Sopra*, nt. 5.

³³ Cfr., oltre, nt. 105.

valutare se il riconoscimento dell'azione al preponente contro il terzo che ha agito con il preposto risulti ad esso compatibile.

Ed in fine, accertata l'eventuale autenticità dell'azione concessa al proponente in questo caso, bisogna valutare se esistono altre testimonianze in proposito, per verificare se si tratti di una soluzione eccezionale, adottata in riferimento ad un caso estremamente specifico, o di un rimedio generalmente riconosciuto.

3. - D.14.3.1 : *Marcello e l'azione diretta concessa al proponente contro i terzi che hanno negoziato con un 'institor' non soggetto a potestà.*

Esaminando il regime dell'*actio institoria*, possono individuarsi in tal senso spunti interessanti già nello stesso brano che introduce nel Digesto la trattazione dell'*actio institoria*.

Si tratta, infatti, del 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*³⁴, 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 convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint.*

Secondo il giurista, infatti, il pretore aveva ritenuto conforme ad equità³⁵ che il preponente, il quale faceva propri i 'benefici' derivanti dall'attività dei propri *institores*, fosse anche '*obligatus*'

³⁴ SOLAZZI, *L'età dell' 'actio exercitoria'*, in *Scritti Solazzi*, IV, Napoli, 1963, 251; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta*, cit., 416-417; ID., *Scritti di diritto romano. II. Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D.10.3.14 [Paul. ad Plautium]*, Palermo, 1964, 395ss; SERRAO, voce *Institore (storia)*, in *Enc. dir.* XXI, 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*', '*actio quasi institoria*', cit., 584; 604ss; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römisches Prozess*, cit., 224; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 148, nt. 642; 644; ID., *Atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 362-363, nt. 457; nt. 458; nt. 462; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 35ss.; 195ss; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, cit., 202 nt. 106; 205 nt. 145; PETRUCCI, '*Mensam exercere*', cit., 329; 350; ID., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., 107, nt. 7; 115; BENKE, *Zur Papinians 'actio ad exemplum institoriae actionis'*, cit., 625 nt. 168; WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 607ss.; FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Azione pretoria e civile* (Napoli 1999) 271; MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001, 188ss.; CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., 45-46.

³⁵ Il richiamo all'*aequitas* è particolarmente esplicita nel brano. D'altronde, l'*utilitas*, la *fides* e l'*aequitas* sono certamente i valori determinanti che portarono all'introduzione delle *a.a.q.*, e che ne determinarono struttura e regime,

per i debiti nascenti dai negozi da loro conclusi, e potesse essere convenuto in giudizio per l'adempimento degli stessi ('*ita etiam obligari nos a contractibus ipsorum et conveniri*').

Non credo che possano muoversi rilievi significativi in ordine a questa prima parte del brano, neanche in riferimento all'uso del termine '*obligari*'³⁶ in relazione al vincolo derivante dalla creazione di un'azione pretoria.

Mi preme, invece, porre in evidenza che dalle parole del giurista 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 realizzati³⁷.

Sembra dunque affiorare, anche se non esplicitamente, un riferimento ad un assetto originario del regime delle *actiones adiecticiae qualitatis* caratterizzato dall'utilizzazione se non esclusiva, almeno prevalente di schiavi o *fili familias* in qualità di *institores*.

Il giurista non lo precisa ma continua in maniera significativa il suo commento affermando che un intervento di tal genere non venne realizzato in ordine ad '*eum, qui institorem praeposuit*', affinché potesse esperire azione contro i terzi. Infatti, costui, se ha come institore il proprio servo, può essere certo del fatto che acquisirà automaticamente le azioni nascenti dai negozi conclusi; se, invece, il preposto è un servo altrui o un uomo libero, allora, '*actione deficietur*'. Tuttavia, potrà esperire l'*actio negotiorum gestorum* o l'*actio mandati* contro il *dominus* dello schiavo istitore o contro lo stesso *institor*.

Ebbene, questo tratto del brano è, invece, a ragione, fortemente sospettato di alterazione³⁸.

Vi sono delle palesi anomalie sintattiche. I rilievi principali si riferiscono all'inciso '*ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum*', che sembra attribuire un *dominus* all'*institor* libero.

come si evince chiaramente da tutti i brani con i quali si aprono i titoli relativi alle *a.a.q.*; v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 188 s.

³⁶ Già SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica*, cit., 599, pur non ritenendo classica la contrapposizione tra *obligationes civiles* e *obligationes honorariae* o *praetoriae*, non nutriva dubbi, tuttavia, sul fatto che il termine *obligatio* indicasse nelle fonti classiche il vincolo obbligatorio sia che trovasse la sua origine nel *ius civile*, sia 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*; cfr. SEGRÈ, *Op. ult. cit.*, 610. In tal senso anche TALAMANCA, voce '*Obligazioni*', cit., 18 nt. 119; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 480. In realtà, 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. Gaio nelle *Institutiones*, invece, non fa alcun accenno al vincolo obbligatorio gravante sul *pater* o *dominus*, ma si riferisce soltanto alle *a.a.q.* che *datur* o *competit 'in solidum'*, o '*de peculio et de in rem verso*', contro l'avente potestà o il preponente (Gai 4.69-74). La diversità riscontrata, tuttavia, non è indice di una scarsa attendibilità delle fonti tardo-classiche raccolte nel Digesto, ma 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, tutta una diversa visione del diritto che prevale in età classica avanzata. Infatti, sappiamo ormai con certezza che il diritto romano evolve da un sistema che privilegia la prospettiva processuale ad uno basato, invece, su quella sostanziale. L'attenzione si incentra inizialmente sull'*actio*, successivamente, sull'*obligatio*. Ma 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. Solo che età classica, in seguito al consolidarsi dell'editto perpetuo, è ormai possibile affermare che a fronte di un'azione che sanziona 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*; cfr. in proposito MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 340ss

³⁷ D.50.17.133: *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*; cfr. anche D.16.1.27; D.2.3.3; C.7.32.12.

³⁸ RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, cit., 395; SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 251.

D'altronde, è difficile riconoscere la classicità di un'*actio negotiorum gestorum* esperibile contro il *dominus* del servo alieno, come sembrerebbe evincersi *prima facie* da un'interpretazione rigorosamente letterale del brano³⁹.

Ed, in effetti, è probabile credere che il rapporto intercorrente tra il preponente e l'*institor* soggetto libero sia stato progressivamente assimilato a quello intercorrente tra *procurator* e *dominus negotii*, o a quello intercorrente tra mandante e mandatario⁴⁰, e quindi che si sia potuto giustificare in tal senso 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*⁴¹. Se, invece, il servo prestava gratuitamente le proprie *operae*, poteva esperire l'*actio mandati*⁴².

Non può dubitarsi pertanto della scorrettezza della costruzione sintattica del brano, anche se è del tutto plausibile identificarne le cause⁴³ principalmente nella necessità di concentrare un discorso, che nella sua stesura originale probabilmente doveva essere più esteso e più esatto.

Di conseguenza, le scorrettezze riscontrate non sembrano tali da inficiare la sostanziale autenticità del brano e la sua riferibilità ad Ulpiano, come del resto riconosciuto dalla dottrina prevalente⁴⁴.

Un identico giudizio può essere, d'altronde, espresso sull'ultima parte del brano che si incentra sull'opinione di Marcello, il quale - a detta di Ulpiano - riteneva che bisognasse, invece, concedere un'autonoma azione al preponente dell'*institor* contro i terzi con cui quest'ultimo avesse negoziato.

Nella lettura ed interpretazione del frammento di Ulpiano in questione bisogna, tuttavia, valutare anche la stretta connessione esistente - nella struttura del Digesto - con il brano che immediatamente lo segue. Si tratta, infatti, di un frammento del commento all'editto provinciale di Gaio:

D. 14.3.2 (Gai 9 *ad ed. prov.*): *eo nomine, quo institor contraxit, si modo aliter rem suam servare non potest.*

Ebbene, traducendo il brano di Ulpiano in relazione al successivo di Gaio potrebbe trarsi la conclusione che l'azione contro il terzo - suggerita da Marcello - dovesse essere concessa al

³⁹ RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, cit., 395-396.

⁴⁰ 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*, cit., 630; FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., 271 e dottrina ivi citata.

⁴¹ 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*.

⁴² In tal senso cfr. D. 14.1.5 pr (Paul. 29 *ad ed.*): *Si eum, qui in mea protestate 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* cit., 195; FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica* (Napoli 1999) 264, 265, nt. 12; PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., 106-107 nt. 7.

⁴³ RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, cit., 395-396.

⁴⁴ MAYER-MALY, '*Necessitas constituit ius*', cit., 189 ss.; LONGO, '*Actio exercitoria*', cit., 604 ss.

preponente «per lo stesso titolo» in base al quale l'*institor* avesse contrattato, qualora il preponente non potesse tutelare in altro modo le sue ragioni.

Vorrei precisare che nel tradurre il brano, ed, in particolare, 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. È più plausibile, invece, ravvisare 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*'.

In realtà, per quanto riguarda D.14.3.2 va riconosciuto che si dubita fortemente⁴⁵ della genuinità dell'inciso '*si modo aliter rem suam servare non potest*', contenuto nel brano.

In realtà, è difficile accertare l'autenticità dell'intero brano di Gaio privato della sua parte iniziale e avulso dal suo contesto. Appare evidente, tuttavia, l'intervento operato 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 commento 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 - per attribuirle probabilmente un significato ed un valore che forse in origine non rivestiva.

Quindi dubiterei dell'intera operazione realizzata dai compilatori in ordine ai due frammenti giurisprudenziali, e non solo dell'inciso finale di D.14.3.2.

Infatti, a mio parere 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 preponente '*si modo aliter rem suam servare non potest*'.

È doveroso chiedersi, però, se quest'impostazione corrispondesse a quella dei giuristi classici, e, dunque, in primo luogo, se il parere di Marcello sia alterato nella forma o nella sostanza tramite un'operazione di tal genere. Inoltre, ammessa la sua eventuale genuinità, bisognerebbe valutare poi se costituisse un principio assodato o l'isolato responso di un giurista.

Ebbene, torneremo ad esaminare il frammento in questione dopo aver continuato la nostra esegesi, perchè riconoscere la classicità del brano e soprattutto l'autenticità del parere di Marcello in esso riportato - in cui si sostiene l'efficacia acquisitiva diretta nei confronti del preponente dei negozi compiuti dall'*institor*, o meglio diremmo della possibilità per lo stesso preponente di avere azione diretta nei confronti dei terzi contraenti per i negozi compiuti dall'*institor* soggetto libero - significa, infatti, aprire il campo a diverse e nuove prospettive d'indagine.

Infatti, insieme alla dottrina prevalente, avevo sempre letto il brano puntando l'attenzione sulla posizione del preponente, su problemi attinenti alla rappresentanza o alla c.d. responsabilità imprenditoriale, e cioè la responsabilità che grava sul preponente per le obbligazioni assunte dal preposto in virtù della particolare '*qualitas*' rivestita dallo stesso preponente quale vertice economico della *negotiatio* svolta tramite il preposto.

