

MARIA MICELI

***Institor e procurator nelle fonti romane
dell'età preclassica e classica***

SOMMARIO: I. PREMessa. – 1.1. *Procurator* ed *institor*. – 1.2. Casi in cui le figure dell'*institor* e del *procurator* vengono poste a confronto dai giuristi romani per chiarirne la natura o trarne elementi utili per la disciplina delle relative fattispecie: a) *L'actio ad exemplum institoriae: institor e procurator*. Casi di applicazione dell'azione in questione. – 1.2. b) D. 14.3.5.10: differenziazione netta fra le figure del *procurator* e dell'*institor* e dei relativi settori di attività. – 1.3. c) Profili concreti di assimilazione dei due regimi desumibili dall'esame testuale di D. 46.5.5. – II. *L'INSTITOR* E LE *A.A.Q.* – 2.1. La figura dell'*institor* nell'ambito della disciplina delle *a.a.q.* Considerazioni di carattere storico e dogmatico sull'origine dell'istituto e sulla natura della responsabilità del preponente. Irrilevanza dell'individualità del soggetto preposto anche nel caso in cui fosse un soggetto libero. – 2.2. Fondamento della responsabilità sancita dall'*actio institoria* ed *exercitio negotiationis*. *Praepositio* quale atto di legittimazione esterna idoneo ad identificare non i singoli atti ma l'attività che il preposto deve svolgere nel suo complesso, e che, pertanto, legittima il preposto a compiere, nell'ambito dell'attività da essa designata, qualsiasi atto ad essa pertinente, tranne ciò che fosse stato espressamente proibito. – 2.3. Tipicità della *praepositio* in ordine alla tipologia dell'attività esercitata e alle modalità stesse di svolgimento. – III. *PROCURATOR*: ORIGINE, FUNZIONE, POTERI. – 3.1. Contesto economico-giuridico in cui si sviluppa originariamente la figura del *procurator* (Varr., *libri r.r.* 3.6.3; Colum., *libri r.r.* 1.6.7; 1.6.23; 9.9.2; Pallad., *libri r.r.* 1.36). La menzione del *procurator* nelle leggi repubblicane e negli editti dei magistrati giurisdicenti. – 3.2. Cic., *pro Caec.* 20.57 e il *procurator 'paene dominus'*. – 3.3. La figura del *procurator* nelle fonti giurisprudenziali classiche. Sopravvivenza della prospettiva potestativa nella figura del *procurator quasi dominus*. Emersione e consolidamento della prospettiva dell'*officium* nella figura del *procurator ad litem*. – 3.4. *Procurator* e mandato: una vicenda complessa e tormentata, che si determina e sviluppa all'insegna dell'accentuazione della prospettiva dell'*officium*, ma anche della consensualità e della libertà contrattuale. – IV. *PROCURATOR* ED *INSTITOR*: TIPICITÀ SOCIALE E GIURIDICA DELLE DUE FIGURE. TIPICITÀ COME STRUMENTO DI CERTEZZA DEL DIRITTO. – 4.1 Brevi considerazioni di natura storica sulla caratterizzazione sociale e giuridica del *procurator* e dell'*institor*, e dei relativi settori d'attività. – 4.2. D. 14.3.5.10: netta differenziazione della disciplina del *procurator* e dell'*institor* anche in ordine alla responsabilità del preponente per gli atti illeciti dei sottoposti. – 4.3. Quadro riassuntivo della plura-

lità dei presupposti tecnico-giuridici necessari per la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae*. – 4.3. a) D. 14.3.19pr.: l'*actio ad exemplum institoriae* e la *praepositio procuratoria*. Azione dei terzi contro il preponente per i negozi conclusi dal *procurator praepositus*. – 4.3. b) D. 3.5.30(31); D. 17.1.5.10: mandato conferito al *procurator*, al *libertus* o all'*amicus*, come situazione idonea ad ingenerare l'affidamento dei terzi, e pertanto, meritevole di tutela a prescindere dall'esistenza di una *praepositio* in senso tecnico. 4.3. c) D. 19.1.13.25: *procurator*, *actio ad exemplum institoriae* e azione diretta del *dominus* contro i terzi per gli atti negoziali conclusi dallo stesso *procurator*. – 4.4. D. 46.5.5: ulteriori testimonianze relative ai profili concreti di assimilazione della figura dell'*institor* e del *procurator* in ordine alla concessione al preponente di un'azione diretta contro i terzi che hanno negoziato con il preposto. – 4.5. Brevi considerazioni conclusive.

I. 1.1. Il presente lavoro¹ prende spunto dall'intento di rileggere alcuni interessanti responsi che pongono in relazione le figure del *procurator* e dell'*institor*, ora per distinguerle nettamente², ora per assimilarne il relativo regime giuridico³.

Gran parte di essi sono stati più volte considerati dalla dottrina romanistica con riguardo a diverse problematiche. Noi vorremmo riesaminarli – anche alla luce dei più recenti studi in tema di diritto commerciale romano, di *a.a.q.*, e di rappresentanza⁴ – nella convinzione che risultino particolar-

¹ Vorremmo dedicare il nostro contributo al prof. Bernardo Albanese, visto che ragioni di carattere personale e lavorativo ci hanno impedito di pubblicarlo nel volume degli annali a lui dedicati (*AUPA*, XLVIII, 2003, II). La sua dedizione, la sua abnegazione di lavoro ed il suo inesauribile entusiasmo costituiscono per tutti noi che ci fregiamo di essere direttamente o indirettamente suoi alunni, un silenzioso e impareggiabile esempio di vita e di lavoro. L'articolo, inoltre, tratta anche di un argomento a cui il prof. Albanese ha dedicato alcune significative pagine, che rappresentano ancora oggi un punto di riferimento certo sul tema. Ci riferiamo agli articoli dal titolo *La struttura della manumissio inter amicos*, in *AUPA*, 29 (1962) 151, ora in *Scritti Giuridici*, I, 215 ss.; ID., *L'amicitia nel diritto privato romano*, in *Ius* 14 (1963) 131 ss., ora in *Scritti Giuridici* I 311, a cui va attribuito l'indiscusso merito di aver posto in evidenza l'intrinseca 'giuridicità' di uno dei valori fondamentali su cui si imperniava l'esperienza sociale romana: l'*amicitia*.

² D. 14.3.5.10.

³ D. 3.5.30(31); D. 14.3.19pr.; D. 19.1.13.25; D. 17.1.5.10; D. 46.5.5.

⁴ DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica* (Milano 1984) 54 ss.; ID., "Filius", "servus", "libertus", *strumenti dell'imprenditore romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (Palermo 1992) 231 ss.; ID., *Il diritto commerciale romano. Una zona "d'ombra" nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-com-*

mente significativi per la comprensione dei regimi giuridici di entrambe le figure in questione, e che siano in grado di offrire un angolo visuale privilegiato anche per lo studio e l'approfondimento del concetto stesso di rappresentanza. La corretta interpretazione di questi brani, infatti, può avere riflessi che possono allargarsi ed investire anche questioni più generali relative alla rappresentanza nel mondo romano, ed estendersi poi a tematiche e questioni attinenti alla rappresentanza nell'esperienza giuridica attuale.

È stato detto, infatti, che l'istituto della rappresentanza è uno di quelli per i quali si verificherebbe una sorta di 'discontinuità' più evidente dal diritto romano⁵, per cause dipendenti da diversi fattori quali, ad esempio, quelli derivanti dalla particolare struttura della famiglia romana, o dal divieto generalizzante di acquistare *alieno nomine*⁶.

In realtà la materia è caratterizzata da alcune petizioni di principio e da alcuni equivoci che meritano dei chiarimenti. Spesso, infatti, è accaduto

parative dei commercialisti, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ric. in onore di Gallo*, III, (Napoli 1997) 413 ss.; ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IV siècle av. J.C.-IIIe siècle ap. J.C.)* (Rome 1987); ID., *Banking and Business in the Roman World* (Cambridge 1999); AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome (200 B.C. - A.D. 250)* (Columbia University 1991) 52 ss.; SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale* (Pisa 1989) 18 ss.; CHIUSI, *Landwirtschaftliche Tätigkeit und "actio institoria"*, in *ZSS* 108 (1991) 73 ss.; ID., *Contributo allo studio dell'editto "De tributaria actione"*, in *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, III, fasc. 4 (Roma 1993) 283 ss.; GALLO, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (Palermo 1992) 133 ss.; WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. Erster teil: Von der Reeder und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, in *ZSS* 111 (1994) 280 ss.; ID., *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettizie*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ric. in onore di Gallo*, II, 583 ss.; PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana* (Napoli 1991); MICELI, *Sulla struttura formale delle actiones adiecticiae qualitatis* (Torino 2001) 1-384; CERAMI-PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale* (Torino 2002) 1-310; PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane* (Torino 2002) 1-245; FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones, stabularios* (Torino 2002) 1-310; COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, I (Milano 2003).

⁵ CAPPELLINI, voce "Rappresentanza" (*Diritto intermedio*), in *Enciclopedia del dir.* XXXVIII (Milano 1987) 440.

⁶ Il principio è chiaramente attestato nelle fonti: Gai. 2.95; D. 45.1.38.17; D. 50.17.73.4; I. 2.9.5; I. 3.19.19; v. QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*), in *Enciclopedia del dir.*, XXXVIII (Milano 1987) 418; 426.

che l'interpretazione esegetica delle fonti romane è stata condizionata da impostazioni dogmatiche di stampo moderno – anche inconsapevolmente adottate – che hanno condotto, ad esempio, a ritenere che il fenomeno rappresentativo non si realizzasse compiutamente nell'esperienza romana, o che si realizzassero prevalentemente casi di rappresentanza 'indiretta'⁷.

E ciò vale sia in riferimento a prospettive di carattere generale, sia in ordine a problemi di carattere specifico. Basti pensare, infatti, a titolo esemplificativo, al rapporto intercorrente tra la figura generale della rappresentanza e quella del mandato, oppure a quello esistente tra le diverse figure di rappresentanza, o meglio di cooperazione rappresentativa⁸, che involge anche la complessa relazione esistente, a tal proposito, fra diritto civile e commerciale.

Inoltre, l'esigenza di approfondimento appare ancora più necessaria poiché l'istituto della 'rappresentanza', nell'ambito del vasto panorama dei concetti giuridici moderni, pur se costituisce uno dei principi cardine dell'intero sistema, e non solo nell'ambito privatistico, rimane tuttavia molto controverso nella sua stessa configurazione. È un istituto sul quale, nonostante i numerosi studi in materia, resta sempre aperto il contrasto, e vivo il dubbio su aspetti della stessa configurazione e della relativa disciplina.

Tale vaghezza andrebbe addebitata forse, secondo l'opinione comune⁹, ad una presunta giovinezza di un istituto, che solo di recente ha ricevuto una

⁷ L'impostazione tradizionale della scienza romanistica tende, infatti, a prospettare i fenomeni di sostituzione negoziale realizzati tramite intermediari non soggetti a *potestas* come 'eccezioni' ad una regola contraria. Pochi hanno tentato un'esame più dettagliato ed approfondito della questione, meno legato a condizionamenti teorici di stampo moderno; v. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni* (Milano 1979) 373 ss.; RICCIBONO, *Scritti di diritto Romano II. Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10.3.14 (Paul. 3 ad Plautium)* (Palermo 1964) 395; ORESTANO, voce *Rappresentanza (Diritto romano)*, in *NNDI. XIV* (1967) 795 ss.

⁸ *Infra*, nt. 106.

⁹ NATOLI, *La rappresentanza* (Milano 1977) 1 ss.; CAPPELLINI, voce *Rappresentanza*, cit., 437. Questa affermazione può condividersi solo se si fa coincidere la compiuta definizione di un concetto o di un istituto con l'esistenza di una specifica regolamentazione codicistica o normativa che lo riguardi. Accettando questa impostazione dovremmo allora sostenere che in Germania fino all'emanazione del codice civile (BGB) non fosse stato elaborato un compiuto concetto di rappresentanza, mentre sappiamo con certezza che lo stesso concetto in esso trasfuso, si ritrovava già in tutti i suoi elementi costitutivi nelle opere della dottrina tedesca del XIX sec.

compiuta sistemazione. Ma l'incertezza è dovuta, forse, a problematiche ben più complesse, che riguardano lo stesso inquadramento della figura in questione nell'ambito dell'ordinamento giuridico, frutto di condizionamenti teorici e dogmatici, dei quali spesso non si vuole riconoscere l'esistenza.

Eco e riflesso di tale incertezza è principalmente la disputa, tuttora aperta, sul fondamento stesso della rappresentanza; cioè se sia da considerare e disciplinare come un autonomo rapporto fondato sulla procura, o come solamente il necessario aspetto esterno del rapporto di gestione¹⁰; resta, soprattutto, da accertare se possa essere accettata la dottrina tradizionale che, all'interno dello schema unitario della rappresentanza, identifica due forme, nettamente distinte negli effetti e nella struttura, definibili come rappresentanza indiretta e diretta.

Bisogna avere coscienza infatti che, mantenendo a tal proposito l'impostazione tradizionale – accolta dalla dottrina prevalente – si produce l'effetto di determinare, in ordine alla rappresentanza, uno stato di incertezza che non consente di determinare con esattezza "...la posizione del soggetto, sul piano delle qualificazioni giuridiche, rispetto ai profili strutturali e funzionali del negozio giuridico¹¹".

L'errore sta nel "mancato approfondimento del fenomeno rappresentativo¹²". Mancato approfondimento che deriva dall'impostazione dogmatica di

¹⁰ FERRARA, *Gestione d'affari altrui e rappresentanza* (Milano 1962) 118 ss.; NATOLI, *La Rappresentanza*, cit., 39 ss.; PAPANTI-PELLETTIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa* (Milano 1984) 3 ss.; PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Studi sulla rappresentanza* (Milano 1965) 196; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* (Napoli 1966) 276 ss. Il legislatore ha, infatti, disciplinato autonomamente la rappresentanza nella sezione dedicata ai contratti in generale, ed il mandato tra i contratti speciali. La novità introdotta dal legislatore è stata accolta da parte della dottrina (PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, cit., 395 s.) come una necessaria e dovuta distinzione, idonea, forse, a portare chiarezza finalmente in tale tormentato settore. Purtroppo va constatato come l'innovazione in questione ha prodotto l'effetto esattamente contrario, in quanto, in base al nuovo assetto prospettato, la dottrina prevalente ha accentuato il principio della netta separazione, e quindi dell'indipendenza della procura dal rapporto di gestione. Il legislatore, invece, nel disciplinare la rappresentanza autonomamente dal mandato forse voleva solo sottolineare che la rappresentanza non è necessariamente collegata al contratto di mandato, ma può ricorrere in altri casi quali il contratto di agenzia (1753), di società (2266-2267-2318-2348-2465-2487-2535), di lavoro (2234).

¹¹ LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo XXXII (Milano 1984) 19 ss.

¹² LUMINOSO, *Mandato*, cit., 34 ss.

chi guarda al nostro codice attuale come punto di arrivo di un lungo processo evolutivo che troverebbe nell'assetto da esso recepito il suo apogeo¹³.

È un errore dei più comuni e fuorvianti. Basterebbe rendersi conto che quella del nostro codice è una scelta, più o meno consapevole, e, dunque, soltanto solo uno degli assetti possibili e configurabili della rappresentanza; non il migliore, né il più perfetto. E soprattutto è una scelta, anch'essa frutto di un lungo processo di fissazione, peraltro fortemente condizionato da esperienze precedenti.

Il problema richiede, allora, un ulteriore sforzo, forse ancora più radicale, un'impostazione diversa dello studio, volta a dare alla rappresentanza una configurazione che prescindere dalle costruzioni dogmatiche e dalle artificiose elaborazioni dottrinarie in materia.

Nella più recente storia dell'istituto si è assistito infatti, a nostro parere, ad un ingiustificato processo di "astrazione" del fenomeno. Ma in realtà, la considerazione autonoma, o la previsione di una disciplina apposita e specifica per la rappresentanza, è frutto di un processo logico, utile e forse anche necessario concettualmente, ma è pur sempre un'operazione teorica e concettuale¹⁴.

La rappresentanza è un fenomeno che attiene alla imputazione degli effetti giuridici, in virtù del quale gli effetti di un negozio possono prodursi in capo ad un soggetto diverso da quello che lo ha posto in essere. È dunque, come invece spesso si dimentica, un semplice meccanismo, un artificio giuridico escogitato e posto, pur sempre, a servizio di un concreto sistema di interessi. Un fenomeno, quindi, il cui studio e la cui regolamentazione concreta non può prescindere dal riferimento continuo e

¹³ Già BONFANTE, *Diritto romano* (Milano 1976) 300, aveva ironicamente messo in guardia da tale atteggiamento.

¹⁴ La considerazione autonoma ed astratta della rappresentanza è dovuta principalmente alla scuola tedesca del XIX sec., ed in particolare a SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III (Berlino 1840) 90-98, il quale, per la prima volta nella storia giuridica, fornisce alla rappresentanza una considerazione autonoma, soprattutto dal punto di vista sistematico, inserendola autonomamente nell'ambito delle dottrine generali, e abbandonando decisamente, secondo una tendenza che diventerà sempre più imperante, la configurazione della rappresentanza nel mondo romano, in cui essa era, invece, strettamente connessa col mandato, con la rappresentanza processuale, con le *azioni adiecticiae qualitatis*.

costante agli interessi delle parti in causa, e soprattutto al negozio sottostante, che è, e rimane indiscutibilmente, la fonte primaria della produzione di tali effetti, mentre la rappresentanza è solo il mezzo attraverso il quale si realizzano.

Ed in questa prospettiva, forse, possiamo parlare di rappresentanza, nel senso compiuto del termine, anche nel mondo romano.

Ci sembra, infatti, che i giuristi romani avessero profonda coscienza di questa circostanza, tanto è vero che non disciplinarono mai la 'rappresentanza' in via generale e astratta, ma di volta in volta gli 'effetti rappresentativi' che nascevano dai negozi conclusi dalle parti¹⁵. Ciò non significa, tuttavia, che non avessero consapevolezza di una certa *unitarietà* del fenomeno, ma la intendevano, però, unicamente in senso *concreto ed effettuale*, ponendo in raffronto analogico le fattispecie simili e non esitando, laddove fosse necessario, ad estendere e applicare soluzioni nate e sperimentate per l'una all'altra, qualora si determinassero le stesse necessità ed esigenze.

Ebbene, eco e riflesso di questa posizione concettuale sono proprio i brani di cui ci occuperemo in questo articolo.

1.2. Iniziamo, dunque, ad esaminare i principali frammenti che pongono un rapporto tra l'*institor* ed il *procurator*.

È noto, infatti, che ad un certo momento dell'evoluzione giuridica di Roma le figure dell'*institor* e del *procurator* vengono assimilate dai giuristi romani al fine di estendere al caso del *procurator praepositus* la disciplina prevista dai magistrati giurisdicenti per l'*institor*.

Lo strumento concreto utilizzato è la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae* o di un'*actio quasi institoria*, il giurista al quale si attribuisce l'innovazione è Papiniano.

Va detto subito che i brani che ci testimoniano la creazione di siffatte azioni sono particolarmente noti alla dottrina romanistica, e sono stati oggetto di animate dispute interpretative¹⁶. Infatti, in essi ricorrono casi di *praeposi-*

¹⁵ ALBANESE, *Atti negoziali nel diritto privato romano* (Palermo 1982) 327, infatti, in maniera significativa non dedica alcun capitolo alla rappresentanza, ma tratta del fenomeno in questione in un paragrafo intitolato 'Imputazione degli effetti negoziali'.

¹⁶ I brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae* sono D. 3.5.30(31); D. 14.3.19.pr; D. 19.1.13.25; D. 17.1.5.10. La bibliografia è vasta: COSTA, *Actio exercitoria ed institoria* (Parma 1891) 3 s.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi*

tio o *mandatum* conferiti ad un *procurator*, ad un *libertus* o ad un *amicus*, e viene concessa ai terzi, che hanno agito con tali soggetti nei limiti del mandato o della *praepositio*, un'*actio ad exemplum institoriae actionis* da esercitare direttamente contro il proponente o il mandante¹⁷.

I più recenti studi sull'argomento possono, per chiarezza espositiva, esser distinti in due principali orientamenti, che, comunque, al loro interno presentano varie ed interessanti articolazioni.

In particolare, per alcuni studiosi¹⁸, la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* – o meglio l'impossibilità di servirsi dell'*actio institoria* – sarebbe dovuta a motivazioni di carattere strettamente tecnico, ed in particolare all'impossibilità di ravvisare, nelle fattispecie in questione, l'esistenza di una valida *praepositio*.

Altri¹⁹, invece, hanno creduto di ritrovare una giustificazione plausibile in motivazioni di carattere sociale prima che giuridico, ritenendo dun-

dal tutore, in *BIDR* 23 (1911) 147 ss., ora in *Scritti di diritto romano* I (1955) 482 ss.; ID., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR* 25 (1912) 133 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I (1955) 567 ss. (da cui si cita); ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, in *Studi di Dir. Rom.*, IV (1912) 187-218; RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, in *Festschrift für Zitelmann* (Leipzig 1913) 269-293; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, in *Studi in on. di Bernardino Scorza* (Roma 1940) 143 s.; KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis*, in *Festschrift für Wenger*, II (München 1945) 73-101; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, in *Atti dell'Accademia Scienze di Torino* 84 (1949-50) 84 (che da ora si cita in estratto); ID., "*Actio ad exemplum institoriae*" e categorie sociali, in *Studi in mem. di Guido Donatuti*, I (Milano 1973) 207 ss., e in *BIDR*. 74 (1971) 61 ss. (da cui si cita); ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR*. 71 (1968) 230-248; ID., *Il procurator* (Milano 1971); LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, in *Studi Scherillo*, II (Milano 1972) 620 ss.; VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis" y sus relaciones básicas en derecho romano*, in *AHDE*. 37 (1967) 337 ss.; ID., *La capacidad de las personas "in potestate" en derecho romano*, in *Revista del Derecho Notarial* 57-58 (1967) 99 ss.; ID., *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias*, in *AHDE*. 38 (1968) 377 ss.; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) 159 ss.; ID., *Atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 350 nt. 403; HAMZA, *Zur frage der gewillkürten Stellvertretung in klassischen römischen Recht*, in *Ann. Scient. Budap. Sectio Juridica*, 21 (1979) 19 ss.; ID., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *INDEX* 9 (1980) 193 ss.; BENKE, *Zur Papinians actio ad exemplum institoriae actionis*, in *ZSS*. 105 (1988) 592 ss.

¹⁷ *Infra*, § 4.3; 4.4; 4.5.

¹⁸ BURDESE, *Actio ad exemplum*, cit., 14 s.; KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 73 s.; COSTA, *Actio exercitoria ed institoria*, cit., 39 s.

¹⁹ RABEL, *Ein Ruhmesblatt*, cit., 275 s.; ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 233.

que che l'*actio institoria* diretta non potesse essere utilizzata per l'impossibilità di assimilare le figure dell'*institor* e del *procurator*. Secondo costoro, infatti, la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* non sarebbe dovuta al fatto che l'attività da tutelare non rientrasse tra quelle commerciali in senso stretto, e quindi nel concetto tecnico di *praepositio*, ma principalmente alla diversità delle posizioni sociali del *procurator* e dell'*institor*.

È certo comunque, al di là delle diverse posizioni dottrinali, che lo studio dell'*actio quasi institoria* presuppone, oltre ad una conoscenza approfondita degli istituti esclusivamente attinenti alla sfera delle attività commerciali – quali, ad esempio, quelli di *praepositio*, *negotiatio* o *taberna instructa* – anche l'esame di ben altre problematiche, sulle quali, purtroppo ancora oggi, vige uno stato di estrema incertezza. Ci riferiamo, in particolare, a quella che riguardano la figura del *procurator*²⁰ e la sua evoluzione, soprattutto in riferimento all'opportunità di apprestare tutela a situazioni che, sebbene non rientrassero nell'ambito specifico della *praepositio institoria*, presentavano comunque degli elementi di affinità con la stessa, ed avessero ingenerato affidamento presso i terzi.

Per affrontare l'argomento bisogna, dunque, trattare preliminarmente il problema relativo all'origine stessa del *procurator*, alle sue funzioni di sostituzione e rappresentanza, in relazione, soprattutto, al processo di avvicinamento-identificazione col mandato. Problemi ai quali, purtroppo nel corso di questo limitato contributo, non possiamo dedicare una trattazione esaustiva e completa.

Nel corso dell'indagine cercheremo, comunque, di affrontare tutti i profili individuati, non solo separatamente e partitamente, ma cercando di cogliere, ove possibile, le reciproche implicazioni. Infatti, anche se il presente lavoro non ambisce a trattarli nella loro interezza, ma soltanto in relazione alle problematiche sollevate dai brani in cui si prospetta il rapporto tra *institor* e *procurator*, ciò non significa che non possa contribuire a gettare luce anche su altri, più generali aspetti dei regimi giuridici.

1.2. Quelli descritti non sono, tuttavia, i soli brani che pongono una relazione diretta tra *procurator* e *institor*, ma ve ne sono almeno altri due che vorremmo tenere presenti nel nostro lavoro. Il primo (D. 14.3.5.10), è un brano di Ulpiano, fortemente discusso, in cui la disciplina dei due istituti viene espressamente distinta, l'altro (D. 46.5.5), invece, è un responso di

²⁰ Per ragguagli bibliografici v. *infra*, nt. 113.

Paolo in cui le due figure vengono poste a confronto per estendere la disciplina prevista per l'una all'altra, solo che questa volta l'operazione è inversa rispetto a quella compiuta tramite l'*actio ad exemplum institoriae*, poiché è la soluzione creata per il *procurator* ad essere estesa al caso dell'*institor*.

Ebbene, a tal proposito va detto che già la dottrina più antica²¹ aveva posto l'attenzione su questo brano apparentemente poco rilevante nell'ambito della disciplina dell'*actio institoria*, ma carico di pregnanti significati per l'identificazione delle figure del *procurator* e dell'*institor*:

D. 14.3.5.10 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non istitoria, sed ex locato tenebitur.*

Il *fullo*, partendo per un viaggio, ha lasciato un soggetto a sovrintendere ai *discipuli*, ai quali '*tabernam instructam tradiderat*'. Così, se dopo la partenza, uno di questi abbia ricevuto delle vesti e le abbia trafugate, il *fullo*, secondo Ulpiano, non è tenuto se il soggetto *relictus* era stato designato come *procurator*, è tenuto, invece, se era stato nominato *institor*. Se, invece, il *fullo* aveva assicurato al cliente che i suoi operai erano fidati, sarà tenuto con l'azione *ex locato*, e non con l'*actio institoria*.

Il testo costituisce uno dei luoghi del Digesto più tormentati dalla dottrina romanistica. E così, mentre alcuni lo hanno ritenuto del tutto inattendibile²², altri²³, invece, lo hanno giudicato – in maniera diametralmente opposta – integralmente autentico, anzi come una delle prove più evidenti del fatto che l'*actio quasi institoria* non può essere classica. Rappresenterebbe, infatti, testimonianza dell'antitesi, ancora esistente in età classica, tra *institor* e *procurator*, tale che, anche qualora l'attività svolta dai due soggetti fosse

²¹ SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, in *SDHI.* 9 (1943) 104 ss., il quale, pur essendo estremamente critico sulla redazione formale, ma anche sul contenuto del brano, tuttavia, vi aveva dedicato un autonomo contributo.

²² SOLAZZI, *Procurator ed institor*, cit., 104 ss.; v. *infra*, § 4.2.