Devo riconoscere, invece, che il brano si presta ad una lettura che tenga conto anche di altri punti di vista, forse ancora più concreti, attinenti al rapporto di equilibrio e corresponsività tra le obbligazioni delle parti, legati in particolare alla conclusione di alcuni contratti - quali in primo luogo quelli caratterizzati da una struttura sinallagmatica - e che si manifestano anche nel caso di contratto concluso tramite un intermediario.

Il brano ci induce a riflettere, inoltre, sul significato profondo dell'*aequitas*, soprattutto nella prospettiva, ad essa connaturata, dell'aderenza concreta alle necessità poste dall'evoluzione storica,

⁴⁵ LONGO, '*Actio exercitoria*', cit., 604 ss.

nella sua insostituibile funzione di adeguamento ad essa delle soluzioni giuridiche rese inattuali, inapplicabili o addirittura inique dalla società che muta.

Nel nostro caso il pretore era intervenuto certamente a correggere un'iniquità, ma il suo intervento paradossalmente - col mutare di alcune circostanze concrete - aveva dato origine ad un'altra situazione iniqua che meritava anch'essa adeguata considerazione.

4. - D.14.1.1.18 e l'azione concessa all'*exercitor* contro i terzi che hanno negoziato con il *magister* 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 potestà⁴⁶:

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 iuvare 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)⁴⁷, afferma che viceversa (*ex contrario*) non era promessa azione all'*exercitor* della nave contro coloro che avevano negoziato col *magister*, poiché tale soggetto non necessitava dello stesso aiuto. 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 critiche⁴⁸. È certamente rimaneggiato, almeno nella sua veste formale. Stilisticamente poco corretto è, infatti, il mutamento improvviso di soggetto, per cui

⁴⁶ 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*, I, Leipzig, 1908, 228; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta*, cit., 416-417; GHIONDA, *Sul magister navis*, in *Riv. dir. nav.* I, 1953, 353; KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., 263 nt. 30; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römisches Prozess*, cit., 231; ALBANESE, *Atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 362, nt. 459; LONGO, '*Actio exercitoria*', '*actio institoria*', '*actio quasi 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 negoziale*, cit., 197 nt. 43; PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 330 nt. 43; ID., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., 115; BENKE, *Zur Papinians 'actio ad exemplum institoriae actionis'*, cit., 625 nt. 168; WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 607ss.; FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, 271; CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 45-46; RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi con sensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 202.

⁴⁷ D. 14.1.1.17 (Ulp. 28 ad ed.): *Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.*

⁴⁸ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1913, 82; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 335 nt. 3; LONGO, '*Actio exercitoria*', '*actio institoria*', '*actio quasi institoria*', cit., 596, il 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».

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 provinciali⁴⁹.

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'Oro⁵⁰, 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'ipotesi⁵¹ 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 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 riconosciuto⁵² - che le fonti attestano un pieno riconoscimento della 'rappresentanza' anche nell'ambito della *cognitio extra ordinem*.

D'altronde, è giusto considerare l'influenza esercitata dalle consuetudini ellenistiche sul diritto romano proprio in tema di rappresentanza, visto che in quell'ambito la rappresentanza fu largamente riconosciuta ed applicata.

Le posizioni dottrinarie più risalenti - prendendo le mosse da alcuni interessanti lavori del Mitteis⁵³ - a cui va certamente il merito di aver dischiuso più larghi orizzonti allo studio del diritto romano - ipotizzavano, tuttavia, l'esistenza di 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.

⁴⁹ Oltre, nt. 17-18-19-20.

⁵⁰ DELL'ORO, *I libri 'de officio' nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, 231.

⁵¹ Riconosce l'attendibilità sostanziale del brano PAVIS DESCURAC, *Le Préfecture de l'annone service administratif imperial d'Auguste à Constantin*, Rome, 1976, 270 ss; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza*, 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, *Mèlanges de Visscher*, 1949, 288.

⁵² RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza*, cit., 398 e bibliografia ivi citata.

⁵³ *Trapezitika*, in *ZSS.*, XIX, 1898, 198ss; 211ss; ID., *Römisches Privatrechts*, cit., 224ss.

Si tratta di un'opinione largamente rivista e superata, a partire dall'ormai storico lavoro di Rabel⁵⁴, non a caso dedicato a Papiniano - volta a riconoscere l'esistenza di un'influenza dei diritti provinciali sul diritto romano che si sarebbe manifestata già a partire dal II sec. a.C.⁵⁵, «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, mi pare di poter accedere all'ipotesi della 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 incisivo era anche l'intervento dei magistrati provinciali e dei funzionari imperiali.

D'altronde, credo - come già sostenuto in altra sede⁵⁶ - che in questo punto del Digesto sia ipotizzabile un intervento dei compilatori tendente a sfrondare, semplificare e generalizzare il discorso di Ulpiano, originariamente forse più complesso ed articolato.

5. - D.46.5.5: l'intervento del pretore a tutela del 'dominus negotii' e del preponente dell'*institor*'.

Vi è un ultimo brano che vorremmo esaminare, soprattutto per valutare e verificare l'attendibilità delle motivazioni che avrebbero spinto i giuristi e funzionari della *cognitio extra ordinem* ad apprestare tutela al *dominus negotii* e al preponente dell'*institor*, cercando, ove possibile, di identificare anche il periodo in cui queste esigenze si sarebbero manifestate.

Dai brani finora considerati sembrerebbe evincersi un'assoluta inattività in tal senso dei magistrati giurisdicenti, surrogata, in età classica avanzata, dall'intervento della giurisprudenza o dei funzionari della *cognitio extra ordinem*.

Non si riesce a comprendere, tuttavia, per quali ragioni i magistrati giurisdicenti non avessero provveduto a dare tutela al preponente nel caso di preposto libero. E' giusto chiedersi se si sia trattato davvero di un caso di completa inattività da parte degli stessi magistrati, e se, invece, vi sia stato a tal proposito un intervento dei compilatori volto intenzionalmente ad obliterarne il ricordo.

In realtà, è anche possibile ipotizzare che l'esigenza descritta sia stata avvertita in un periodo in cui l'attività del pretore si era avviata inesorabilmente verso il suo declino, lasciando il campo ad altre forze.

Va valutata, tuttavia, la circostanza non trascurabile che i brani in cui si accorda tutela diretta al preponente contro i terzi che hanno agito col preposto, che finora sono stati esaminati, sono tutti tratti dal commentario all'editto pretorio di Ulpiano. Pertanto è estremamente probabile che si tratti di riflessioni giurisprudenziali che prendevano spunto proprio da clausole o disposizioni dell'editto pretorio.

⁵⁴ RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 269- 293.

⁵⁵ *Lineamenti della dottrina della rappresentanza*, cit., 416-417.

⁵⁶ Cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 210-211.

In tal senso può risultare significativo un altro brano, solitamente ignorato dalla dottrina più recente⁵⁷, anch'esso tratto da un commentario all'editto pretorio, ed in cui - diversamente da quelli riguardanti l'*actio ad exemplum institoriae*⁵⁸ - è la figura dell'*institor* ad essere assimilata a quella del *procurator* per estendere al primo alcune soluzioni processuali già predisposte per il secondo:

D. 46.5.5 (Paul. 48 *ad ed.*): *In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat. idem est et cum institor in ea causa esse coepit, ut interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis: succurrere enim domino praetor debet.*

Ebbene, Paolo afferma che in tutti i casi di stipulazioni pretorie va osservata la regola per cui se è un *procurator* a stipulare, l'azione compete *causa cognita* al suo *dominus negotii*. La stessa soluzione deve applicarsi dal momento in cui l'*institor* si è venuto a trovare nella stessa situazione, tale che, tramite la sua attività di intermediazione (*interposita persona*), il *dominus mercis* possa realizzare una perdita, come nel caso della vendita di tutti i suoi beni. Il pretore, infatti, deve intervenire in soccorso del *dominus*.

Il brano, generalmente trascurato dalla dottrina, è, invece, a mio parere determinante per un esame completo del fenomeno studiato in quanto può fornire utili indicazioni circa l'origine e il regime degli istituti coinvolti, e soprattutto sul loro divenire storico.

Infatti, diversamente dagli altri brani finora considerati, sembra far riferimento - almeno nella seconda parte - ad un mutamento storico di circostanze, per cui sarebbe invalsa, diversamente dall'origine, la prassi di utilizzare dei soggetti liberi in qualità di preposti all'attività commerciale.

D'altronde, la dottrina romanistica prevalente⁵⁹ ritiene che - quando fu predisposta la disciplina delle *a.a.q.* - i preposti o soggetti peculiatii fossero prevalentemente, se non esclusivamente, schiavi o *fili familiae*.

Ed, anche in quei rari casi in cui ad essere preposti erano dei soggetti liberi questi erano come attratti nell'ambito familiare e, dunque, nell'ambito dei rapporti potestativi della famiglia, in modo tale che l'attività da essi compiuta veniva in ogni caso riportata e giuridicamente assorbita nello stesso ambito⁶⁰.

Il brano, in questione, è, dunque, determinante in quanto è in grado di illuminare zone d'ombra che riguardano le origini storiche delle figure del *procurator* e dell'*institor*, che hanno influenzato profondamente la loro configurazione originaria, ma anche l'assetto maturo delle loro rispettive discipline giuridiche, determinando qualche affinità ma anche notevoli diversità, che permarranno anche in seguito all'assimilazione di alcuni aspetti dei relativi regimi processuali⁶¹.

⁵⁷ Se ne sono occupati, tuttavia, RICCOBONO, *Scritti di diritto Romano*, cit., 395; BETTI, *Diritto Romano. I. Parte Generale*, Padova, 1935, 405; MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano, 1960, 111; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römisches Prozess*, cit., 238ss; KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., 263 ed autori ivi citati nt. 29; VALIÑO, '*Actiones utiles*', cit., 124ss; PLESCIA, *The development of agency in roman law*, in *Labeo XXX*, 1984, 171 ss.

⁵⁸ Sopra, nt. 4; ntt. 9-10-11.

⁵⁹ DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 24; 37-42 e bibliografia ivi citata; TALAMANCA, *Istituzioni diritto romano*, Milano, 1990, 85ss; 267ss. In senso contrario v. WACKE, *Alle origini della rappresentanza*, cit., 589-590.

⁶⁰ Cfr. MICELI, '*Institor' e 'procurator' nelle fonti romane dell'età preclassica*, cit., 129-132.