²³ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 200; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 176 ss.

identica, non sarebbe stata possibile un'equiparazione dei relativi regimi giuridici, con inevitabili riflessi sulla riferibilità a Papiniano della creazione delle azioni *ad exemplum institoriae*.

Per altri²⁴, ancora, la soluzione prospettata nel brano sarebbe genuina, e rappresenterebbe anzi una delle dimostrazioni più evidenti del fatto che il *procurator* era un soggetto dotato, a differenza dell'*institor*, solo di poteri tecnici e non prettamente giuridici.

Esamineremo da vicino la questione, nella convinzione tuttavia che l'assimilazione – in alcuni casi e sotto determinati profili – delle due figure, non significa di per sé che si sia giunti, anche in età classica avanzata, ad una totale equiparazione delle relative discipline. Bisogna rendersi conto, allora, prima di dare una compiuta interpretazione del brano, del carattere stesso dell'assimilazione prospettata in alcuni casi dai giuristi romani.

1.3. Infatti, come preannunciavamo nel paragrafo precedente, e come vedremo meglio in seguito²⁵, vi è un altro brano in cui – diversamente da quelli riguardanti l'*actio ad exemplum institoriae* – è la figura dell'*institor* ad essere assimilata a quella del *procurator* per estendere al primo il regime processuale già predisposto 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 con una certa decisione che in tutti i casi di stipulazioni pretorie va osservata la regola in base alla quale, la *stipulatio* conclusa dal *procurator* determina la concessione '*causa cognita*' dell'azione al suo *dominus negotii*. La stessa regola 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* abbia consentito la disposizione di beni di sua proprietà. Il pretore, infatti, deve intervenire in suo soccorso.

²⁴ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 85; v. *infra*, § 4.2.

²⁵ *Infra*, § 4.4.

Ebbene, a nostro parere, il brano²⁶, generalmente trascurato dalla dottrina, è, invece, determinante per un esame completo del fenomeno studiato. Infatti, il confronto tra esso e quelli relativi all'*actio quasi institoria* può fornire utili indicazioni circa l'origine e il regime degli istituti coinvolti.

Infatti, come preciseremo meglio successivamente²⁷, è molto improbabile credere che la diversità della natura giuridica e della disciplina applicabile dipendano da differenti posizioni sociali assunte dall'*institor* e dal *procurator*, o dalla mancanza di tecnicità dei poteri dell'uno rispetto all'altro.

Ci sembra, invece, che si tratti di due figure dotate entrambe di poteri tecnico-giuridici. La differenza può dipendere, semmai, da origini storiche differenti²⁸, che hanno influenzato profondamente la configurazione originaria ma anche l'assetto maturo delle loro rispettive discipline giuridiche, determinando notevoli diversità, che permarranno, inoltre, anche dopo l'assimilazione di alcuni aspetti dei relativi regimi processuali. L'assimilazione, infatti, 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 contro i terzi.

Si tratta di due esigenze diametralmente opposte, sorte, ciascuna, in relazione ad una delle due figure considerate, e che, pertanto, comportarono inizialmente la creazione di soluzioni specifiche, le quali, tuttavia, in seguito vennero applicate estensivamente all'altra, quando l'evoluzione degli istituti condusse alla omologazione delle esigenze descritte.

Procederemo, dunque, ad esaminare la natura e le peculiarità dei due istituti nelle loro caratteristiche fondamentali, con particolare riguardo alla loro metrica originaria, all'ambito specifico di svolgimento della loro attività, ai poteri e alle principali funzioni ad essi affidati, per poi metterli a confronto e comprendere così le ragioni per cui i giuristi romani, pur avendo precisa coscienza della loro diversità, sotto determinati aspetti vollero equiparare i relativi regimi giuridici.

²⁶ Se ne sono occupati, tuttavia, RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., 395; PLESCIA, *The development of agency in roman law*, in *Labeo* 30 (1984) 171 ss.; KASER, *Das Römische*, cit., 263 ed autori ivi citati nt. 29.

²⁷ *Infra*, § 4.4.

²⁸ *Infra*, § 2.1; 3.1.

II. 2.1. *L'institor*, in età classica, è un soggetto *praepositus*, schiavo, *filii familias* o libero, a cui è affidato parzialmente o totalmente lo svolgimento di un'attività commerciale terrestre, della quale risponderà tramite l'*actio institoria* il proponente, cioè colui che è titolare dell'attività in questione e che ha deciso di affidarla parzialmente o totalmente al preposto.

L'azione in questione è una delle c.d. azioni adiectizie, o meglio, delle *actiones adiecticiae qualitatis*²⁹, create nell'ambito del *ius honorarium* dall'attività dei magistrati giurisdicenti, e così dette perché la responsabilità da esse sancita si sarebbe aggiunta a quella prevista dalle azioni ordinarie.

Va detto tuttavia che l'assetto descritto è frutto di una complessa stratificazione ed intersezione di principi civilistici risalenti, e di nuove e più recenti istanze, recepite e fatte proprie dai magistrati giurisdicenti nello svolgimento della loro complessa funzione di interpreti dell'*aequitas*. Infatti, il regime giuridico dell'*institor* trova certamente il suo fondamento originario nella particolare struttura potestativa della famiglia romana, ma riceve la sua compiuta e sistematica definizione solo tramite l'editto pretorio. Questa 'ibrida natura' è la ragione che rende più ardua la comprensione dell'istituto, ma al contempo è quella che gli assicurerà una maggiore coerenza sistematica e una più durevole realizzazione.

Non siamo, infatti, in grado di stabilire con certezza se gli *institores* fossero originariamente solo schiavi o *filii familias*, come è più probabile credere³⁰, ma non vi è dubbio che il caso più ricorrente nelle fonti è proprio

²⁹ A nostro parere, è preferibile, infatti, adottare la terminologia *actiones adiecticiae qualitatis*, in quanto – anche se non direttamente ascrivibile all'esperienza romana – meglio si attaglia al fenomeno considerato. Essa, infatti, non implica un generico riferimento ad un eventuale 'responsabilità aggiunta' del proponente, quanto piuttosto ad una responsabilità che consegue ad una particolare '*qualitas*' rivestita dal soggetto chiamato in giudizio; vd. in proposito CERAMI, *Dal contrahere al negotiari*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparativa, Roma 13-16 Settembre 1999* (Torino 2001) 171 nt. 6; MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 208, nt. 47.

³⁰ Allo stato attuale delle nostre conoscenze testuali non siamo in grado di accertarlo con assoluta certezza. La dottrina più recente, tuttavia, ha fatto proprio questo indirizzo; in particolare v. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 37 nt. 12, e dottrina ivi citata. Si veda anche quanto diremo in seguito a proposito dell'esegesi di D. 14.3.1 e D. 46.5.5 (*infra*, § 4.4). La dottrina più antica era, invece, di contrario avviso; cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., 264; KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis*, cit., 73-10; VA-

quello di *institores* schiavi o soggetti *alieni iuris* facenti parte della *familia* del preponente. E, così, certamente la configurazione originaria dell'istituto è stata influenzata dalla regola, apparentemente contraddittoria, ma certamente funzionale alle logiche dell'economia familiare, che prevedeva l'automatico acquisto per il *pater familias* o *dominus* di tutti i diritti derivanti dai negozi conclusi dai propri sottoposti, mentre non consentiva parimenti che quest'ultimi con la loro attività negoziale potessero obbligare i rispettivi aventi potestà³¹.

Sappiamo, però, che, ad un certo punto dell'evoluzione storica romana³², questa situazione venne ritenuta contraria all'*ae-*

LIÑO, *Las acciones adiecticiae qualitatis*, cit., 339-436. Infatti, si ipotizzava che la formula dell'*actio institoria* non assegnasse all'*institor* la qualità di schiavo e, di conseguenza, nel caso in cui lo era, sarebbe stato necessario inserire nella formula la *fictio 'si liber esset'*. Così, si riteneva che nel caso di *praepositio* conferita ad uno schiavo, l'*actio institoria* avesse sempre una natura fittizia. Poco importava, a parere di Lenel, che tale azione fittizia fosse o meno prevista nell'albo pretorio, accanto alla formula diretta.

In realtà, noi abbiamo cercato di dimostrare che è molto improbabile credere che nel caso dello schiavo *praepositus* fosse necessaria una *fictio* di tal genere; cfr. MICELI, '*Fictio libertatis: rilevanza dei 'debita servorum' all'interno della struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*', in *AUPA*. 45.2 (1998) 323-361', su cui *infra*, nt. 51. Infatti, anche se è possibile credere che nella formula dell'*actio institoria* originaria non si facesse riferimento all'eventuale qualità di schiavo dell'*institor*, è difficile accettare la conclusione che tutte le azioni in cui l'*institor* era un soggetto a potestà fossero *ficticiae*, e che siano stati i compilatori – come ritiene Lenel – a sopprimere successivamente, in quasi tutti i brani, la menzione del carattere fittizio dell'azione, lasciandola peraltro solo in alcuni casi sporadici. È molto probabile, invece, ritenere che tali azioni furono introdotte quando gli *institores* erano sempre e comunque *servi* o *filii familiae*, mentre solo in un momento successivo si affermò la prassi che fossero anche soggetti liberi. In ogni caso la condizione soggettiva del preposto, schiavo o libero, non era destinata a rivestire alcun ruolo specifico all'interno della formula, visto che – come abbiamo sostenuto in altro lavoro – è molto probabile che tramite le *a.a.q.* non si sanzionasse l'obbligazione che faceva capo al servo o al preposto *institor*, ma direttamente quella del preponente; v. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 25 ss.; v. *infra*, nt. 42 ss.

³¹ D. 50.17.133 (Gai 8 ad ed. prov.): *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*.

³² La dottrina romanistica, quasi concordemente, ritiene che la creazione delle *a.a.q.* debba riportarsi al II sec. a.C.; cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 605 ss.; ALBANESE, *Le persone*, cit., 160-161; TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 61 nt. 441. Solo VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis"*, cit., 344 ss., si discosta da tale indirizzo, spostando in avanti la data di creazione delle stesse, ritenendo che debba essere collocata tra la fine del II sec. e gli inizi del primo.

quitas dai pretori i quali, considerando appunto iniquo che il *pater* o il *dominus* potessero solo derivare un arricchimento dall'attività dei loro sottoposti, ritennero giusto che fossero chiamati a rispondere anche delle obbligazioni assunte dagli stessi soggetti.

Il principio non fu però riconosciuto nella sua portata ampia e generale, come per gli acquisti, ma limitatamente ad alcune attività e a determinate modalità di svolgimento delle stesse.

Così, va posto in evidenza che, sebbene le *a.a.q.* trovassero, al pari delle azioni nossali e delle *actiones familiae nomine*³³, il loro fondamento nella struttura potestativa della famiglia romana – e di conseguenza il preponente rispondeva principalmente per il fatto di essere *dominus* o *pater* di colui che aveva posto in essere l'attività commerciale – tuttavia, fin dall'inizio presupponevano anche una *necessaria connotazione oggettiva*, che ne caratterizzava la natura, e che riguardava l'*attività* concretamente svolta dal soggetto preposto e le *modalità di svolgimento* della stessa. Una connotazione oggettiva, che è già ben identificata negli editti pretori³⁴, e che diventa sempre più prevalente rispetto a quella originaria, secondo un criterio evolutivo fondamentale per cui il preponente viene chiamato a rispondere dell'attività dei suoi preposti, prima principalmente come vertice potestativo della famiglia e, successivamente, soprattutto in quanto vertice dell'attività svolta in maniera continuativa ed organizzata³⁵.

Quanto detto trova dimostrazione nel fatto che il regime delle *a.a.q.*, predisposto dai magistrati giurisdicenti, non subisce alcuna alterazione dall'inserimento in qualità di *institor* o *magister* di un soggetto libero o di uno schiavo altrui.

Infatti, il regime delle *actiones exercitoria* ed *institoria* è strutturato in maniera tale da non lasciare dubbi in proposito. L'intervento è unicamente quello di perseguire il titolare dell'attività commerciale, e non il soggetto che pone in essere l'attività negoziale ad essa strumentale.

Tutte le fonti da noi conosciute ci restituiscono e commentano delle disposizioni edittali in materia che riguardano unicamente la responsabilità

³³ Sul confronto tra il regime delle *a.a.q.*, delle azioni nossali e delle *actiones familiae nomine* v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 48 ss.

³⁴ *Infra*, § 2.2.

³⁵ In particolare v. SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 7-10 ottobre 1993 (Torino 1995) 71.

dell'*exercitoria* proponente, o semmai, qualora le due figure non coincidessero, quella del titolare dell'attività economica esercitata³⁶.

La responsabilità del preposto, *magister* o *institor*, invece, non sembra che sia stata mai oggetto di intervento diretto da parte dei magistrati giurisdicenti. Infatti, anche quei casi in cui viene espressamente prevista la possibilità di agire contro il preposto³⁷ – che sarebbero poi quelli in cui si realizzerebbe la vera e propria 'responsabilità adiettizia'³⁸ – non sembrano derivare direttamente da disposizioni magistratuali.

Inoltre, i casi in questione sono ricordati soltanto in tre frammenti giurisprudenziali (D. 14.1.1.17; D. 14.1.5.1; D. 14.1.1.24), riguardano solo l'*actio exercitoria*, e molto probabilmente sono stati oggetto di un'interpretazione 'generalizzante' che ha attribuito loro una portata ed un valore che originariamente non rivestivano.

La loro stessa formulazione, infatti, rinvia alla soluzione di casi estremamente particolari³⁹ e non alla predisposizione di principi di carattere generale.

³⁶ D. 14.1.1.19; vd. *infra*, nt. 39.

³⁷ Si tratta di frammenti contenuti tutti nel titolo del Digesto relativo all'*actio exercitoria* (D. 14.1); cfr. *infra*, nt. 39.

³⁸ *Supra*, nt. 29.