⁶¹ Infatti, anche quando i giuristi procedono ad assimilare il regime applicabile all'*institor* a quello relativo alla figura del *procurator* - ad esempio nella disciplina dell'*actio ad exemplum institoriae* - l'assimilazione non giunge mai alla parificazione completa, ma lascia inalterate le rispettive sfere di applicazione e le 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*, ora, viceversa, nel tutelare tale soggetto

La valutazione attenta del frammento di Paolo, infatti, induce a riflettere, come vedremo meglio successivamente, sulla necessità di valutare storicamente, *per momenta*, le soluzioni giuridiche relative alle figure considerate.

6- D.46.5.5 e l'ammissibilità dell'azione concessa al 'dominus negotii' contro i terzi in alcuni casi di 'verborum obligatio'.

Procedendo ora ad esaminare la prima parte del brano (D.46.5.5), sembra proprio che Paolo tenda a presentarci come principio consolidato quello per cui la *stipulatio* pretoria conclusa dal *procurator* in qualità di stipulante comporti la concessione, *causa cognita*, di un'azione diretta al *dominus negotii* contro il terzo promettente.

Ebbene, accettare questa conclusione significa ammettere la realizzazione di 'effetti rappresentativi diretti' per il *dominus negotii* nel caso di una *stipulatio* conclusa dal suo *procurator*.

Si tratta, di un problema estremamente complesso sul quale non possiamo soffermarci specificamente. La complessità è dovuta al fatto che la dottrina romanistica tende a riconoscere - ormai quasi pacificamente - la realizzazione di effetti rappresentativi diretti nel diritto classico solamente nel campo dell'acquisto del possesso, e dunque, in alcuni casi, anche della proprietà di *res nec Mancipi*⁶², nel mutuo⁶³, nel pagamento⁶⁴.

In questo caso, invece, si tratta di una *stipulatio*, e dunque, di una soluzione in chiaro ed aperto contrasto con uno dei principali '*Grundsätzen*' negativi presenti nelle fonti romane '*alteri stipulari nemo potest*'.

È vero, tuttavia, che nelle fonti si ritrovano vari spunti che lasciano supporre una deroga, quanto meno parziale, al principio in questione. Si tratta, tuttavia, di testimonianze fortemente discusse.

contro i terzi; cfr. *praecipue* MICELI, '*Institor*' e '*procurator*' nelle fonti romane dell'età preclassica, cit., § 4.1. Sul punto v. oltre, § 7.

⁶² Nelle fonti sono testimoniati alcuni casi di acquisto di *res nec Mancipi* per mezzo di un rappresentante negoziale (*procurator*, *tutor*, *curator*), sempre che questi avesse acquistato dal *dominus* delle *res nec Mancipi* il loro possesso con regolare *traditio*, accompagnata dall'accordo di volontà (tra *dominus* e rappresentante) circa l'effetto dell'acquisto del dominio per il rappresentato; con riferimento al *procurator* cfr. D.3.3.58; D.6.2.7.10; D.41.1.13; D.41.1.20.2; D.41.1.37.6; D.47.2.14.17; D.47.2.43.1; per il *tutor*, D.6.2.7.10; D.26.7.46.7; D.41.1.13.1; D.46.3.14.1-6. Simmetricamente si affermò la possibilità che un'*extranea persona* potesse trasferire, con *traditio*, il dominio di *res nec Mancipi* altrui; per il *procurator* v. Gai 2.64; D.3.3.58; D.3.3.59; D.6.2.7.10; D.41.2.1.21; per il *tutor* cfr. D.12.2.17.2; D.17.1.8.4; D.20.4.7pr; D.21.1.31.14; D.21.2.4.1; D.26.7.5.9; D.26.7.7.1; D.26.7.12.1; D.26.7.39.8; D.26.7.52; D.26.7.56.

⁶³ Sempre in epoca classica si ammise come coerente sviluppo dei principi che ammettevano l'acquisto del possesso e della proprietà tramite *procurator* e altri gestori liberi, il riconoscimento della possibilità che *procurator* e *tutor*, prima, e altre libere e *extraneae personae*, poi - facendo *traditio* a terzi a causa di mutuo di denaro appartenente al principale o al pupillo - determinassero il sorgere del credito per il principale o pupillo; per il *procurator* cfr. D.12.1.9.8; per il *tutor* v. D.26.7.7.11; D.26.7.7.13.1; D.26.7.7.15; D.26.7.7.16; D.26.7.7.47.4-5; D.26.7.7.54; D.26.7.7.58.1.

⁶⁴ Così, ancora in epoca classica, si ammise la rappresentanza nella *solutio* a base possessoria tramite la quale un terzo libero ed estraneo poteva validamente estinguere un debito altrui, facendo *traditio* di *res* (del debitore o proprie) dovute al creditore; per il *procurator* cfr. D.46.3.23; D.46.3.40; D.46.3.53; D.46.3.56; D.46.3.87; per il *tutor* cfr. brani citati nt. 61. Al contempo, un debitore poteva validamente estinguere il proprio debito, facendo *traditio* delle *res* ad un soggetto libero ed estraneo, che operasse nell'interesse del creditore; per il *procurator* cfr. D.12.6.6.2; D.20.6.7.1; per il *tutor* cfr. D.26.7.9.5-7; D.26.7.32.7; D.26.7.35; D.26.7.37.1.

Limitando il nostro discorso a quelle inerenti alla problematica in esame⁶⁵, va detto che alcuni dei principali casi in questione riguardano proprio le stipulazioni pretorie⁶⁶. Oltre al caso di Paolo da noi esaminato (D.46.5.5), che ha un contenuto generico, ve ne sono altri che riguardano, in particolare, la *cautio iudicatum solvi* e la *cautio damni infecti*.

Si tratta, infatti, di casi in cui viene concessa un'azione al *dominus* per far valere le pretese derivanti dalla *cautio* prestata al suo *procurator* da un terzo:

D. 3.3.27.1 (Ulp. 9 *ad ed.*): *Si ex parte actoris litis trnslatio fiat, dicimus committi iudicatum solvi stipulationem a reo factam, idque et Neratius probat et Iulianus et hoc iure utimur: scilicet si dominus satis accepit. sed et si procurator satis accepit et transferatur iudicium in dominum: verius est committi et ex stipulatu actionem a procuratore in dominum trasferri. sed et si a domino vel a procuratore in procuratorem iudicium transferatur, non dubitat Marcellus, quin committatur stipulatio. et haec vera sunt. et licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda.*

D.3.3.28 (Ulp. 28 *ad disp.*): *Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgebatur. sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. quae res facit ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli: sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem procurator cactus. per contrarium autem si procurator meus iudicatum solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur*

D.39.2.18.16 (Pap. 2 *respons.*): *Si procurator meus damni infecti stipulatus sit, causa cognita mihi ex ea stiptione actio competit.*

D.45.1.79 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Si procuratori praesentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit.*

Si tratta di frammenti che affrontano tematiche complesse che meriterebbero ciascuna un'autonoma trattazione. Mi limiterò, pertanto, solo a qualche breve notazione pertinente all'oggetto del presente lavoro.

In tutti i brani esaminati si attesta la concessione di un'azione autonoma al *dominus negotii* contro i terzi nel caso di *stipulationes praetoriae* prestate al *procurator* dai terzi in questione. In alcuni casi si precisa che si tratta di un'*actio utilis*, in altri casi, invece, non si specifica la natura dell'azione concessa, ma si fa esplicito riferimento alla *causae cognitio* pretoria.

Va considerato, inoltre, che in D.45.1.79 si discute di un *procurator praesentis*, che nelle fonti sembra essere equiparato al *cognitor*⁶⁷, e pertanto di un soggetto idoneo a dedurre in giudizio il rapporto sostanziale, e dunque a consentire al *dominus* l'esercizio diretto dell'*actio iudicati* contro i terzi. In D.46.5.5 e negli altri brani riportati⁶⁸, invece, non si fa espresso riferimento al *procurator praesentis* ma si propone una soluzione simile.

65 Nelle fonti si ritrovano, infatti, altri interessanti casi in cui si attesta la possibilità che il *dominus* sia convenuto in giudizio dal terzo per *stipulationes* realizzate da *institor* (D.14.3.17) o dal *procurator praepositus* (D.14.3.19pr e D.14.3.19.3; D.3.5.5.3). In questi passi si contempla la possibilità che il *dominus* possa essere obbligato dalla *stipulatio* conclusa dal *procurator*. Tuttavia, il tema è ampio e non può essere esaurientemente trattato in questa sede.

66 Sul tema cfr. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales' e 'officium iudicis', Milano, 1981 e bibliografia ivi citata.

67 Vat. Frag. 331 (Pap. II *resp.*): *Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.*

68 D. 3.3.27.1; D.3.3.28; D.39.2.18.16.

In realtà, è probabile supporre che i testi in questione abbiano potuto subire degli interventi. Già Solazzi⁶⁹ ne riconosceva la possibilità concreta.

Così Riccobono⁷⁰, il quale ammetteva la classicità delle soluzioni in questione, ritenendo tuttavia che in questi casi - diversamente dai contratti conclusi 're' dal *procurator* nell'interesse del suo rappresentato - il pretore ricorresse ad un'*actio ficticia ex ea stipulatione*. In questi casi, infatti, la *stipulatio* avrebbe creato un vincolo formale tra i contraenti che non poteva essere ignorato o soppresso. I compilatori - venuta meno la natura formale della *stipulatio* - in molti casi avrebbero uniformato le soluzioni non differenziando più il regime di questo contratto da quello dei contratti consensuali o reali. Ne sarebbe derivato un intervento sui testi volto ad eliminare distinzioni e varietà, ormai incompatibili con l'unificazione di tutti i sistemi giuridici dell'età classica.

Lo stesso Savigny si era occupato specificamente della testimonianza in questione nella sua trattazione sulla rappresentanza⁷¹.

Il grande studioso tedesco, infatti, aveva riconosciuto che il rigoroso ed antico divieto dell'acquisto e dell'assunzione di obbligazioni per *extraneam personam* aveva subito forti deroghe nel momento in cui si erano sviluppati i traffici commerciali. Queste deroghe, tuttavia, erano state ammesse principalmente nel settore dell'acquisto del possesso e dei modi di acquisto della proprietà basati sul possesso, nel caso di alienazione realizzata tramite *traditio*, e - in ordine alle obbligazioni - in relazione a contratti come vendita e locazione.

Nessuna deroga sarebbe stata realizzata, invece, per i contratti che si basavano sulla forma rigorosa dell'antico *ius civile*, come la *stipulatio*, in ordine alla quale il divieto della rappresentanza - sia attiva che passiva - tramite libera persona sarebbe rimasta in vigore fino nel diritto giustiniano.

Tuttavia - precisa Savigny⁷² - che anche in relazione ad essa era stata introdotta una mitigazione pratica, ed in particolare in relazione a quelle stipulazioni che si inserivano nell'ambito di una 'amministrazione generale'. In questi casi, infatti, «se durante un'amministrazione generale di affari altrui, come nel caso del tutore o del *procurator ad litem* era necessario, tra le altre cose, concludere alcune stipulazioni, le azioni da esse nascenti venivano date non all'amministratore né contro di esso, ma al *dominus* e contro il *dominus negotii*». Ebbene, per il caso del *procurator ad litem* la fonte citata è proprio D.46.5.5.

In realtà il *procurator ad litem*⁷³, non poteva che essere un *procurator unius rei*, a cui veniva affidato, dunque, il compimento di un incarico specificato e ben individuato nel suo contenuto. Ciò

⁶⁹ *Errore e rappresentanza*, in *Scritti di diritto romano I*, Napoli, 1955, 289.

⁷⁰ RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza*, cit., 395-396.

⁷¹ *Sistema del Diritto Romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, Torino, 1900, III, 118-119.

⁷² *Sistema del Diritto Romano attuale*, cit., 120.

⁷³ 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' des unberufenen Dritten, in *Studi Bonfante IV*, 397 ss.; ID., *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 399 ss.; ARANGIO RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, cit., 12 ss.; SERRAO, *Il Procurator*, cit., 45 ss.; PUGLIESE, *Il processo civile*, II, Torino, 1950, 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.; BEHRENS, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS. LXXXVIII*, 1971, 215 ss.; 249 ss.; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 45 ss.; 57 ss.; BONIFACIO, 'Cognitor', 'procurator' e rapporto processuale, in *Studi De Francisci IV*, Napoli, 1956, 537 ss.; KASER, *Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit'* cit., 186 ss.; ID., *Römische Zivilprozess*, I § 62 IV 2; II § 204; QUADRATO, voce *Rappresentanza*, cit., 417 ss.; ZABLOCKA, *La costituzione del 'cognitor' nel processo romano classico*, in *Index XII*, 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 *Studi Sanfilippo VI*, Milano, 1985, 776 ss.; ANKUM, *Die Verkäufer als 'cognitor' und als 'procurator in rem suam' im römischen Eviktionprozeß der klassischen Zeit*, in *Mandatum und Verwandtes*, cit., 285 ss.

non toglie, però, che il *procurator omnium bonorum* o il *procurator praepositus* potessero agire anche processualmente nell'interesse del *dominus* nell'ambito dell'incarico generale loro affidato⁷⁴.

Ed, infatti, nel nostro caso (D.46.5.5), l'assimilazione alla figura dell'*institor* potrebbe lasciar supporre che si trattasse proprio di un *procurator omnium bonorum* o di un *procurator praepositus*, cioè di un soggetto a cui fosse stata affidata un'amministrazione generale nell'interesse del *dominus negotii*, e che agisse in giudizio in relazione all'amministrazione generale di cui era stato investito.

In ogni caso, per quanto riguarda le stipulazioni pretorie - a parte le espressioni generalizzanti e perentorie, probabilmente riportabili ai compilatori⁷⁵, e tendenti a prospettare la soluzione come certa e indiscutibile - è possibile accedere ad una ipotesi di sostanziale classicità delle soluzioni ricordate.

Infatti - al di là di un possibile intervento dei compilatori tendente a generalizzare quelle che dovevano essere singole soluzioni pragmatiche, legate all'intervento di volta in volta effettuato *causa cognita* dal pretore - sembrerebbe potersi ammettere come soluzione classica ricorrente la concessione *causa cognita* di un'azione diretta al *dominus negotii* contro il terzo anche nel caso di stipulazioni pretorie, prestate da un *institor* o *procurator* dotato di poteri generali (*procurator omnium bonorum*, *procurator praepositus*). In questi casi, infatti, vi sarebbe un espresso e palese riconoscimento dell'interesse in causa del proponente o del *dominus negotii*, che il pretore avrebbe potuto valutare meritevole di tutela al di là del rapporto formale esistente tra stipulante e promittente.

Comunque tutto questo merita un approfondimento autonomo che in questa sede non possiamo svolgere, anche perché si connette con importanti tematiche che hanno impegnato la riflessione di autorevoli giusromanisti dell'800⁷⁶, e che ancora oggi sono meritevoli di particolare attenzione.

⁷⁴ 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 essa e quella del *procurator paene dominus* e del *procurator omnium bonorum*. La questione presenta una notevole complessità che merita un'indagine più approfondita. In questa sede possiamo solo individuarne i termini fondamentali. Possiamo solo ricordare 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* sarebbe stata uno dei tanti poteri di cui era investito nella sua complessità unicamente il *procurator paene dominus*; v. in proposito ALBERTARIO, 'Procurator unius rei', 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. Va detto, tuttavia, che questa ipotesi traeva forza da un particolare modo di intendere il *procurator paene dominus*, dalla assoluta e radicale negazione della classicità del *procurator unius rei*, e dall'accentuazione dell'innegabile intervento dei compilatori giustinianeî sulle fonti riguardanti i cosiddetti 'rappresentanti processuali'. L'intervento a cui ci si riferisce è, infatti, oggettivamente accertabile e rende certamente più complessa la lettura dei brani in questione. I compilatori hanno, infatti, soppresso l'istituto del *cognitor*, ed hanno riportato molti passi che originariamente si riferivano ad esso, riferendoli però al *procurator*. Tuttavia, questo intervento - rilevabile con una certa chiarezza dalle fonti - non indica, però necessariamente che il *procurator ad litem* è un istituto giustiniano, ma solo che i compilatori sono intervenuti sulle fonti classiche eliminando la figura del *cognitor*, ed estendendo alcuni aspetti della disciplina e del regime che ad essa si riferivano al *procurator*; v. SOLAZZI, *Il 'procurator ad litem' e la guerra al mandato* cit., 601 ss.; KASER, *Römische Zivilprozessrecht*, cit., 450-451.

⁷⁵ Si tratta, in particolare, dell'espressione '*in omnibus stipulationibus*' contenuta di D.46.5.5 e '*nemo ambigit*' di D.45.1.79, che sembrano rispondere chiaramente ad un intento generalizzante delle soluzioni a cui si riferiscono, che può essere attribuito con molta probabilità ai compilatori giustineanei e non alle fonti classiche; cfr. SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, cit, 289 il quale trova conferma dell'avvenuto processo di generalizzazione nei Basilici e nei loro scoli.

⁷⁶ Basti ricordare in questa sede l'interessantissimo dibattito relativo alla possibilità di inquadrare o meno le *actiones adiecticiae qualitatis* nell'ambito dell'«agire in nome altrui»; cfr. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greisald, 1836, 14; MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Wien, 1885, 25ss; MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, Tübingen, 1871, 601 ss; SCHLOSSMANN, *Das Kontrahieren mit offener Vollmacht*, in

7.- D.46.5.5 e l'azione concessa dal pretore al preponente contro i terzi che avessero negoziato con l'institor'.

Resta da esaminare la seconda parte del brano, in cui si procede in senso esattamente inverso rispetto ai frammenti giurisprudenziali riguardanti l'*actio ad exemplum institoriae*⁷⁷. In questi passi infatti, è la figura del *procurator* ad essere assimilata a quella dell'*institor*, per estendere al primo il regime processuale creato per il secondo. Nel frammento di Paolo, invece, è la figura dell'*institor* ad essere assimilata a quella del *procurator* per giustificare la concessione ad essa di un rimedio proposto e sviluppato in ordine alla figura dello stesso *procurator*:

D. 46.5.5 (Paul. 48 *ad ed.*): *In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat. idem est et cum institor in ea causa esse coepit, ut interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis: succurrere enim domino praetor debet.*

Nel brano, che si riporta nuovamente nella sua interezza per agevolarne la lettura e la comprensione, si sostiene, infatti, che in tutti i casi di stipulazioni pretorie deve osservarsi il principio per cui se il *procurator* riceve una *stipulatio*, viene concessa, *causa cognita*, un'azione al suo *dominus negotii* contro il terzo promittente. È lo stesso si verifica - continua Paolo - da quando l'*institor* si è venuto a trovare nella stessa situazione, e cioè quella di un soggetto tramite il quale (*interposita persona*) il *dominus mercis* possa andare incontro ad una perdita, come nel caso di vendita dei suoi beni. Il pretore, infatti, deve intervenire in soccorso del *dominus negotii*.

Il brano - come già precisato⁷⁸ - sembrerebbe ineccepibile nella sua prima parte, tranne che per l'eccessiva generalizzazione della soluzione prospettata e per la perentorietà dell'asserzione, mentre appare criticabile nella seconda.

Innanzitutto, mi sembra del tutto inconsueto il riferimento al *dominus mercis* per indicare il preponente dell'*institor*⁷⁹.

Appare, inoltre, quantomeno difficoltoso l'andamento ed il significato dell'espressione '*ut interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis*', ed in particolare dell'inciso '*veluti bonis eius venditis*'⁸⁰. Infatti, traducendo letteralmente il brano si potrebbe giungere alla conclusione che l'intervento del pretore volto a '*succurrere domino*' dovesse realizzarsi qualora il *dominus* stesse per subire una perdita, ad esempio, nel caso in cui stesse per realizzarsi una *bonorum venditio* dei beni del preposto.

E' una soluzione legata al dato letterale del brano, ma che non riesce a convincere del tutto. Infatti, anche qualora se ne accetti l'autenticità, bisogna presupporre - per la sua stessa comprensione - un passaggio logico e giuridico che manca nel brano, e che può essere ricostruito sulla base del ragionamento simile effettuato da Ulpiano in D.14.3.1.

Festgabe für Jhering, Kiel, 1892, 215ss; LENEL, *Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis*, in *Jherings Jahrbücher*, 36, 1896, 131ss, ora in *Gesammelte Schriften II*, Napoli, 1990 337ss.

⁷⁷ Sopra, nt. 4; ntt. 9-10-11.

⁷⁸ Sopra, § 6.

⁷⁹ In tutti i brani relativi all'*actio institoria* non si riscontra mai l'espressione in questione per indicare il preponente dell'*institor*, definito invece solitamente come '*is qui institorem praeposuit o praeposit*'. Se si vuole propendere per l'autenticità dell'espressione considerata, potrebbe ipotizzarsi che in questo caso la sua utilizzazione fosse dettata dalla volontà del giurista di porre in evidenza la posizione del preponente sotto il profilo della tutela del suo patrimonio e dei suoi interessi.

⁸⁰ v. *Index. Interp. ad hanc legem*.

Il pretore, infatti, dovrebbe intervenire in questo caso in aiuto del preponente, concedendogli un'azione autonoma contro il terzo, poiché l'insolvenza del debitore, e la conseguente vendita dei suoi beni, impedirebbero allo stesso *dominus* di rivalersi sul preposto con l'azione derivante dal rapporto di carattere interno che lega i due soggetti.

Nel caso di inadempimento del terzo, infatti, il *dominus* non potrebbe rivalersi nei confronti del terzo, in quanto non intercorre con lo stesso nessun rapporto negoziale, né contro il preposto che in questo caso è stato privato della disponibilità dei suoi beni.