³⁹ Secondo la ricostruzione da noi fatta in altra sede (v. MICELI, *Sulla struttura formular*, cit., 208 s.), non ci sembra un caso che i tre frammenti citati, in qualche modo, si riferiscano tutti all'*exercitor* soggetto a potestà. Tutti e tre i brani, infatti, si collegano direttamente o indirettamente ad ipotesi in cui l'*exercitor*, e dunque il preponente, era un *alieni iuris*. In questi casi la regola generale – forse contemplata nello stesso editto pretorio – prevedeva che l'*actio exercitoria* fosse proposta contro colui che esercitava la potestà sull'*exercitor*: D. 14.1.1.19 (Ulp. 28 ad ed.): *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur*; in proposito v. PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 311; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 228 ss.; FÖLDI, *La responsabilità dell'aveute potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in *SDHI* 64 (1998) 183.

Tuttavia, in alcuni casi, in cui la possibilità di convenire colui che esercitava la *potestas* sull'*exercitor* era esclusa o risultava poco opportuna, i giuristi in maniera residuale suggerirono di optare per una diversa soluzione, consigliando di proporre azione contro lo stesso preposto, qualora fosse un soggetto libero. Ebbene, a noi sembra, che solo in questi casi eccezionali (D. 14.1.1.17; D. 14.1.5.1; D. 14.1.1.24), e che quindi solo in forma residuale, sia stata proposta dai giuristi romani la possibilità di convenire il *magister*.

Ed in tal senso lo stesso brano, in base al quale è stata coniata l'espressione 'azioni adiettizie', risulta particolarmente esplicito: D. 14.1.5.1 (Paul. 29 ad ed.): *Item si*

Inoltre, si esplicita chiaramente che l'azione adiettizia esercitabile contro i preponenti *'non transfertur sed adicitur'* a quella esperibile nei confronti dei loro preposti⁴⁰. Due azioni, dunque, a sanzione di due distinte obbligazioni⁴¹. Con l'avvertenza, tuttavia, che la responsabilità del preposto, qualora sia soggetto libero, non deriva dagli editti pretori in tema di *actiones*

servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstat, quo minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit: nam et cuius alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit: hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur. In realtà, il caso in esso contemplato è del tutto particolare in quanto riguarda un'*exercitori alieni iuris*, ed un'operazione negoziale conclusa dal *magister*, da lui preposto, con il suo stesso *dominus*.

Di conseguenza, il soggetto che ha concluso un atto negoziale col *magister* del suo schiavo *exercitor*, non può esperire l'azione contro l'*exercitor* stesso in quanto schiavo, né può avvalersi del rimedio espressamente previsto per il caso dell'*exercitor* in potestà (D. 14.1.1.19), altrimenti dovrebbe proporre azione contro se stesso (*"Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur"*). Di conseguenza l'unica soluzione possibile – suggerita probabilmente da Paolo – è quella di chiamare in giudizio il *magister*, il quale – nel caso specifico – era soggetto libero e capace.

Simili considerazioni valgono anche per i responsi contenuti in D. 14.1.1.17 e D. 14.1.1.24, nei quali, in realtà, non si accenna espressamente ad *exercitores alieni iuris*. Non è un caso, tuttavia, che entrambe seguano immediatamente ad altri responsi in cui si tratta proprio di fattispecie relative ad *exercitore alieni iuris*. A tal proposito cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 208 ss.

D'altronde, da un punto di vista strettamente pratico e concreto, va riconosciuto che ai terzi interessava chiamare in giudizio il titolare dell'attività, al quale dovevano fare capo ingenti risorse economiche, e non il preposto, che, invece, di solito non poteva contare su rilevanti risorse proprie.

⁴⁰ D. 14.1.5.1 (Paul. 29 *ad ed.*); *supra*, nt. 39.

⁴¹ Va detto, tuttavia, il regime della preclusione processuale e del concorso d'azioni, già di per sé caratterizzato da una certa complessità (vd. in proposito NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche Sez. Civile*, III (Torino 1988) 253 ss.), costituisce proprio il terreno sul quale si sono aperte alcune delle più aspre dispute in relazione alla struttura processuale delle *a.a.q.* Non a caso il lavoro di KELLER, *Über Litis Contestation und Urteil nach classischem Römischem Recht* (Zürich 1827) 420 s., che ha prospettato la prima controversa ricostruzione formulare delle *a.a.q.*, era un lavoro sulla preclusione processuale; cfr. anche DIETZEL, *Über die processualische Consumption bei den actiones adiecticiae qualitatis*, in *Jahrb. des gem. Rechts*, II, 415 ss.; LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I (Berlin 1918) 151 s.

exercitoria ed *institoria*, ma dalle normali regole contrattuali in virtù delle quali un soggetto libero e pienamente capace, che ha concluso un atto negoziale, è convenibile per l'adempimento dello stesso. Gli editti in questione, infatti non prevedono una convenibilità alternativa tra il preposto e il preponente, ma un'unica responsabilità, quella del preponente.

A conferma di quanto rilevato, possiamo osservare, inoltre, che – a differenza di quanto accade per il *magister* – nelle fonti da noi conosciute non vi è un brano, uno soltanto in cui si menziona una responsabilità diretta dell'*institor*, o un'azione direttamente rivolta contro di lui per gli atti negoziali conclusi nell'ambito della *praepositio*⁴².

Anzi vi è di più. Gli stessi giuristi che ammettono l'azione contro il *magister*, non esitano a riaffermare – anche in relazione a soggetti liberi preposti, ed ancora in piena età tardo classica – il principio fondamentale che sta alla base del regime delle *a.a.q.*: non interessa, infatti, quale sia la condizione personale del soggetto preposto, anche qualora sia un soggetto libero, poiché, secondo le regole dell'editto, '*sibi imputaturo qui praeposuit*'. Dunque, gli atti conclusi dal *magister* nell'ambito della *praepositio* sono destinati a produrre effetto unicamente nella sfera giuridica di chi li ha preposti:

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

Ebbene, questa precisazione assume, a nostro modo di vedere, un'importanza decisiva, poiché non vi è dubbio che – qualora il preposto fosse un soggetto libero – questi potrebbe essere convenuto per adempiere le obbligazioni assunte. Eppure, Ulpiano non ha dubbi nell'affermare l'assoluta irrilevanza dello stato giuridico-patrimoniale del *magister* e, d'altronde, non esita a ribadirla anche a proposito dell'*institor* e dell'applicazione dell'*actio institoria*:

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

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

⁴² Cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 216 nt. 61-62-63.

Nelle fonti, inoltre, vi è un dato che è testimoniato con particolare evidenza ed estrema chiarezza: l'*obligatio* che si sanziona tramite le *a.a.q.* è quella che grava direttamente sul *pater*, sul *dominus* o sul preponente.

Riprendendo, infatti, alcune considerazioni svolte in lavori precedenti per confermarle, ed arricchirle di nuove valutazioni, anche in virtù del confronto con i nuovi brani che ci accingiamo ad esaminare, ricordiamo che abbiamo riscontrato, infatti, almeno dieci responsi, in cui si legge espressamente che nei casi rientranti nell'ambito di applicazione delle *a.q.q.*, ad essere obbligato è proprio *dominus o pater*, o comunque il soggetto a vantaggio del quale si producono gli effetti del negozio concluso (preponente)⁴³.

⁴³D. 14.1.1.3 (Ulp. 28 ad ed.): *Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisve emendis: sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine OBLIGAT EXERCITOREM*; D. 14.1.1.4 (Ulp. 28 ad ed.): *Cuius autem condicionis sit magister, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, SIBI IMPUTATURO QUI PRAEPOSUIT*; D. 14.3.1 (Ulp. 28 ad ed.): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam OBLIGARI NOS ex contractibus ipsorum et conveniri...*; D. 14.3.5.11 (Ulp. 28 ad ed.): *Non tamen omne, quod cum institore geritur, OBLIGAT EUM QUI PRAEPOSUIT, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit*; D. 14.4.1.2 (Ulp. 29 ad ed.): *Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, DOMINUM TRIBUTORIA OBLIGAT, ita demum si sciente eo negotiabitur*; D. 15.1.3.3 (Ulp. 29 ad ed.): *Pedius etiam impuberes DOMINOS DE PECULIO OBLIGARI ait: non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes...*; D. 15.1.3.5 (Ulp. 29 ad ed.): *Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. Et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, NON OBLIGABITUR DOMINUS DE PECULIO*; D. 15.1.3.6 (Ulp. 29 ad ed.): *Iulianus quoque libro duodecimo digestorum scribit, si servus mandaverit, ut creditori meo solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, ESSE OBLIGATUM DOMINUM DE PECULIO: quod si intercessoris officio functus sit, NON OBLIGARI DOMINUM DE PECULIO*; D. 15.1.3.9 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed si filius fideiussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio PATREM OBLIGAT, quaeritur. Et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper OBLIGARI PATREM DE PECULIO et distare in hoc a servo*; D. 15.1.5.1 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed et si precario res filio familias vel servo data sit, dumtaxat de PECULIO PATER DOMINUSVE OBLIGANTUR*; D. 15.3.3.5 (Ulp. 29 ad ed.): *Idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei adquisitum est: quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis. Ex qua causa hactenus ERIT DOMINUS OBLIGATUS, ut, si non putat sibi expedit nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat.*

Si potrebbe obiettare che i brani considerati sono di piena o tarda età classica, e quindi attribuibili ad un momento storico alquanto lontano da quello relativo al regime originario delle *a.a.q.* Tuttavia, va detto che dall'esame completo delle testimonianze riferibili alle azioni in questione, direttamente o indirettamente, si perviene alla stessa conclusione⁴⁴.

Ed, in effetti – come già precisato altrove⁴⁵ – le principali testimonianze in nostro possesso riguardano fonti di tarda età classica. Tuttavia, esse rivestono – forse proprio per questa circostanza – un notevole interesse, in quanto ci permettono di conoscere un sistema in cui si è già affermato il concetto di *obligatio naturalis* per i servi, e i *filii familias*, probabilmente, hanno già assunto la capacità di obbligarsi⁴⁶.

Di conseguenza, siamo in grado di comprendere ancora meglio di prima che tramite le *a.a.q.* si sanziona la responsabilità del proponente, *dominus* o *pater*, e con quella del preposto, *servus* o *filius*. Infatti, la circostanza che questi ultimi soggetti possano obbligarsi, e, di conseguenza, possano essere convenuti in giudizio per l'adempimento dei vincoli obbligatori assunti, impone ai giuristi di precisare, con maggiore chiarezza rispetto al passato, che tramite le *actiones exercitoria* ed *institoria* non sono le loro *obligationes* ad essere sanzionate, quanto piuttosto quelle facenti capo ai loro *domini*, *pateres* o prepotenti.

Così, nonostante ai *filii familias* ed ai servi sia stata riconosciuta una più o meno limitata capacità di obbligarsi, e nonostante si sia fatto ricorso anche un'ampia utilizzazione di soggetti liberi in qualità di *magistri* o *institores*, rimane ferma, anzi viene

⁴⁴ In proposito v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 186-320.

⁴⁵ MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 187.

⁴⁶ La dottrina prevalente riferisce a Giavoleno la prima menzione esplicita dell'*o.n.*; cfr. tra tutti TALAMANCA, voce '*Obbligazioni*', cit., 61 nt. 431; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 31 ss.; ID., *Dubbi in tema di naturalis obligatio*, in St. Scherillo II, (Milano 1972) 497; ID., *La "naturalis obligatio" nella più recente dottrina*, in Studi Parmensi, 32 (1983) 5 ss. Per quanto riguarda i *filii familias*, purtroppo, allo stato attuale delle nostre fonti, non disponiamo di dati certi per l'identificazione del momento storico in cui venne loro riconosciuta la capacità di obbligarsi autonomamente. In tal senso si può soltanto far riferimento ad alcune circostanze, fatti o provvedimenti che sembrano presupporre l'avvenuto riconoscimento; v. in proposito, ALBANESE, *Le persone*, cit., 277 nt. 323; SERANGELI, '*Abstenti*', '*beneficium competentiae*' e '*codificazione dell'editto*' (Ancona 1989) 31 ss.; LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro erogato al "filius familias"* (Napoli 1993); v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 91 ss. e bibliografia ivi citata.

ribadita vigorosamente, l'irrelevanza della loro individualità e della loro eventuale capacità giuridica ai fini della responsabilità prevista dalle *a.a.q.* (D. 14.1.1.4; D. 14.3.7.1; D. 14.3.8).

Questa circostanza viene ulteriormente confermata dall'estrema difficoltà di ipotizzare un'eventuale menzione, nell'*intentio* delle formule delle *a.a.q.*, dell'*obligatio* del *filius*, dello schiavo o del soggetto libero preposto all'attività commerciale, e, dunque, di prospettare una ricostruzione formulare delle stesse tramite una trasposizione di soggetti, e di conseguenza, di riportare il caso delle *a.a.q.* nell'ambito dell'*agere alieno nomine*.

Difatti, sembra proprio che la creazione delle *a.a.q.* risale al II sec. a.C.⁴⁷, e, dunque, ad un periodo nel quale è del tutto improbabile che ai *fili* fosse riconosciuta la capacità di obbligarsi, e di conseguenza, che fosse possibile configurare un *oportere* a loro carico nell'*intervento* delle formule delle *a.a.q.* Allo stato attuale delle nostre conoscenze testuali, è più plausibile credere, infatti, che solo agli inizi dell'età classica⁴⁸ questi soggetti abbiano acquisito piena capacità giuridica.