Potrebbe, allora, sospettarsi un intervento dei compilatori volto ad eliminare questo passaggio. Ma è forse più probabile supporre che l'intervento sia stato meno radicale e si sia limitato all'introduzione dell'espressione '*veluti bonis eius venditis*'.

L'introduzione, a titolo esemplificativo, del caso della procedura concorsuale di vendita dei beni sembra alquanto sospetta, e, a mio parere, sembra rispondere ancora una volta - come il brano di Gaio dell'editto provinciale, ricordato in D.14.3.2⁸¹ - al tentativo dei giustiniani di limitare la soluzione prospettata nelle fonti classiche solo ad ipotesi eccezionali e non alla generalità dei casi.

Tanto è vero che, accogliendo l'interpretazione letterale della seconda parte del brano, non si comprende quale sia la relazione con la prima.

Nella prima parte del brano, infatti, si fa riferimento ad una posizione creditoria assunta dal *procurator*, che può tradursi in un'azione per il *dominus negotii*. Nella seconda si fa riferimento ad una possibile perdita per il *dominus mercis* derivante dall'attività dell'*institor*, a cui deve ovviare l'intervento del pretore. E' indubbio quantomeno che vi sia stato un intervento volto alla contrazione ed al raccorciamento di un discorso originario più complesso.

Inoltre, sempre nella prima parte del brano, l'azione viene concessa al *dominus* senza alcuna limitazione, senza riferimento a situazioni specifiche di pericolo per la tutela dei suoi diritti, né in considerazione di una eventuale posizione economica dissestata del *procurator*⁸². Lo stesso può dirsi in ordine a tutti gli altri casi - ricordati precedentemente⁸³ - in cui viene data azione al *dominus negotii* contro il terzo per le stipulazioni prestate al *procurator*.

D'altronde, nel brano di Paolo non vi è alcun riferimento anche indiretto - né nella prima né nella seconda parte - ad una eventuale impossibilità di agire contro il preposto come presupposto per la concessione al preponente di un'azione autonoma.

E' pur vero, d'altra parte, che nel brano non vi è alcun riferimento specifico ad una eventuale *praepositio*, probabilmente a vendere ed acquistare beni per conto del *dominus negotii*. Le espressioni usate devono essere state modificate, per errore o anche per mancata competenza tecnica nell'identificazione del fenomeno.

Tuttavia, la stessa denominazione di *institor* attribuita al soggetto in questione, e la formulazione stessa del responso non sembrano lasciare dubbi sulla sua autenticità e riferibilità al caso dell'*institor*.

Così, esaminando nel dettaglio i termini del frammento, dobbiamo notare, innanzitutto l'espressione '*interposita persona*', che non può non essere intesa nel senso di 'persona libera', non legata da alcun rapporto potestativo al preponente, e che, quindi, si pone tra i due - *dominus* e terzo - come un soggetto estraneo ad entrambe, pur se legato al primo da un rapporto di collaborazione di carattere giuridico ed economico.

Inoltre, il verbo adoperato '*coepere*' dà l'idea di una situazione che muta, che diviene diversa rispetto al passato. Ed, in tal senso, il brano potrebbe costituire una riprova dell'ipotesi romanistica prevalente in base alla quale originariamente gli *institores* erano unicamente *alieni iuris*, mentre successivamente anche dei soggetti liberi⁸⁴.

⁸¹ Sopra, 3.

⁸² 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.*

⁸³ D. 3.3.27.1; D.3.3.28; D.39.2.18.16; v. sopra, § 6.

⁸⁴ DI PORTO, *Impresa collettiva* cit., 37 nt. 12.

D'altronde il ragionamento complessivo seguito dal giurista potrebbe essere connesso alle esigenze determinate proprio da tale evoluzione.

È molto probabile, infatti, che originariamente l'*institor* fosse solo un soggetto a potestà⁸⁵, e che la prassi di affidare a soggetti liberi l'esercizio di una *negotatio* si sia affermata solo in un secondo momento. Mentre il *procurator*, sin dall'inizio, doveva essere un soggetto libero, o quantomeno *libertus*⁸⁶.

Quindi è logico pensare che, per l'*institor*, prima che per il *procurator*, sia sorta l'esigenza di concedere ai terzi un'azione contro il *dominus*, visto che l'*institor* non aveva alcuna capacità giuridica, né un patrimonio sul quale rivalersi nel caso di inadempimento. Così come è altrettanto probabile credere che, invece, prima per il *procurator* che per l'*institor*, sia sorta l'esigenza di accordare tutela diretta al *dominus negotii* verso i terzi.

Infatti, mentre nel caso dell'*institor* - essendo questi in origine prevalentemente un *alieni iuris* - gli acquisti si realizzavano immediatamente in capo al *dominus o pater*, nel caso del *procurator*, invece, soggetto libero, tutto ciò non accadeva. Si rendeva necessaria, quindi, un'attività volta al ritrasferimento dei diritti acquisiti, affidata unicamente alla volontà del *procurator*. Nel caso di inattività di quest'ultimo soggetto era, dunque, necessario garantire la posizione del *dominus negotii*, accordandogli un'azione da esercitare direttamente contro i terzi. La stessa soluzione poi si rese necessaria anche nel caso dell'*institor*, quando cominciò ad affermarsi la prassi di proporre come *institores* anche soggetti liberi.

È proprio questo doveva essere - a mio modo di vedere - il senso originario di D.46.5.5. Si legge, infatti, che l'esigenza di '*succurrere domino*' si manifestò, così come già avveniva per il *procurator*, '*cum institor in ea causa esse coepit*', cioè nel momento in cui '*interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit*'.

Si potrebbe anche supporre, tuttavia, che l'espressione '*veluti bonis eius venditis*' fosse classica, e che l'intervento a favore del preponente contro i terzi dovesse essere realizzato originariamente dal pretore solo quando era inammissibile e infruttuosa l'azione contro il preposto, per sua insolvenza, morte o impedimento di qualsiasi genere.

Ciò non inficia, nella sostanza, la genuinità della concessione stessa dell'azione al preponente, che rappresenta il punto centrale della nostra indagine.

Infatti, valutando complessivamente la testimonianza contenuta in D.46.5.5, è interessante notare che in questo brano, diversamente degli altri, si fa riferimento esplicito ad un intervento in tal senso del pretore, del quale, tuttavia, non sappiamo molto.

Quindi, si potrebbe anche ipotizzare che il pretore avesse cominciato a concedere questa azione al *dominus* in relazione ad alcuni casi eccezionali, in cui il *dominus* non potesse agire contro il terzo e non poteva rivalersi nei confronti del suo preposto, ma che successivamente i giuristi siano intervenuti ad ampliare la sfera di applicazione del rimedio.

E' probabile, dunque, che le soluzioni a noi giunte - ricordate in D.14.3.1, D.14.1.1.8, D.19.1.13.25 - rappresentino il risultato di un'evoluzione di istituti di origine pretoria, che si è realizzata prevalentemente sotto la spinta dell'interpretazione giurisprudenziale, e che ha comportato tra l'altro anche la generalizzazione e l'estensione dell'ambito di applicazione delle stesse soluzioni.

⁸⁵ Sopra, nt. 58.

⁸⁶ In proposito, v. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigen Recht*; cit., 103ss; BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, 250 ss; LE BRAS, *L'évolution générale du procureur*, cit., 12 ss.; SERRAO, '*Il procurator*', cit., 47; SCIALOJA, *Studi giuridici*, cit., 103ss; DE ROBERTIS, *Invitus Procurator*', cit., 188 ss.; WATSON, *Acquisition of ownership by 'traditio' to an 'extraneus'*, cit., 189 ss; QUADRATO, *Rappresentanza (Diritto romano)* cit., 417 ss.; ID., *Dal procurator al mandatario*, cit., 3 ss.; ID., *D. 3.3.1pr e la definizione di "procurator"* cit., 211 s.; MILELLA, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari* (1966), 377ss; PROVERA, *Mandato: negozio giuridico*, cit., 310 ss.; MICHEL, *Quelque observations sur l'évolution du 'procurator'*, 515 ss.; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 10 ss.; FABRE, *Libertus Patrons et affranchis à Rome*, cit., 25 ss.

I compilatori giustiniani, invece, nell'intento di salvare la coerenza del sistema da loro realizzato - ancora improntato sulle regole proibitive della rappresentanza - hanno probabilmente conservato solo le testimonianze in qualche modo coerenti con questa impostazione (D.46.5.5)⁸⁷ e limitato, invece, la portata di quelle che facevano eccezione ai divieti in questione (D.14.3.1)⁸⁸.

8- *Valutazione finale della classicità dell'azione concessa al preponente o al 'dominus negotii' contro i terzi che hanno contrattato con l'institor' o col 'procurator': D.14.3.1; D.14.1.1.18; D.46.5.5*

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.

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 applicate⁸⁹.

Ritengo che tale antitesi, prospettata in termini così netti, non sia accettabile⁹⁰. Non mi pare che il diritto giustiniano abbia espresso una concezione molto più estesa ed ampia della rappresentanza rispetto al diritto classico⁹¹.

È più probabile 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 mi 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

⁸⁷ Sopra, § 7.

⁸⁸ Sopra, § 3.

⁸⁹ Sopra, nt. 14-16; nt. 48.

⁹⁰ La dottrina ha da tempo avviato un percorso di revisione delle opinioni tradizionali sul tema caratterizzate spesso da visioni unilaterali e semplicistiche; cfr. S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta*, cit., 389 ss; R. ORESTANO, voce *Rappresentanza (diritto romano)* in *NNDI*. XIV (1967) 796; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 262 nt. 31; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1984, 371 nt. 34.1; G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, cit., 194; R. QUADRATO, voce *Rappresentanza*, cit., 431 e bibliografia ivi citata.

⁹¹ In tal senso già RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta*, 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.

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». ⁹²

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 mia opinione che nel diritto giustiniano si manifesti anche una tendenza contraria a quella «generalizzante» comunemente riconosciuta. Si tratta, infatti, 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 posso darne una esaustiva e documentata dimostrazione. Si tratta, infatti, di una questione complessa, che merita un'autonoma ed articolata trattazione, peraltro già in corso di realizzazione.

Posso fin d'ora anticipare, però, che le testimonianze da noi lette ed esaminate non sembrano riconducibili nella loro sostanza al diritto giustiniano, ma a soluzioni classiche, in ordine alle quali è possibile ipotizzare un intervento dei compilatori volto a limitarne l'applicazione, restringendone la portata.

In realtà la testimonianza contenuta in D.14.3.1 è difficilmente attaccabile nella sua sostanza. D'altronde, anche dagli altri frammenti esaminati (D.14.1.1.18; D.19.1.13.25) 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*.

Tuttavia, va anche considerato che tutti i brani esaminati sono tratti da commentari all'editto pretorio e, di conseguenza, è ipotizzabile che le soluzioni in essi contenute siano state ispirate, suggerite ed anticipate da prassi giurisdizionali riconducibili all'attività dei pretori ⁹³.

Inoltre, in ordine alla classicità delle stesse soluzioni può assumere una certa rilevanza la circostanza che il frammento di Ulpiano, in cui si ricorda l'opinione di Marcello (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) - sono ricordati unicamente 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 al preponente contro il terzo sembra contrastare decisamente con i principi accolti nel Digesto, e solidamente attestati anche nelle altre parti della compilazione ⁹⁴.

Pertanto, riesaminando le testimonianze in questione nella loro specificità, mi sembra di poter concludere propendendo decisamente per una sostanziale autenticità delle stesse.

Così, in ordine a D.14.3.1, è estremamente probabile credere che i compilatori abbiano riportato il frammento di Ulpiano in questione poiché - nella sua prima parte - risultava particolarmente idoneo a chiarire le ragioni sottese alla creazione dell'*actio institoria*. È

⁹² RICCOBONO, *Lecture londinesi (maggio 1924)*. "Diritto romano e diritto moderno", Torino, 2004, 117.

⁹³ Sopra, § 6; § 7.

⁹⁴ Gai 2.95; D. 50.17.73.4; I. 2.9.5; C.4.27pr.

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, gli stessi compilatori hanno cercato di limitarne la portata accostando al brano di Ulpiano il frammento tratto dal commentario all'editto provinciale di Gaio (D.14.3.2) - che abbiamo già esaminato⁹⁵ - dando avvio ad un percorso - accentuato poi dalla dottrina intermedia⁹⁶ - 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.

Ed, in effetti, la testimonianza contenuta in D.14.3.1 è difficilmente attaccabile nella sua sostanza, tanto è vero che la dottrina moderna, ritenendola scomoda ma ineliminabile, la ignora. Quella più antica la conosceva bene, ma la leggeva ed interpretava nella versione dei Giustiniane.

Infatti, quella che possiamo oggi leggere nel Digesto è un'impostazione, forse, del tutto diversa da quella data da alcuni giuristi classici - i quali probabilmente riconoscevano il rimedio in questione senza limitazioni - ma che ha condizionato tutta l'interpretazione successiva non solo nel medioevo⁹⁷, ma anche nell'età moderna⁹⁸.

Sulla scorta dell'impostazione giustiniana si ritiene, 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*⁹⁹; 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 sistematrice che ha trovato poi la sua accentuazione nella lettura degli interpreti successivi¹⁰⁰ che, a mio parere, pur senza intervenire profondamente sul tenore letterale delle fonti classiche, ne ha tuttavia profondamente falsato l'originario significato.

Infatti, il brano di Ulpiano non sembra riferirsi espressamente alla cessione delle azioni, come invece esplicitamente avviene in altro luogo¹⁰¹.

⁹⁵ Sopra, § 3.

⁹⁶ BALDUS, *In Digesti Veteris Partes Commentaria* h.l. D.14.3.1 pr; BARTOLUS, *Commentaria Omn. Iur.* h.l. D.14.3.1.

⁹⁷ CAPPELLINI, voce *Rappresentanza (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 445 nt. 56; WACKE, *Alle origini della rappresentanza*, cit., 610ss.

⁹⁸ Da essa ha tratto origine, in particolare, un importante filone di studi della riflessione giusprivatistica 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. Si tratta della c.d. «*Zessiontheorie*»; cfr. LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln-Graz, 1966, 47ss; MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts* (Stuttgart 1836); PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1850 § 273. In proposito v. oltre, nt. 131.

⁹⁹ SERRAO, voce *Institore*, cit., 832.

¹⁰⁰ CAPPELLINI, voce *Rappresentanza*, cit., 445 nt. 56; WACKE, *Alle origini della rappresentanza*, cit., 610ss.

¹⁰¹ 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*, Palermo, 1989, 763ss; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, 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. XXVII, 1906, 82 s.; GERICH, *Kognitor und 'procurator in rem suam' als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen, 1963; LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, cit., 47 s.; CUGIA, *Inammissibilità del 'mandatum actionis' nella cessione e nell'accollo classici*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 291. L'argomento è, invece, a mio parere di particolare interesse, anche se di estrema

Potrebbe, certo, ipotizzarsi un taglio effettuato dai compilatori, e si può ragionevolmente supporre che fosse una soluzione praticabile in questi casi.

Tuttavia, al di là dei rilievi formali prospettabili¹⁰², sorgono, inoltre, altri importanti interrogativi, volti a verificare se, ed in che limiti, la cessione delle azioni fosse configurabile come rimedio di carattere generale¹⁰³, 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 e rimesso alla discrezionalità dell'*officium iudicis* strettamente connesso al mandato e al suo regime di buona fede.

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 dovuto suggerire l'adozione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

Di conseguenza, è mia opinione, invece, che la lettura e la comprensione del brano siano state influenzate dall'interpretazione data ad esso dai giustiniane.

Si può ragionevolmente credere, infatti, che i frammenti riportati non siano stati formalmente e sostanzialmente modificati dei compilatori - se non per alcuni tratti - ma che, tuttavia, pur se riportati fedelmente, siano stati posti in una sequenza logica che ne abbia alterato l'originario significato.

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.

E, in realtà, in età classica è possibile che il giurista in questione avesse proposto questa soluzione non come rimedio eccezionale ma come rimedio ordinario 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

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. 133.

¹⁰² Se si volesse accettare, infatti, 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 l'espressione '*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* ('*ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel 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 il giurista si riferisse semplicemente al fenomeno dell'acquisizione diretta da parte del *dominus* o *pater* dei risultati utili dell'attività negoziale svolta dai propri 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. sopra, nt. 98.

¹⁰³ Sopra, nt. 98.

un'azione solo di carattere interno, da rivolgere contro lo stesso *institor*, o contro il *dominus* dell'*institor alieni iuris*.

D'altronde, della concessione di un'azione diretta al preponente contro i terzi abbiamo trovato menzione in un altro frammento del commentario all'editto di Ulpiano (D.14.1.18¹⁰⁴), anch'esso difficilmente attaccabile nella sua sostanza, ma che probabilmente non è stato profondamente modificato dai compilatori in quanto faceva riferimento ad una prassi sviluppata nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, e si iscriveva in un ambito di applicazione alquanto specifico quale quello del commercio navale.

Così anche in D.46.5.5 abbiamo trovato un preciso riferimento all'intervento del pretore volto a predisporre un intervento a favore del *dominus negotii* o del preponente dell'*institor* nei confronti dei terzi. Ebbene, ho già posto in evidenza che in relazione a quel brano è possibile ipotizzare un intervento compilatorio tendente a limitare l'applicazione della soluzione proposta a casi eccezionali¹⁰⁵. Ed, in ogni caso, anche accettandone la piena autenticità, essa costituisce pur sempre una valida e piena attestazione della prassi istaurata in tal senso dagli organi giurisdizionali dell'età classica.

9- D.19.1.13.25: valutazioni conclusive sulla classicità dell'azione concessa al 'dominus negotii' contro i terzi che hanno negoziato con il 'procurator'.

Ebbene, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, mi pare che possa accedersi ad una tesi di genuinità anche della soluzione prospettata in D.19.1.13.25.

In realtà, diversamente dagli altri finora esaminati - ritenuti sostanzialmente autentici da gran parte della dottrina - questo è l'unico fortemente sospettato e discusso nella forma e nella sostanza.

In particolare, - ammessa la sostanziale autenticità della concessione al terzo dell'*actio ad exemplum institoriae*¹⁰⁶ - resta ancora aperta la questione relativa alla classicità del riconoscimento dell'azione diretta al *dominus* contro il terzo.

Infatti è oggetto di contestazione la possibilità di accordare l'*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 di concedere azione allo stesso soggetto contro i terzi, ammettendo, in definitiva, che questi potesse acquistare - altrettanto direttamente - per opera dello stesso intermediario, i diritti derivanti dai negozi conclusi nel suo interesse.

Quest'ultimo aspetto, infatti, 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*', avessero natura insitica¹⁰⁷.

Tuttavia, alcune voci autorevoli¹⁰⁸, hanno manifestato un'opinione del tutto differente, propendendo decisamente per l'autenticità delle espressioni in questione.

¹⁰⁴ Sopra, § 4.

¹⁰⁵ Sopra, § 5-6-7.

¹⁰⁶ Sopra, nt. 4.

¹⁰⁷ Cfr. sopra, nt. 5.

¹⁰⁸ Per l'autenticità si è pronunciato RICCOBONO Sr, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza*, cit., 395. Più recentemente propende per la genuinità anche BENKE, *Zu Papinians 'actio ad exemplum institoriae actionis'*, in ZSS. 105, 1988, 625 nt. 168, il quale - pur ritenendo che il brano, nella parte in cui configura la possibilità per il *dominus* di agire contro 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 andrebbero ritrovate, a parere dell'autore citato, in alcune motivazioni di carattere esterno e

Sappiamo, infatti, che la fede nell'interpolazione del famigerato 'competere' va sempre più scemando fra i romanisti¹⁰⁹, e d'altronde - come abbiamo già visto¹¹⁰ - 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.

Facilmente superabili sono anche i rilievi avanzati sull'*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, però, si è già pronunciato Burdese¹¹¹ manifestando chiaramente la sua propensione ad ammettere la possibile autenticità dell'espressione '*actio utilis ex empto*'. Nel testo, infatti, non si parla tanto di '*actio ex empto*' quanto di '*ex empto agere*' con l'azione utile *ad exemplum institoriae*.

Oltre ai rilievi formali, potrebbe obiettarsi, contro l'autenticità del brano, 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, come già precisato, nel testo si riconosce al preponente l'esperibilità di un'*actio utilis ex empto* e non di un'*actio utilis ad exemplum institoriae*.

Potrebbe anche sospettarsi una contrazione successiva del testo originale. In ogni caso, quest'ultima obiezione può essere agevolmente superata considerando 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 negozio sia stato un *institor*¹¹².

Nel frammento da noi considerato (D.19.13.25pr.), il negozio 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 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

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 HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 47 ss.

¹⁰⁹ In proposito, MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, cit., 40 nt. 16.

¹¹⁰ Cfr. sopra, nt. 2; nt. 12.

¹¹¹ In proposito v. BURDESE, '*Actio ad exemplum institoriae*' e categorie sociali cit., 208 nt. 50.

¹¹² Sulla struttura formulare delle *a.a.q.* v. LENEL, *EP.* cit., 268; MANTOVANI, *Le formule nel processo privato romano*, Como, 1992, 70-71. 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 institoriae actionis*', cit., 97; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römisches Prozess*, cit, 261ss.; 342ss; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, cit., 212 nt. 237; KASER - HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1996) 238.

In proposito è di particolare interesse anche 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 editale.

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 e un'importanza fondamentale per la definizione del tema nella sua complessità ed interezza. In tal senso, infatti, ho già intrapreso un'autonoma indagine che, tuttavia, per ovvie ragioni di opportunità, non può essere esposta in questa sede.