Così, per quanto riguarda i servi, sembra proprio che il primo riconoscimento formale della loro capacità di obbligarsi si sostanzi nella creazione del concetto di *obligatio naturalis*. Riconoscimento che – a quanto ci è dato sapere⁴⁸ – dovrebbe essere attribuito ad un periodo storico certamente successivo a quello di creazione delle *a.a.q.* *Inoltre, è estremamente difficile sostenere che la creazione dell'obligatio naturalis* abbia potuto giustificare la riferibilità di un *oportere* in capo al servo, in quanto sembra proprio che il riconoscimento della capacità naturale di obbligarsi per i servi non discendesse tanto dall'intento di consentire la riferibilità in capo agli stessi di obbligazioni *iure civili* valide, quanto piuttosto da quello di riconoscere qualche, seppur limitato, effetto all'attività negoziale da essi realizzata (*fideiussio, soluti retentio*), ferma restando l'impossibilità di far gravare in capo ad essi un'*obligatio* in senso proprio, da far valere processualmente⁵⁰.

⁴⁷ *Supra*, nt. 32.

⁴⁸ *Supra*, nt. 46.

⁴⁹ *Supra*, nt. 45.

⁵⁰ Particolarmente significative risultano a tal proposito le parole di LENEL, *Die formeln der actiones noxales*, cit., 18: "keinem römischen Juristen aber ist es jemals eingefallen und konnte es einfallen, aus dieser Personalhaftung ein vermögensrechtliches *oportere* abzutheilen, den Sklaven zu Schadenersatz oder gar, wie beim *furtum*, zu einer vergleichsweisen Abfindung (*damnum decidere*) des Geschädigten verpflichten zu wollen".

D'altronde, l'ostacolo non poteva essere superato nemmeno ipotizzando l'eventuale inserimento di una *fictio libertatis*⁵¹ nell'*intentio* delle *a.a.q.* le cui formule erano adattamenti di *actiones in ius conceptae*. Di essa, infatti, non vi è traccia nelle fonti salvo che in tre casi particolari⁵², nei quali, inoltre, non sembra farsi riferimento al rimedio processuale in questione⁵³.

Inoltre, anche ammettendo l'esistenza della *fictio* in questione, in molti altri casi la formula costruita dalla dottrina tradizionale avrebbe reso impossibile la condanna del preponente⁵⁴. Basti pensare all'ipotesi in cui il soggetto preposto o il *filius familias* che hanno concluso il negozio siano morti⁵⁵, o a quella in cui l'operazione negoziale da cui nasce l'azione adiettizia sia stata realizzata dal soggetto a potestà con il suo stesso *dominus* o *pater*⁵⁶, e, infine, a quella relativa all'attività posta in essere da un soggetto impubere⁵⁷.

In tutte le ipotesi ricordate, infatti, il soggetto che aveva concluso l'atto negoziale non poteva essere menzionato nell'*intentio*, neanche tramite l'inserimento nella formula di una *fictio libertatis*. Si sarebbe dovuto procedere alla creazione di tante altre *fictiones* quanti erano i casi specifici considerati. Ma di tali *fictiones* non vi è alcuna menzione nelle fonti, e la loro formulazione è, dunque, estremamente congetturale⁵⁸.

Inoltre, in un nostro precedente lavoro⁵⁹ abbiamo anche escluso la possibilità che il vincolo obbligatorio potesse gravare originariamente su *filiis*,

⁵¹ Sulla *fictio libertatis* abbiamo già espresso la nostra opinione in MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei *'debita servorum'*, cit., 325-361.

⁵² D. 19.1.24.2; D. 45.2.12; D. 9.4.19.2.

⁵³ Infatti, i frammenti che testimonierebbero l'utilizzazione della *fictio libertatis* – menzionati da Keller e Lenel – si riferiscono esclusivamente all'*actio de peculio*, e riguardano casi estremamente particolari. Tanto è vero che, in tale contesto, la considerazione del servo al pari di un uomo libero ricorre – a nostro parere – al solo fine di integrare alcuni presupposti sostanziali necessari per la concessione delle *a.a.q.* in relazione ad ipotesi eccezionali, e non per l'ordinaria redazione formulare delle stesse; vd. MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei *'debita servorum'*, cit., 330 ss.

⁵⁴ Vd. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit., 259 ss.; MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei *'debita servorum'*, cit., 351 ss.

⁵⁵ D. 14.1.4.3; D. 14.6.18; D. 15.2.1pr.

⁵⁶ D. 14.3.11.8; D. 14.3.12.

⁵⁷ D. 14.3.7.2; D. 14.3.8.

⁵⁸ In proposito vd. MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei *'debita servorum'*, cit., 351 ss.

⁵⁹ MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 67 ss. Questa tesi era stata autorevolmente prospettata da BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in AUPA. 10

schiavi e preposti e che i rispettivi *patres, domini* e preponenti fossero obbligati alla stregua di *defensores* solo in virtù ed in seguito alla *litis contestatio*, e dunque di volta in volta in seguito all'assunzione concreta del giudizio.

Abbiamo, infatti, esaminato e commentato numerosi responsi da cui si evince, inoltre, con chiarezza che gli aventi potestà non si obbligano in virtù della *litis contestatio*, ma che le loro obbligazioni preesistono al momento di assunzione del giudizio, tanto che è possibile che altri, prima di tale momento, prestino fideiussione a loro vantaggio o agiscano come loro *defensores*⁶⁰.

Non vi sono, d'altronde, elementi testuali di supporto dai quali possa dedursi in qualche modo che i casi di *a.a.q.* possano essere valutati come casi di *agere alieno nomine*, e quindi che le relative formule potessero essere costruite tramite una trasposizione di soggetti⁶¹.

Anzi, in tal senso abbiamo sottolineato⁶² l'apparente equivoco terminologico che può nascondersi dietro alcune espressioni presenti nelle fonti; in esse si legge, infatti, che *'haec actiones filiorum nomine in parentes dari solent'*⁶³ o, nel caso ad esempio dell'*actio institoria*, che *'...sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri'*⁶⁴.

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

⁶⁰ Cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 79 s.

⁶¹ L'ipotesi in questione, espressa da KELLER (*Litis Contestation und Urtheil*, cit., 420 ss.) e poi da LENEL (*EP*, cit., 268 ss.) rappresenta l'ipotesi tradizionale più accreditata in dottrina sulla ricostruzione delle formule delle *a.a.q.*, e si basa proprio sull'assimilazione al caso dei rappresentanti processuale. Infatti, Keller (*op. ult. cit.*, 422) proponeva una formula con trasposizione di soggetti, in cui il padre o il *dominus* agivano come se fossero *procuratores* o *cognitores* del *filius* o dello schiavo: "...genau so, wie wenn der *Pater* oder Herr als *Cognitor* oder *Procurator* des Sohnes oder Sklaven belangt würde". In senso contrario MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 37 s.

⁶² MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 59 s.

⁶³ Gai 4.69.

⁶⁴ D. 14.3.1; *infra*, § 4.4.

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

D'altronde, in passato alcuni Autori⁶⁵ avevano già evidenziato un dato presente chiaramente nelle fonti – riscontrato anche da Keller⁶⁶ che da Lenel⁶⁷ – che riguarda il fondamento della responsabilità adiettizia, individuato nell'operazione conclusa e non l'obbligazione di colui che l'affare aveva concluso⁶⁸. L'attività del servo, del *filius* o del preposto, anche qualora sia un soggetto libero, non rileva come *debitum* ma solo alla stregua di un *factum*⁶⁹, che costituisce ed indica il fondamento delle azioni adiettizie.

Così, sia in seguito alla nostra precedente ricerca, che alle brevi considerazioni svolte anche in questa sede, possiamo concludere sostenendo che

⁶⁵ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., 204 nt. 4-5. Si consideri, ad esempio, D. 14.1.1.7 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit...* D. 14.3.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*. Ciò non significa; tuttavia, che le *actiones adiecticiae qualitatis* fossero tutte delle azioni *in factum conceptae*, nelle cui *intentiones* fosse menzionato unicamente l'atto negoziale concluso dal servo, ed in relazione alle quali, dunque, il giudice fosse chiamato a valutare la responsabilità del proponente solo in base al mero accertamento dell'operazione negoziale in questione; in proposito v. LENEL, *EP*, cit., 268.

⁶⁶ In realtà, anche KELLER (*Litis Contestation und Urtheil*, cit., 415) aveva già riconosciuto la rilevanza di questo "fatto" che concorrevà alla determinazione dello scopo dell'azione, ma aveva ritenuto che di esso dovesse farsi menzione esclusivamente nella *condemnatio*. Non chiariva, tuttavia, le ragioni che lo inducevano a propendere per questa conclusione.

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

⁶⁷ LENEL, *EP*, cit., 264: "Mir scheint die Ausdrucksweise der Quellen vollkommen korrekt, auch wenn die Formeln *in ius* konzipiert war".

⁶⁸ In tal senso DIETZEL, *Über die processualische Consumption*, cit., 416 ss., 427 ss.; e, per certi versi, anche lo stesso Keller in un secondo scritto sul tema, in cui replica alle obiezioni a lui sollevate da Dietzel; cfr., KELLER, *Einige Einwände gegen die Aufsätze in Bd. II Nr. 1 und 12*, cit., 194 ss.

⁶⁹ D. 15.1.41; D. 46.1.16.4.

la responsabilità sanzionata tramite le *a.a.q.* è unicamente quella dell'avente potestà o del preponente. Infatti, oltre a quelli esaminati, molti altri passi mostrano chiaramente che l'attività compiuta da un *institor*, *magister*, o schiavo debitamente autorizzato o fornito di peculio comporta la nascita di un vincolo obbligatorio che grava direttamente sul preponente, *dominus* o *pater*, da far valere con le azioni adiettizie. Si tratta di una responsabilità *proprio nomine*, responsabilità personale e diretta, che trova tuttavia la propria *origine fattuale* nel *negotium* del servo, del *filius* o del preposto compiuto nei limiti della *prae-positio*, del *iussum*, del peculio o dell'arricchimento causato all'avente potestà, o della *merx peculiaris*.

2.2. La coerenza della disciplina pretoria relativa alle *actiones exercitoriae* ed *institoriae* si coglie, inoltre, nell'attenta identificazione – realizzata negli editti pretori e nei relativi commenti giurisprudenziali – delle attività alle quali si applicava, e delle modalità di svolgimento delle stesse.

Infatti, le fonti a nostra disposizione indicano con certezza che l'applicazione della disciplina prevista nei relativi editti, e dunque la responsabilità del preponente, erano condizionate da due presupposti: un valido atto di *prae-positio*, inteso come atto formale, adeguatamente pubblicizzato, di individuazione dell'attività svolta, e la tipologia stessa dell'attività in questione, che per natura e modalità di organizzazione, potesse definirsi in termini di *negotiatio*⁷⁰, svolta tramite l'utilizzazione di una *taberna instructa*⁷¹.

Iniziando la trattazione dal primo presupposto, e dunque, dalla *prae-positio*, va detto che essa costituiva senza dubbio il fondamento della responsabilità del preponente, determinandone, al tempo stesso, il limite. L'*exercitor* o il preponente dell'*institor*, infatti, erano chiamati a rispondere solo degli atti conclusi nell'ambito della stessa⁷². Il principio – ricordato

⁷⁰ *Infra*, § 2.3, nt. 96.

⁷¹ *Infra*, § 2.3, nt. 97 ss.

⁷² Gai 4.71: *Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit [negotium] gestum erit; D. 14.1.1.7 (Ulp. 28 ad ed.): Non autem ex omni causa praetor dat in exercitoriam actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae*

nelle fonti⁷³ – era quello per cui la *praepositio* ‘*certam legem dat contraentibus*’.

La massima giurisprudenziale non va intesa, però, nel senso che la *praepositio* costituiva l’unica fonte e misura della responsabilità del preponente⁷⁴ alla stregua di un singolo incarico, espresso ed esempio nelle forme di un mandato⁷⁵, semmai riconoscendo in essa solo l’atto iniziale e generico di identificazione dell’attività da svolgere, che si sarebbe determinata nei suoi contenuti specifici solo di fatto, ed in relazione alle concrete esigenze dell’attività svolta.

È questo, infatti, il significato profondo di alcune soluzioni giuridiche prospettate dalla giurisprudenza romana, della cui autenticità si è decisamente dubitato in passato⁷⁶, ed in cui si riconosceva la responsabilità del preponente per le attività del preposto, che seppur non specificatamente previste nella *praepositio*, erano connesse o necessarie all’attività d’impresa.

I casi in questione sono inseriti principalmente nel titolo relativo all’*actio exercitoria*, ma non vi è dubbio che nella sostanza sono riferibili sicuramente anche all’*actio institoria*, come ammettono e precisano gli stessi giuristi romani⁷⁷. In essi si tratta di mutui assunti dai *magistri* allo scopo di provvedere alle necessarie riparazioni della nave (*navis reficiendae causa*) per determinare se anch’essi potessero rientrare nell’ambito dell’attività identificata dalla *praepositio*⁷⁸, e si tende a prospettare una soluzione positiva, nel senso che l’*exercitor* sarebbe stato chiamato a rispondere del debito

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

⁷³ D. 14.1.1.12.

⁷⁴ DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 495 s.; ID., *Ancora sull’actio exercitoria*, cit., 631 s.; PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 308 s. e bibliografia ivi citata.

⁷⁵ *Infra*, nt. 89 s.

⁷⁶ PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift für O. Lenel* (Leipzig 1921) 226; EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS.* 18 (1897) 20 ss.; DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 498 s.; PUGLIESE *In tema di actio exercitoria*, cit., 317.

⁷⁷ D. 14.1.7.2 (Afric. 8 *quaest.*).

⁷⁸ In particolare vd. CERAMI, ‘*Mutua pecunia a magistro ‘navis reficiendae causa sumpta’ e ‘praepositio exercitoris’*, in *AUPA.* 46 (2000) 134.

assunto “purché il denaro fosse preso e dato a prestito per uno scopo che rientrasse nella *praepositio* ⁷⁹”:

D. 14.1.1.8 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Quid si mutuum 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?*

È necessario, tuttavia, che la destinazione delle somme sia espressamente manifestata all'atto dell'assunzione del mutuo:

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

D. 14.1.7pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): *Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavet se in refec-tionem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refec-tionem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter ac-turum, 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 refec-tionem*

⁷⁹ PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 316. In altra sede (MICELI, *Sulla struttura delle a.a.q.*, cit., 193) abbiamo puntualizzato che il brano sembra porre l'accento sull'oggetto (*res*) della *praepositio* e sull'attività ad esso connessa, e non tanto sulla stessa *praepositio*, che ne diventa solo lo strumento generico di identificazione. Letteralmente si legge, infatti, che: ‘contro l'*exercitor* sarebbe stata data azione qualora il denaro *fuerit mutuatus ad usum* (inteso nel senso attivo di gestione e non di semplice uso-godimento) *rei, in quam praepositus est*’.

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.

In entrambe i frammenti, infatti, vi è un elemento che colpisce immediatamente chi legge, ed è costituito, nel primo (D. 14.1.1.9), dal generico riferimento ad una *lex*, e nel secondo dalla più precisa menzione di una *cautio se in refectioem navis eam accepisse* (D. 14.1.7pr.). E, cosa che è ancora più importante, in ambedue i responsi gli elementi descritti sembrano rivestire un ruolo determinante al fine di riconoscere la responsabilità diretta dell'*exercitor* per la restituzione delle somme assunte in prestito dal *magister*.

Ed, in effetti, l'interpretazione dei passi in questione è fortemente connessa al significato attribuito alle espressioni considerate.

Così la dottrina più risalente⁸⁰, ritenendo che la '*cautio se in refectioem eam accepisse*' (D. 11.1.7pr.) fosse una *stipulatio* con cui il *magister* avesse promesso al mutuante di impiegare la somma per la riparazione della nave, credeva che la responsabilità dell'*exercitor* non derivasse dal mutuo ma dalla *cautio*, e dunque, dall'impiego assunto dal *magister* di spendere il denaro per le riparazioni.

Tuttavia, in questo caso – come osservava già Pugliese⁸¹ – il verbo collegato al *cavit* non dovrebbe essere coniugato al passato ma al futuro. Pertanto la lettura più corretta dovrebbe essere quella che tende a ravvisare nella *cautio* in questione, in conformità al suo significato più generico, una dichiarazione formale negoziale o di scienza. Non caso, infatti, in D. 14.1.1.9 la destinazione impressa alle somme prese a mutuo viene qualificata espressamente come *lex*.

Ebbene, come posto in evidenza da altri prima di noi, questa *cautio* rappresenta davvero la chiave di lettura⁸² fondamentale della questione discussa, in quanto essa costituisce la dichiarazione espressa del *magister* che manifesta chiaramente ed esplicitamente al terzo contraente lo scopo, la causa per la quale queste somme sono state assunte. Infatti, l'identificazione della 'destina-

⁸⁰ Cfr. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 500

⁸¹ In tema di *actio exercitoria*, cit., 319 nt. 23.

⁸² PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 318; CERAMI, "*Mutua pecunia a magistro navis*", cit., 135-136.

zione di scopo' del mutuo alle necessità inerenti allo svolgimento delle attività commerciali affidate, fa sì che l'atto rientri di fatto e di diritto nell'ambito dell'attività in questione, e che sia fonte di piena e diretta responsabilità per il preponente.

D'altronde, secondo quanto si legge in D. 14.1.7, basta, dunque, che il *magister* dichiari la destinazione delle somme all'esercizio dell'attività affidata, e che il terzo si accerti che questa destinazione corrisponda alle effettive necessità dell'attività in questione. Non è necessario, invece, che il terzo controlli l'effettiva utilizzazione delle somme per lo scopo dichiarato.

Si tutela, così, l'affidamento del terzo, che si basa su elementi oggettivi tali da giustificarlo (*in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare*), senza addossargli l'onere di verificare l'effettivo impiego del denaro. Sarebbe, infatti, eccessivamente oneroso per il terzo, e di conseguenza, d'intralcio per l'attività economica esercitata. A queste condizioni, inoltre, nessun terzo farebbe credito al *magister* per far fronte alle necessità imprevedibili che possono verificarsi nello svolgimento del suo incarico.

Eguali considerazioni valgono ai fini della concessione dell'*actio institoria*:

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

In definitiva possiamo affermare che proprio le stesse motivazioni che hanno indotto parte della dottrina più risalente a negare autenticità ai brani esaminati⁸³ – ritenendo che verrebbero ad estendere la responsabilità dell'*exercitor* al di là dei limiti della *praepositio*, tanto da presentarci una *praepositio* talmente ampia che non si riuscirebbe più a comprendere perché i giuristi l'avessero posta a fondamento dell'*actio exercitoria* – sono le stesse che ci inducono, invece, ad accettarne la genuinità.

I brani in questione, infatti, sono particolarmente espliciti nel chiarire il concetto e l'effettiva portata della *praepositio*, e per questo motivo, probabilmente, furono riportati dagli stessi compilatori nel Digesto.

⁸³ *Supra*, nt. 76.

In essi, difatti, si pone in evidenza che l'attività negoziale del *magister* non può essere limitata solo a ciò che è specificamente previsto nella *praepositio*, perché tale previsione, trattandosi di un'attività, non può essere compiutamente realizzata, né i mezzi di pubblicità⁸⁴ allora esistenti lo avrebbero permesso, sia nel caso di impresa di terra che nel caso dell'impresa di mare. L'ambito di svolgimento dell'attività negoziale del *magister* si estende, invece, a tutti gli atti che siano in qualche modo riportabili all'esercizio dell'attività identificata dalla *praepositio*.

E, in effetti, in tutti i brani esaminati l'attenzione dei terzi contraenti è rivolta ad accertare che le somme date a mutuo al preposto siano destinate all'attività commerciale affidata dal preponente.

La dichiarazione espressa del *magister* che individua la specifica destinazione delle somme prese a mutuo (*cautio se in refectioem navis eam accepisse*), così come l'onere imposto ai terzi di verificare la pertinenza delle stesse alle necessità della nave, sono tutte garanzie per il terzo che il preponente si assumerà la responsabilità degli atti conclusi dal *magister* o dall'*institor*.

Così, seppure con le inevitabili controversie giurisprudenziali del caso⁸⁵ – una soluzione sembra prevalere sulle altre neo stabilire la responsabilità del preponente: oggetto di indagine e di verifica deve essere l'attività effettivamente e concretamente svolta dal preposto, e non solo quella genericamente ed inizialmente identificata dalla *praepositio*.

I poteri 'rappresentativi' del preposto non dipendono, allora, solo dalla presenza e validità di un puntuale ed espresso atto di conferimento dei poteri, ma dall'inserimento del preposto nell'impresa, intesa come attività continuativa ed organizzata.

Di conseguenza il contenuto della *praepositio* non è compiutamente definibile a priori, e non dipende esclusivamente dalla volontà del preponente, ma, al pari della responsabilità che grava su quest'ultimo soggetto, si determina prevalentemente su un piano oggettivo. La *praepositio* (D. 14.1.1.7), infatti, costituisce solo l'atto di legittimazione iniziale del preposto nei confronti dei terzi, ed individua solo genericamente l'attività che è chiamato a svolgere.

⁸⁴ *Infra*, nt. 86-87.

⁸⁵ Da ultimo CERAMI, *Mutua pecunia a magistro*, cit., 137 e bibliografia ivi citata.

I giuristi, d'altronde, trattano della *praepositio* ponendosi esclusivamente nell'ottica della responsabilità dell'*exercitor*, o del preponente dell'*institor*. I brani non lasciano dubbi in proposito.

Infatti, se ai terzi fosse interessata la responsabilità del *magister*, non avrebbero dovuto curarsi di tutte le questioni descritte, e dunque, preoccuparsi di accertare la destinazione delle somme alle necessità connesse allo svolgimento dell'attività commerciale, ma sarebbe stato loro sufficiente dimostrare l'esistenza del *negotium*. D'altronde, nei brani esaminati non si manifesta alcun interesse per un eventuale responsabilità del preposto e per la sua solvibilità.

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

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

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

Le eventuali limitazioni dell'attività devono essere portate a conoscenza dei terzi, con adeguate modalità, pena l'impossibilità di farle valere nei loro confronti. Un'inadeguata informazione o l'impossibilità oggettiva per i terzi di venire a conoscenza può determinare, di fatto, una responsabilità del preponente anche per attività compiute dal preposto in deroga alle limitazioni da esso stesso fissate⁸⁶.

⁸⁶ È particolarmente significativo a tal proposito un complesso responso di Ulpiano: D. 14.1.1.5 (Ulp 28 *ad ed.*): *Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore re-*

Tanto è vero che le fonti ci ricordano espressamente l'obbligo del preponente di dare adeguata pubblicità alla *praepositio* e al suo contenuto. Per

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

Ebbene, il brano in questione – ritenuto fortemente sospetto dalla dottrina più antica (vd. GHIONDA, *Sul magister navis*, in *Riv. dir. nav.* 1 (1953) 353; SOLAZZI, *Letà dell'actio exercitoria*, in *Scritti Solazzi*, IV (Napoli 1962) 246) – era stato rivalutato già da PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 313 ss., tranne per la chiusa del frammento. L'Autore (315) infatti, espungendo dal brano l'inciso centrale '*omnia facta-propter utilitatem*', riteneva che "...la risposta data al quesito non ci sia stata conservata, ma è verosimile che fosse negativa, contrariamente a quanto si desume dalla chiusa interpolata".

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

Ci sembra, piuttosto, che esso risulti particolarmente rilevante nell'identificazione delle motivazioni che giustificano la soluzione prospettata dal giurista. Con l'espressione in questione, infatti, Ulpiano sembra porre l'accento sull'attività in concreto svolta dal *magister* – anche in relazione agli imprevisti legati all'esercizio dell'attività stessa – più che sulla *praepositio* iniziale, in perfetta conformità, d'altronde, con quanto previsto nei brani già esaminati (D. 14.1.1.8-9; D. 14.1.7pr; D. 14.1.7.2). Cfr. *supra*, nt. 79 ss.

D'altronde, anche in considerazione dei rudimentali sistemi di pubblicità della *praepositio* ricordati nelle fonti (*infra*, nt. 87-88), la soluzione descritta – che tende a privilegiare la prospettiva oggettiva e fattuale dell'attività svolta, rispetto a quella soggettiva e volontaristica della *praepositio* – sembra la più probabile e la più ragionevole.

il caso di attività commerciali terrestri⁸⁷, e quindi dell'*institor*, siamo informati dagli stessi giuristi:

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

Ulpiano menziona chiaramente l'onere che incombe su chi esercita una *negotiatio*⁸⁸ di provvedere all'adeguata pubblicizzazione di una eventuale *praepositio*, procedendo a darne trascrizione a chiare lettere (*claris litteris*), affinché i terzi possano agevolmente averne lettura (*unde de plano recte legi possit*), davanti la *taberna* o il luogo in cui si svolge la *negotiatio*, e dunque non in un posto recondito, ma in uno in cui possa essere vista e letta agevolmente (*non in loco remoto, sed in evidenti*). Si pone poi, addirittura, il problema della lingua da utilizzare, se greca o latina. La risposta ancora una volta è diretta a garantire la tutela dei terzi, per cui si richiede che debba essere formulata secondo gli usi del luogo, in maniera che non possa risultare incomprensibile ai potenziali fruitori dell'attività commerciale. Di conseguenza, deve essere formulata in modo tale che non sia preso in considerazione chi sostenga di ignorare la lingua o di non poter vedere quanto è stato scritto, e che i più, invece, sono in grado di leggere.

Ebbene, questo complesso sistema era funzionale alle esigenze di svolgimento dell'attività commerciale. Non c'è dubbio infatti, che l'attività di cooperazione giuridica ed economica, svolta in maniera stabile e continuativa, richieda una particolare

⁸⁷ Per il commercio navale non abbiamo testimonianze in fonti giuridiche. D'altronde, la questione presenta una maggiore complessità rispetto all'attività commerciale terrestre, poiché, nel caso di quella navale, per definizione non vi era un luogo in cui veniva svolta l'attività in questione. In proposito si vedano le brevi considerazioni da noi svolte in MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 202, nt. 31.

⁸⁸ Dal frammento si evince chiaramente che l'obbligo è connesso al caso specifico di un'*exercitio negotiationis* legata all'esistenza di una *taberna*; a tal proposito, *infra*, § 2.3.

disciplina rispetto alla cooperazione delegata in maniera episodica (*infra*, nt. 106).

In tal senso è facile rendersi conto delle peculiarità della *praepositio* effettuando un semplice confronto, ad esempio, con il regime del mandato, di cui ci siamo già occupati in altra sede, e di cui ci occuperemo meglio nei paragrafi successivi.

Riprendendo alcune considerazioni svolte in lavori precedenti⁸⁹, possiamo dire che il mandatario non deve oltrepassare i limiti del mandato e delle prescrizioni in esso contenute⁹⁰. Infatti, si ha inadempimento in tutti quei casi in cui il mandatario ha venduto l'oggetto del mandato ad un prezzo inferiore rispetto a quello indicato dal mandante (D. 17.1.5.3), o se incaricato di comprare ad un prezzo determinato, abbia acquistato ad un prezzo superiore (D. 17.1.5.2)⁹¹.

Inoltre, il mandatario gode di un margine di autonomia estremamente limitato, tanto che viene considerato inadempiente qualora compia un negozio parzialmente o totalmente diverso da quello che si era impegnato di fare, anche se per il corrispettivo pattuito o per un corrispettivo inferiore, e anche nel caso in cui riesca addirittura ad ottenere risultati migliori, sia in termini quantitativi che qualitativi, rispetto a quelli pretesi dal mandante. Così, risulterà inadempiente anche nel caso in cui gli sia stato affidato il compito di acquistare una determinata abitazione ad un prezzo determinato, e ne abbia invece acquistata un'altra di valore maggiore allo stesso prezzo, o addirittura ad un prezzo inferiore (D. 17.1.5.2)⁹².

⁸⁹ MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 199 ss.