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.17.1.10.5¹¹³.

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 proprietà¹¹⁴.

Bisogna adeguatamente valutare, ancora, che l'*emptio venditio* romana si fonda e si struttura su un rapporto negoziale caratterizzato da bilateralità e corrispettività, da intendere unicamente in senso concreto ed effettuale come equilibrio sostanziale tra benefici acquisiti e sacrifici sopportati. Inoltre, 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 ricorrano 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 col principio della *bona fides*.

8.- *Considerazioni finali e prospettive d'indagine. 'Aequitas', interdipendenza delle obbligazioni e rappresentanza.*

Ebbene, riflettendo sui brani esaminati nel loro complesso si potrebbe anche giungere alla conclusione che in essi probabilmente non trova espressione un vero e proprio rapporto di interdipendenza delle obbligazioni, quanto piuttosto una generica esigenza di equilibrio tra le parti contrattuali, che si ricollega semplicemente alla realizzazione concreta dell'*aequitas* nell'ambito dei rapporti negoziali.

In riferimento ai casi in questione, infatti, essa si manifesterebbe nella necessità sostanziale di ovviare all'iniquità determinata dal riconoscimento di un rimedio giurisdizionale che, mutate alcune condizioni sulla base delle quali era stato predisposto, era poi divenuto strumento di indebito ed ingiustificato arricchimento a vantaggio di uno dei due contraenti.

Ed, in effetti, in D.14.3.1, a fronte di un riferimento tecnico al concetto di '*obligatio*', ci si richiama genericamente a dei '*commoda*'¹¹⁵. In tutto il brano, inoltre, non vi è un alcun elemento che possa rinviare ad un eventuale negozio di compravendita, né alla corrispettività in senso stretto. Va, tuttavia, considerato che, per la posizione assunta all'interno della compilazione, il brano può essere stato privato di riferimenti circostanziati ed aver subito, dunque, un processo di

¹¹³ Sopra, nt. 9-10-11.

¹¹⁴ Sopra, nt. 35.

¹¹⁵ Sopra, § 3.

generalizzazione. Non vi è dubbio, però, che la compravendita era uno dei contratti più utilizzati nella prassi dei commerci¹¹⁶.

D'altronde anche in D.14.1.1.18 non vi è alcun preciso rinvio alla compravendita o ad altro negozio con struttura sinallagmatica. Ma anche in ordine a questo brano - come già accennato¹¹⁷ - è possibile ipotizzare un intervento compilatorio teso ad attribuirgli un carattere più generale, astraendo dalla fattispecie concreta a cui si riferiva.

Nel brano del commentario all'editto di Paolo (D.46.5.5¹¹⁸) potrebbe forse ravvisarsi un accenno alla vendita, ma si tratta di un riferimento generico ed impreciso su cui non si può fare sicuro affidamento.

Solo in D.19.1.13.25 vi è invece un puntuale ed indiscutibile richiamo ad un contratto di compravendita. Risulta, inoltre, particolarmente significativa la soluzione prospettata dal giurista, anche se con essa non si formula propriamente un meccanismo condizionale che impedisce l'esercizio dell'azione per il compratore se il venditore a sua volta non ha esercitato la sua, ma si richiede unicamente che sia riconosciuta azione non solo al compratore ma anche al venditore, *dominus actionis*, contro il terzo.

Vi è, d'altronde, un ulteriore interrogativo a cui deve essere data una risposta. Si potrebbe, infatti, supporre che nei brani studiati si tratti non tanto di un problema di interdipendenza delle obbligazioni, quanto piuttosto di tematiche inerenti alla rappresentanza, e, dunque, di casi in cui si consentiva che dall'attività compiuta da un intermediario libero potesse derivare la produzione di situazioni giuridiche soggettive attive e passive in capo ad un altro soggetto.

D'altronde, l'esigenza di corresponsività della compravendita poteva essere garantita dalla possibilità concreta che ad agire contro il terzo, nel caso di inadempimento, fosse lo stesso *procurator* che aveva concluso il negozio.

Dobbiamo, dunque, fare un passo indietro e tornare a riflettere sul concetto di interdipendenza delle obbligazioni configurabile nell'esperienza romana.

Infatti, come già precisato¹¹⁹, se si vuole ravvisarne l'operatività nel diritto romano classico bisogna far riferimento ad un meccanismo che non opera automaticamente come principio generale ed astratto, ma in maniera concreta, come meccanismo di natura esclusivamente processuale, improntato a criteri di forte discrezionalità in stretta connessione al principio di buona fede¹²⁰.

Quindi, se si tenta di ritrovare nelle fonti romane passi che testimonino e confermino l'operatività di un principio di interdipendenza con delle caratteristiche precise, riconducibili ad un assetto sistematico e dogmatico tipicamente moderno, non mi pare che tale ricerca possa sortire esiti positivi, soprattutto in ordine alla questione di cui mi sono occupata in questa sede.

Se si ritiene, invece, che l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano classico si risolvesse in un nesso esistente tra le obbligazioni a carico dei contraenti sostanzialmente corrispondente alla funzione economico-sociale dello scambio, che doveva essere realizzata dalle parti, e eventualmente verificata ed assicurata dal giudice, allora se ne può discutere anche in ordine alle nostre fonti.

¹¹⁶ In effetti, l'ambito originario di applicazione dell'*actio institoria* sembrerebbe riguardare proprio l'attività economica sottesa all'*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.*).

¹¹⁷ Sopra, § 4.

¹¹⁸ Sopra, § 5; 7.

¹¹⁹ Sopra, nt. 2.

¹²⁰ Basti ricordare in proposito la significativa ed esplicita notazione di Gaio contenuta nelle sue Istituzioni: *Gai Inst. 4.63: Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur*. La stessa realizzazione della compensazione non è, dunque, obbligatoria ma si lega fortemente alla discrezionalità connessa all'*officium iudicis*. Di conseguenza il principio dell'interdipendenza delle obbligazioni non può essere automaticamente applicato, nè può atteggiarsi e risolversi in forme e soluzioni precostituite e fisse.

Come autorevolmente sostenuto da più parti¹²¹, essa comportava in concreto che il giudice dovesse valutare complessivamente tutti i rapporti nascenti dal contratto, e quindi, che tale valutazione non potesse risolversi e realizzarsi solo nell'eventuale eccezione di inadempimento, ma estendersi, ad esempio, anche alla garanzia per l'evizione¹²².

Così una valutazione complessiva del rapporto tra i contraenti alla luce del principio di buona fede imponeva il riconoscimento dell'azione ad entrambi i soggetti, a parità di condizioni, pena la realizzazione di un insopportabile e inammissibile squilibrio tra gli interessi in causa.

Ed, in effetti, nel caso di vendita conclusa da un intermediario (*institor* o *procurator*) che fosse anche un soggetto libero, il preponente o il *dominus negotii* non potevano far valere direttamente i diritti discendenti dal contratto concluso, ma solo rivalersi contro l'intermediario in virtù del rapporto interno intercorrente con lo stesso. Apparentemente, dunque, non vi era squilibrio tra le parti contrattuali poiché l'azione poteva essere esercitata dall'intermediario, su cui poi gravava l'onere di operare un ritrasferimento di quanto percepito al preponente o al *dominus negotii*.

Ma laddove ciò non avvenisse fisiologicamente, non vi era dubbio che il *dominus negotii* o il proponente si trovano in una posizione peggiore rispetto alla sua controparte. E ciò doveva apparire iniquo e contrario a buona fede qualora da una serie di elementi (*cautio*¹²³, *litterae*¹²⁴) risultasse chiaramente che tali soggetti erano gli effettivi titolari del negozio. Quest'ultima circostanza, infatti, era stata palesata espressamente, e addirittura si lasciava intendere chiaramente che il terzo aveva concluso il contratto fidando su questa circostanza.

Supponiamo, infatti, che il *procurator* avesse consegnato la cosa venduta al terzo senza attendere il pagamento del prezzo. Di conseguenza il venditore non aveva più rimedio contro l'inadempimento del terzo? Doveva attendere l'attivazione del *procurator*, oppure doveva limitarsi all'esercizio dell'azione interna contro lo stesso per inesatta esecuzione del mandato o per cattiva gestione del suo affare?

Ecco, dunque, la mia conclusione, che capovolge esattamente l'interrogativo posto inizialmente. A mio parere è più facile supporre che i giuristi romani avessero proposto di concedere un'azione autonoma al preponente o al *dominus negotii* contro il terzo che agito con l'*institor* o con il *procurator*, non tanto per riconoscere l'operatività di un generico principio di rappresentanza - che essi non conoscevano affatto come principio generale e astratto - ma per realizzare invece un rapporto di corresponsabilità effettiva, di equilibrio tra le posizioni in gioco, tra i sacrifici e le attribuzioni a ciascuno spettanti.

Ne è prova il fatto che l'esigenza di riconoscere azione al preponente di un *institor* libero o al *dominus negotii* di un *procurator praepositus* contro i terzi inadempienti era viva e fortemente avvertita in tutti gli ambienti commerciali, terrestri e navali, e che a tale esigenza avevano cercato di dare una valida risposta non solo i giuristi, ma anche i magistrati e funzionari imperiali nell'esercizio delle loro funzioni, sia nell'ambito della giurisdizione urbana, che provinciale.

Non so precisare, invece, se nel far questo abbiano operato applicando il principio di interdipendenza delle obbligazioni o un più generico principio di equità, ammettendo che sia sempre facile porre una distinzione netta tra i due principi nell'esperienza romana.

È certo, tuttavia, che almeno uno dei casi esaminati si riferisce alla compravendita, ed è al contempo facile ipotizzare che per esso - come per altri contratti sinallagmatici dotati di un regime di buona fede, forse prima che per gli altri contratti - siano state suggerite e praticate soluzioni di tal genere, tendenti a realizzare un giusto equilibrio tra le posizioni complessive delle effettive parti negoziali, al di là degli intermediari che vi avevano preso parte.

¹²¹ *Sopra*, nt. 1.

¹²² Il rapporto sinallagmatico tra le obbligazioni delle parti, infatti, non si esaurisce con la *traditio rei*, ma investe, successivamente ad essa, anche la permanenza della cosa nelle mani del compratore; cfr. *praecipue* ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit. 309; BURDESE, *Recensione a* BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., 364.

¹²³ *Sopra*, § 2.

¹²⁴ *Sopra*, nt. 11.

Inoltre, dai brani esaminati sembra proprio che a sostenere questa esigenza di interdipendenza e di equilibrio - in connessione alle mutate esigenze socio-economiche sottese al regime delle *a.a.q.* - sia stato per primo Marcello (D.14.3.1¹²⁵), tramite un'attività di interpretazione giurisprudenziale - non sappiamo se seguita o per certi versi anticipata dall'attività giurisdizionale della *cognitio extra ordinem* (D.14.1.1.18¹²⁶) - ma che con molta probabilità si ricollegava ad una prassi già adottata dai pretori in ordine alle *cautiones* prestate dal *procurator* e dall'*institor* (D.46.5.5¹²⁷).