⁹⁰ Cfr. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* (Napoli 1949) 181 e bibliografia ivi citata.

⁹¹ D. 17.1.5 pr. (Paul. 32 ad ed.): *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: 1. nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit tenetur. 2. Itaque si mandavero tibi, ut domum Seianam centum emeris tuque Titianam emeris longe maioris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implisse mandatum. 3. Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum, non obstabit mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves. 4. Servo quoque dominus si praeceperit certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest nec ulla exceptione summovebitur, nisi indemnitas ei praestetur. 5. Melior autem causa mandantis fieri potest, si, cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeris, tu eum minoris emeris vel tantindem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti.*

⁹² Può considerarsi adempiente il mandatario che sia disposto a rimettere la differenza tra la somma determinata dal mandante e quella effettivamente spesa: D. 17.1.3.2

Non vi è dubbio che anche il mandatario gode di un certo margine di discrezionalità, visto che nel realizzare il compito affidato deve anche tener presenti le circostanze nelle quali il mandato fu conferito, lo scopo, la normale e consueta attività del mandante. Di conseguenza, in tale ambito il mandatario potrà compiere tutto ciò che può servire come strumento di esecuzione dell'incarico⁹³, tuttavia non potrà mai oltrepassare i limiti a lui imposti dal mandante.

Il parametro fondamentale per la determinazione dei poteri del mandatario è costituito, infatti, unicamente dalla volontà del mandante, al di là della situazione oggettiva, o dell'economia e convenienza dell'affare.

Come dicevamo, dunque, in altra sede⁹⁴, la differenza tra mandato e *praepositio*, è notevole: nel mandato 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 anche in relazione alle concrete e, spesso, imprevedibili esigenze dell'attività stessa. Ed è proprio per questo motivo che la *praepositio* risponde anche a rigidi criteri di tipicità, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di protezione dell'affidamento dei terzi contraenti.

(Paul. 32 *ad ed.*); D. 17.1.4 (Gai 2 *rerum cottid.*). In tal senso anche ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 181.

⁹³ 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.*).

⁹⁴ MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 199 ss.

2.3. Infatti, l'esistenza di una *praepositio* – intesa come individuazione del soggetto preposto e dell'attività da svolgere nei suoi elementi essenziali – non è sufficiente per la configurazione di un'attività imprenditoriale in senso proprio.

Deve essere valutata, infatti, sia la ripologia dell'attività esercitata, sia le modalità stesse tramite le quali viene esercitata⁹⁵. Essa deve concretarsi in una organizzazione di beni e forze lavorative che con costanza vengono utilizzate per il perseguimento di un ben preciso ed individuato obiettivo economico⁹⁶.

Non a caso la disciplina relativa all'*actio institoria* ed *exercitoria* si applica solo ad un certo tipo di attività commerciali. Si tratta di un'ambito originariamente più ristretto⁹⁷, ma ben presto esteso grazie all'intervento costante ed assiduo della giurisprudenza⁹⁸.

Tali attività sono:

1) l'attività di *emptio venditio*⁹⁹, relativa, più genericamente, alla intermediazione nella circolazione dei beni, organizzata spesso nelle forme della *taberna instructa*¹⁰⁰, e svolta in maniera continuativa;

2) l'attività di intermediazione e circolazione del denaro: nelle fonti si parla di *praepositio ad mensam* o *apud mensam pecuniis accipiendis* o *pecuniis faenerandis*¹⁰¹;

⁹⁵ DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 67; PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 309; *infra*, nt., 96; 97.

⁹⁶ Gai 4.71; D. 50.16.185 (Ulp. 28 *ad ed.*): '*Instructam*' autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat. In questo senso anche Ulpiano in D. 14.1.1.15; *infra*, § 3.

⁹⁷ L'ambito originario sembrerebbe riguardare l'attività di *emptio-venditio*, come può evincersi da Gai 4.71, D. 14.3.18. (Paul *lib. sing. de var. lect.*) e D. 14.3.3 (Ulp. 28 *ad ed.*).

⁹⁸ Queste attività sono state ben identificate da DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 67 ss.

⁹⁹ In particolare D. 14.3.5.1-9 (Ulp. 28 *ad ed.*); vd. KASER, *Vom Begriff des commercium*, in *Studi Arangio Ruiz*, II (Napoli 1953) 135 ss.; CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I (Torino 1965) 106 ss.; GUARINO, *Commercium e ius commercii*, in *Studi Chiarelli*, IV (Milano 1974); DE MARTINO, *Storia Economica di Roma Antica* I (Firenze 1980) 125 s.; II, 323; WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, in *Studi Biscardi*, III (Milano 1982) 391 s.

¹⁰⁰ WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, cit., 391 ss.

¹⁰¹ ANDREAU, *Le vie Financière dans le monde romain*, cit., 61 ss.; CRUCHON, *Les banques dans l'antiquité* (Parigi 1879) 35 ss.; VOIGT, *I banchieri, la tenuta dei libri e l'ob-*

3) l'area di attività definibile con terminologia moderna come 'prestazione di servizi' (le *negotiationes cauponiae*, l'esercizio degli *stabula*, l'attività dei *muliones, fullones e sarcinatores* D. 14.3.5.5-6)¹⁰²;

4) l'attività di produzione vera e propria¹⁰³;

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

Quindi i terzi che concludono atti negoziali con il *magister* o con l'*institor*, autorizzati tramite un *praepositio*, fanno affidamento sia su circostanze di carattere 'soggettivo', relative all'individuazione delle 'persone' legittimate a svolgere l'attività commerciale, sia di carattere 'oggettivo', che si riferiscono alle caratteristiche e le modalità di esplicazione dell'attività svolta¹⁰⁴.

Riprendendo testualmente quanto detto in un altro lavoro¹⁰⁵ possiamo riaffermare, infatti che "la *praepositio institoria*, ieri come oggi, è un fenomeno dotato di peculiarità proprie, che la caratterizzano rispetto alle altre forme di 'cooperazione rappresentativa'¹⁰⁶. È innegabile, infatti, che l'attività

bligazione letterale dei romani, trad. ital. a cura di G. Carnazza, 1891; FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Gli argentarii ed il commercio bancario*, II (Napoli 1903) 107 ss.; MASELLI, "Argentaria" *Banche e Banchieri della Roma repubblicana* (Bari 1986); PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 1 ss.

¹⁰² D. 14.3.5.6 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 4.9.1.5 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 14.3.5.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.5.6 (Ulp. 28. *ad ed.*); D. 14.3.5.8 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 33.7.13.pr (Paul. 4 *ad Sab.*); D. 33.7.17.2 (Marc. 7 *inst.*).

¹⁰³ CARANDINI, *Sviluppo e crisi delle manifatture rurali ed urbane*, in *Società romana e produzione schiavistica*, II (Roma - Bari 1981) 249 s.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà agraria e lavoro subordinato nei giuristi e negli agronomi latini tra Repubblica e Principato*, in *Società romana e produzione schiavistica*, I (Roma - Bari 1981) 445 s.; MANACORDA, *Produzione agricola, produzione ceramica e proprietari dell'ager Cosanus nel I sec. a.C.*, in *Società romana e produzione schiavistica*, II (Roma - Bari 1981) 3 s.; FINLEY, *Innovazione tecnica e progresso economico nel mondo antico*, in *Economia e società nel mondo antico* (Roma 1984) 235 s.; DI PORTO, *Impresa agricola ed attività collegate nell'economia della villa. Alcune tendenze organizzative*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII (Napoli 1984); AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome*, cit., 215 ss.

¹⁰⁴ Èd, infatti, è proprio in tal modo che spiega probabilmente la concessione dell'*actio ad exemplum institoria* nei casi che esamineremo successivamente. In essi, infatti, i giuristi ritengono iniquo concedere l'*actio institoria* diretta non tanto perché il preposto è un *procurator* e non un *institor*, ma anche perché il tipo di attività svolta non è quella alla quale si applicava specificamente il regime dell'azione in questione; cfr. *infra*, § 4.3; 4.4.

¹⁰⁵ MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 207.

¹⁰⁶ L'utilizzazione della categoria moderna della 'cooperazione rappresentativa' si spiega in quanto, a nostro parere, si attaglia meglio al fenomeno descritto, rispetto ai ri-

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

In definitiva, perché possa configurarsi tecnicamente una *praepositio* non basta che ricorrano singoli elementi, quali l'affidamento di una pluralità di negozi e non di singole operazioni¹⁰⁷, o che l'attività da esercitare rientri in un ambito ben preciso¹⁰⁸, oppure che il negozio autorizzativo abbia efficacia non solo interna ma esterna¹⁰⁹, ma devono ricorrere tutti contestualmente¹¹⁰.

Di conseguenza, in base a quanto detto più brevemente in questa sede, e rinviando per una visione più compiuta sull'argomento anche a quanto scritto altrove¹¹¹, possiamo affermare che nel caso dell'*institor* siamo in presenza di una figura originariamente legata alla *familia*, ma la cui rilevanza soggettiva era quasi nulla. Gli acquisti compiuti dal preposto, infatti, venivano imputati direttamente ed esclusivamente in capo al preponente in virtù dei principi connessi alla particolare struttura potestativa della *familia* romana. La responsabilità, invece, per gli atti obbligatori era stata riconosciuta solo dai magistrati giurisdicenti, e, prevalentemente, sulla base prevalentemente di criteri oggettivi legati dalla creazione di un'impresa, all'affidamento dell'attività ad essa connessa ad un *institor*, all'adeguata pubblicizzazione della *praepositio* a lui conferita.

III. 3.1. Vogliamo ora occuparci del *procurator* trattando preliminarmente del problema relativo all'origine stessa della figura, alle sue funzioni

gidi schemi dogmatici della rappresentanza diretta ed indiretta. In tal senso ci eravamo già espressi in MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 201 nt. 28, e torneremo ancora a manifestare più puntualmente il nostro pensiero sull'argomento in un altro lavoro già in corso.

¹⁰⁷ COSTA, *Actio exercitoria ed institoria*, cit., 103.

¹⁰⁸ SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 480 ss.

¹⁰⁹ KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 94 ss.

¹¹⁰ *Supra*, § 2; 2.1.

¹¹¹ MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 7 ss.

di sostituzione e rappresentanza, in relazione, soprattutto, al complesso processo di avvicinamento e sovrapposizione¹¹² al contratto di mandato.

Sul *procurator* è stato scritto molto¹¹³, e tuttavia molti aspetti dell'istituto risultano ancora oggi fortemente controversi. L'unica circostanza sulla

¹¹² In questi termini si esprime ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 48: "Il problema che infatti si pone a questo punto della mostra indagine è di vedere fino a qual punto mandato e procura abbiano conservato nell'ulteriore evoluzione giuridica dell'età classica la reciproca autonomia, e per quanta parte invece i due istituti si siano l'uno a l'altro sovrapposti, in modo che una zona più o meno larga divenisse comune ad entrambi".

¹¹³ BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer* (Torino 1898) 3 ss., ora in *Scritti*, III (1926) 250 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, III, 287 ss.; SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung* (Leipzig 1881); ID., *Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen*, II (Leipzig 1902); ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in *Studi dell'Isti. giuri. dell'Università di Pavia*, 16 (1921) 87, ora in *Studi Albertario*, 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 römischen Recht*, in *Mélanges Cornil*, I (Parigi 1929) 327 ss.; ID., *Da Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV (Palermo 1936) 339 s.; RICCOBONO, *Lineamenti della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA* 14 (1930) 389 ss.; ID., *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione del diritto romano*, in *Sc. 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.; SCIALOJA, *Studi giuridici* (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*, 58 (1937) ora in *Scritti di diritto romano III* (Napoli 1960) 601 ss.; ID., *Il procurator ad litem*, in *Atti Napoli* 62 (1941) 162 ss.; DE ROBERTIS, "Invitus Procurator". *Appunti sul "procurator" nel diritto classico romano*, in *Annali Bari I* (1934) 188 ss.; SERRAO, *Il procurator* (Milano 1947); ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 1 ss.; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* (Padova 1950) 37 ss.; BRETONE, "Adquisitio per procuratorem"?, in *Labeo* 1 (1955) 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. 3.3.1 pr e la definizione di "procurator"*, cit., 211 s.; PROVERA, *Mandato: negozio giuridico (Storia)*, in *Enciclopedia del dir.* XXV (Milano 1975) 310 ss.; MILELLA, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari* (1966); WATSON, *Contract of mandate in roman law* (Oxford 1961); ID., *Acquisition of ownership by 'traditio' to an 'extraneus'*, in *SDHI*. 33 (1967) 189 ss.; SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht* (Köln-Graz 1968); NICOSIA, *Gestione di affari al-*

quale si è raggiunta una certa concordia in dottrina riguarda l'originaria sfera di azione dello stesso, quale figura strettamente legata alla struttura organizzativa e potestativa della *familia* romana, con un suo ambito di applicazione ben preciso, e che, come l'*amicus*¹¹⁴, derivava probabilmente i suoi poteri dalla 'istituzionalizzazione' di una qualità di carattere sociale, assunta come categoria tecnico-giuridica.

Si tratta, infatti, di una figura disciplinata dai vecchi principi e valori del *ius civile*, ma che si attaglia bene, e si struttura anche in relazione alle mutate esigenze della vita sociale ed economica degli ultimi due secoli della Repubblica. Non possiamo non concordare con quanto sostiene Quadrato¹¹⁵ quando afferma che: "Il ricorso a questa forma di intermediazione segna un momento di passaggio nell'assetto della vita sociale, da una fase ad un'altra, da una cultura ad un'altra: un elemento di transito, e di raccordo, tra tradizione e modernità".

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

Spetta allo Schlossmann¹¹⁶, prima, e all'Angelini¹¹⁷, in seguito, il merito di aver posto in luce l'ambito particolare di svolgimento dell'attività del *procurator*, e la peculiare posizione assunta dallo stesso, chiaramente distinta dalle altre insistenti nello stesso contesto, come ad esempio quella del *vilicus*.