E forse non è un caso che proprio a Marcello la dottrina prevalente¹²⁸ riporti le prime testimonianze relative all'operatività del c.d. «sinallagma funzionale».

Detto questo, va precisato, al contempo, che il riconoscimento della classicità dell'opinione di Marcello e della prassi giurisdizionale descritta ha indiscutibili riflessi anche in ordine ad interessanti tematiche attinenti al riconoscimento della rappresentanza nel mondo romano.

Infatti, presso la scienza giuridica moderna¹²⁹ ricorre frequente un luogo comune che postula una «concettualizzazione antiromanistica» della rappresentanza, e, quindi, una formazione prettamente moderna dell'istituto in questione.

Vi è al contempo una corrente dottrinarica meno semplicistica - ma autorevolmente sostenuta¹³⁰ - che riconosce ai giuristi romani la «concettualizzazione» dei problemi fondamentali attinenti alla rappresentanza, e la contestuale proposizione di volta in volta di soluzioni tecniche di alto profilo, ma che addebita agli stessi il mancato raggiungimento una concezione unitaria della stessa rappresentanza. Secondo questa opinione, infatti, i giuristi romani, partendo da una originaria inammissibilità della rappresentanza, si sarebbero limitati di volta in volta ad operare delle deroghe che riguardavano, ora il profilo passivo della rappresentanza (*a.a.q.*) ora quello attivo (possesso, proprietà), senza mai saldarli in una visione unitaria.

Si tratta di una soluzione dotta, che implica anche un'appropriata conoscenza delle fonti romane, ma che può essere rivista in alcuni suoi aspetti proprio in base ad una più approfondita considerazione delle peculiarità del sistema romano classico basato, per un verso, sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, e per l'altro, sul metodo casistico utilizzato e praticato dai giuristi romani.

È perfettamente corrispondente al vero, infatti, che in tema di rappresentanza diretta i romani procedettero mantenendo fermi i principi originari che ne negavano la realizzazione, operando, tuttavia, di volta in volta delle deroghe parziali ai principi in questione. È altrettanto vero, però, che le deroghe operate furono tali da stravolgere la loro stessa natura di eccezione, trasformandosi quasi in regola¹³¹.

¹²⁵ Sopra, § 3.

¹²⁶ Sopra, § 4.

¹²⁷ Sopra, § 5.1.

¹²⁸ TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 375.

¹²⁹ FRÄNKEL, *Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern*, in *ZVR*, 1912, XXVII, 290ss.

¹³⁰ CAPPELLINI, voce *Rappresentanza*, cit., 442.

¹³¹ Sempre CAPPELLINI, voce *Rappresentanza*, cit., 442-443, ritiene che sia attribuibile agli interpreti medievali la sostanziale elusione dei fondamenti concettuali e dei presupposti del principio negativo della rappresentanza diretta attestato nelle fonti giustiniane. Attribuisce, infatti, ai glossatori e ai commentatori un atteggiamento che sarebbe stato solo in apparenza di ossequio rispettoso dei testi giustiniani, ma in realtà si sarebbe risolto in una sostanziale e piena elusione dei principi in essi contenuti, che avrebbe condotto, addirittura, ad una vera e propria 'Vergewaltigung' delle fonti studiate; cfr. anche WESEMBERG-WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, Wien-Köln-Graz, 1985, 40. In realtà l'Autore precisa successivamente che una forma di rottura aperta del 'principio' può ravvisarsi solo nell'opinione minoritaria e isolata di Martino Gosia, ricordato espressamente da Accursio. Il suo argomentare, infatti, procede all'insegna del rapporto tra regola ed eccezione, ed interpreta il complesso delle 'eccezioni' ammesse nel *Corpus Iuris* come 'regola', (*Sed Martinus dicebat, hoc casus facere regulam: et si quis casus esset contra illud, speciale esse...*) che deriverebbe da un supposto principio generale di sviluppo del diritto pretorio. Si potrebbe, pertanto, riscontrare nell'opinione di Martino uno degli esempi più interessanti di interpretazione 'aggirante'. A me pare, invece, che sia l'unico dei dottori che abbia saputo proporre e realizzare una lettura 'storica' delle soluzioni

Inoltre, il fatto che tali eccezioni fossero state riconosciute nell'ambito del *ius honorarium* o *ius extraordinarium* non muta la sostanza del discorso nell'ambito di un sistema che, sebbene pluralistico, era di fatto fondamentalmente unitario.

In ordine al secondo punto va detto, come ormai da tutti riconosciuto, che i romani non praticavano e conoscevano un principio astratto e generale di rappresentanza, ma trattavano e realizzavano in concreto singoli casi di rappresentanza e di sostituzione negoziale.

La particolarità della loro disciplina, tuttavia, non derivava da un'incapacità di comprensione del fenomeno nella sua complessità, ma dal fatto che trattavano degli effetti rappresentativi di volta in volta in ordine alle fattispecie concrete che venivano sottoposti alla loro attenzione.

Pertanto, solitamente hanno riconosciuto caso per caso la possibilità che un soggetto fosse obbligato dall'attività di un intermediario in relazione ad una certa situazione concreta, così come altre volte, a seconda della fattispecie trattata, si sono occupati e hanno disciplinato il profilo degli acquisti.

Allo stesso modo, quando il caso sottoposto hanno trattato unitamente il profilo attivo (acquisti) e passivo (obbligazioni) quando il caso sottoposto a decisione lo richiedeva. Ed uno di questi casi potrà essere stato proprio quello relativo alla compravendita conclusa tramite un intermediario libero, in ordine alla quale l'equilibrio tra la parti e, quindi tra le prestazioni, sarà stata realizzata anche ammettendo un rapporto diretto, di natura processuale, tra gli effettivi soggetti interessati alla conclusione del contratto.

In conclusione, potrebbe, allora, non corrispondere perfettamente al vero l'affermazione di Cappellini¹³² volta a sostenere che i giuristi romani non avessero avuto una coscienza unitaria del fenomeno rappresentanza, cioè congiuntamente del profilo attivo e passivo.

D'altronde, questa mia conclusione non mira a rivendicare «primogeniture» di concetti moderni ad uno o ad altri settori dell'esperienza giuridica, ma soltanto a proporre una visione più ampia e problematica del tema studiato, al di là della formulazione di luoghi comuni, con l'auspicio di indurre la dottrina ad approfondire alcune questioni, rivedendo alcune opinioni consolidate sul tema.

Infatti, in considerazione della rilevanza che le fonti esaminate hanno rivestito nei secoli successivi - anche per la formulazione del concetto di rappresentanza moderno - l'indagine ora effettuata potrebbe irradiarsi ed espandersi verso nuove e interessanti direzioni.

Infatti, una corretta interpretazione delle fonti esaminate costituisce una buona base per comprendere anche gli sviluppi successivi che ne sono derivati (*Zessiontheorie*¹³³), ma anche per

presenti nel Digesto. Sostiene, infatti, RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina*, cit., 419, che Martino si fondava sull'antitesi tra *ius civile* e *ius honorarium*, tra *directo* e *utiliter*, ritenendo dunque che la regola negativa propria dell'antico diritto, superata dalla giurisdizione pretoria, per via di eccezioni, fosse stata alla fine sovvertita. Il pensiero di Martino, inoltre, non è stato contraddetto dagli studi romanistici più recenti, anzi vi ha trovato conferma, in quanto anche il *Corpus Iuris* offre viva in proposito la rappresentazione del sistema classico, nella terminologia, nelle decisioni, nei motivi. Martino non poteva ignorare il contrasto tra *ius civile* e *ius honorarium*, che appare ancora in rilievo nel *Corpus Iuris*. Accursio non conosce e riconosce, invece, lo sviluppo storico in materia. Martino all'opposto è tutto compenetrato di quel contrasto derivante da uno sviluppo. Pertanto - precisa Riccobono - «egli assurge ad una sintesi più precisa del contenuto del *Corpus Iuris*. Alla luce della critica odierna, la sua dottrina, in questa materia e altrove, rinasce in una pienezza di verità che impressiona. Martino è forse il più sapiente degli interpreti del *Corpus Iuris*, il più profondo che sa trarre dalla massa dei testi e dalla varietà degli elementi del *Corpus Iuris* le sintesi più vere e più alte (p. 420)».

¹³² CAPPELLINI, voce *Rappresentanza*, cit., 442.

¹³³ Sulla base di queste testimonianze la dottrina moderna ha costruito la c.d. '*Zessiontheorie*', che rappresenta un'importante pagina della riflessione ottocentesca, e che risulta particolarmente determinante anche per la comprensione del moderno concetto di rappresentanza e, al tempo stesso, per la valutazione della stessa interpretazione romanistica delle fonti romane sulla rappresentanza; cfr. *praecipue* LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, cit., 47ss; MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, cit.; PUCHTA, *Pandekten*, cit., § 273. La *Zessiontheorie* prende, infatti, le mosse dalla negazione della rappresentanza diretta in quanto incompatibile con le fonti

liberare gli studi romanistici da certe incrostazioni che falsano la lettura e la comprensione delle stesse fonti romane.

romane, e si fonda sulla considerazione che, a tutti gli effetti, il contraente sia il rappresentante. Quest'ultimo, tuttavia, sulla base del rapporto interno che lo lega al rappresentato è tenuto a ritrasferire quanto acquisito al rappresentato. Qualora, però, il rappresentato non operi il ritrasferimento in questione, deve essere data tutela al rappresentato tramite un'*actio utilis*. Diversamente dal diritto romano, tuttavia, nel pensiero di questi studiosi la cessione dell'azione non è eventuale, né rimessa alla discrezionalità del giudice, ma è obbligatoria. Il rappresentato può infatti pretendere in ogni momento al cessione dell'azione dal rappresentante, in base al rapporto interno che li lega, ed anche se questa non sia eseguita concretamente, si deve in via generale - e non solo in determinati casi - riconoscergli, per via di una *finzione di cessione*, il diritto ad agire contro l'altro contraente con un'azione utile. Ad essa si oppose direttamente la «*Geschäftetheorie*» di Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlino, 1840, 90-98; *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1853, 19ss) in base alla quale il rappresentante è solo organo della volontà del *dominus negotii*, il quale è il vero e proprio contraente del negozio concluso dal rappresentante. Tuttavia, va precisato che entrambe le teorie, sebbene profondamente diverse, si collocano in un ambito teorico simile, in quanto sono accomunate da una visione fortemente «subiettivistica» del fenomeno, che trascura e non attribuisce alcuna importanza a quelle forme di rappresentanza tipiche del mondo romano che si radicavano, invece, in un rapporto di natura oggettiva tra rappresentanza e rappresentato. In tal senso, seppur costruite in riferimento alle fonti romane appaiono entrambe molto lontane dalle stesse fonti da cui traggono origine.