In particolare risultano interessanti le indagini svolte dall'Angelini sulla scorta delle opere degli *scriptores rei rusticae*¹¹⁸, cioè di quegli scrittori

trui (*Premessa storica*), in *Enciclopedia del dir.* XVIII (Milano 1969) 628 ss.; ID., *Studi sulla deiectio*, I (Milano 1965) 119 ss.; ID., *L'acquisto del possesso mediante potestati subiecti* (Milano 1960); MICHEL, *Quelque observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, in *Études offertes à J. Macqueron* (Aix-en-Provence 1970); ANGELINI, *Il procurator* (Milano 1971); BURDESE, *Sul procurator (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI.* 37 (1971) 307 ss.; CORBINO, *La legittimazione a 'mancipare' per incarico del proprietario*, in *IVRA* 27 (1976) 50 ss.; ID., *La "pro Caecina" di Cicerone e l'acquisto della proprietà mediante intermediario estraneo*, in *Studi in onore di A. Biscardi III* (Milano 1982) 277 ss.; FABRE, *Libertus Patrons et affranchis à Rome* (Parigi 1981); NÖRR-NASHIMURA, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht* (Berlin-Heidelberg 1993).

¹¹⁴ *Infra*, nt. 176; 223.

¹¹⁵ QUADRATO, voce "Rappresentanza" (*Diritto romano*), cit., 423.

¹¹⁶ *Der Besitzerwerb durch Dritte*, cit., 12 ss.

¹¹⁷ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 81 ss.

¹¹⁸ Varr., *libri r.r.* 3.6.3; Colum., *libri r.r.* 1.6.7; 1.6.23; 9.9.2); Pallad., *libri r.r.* 1.36).

che più si impegnarono a descrivere le strutture economiche ed i rapporti di produzione della società romana.

Dall'esame congiunto delle opere in questione l'Autore¹¹⁹, infatti, ne ha ricavato l'immagine di un *procurator* quale soggetto di solito sovraordinato al *vilicus*, posto al sommo vertice dell'organizzazione produttiva fondiaria, che trovava normalmente la sua stabile funzione soltanto in una proprietà composta da più tenute.

Una figura, normalmente legata all'organizzazione dei *latifundia*, alla concentrazione della proprietà terriera. Tanto è vero che nel *de agricultura* di Catone scritto a metà circa del II sec. a.C., quando il processo di concentrazione delle terre è ancora al suo inizio, non si cita il *procurator*¹²⁰. Il modello descritto è, infatti, quello di una tenuta di modeste dimensioni, in cui il *dominus* personalmente si occupa di tutti gli affari che ad essa si riferiscono.

Così, dice Angelini¹²¹, "al tempo di Catone le dimensioni normali dei possedimenti fondiari erano troppo piccole, il processo di concentrazione fondiaria ancora troppo poco sviluppato, per rendere necessario il diffondersi in Italia di una figura di operatore economico sovrapposta al *vilicus*...". "È evidente, allora, che mancavano le condizioni per la creazione e la diffusione della figura del *procurator*; esse si presenteranno solo nella seconda metà del II sec. a.C., quando, consolidatosi il dominio di Roma nel Mediterraneo, il processo di accaparramento di terre sempre più vaste e lontane dalla capitale porrà il problema di una loro gestione attraverso agenti fidati. Non per niente, a parte la testimonianza di Plauto¹²² (che documenta più sull'origine del nome, che su quella dell'istituto), la più antica e sicura prova dell'esistenza del *procurator*, data dalla *lex agraria* del 111 a.C., riguarda proprio l'*Ager Africanus*¹²³".

¹¹⁹ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 60.

¹²⁰ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 63-64.

¹²¹ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 65.

¹²² *Pseud.* 608. Le più risalenti si trovano già nelle opere plautine, ma da esse non può evincersi alcuna significativa indicazione sulla figura del *procurator*; in proposito v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 14 nt. 59; 55, nt. 110.

¹²³ *FIRA* I, 115-116= *CIL* I, 200 (79-80). Sulle diverse interpretazioni date al testo della legge sul punto in questione v. PERNICE, *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhd. Der Kaiserzeit*, I (Halle 1873) 490 ss., il quale, sulla base dell'espressione '*procuratoreve*' che compare nella l. 69 della *lex agraria* in questione, riteneva che il *procurator* nelle fonti giuridiche fosse la persona che stava '*pro curatore*', e, dunque, che si trattasse di un amministratore creato dal *dominus* sull'esempio del curatore, fornito, per-

Ebbene queste testimonianze sono preziose e, quindi, dobbiamo certamente essere grati a chi le ha poste in luce. Ciò non significa, però, che dobbiamo necessariamente accettare le conseguenze estreme che lo stesso Autore volle trarne¹²⁴, relativamente all'esistenza di una figura di *procurator* con una rilevanza esclusivamente economica e sociale, e non anche giuridica.

Esse derivano da una visione separata della realtà economico-sociale e giuridica che non può essere accettata da un giurista, e tanto meno da uno storico del diritto¹²⁵, soprattutto in relazione all'esperienza giuridica romana dell'età preclassica e classica.

Inoltre la rilevanza giuridica del *procurator* è solidamente attestata sia nelle fonti letterarie sia in quelle giuridiche in senso stretto¹²⁶, da non lasciare alcun dubbio in proposito¹²⁷.

In questa sede basta soffermarsi – per quanto riguarda l'età preclassica – sulle testimonianze contenute nelle opere ciceroniane, in cui si men-

tanto, di pieni poteri. Quest'interpretazione fu contestata sulla base di elementi testuali e sostanziali dallo SCHLOSSMANN, *Der Besitzererwerb durch Dritte*, 92-93, il quale era del parere che il termine *procurator* derivasse, invece, dal verbo *procurare*, dotato di una sua specificità rispetto al verbo *curare*; in proposito *praecipue* ANGELINI, *Il procurator*, cit., 2-3.

¹²⁴ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 82 ss.

¹²⁵ Ci sembrano in tal senso emblematiche tra tutte le considerazioni svolte da ORESTANO, *Introduzione alla studio del diritto romano* (Bologna 1987) 34 ss.

¹²⁶ Basti pensare alla menzione del *procurator* nella formula dell'editto de *mancipiis vendundis* degli edili curuli: D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Aiunt aediles: '... si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit...'*; agli espliciti interventi dei magistrati giurisdicenti in tema di *procuratores ad litem*, in gran parte raccolti dai compilatori nel titolo '*De procuratoribus et defensoribus*' del Digesto (D. 3.3); ai frequenti e continui riferimenti alla figura del *procurator* nei responsi dei giuristi dell'età classica. In proposito v. *infra*, § 3.2; 3.3.; 3.4.

¹²⁷ Infatti, come sottolinea efficacemente BURDESE (*Sul procurator*, cit., 319), replicando alle considerazioni di Angelini, "... si è trattato di una realtà sociale presa in considerazione dal diritto a determinati fini, così come *ab origine* in ordine alle clausole edittali menzionanti il *procurator*, il che implica già – mi pare – una concettualizzazione giuridica non diversa da quella per cui i giuristi classici hanno considerato, chiamandolo *procurator*, anche chi, in base a incarico ricevuto o per taluni pur senza incarico, si presenti a sostituire altri in giudizio, e i giustininanei hanno considerato *procurator* chi abbia accettato da altri l'incarico di compiere atti negoziali o processuali; la diversità starebbe semmai soltanto nel fatto che si sarebbe passati dal designare col termine *procurator* una persona che svolge mansioni essenzialmente tecnico-economiche a designare con lo stesso termine una persona che svolge attività processuali o negoziali, indipendentemente da una sua particolare applicazione allo svolgimento di funzioni tecnico-economiche".

zionano i *verba* degli interdetti *de vi* e *de vi armata*, della cui intrinseca giuridicità nessuno può dubitare.

Per quanto riguarda l'interdetto *de vi* possiamo ricordare un brano¹²⁸ della *pro Tullio*:

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

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

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

Così, secondo la ricostruzione più plausibile¹²⁹, la formula degli interdetti menzionati da Cicerone doveva avere il seguente tenore:

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

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

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

¹²⁸ In realtà, nella stessa opera ciceroniana vi è un'altra testimonianza, di carattere più controverso per la sua stessa formulazione, probabilmente più risalente: Cic., *pro Tull.*, 12.29: *Videtis praetores per hos annos interdicere hoc modo velut inter me et M. Claudium: 'unde dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est', cetera ex formula*; sul tenore della formula in questione e sulle sue caratteristiche v. NICOSIA, *Studi sulla deictio*, cit., 97 ss.

¹²⁹ NICOSIA, *Studi sulla deictio*, cit., 88.

Ebbene – in riferimento alla parte che a noi interessa più da vicino – si può osservare facilmente che l'ordine restitutorio del pretore era direttamente applicabile contro il *dominus* non solo nel caso di una *deiectio* effettuata in prima persona, ma anche per quella posta in essere dai servi compresi nella sua *familia* o dal suo *procurator*, cioè da colui che si occupava proprio della gestione del fondo o delle tenute in questione; e viceversa, l'ordine sarebbe stato emesso a vantaggio del *dominus* per spogli perpretati non solo direttamente nei suoi confronti, ma anche della sua *familia servorum* o del suo *procurator*¹³⁰.

Le tre ipotesi erano poste sullo stesso piano, con la conseguenza che l'interdetto – o più concretamente l'ordine restitutorio – era direttamente ed automaticamente applicabile contro il *dominus*, anche qualora la *familia* o il *procurator* avessero agito a sua insaputa¹³¹.

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

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

¹³⁰ A tal proposito va detto che sulla parte della formula interdittale che recita *unde tu aut familia aut procurator tuus ...vi hominibus coactis armatisve deicesti* non vi sono dubbi in dottrina, in quanto attestata in maniera certa in vari passi della *pro Caecina* di Cicerone (19.55; 21.59-60; 30.88). Invece, risulta discussa la riferibilità all'età ciceroniana della parte in cui si legge *illum aut familiam aut procuratorem illius*. È stata negata, infatti, dalla dottrina più antica (LENEL, *EP*, 467), ed, invece, riconosciuta dalla dottrina successiva. In proposito ci sembrano particolarmente convincenti le considerazioni svolte da NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, cit., 139 ss.

¹³¹ Si ritiene, infatti, che il *dominus* rispondesse della *deiectio* effettuata da questi soggetti a prescindere da qualsiasi coinvolgimento personale nella stessa; v. NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, cit., 96-97. Diverso è il caso, invece, in cui la *deiectio* fosse stata realizzata da un soggetto che, sebbene legato al *dominus* da un rapporto potestativo o fiduciario non rientrasse tuttavia nell'ambito della *familia*, o non fosse qualificabile espressamente come *procurator*. In questo caso la responsabilità era connessa alla circostanza che essa fosse stata realizzata *rogatu aut nomine domini* (Cic., *pro Caec.* 20.57); v. *infra*, § 3.2; nt. 153 s.

D'altronde, non ci sembra dovuto al caso che non vi sia menzione, invece, del *procurator* nel coevo editto '*Quod publicanus...vi ademerit quodve familia publicanorum*':

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

Anche l'editto in questione, infatti, nasce dall'esigenza di reprimere i frequenti abusi che, nel diffuso clima di violenza del tempo, venivano perpetrati da bande di schiavi armate che fossero legate, però, specificamente alle organizzazioni imprenditoriali dei pubblicani (*familia publicanorum*)¹³².

Ebbene, la responsabilità dei pubblicani, in esso prevista, consegue unicamente ai fatti delittuosi¹³³ posti in essere dalla *familia publicanorum*. Non vi è accenno alcuno ad altri soggetti individuati specificamente, del cui operato debbano rispondere i pubblicani stessi.

Questo è dovuto al fatto che nel caso dell'editto '*Quod publicanus...vi ademerit quodve familia publicanorum*' il criterio di imputazione della responsabilità va ritrovato, così come per le *a.a.q.*, nell'essere titolare e gestore della *negotiatio*, e non nel semplice rapporto potestativo, come nel caso delle azioni nossali o delle *actiones familiae nomine*¹³⁴. Tanto è vero che nell'am-

¹³² LENEL, *EP*, 335; ARANGIO RUIZ, *Sugli editti "de publicanis" e "quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur"*, in *St. Perozzi* (Palermo 1926) ora in *Scritti Arangio Ruiz*, II (Napoli 1974) 131 ss.; BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* (PADOVA 1969) 328; BALZARINI, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in *Studi Grosso*, I (Torino 1968) 293 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza nel diritto romano* (Napoli 1993) 26 ss.; SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, cit., 58 ss.

¹³³ Varie sono le correzioni apportate dalla dottrina al testo della fiorentina da noi riportato; v. in proposito SERRAO, *Appunti sulle actiones*, cit., 69, nt. 16-17. In particolare la dottrina ha avanzato dubbi sulla riferibilità della clausola edittale in questione oltre che alla rapina anche al *furtum* e al *damnum iniuria datum*; vd. LENEL, *EP.*, 335; 387; ARANGIO RUIZ, *Sugli editti "de publicanis" e "quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur"*, cit., 131 ss.; BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 336 ss.; METRO, *L'esperibilità nei confronti dei pubblicani dell'actio vi bonorum raptorum*, in *IVRA*. 18 (1967) 108 ss.

¹³⁴ L'editto è coevo a quello di Lucullo e all'editto '*quod familia furtum fecisse*' (D. 47.8.2.14). Tuttavia – mentre l'editto di Lucullo e quello relativo alla '*familia publi-*

bito della *familia publicanorum* rientrano pure i *liberi* che prestano il loro *ministerium* per la *societas publicanorum*:

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

La posizione economica e giuridica assunta dai pubblicani nella società romana degli ultimi due secoli della *libera Res publica* era, infatti, del tutto particolare e precipua. Essi, rappresentavano, infatti, il caso più rilevante di esercizio dell'attività economica in forma organizzata e continuativa. Erano dotati, dunque, di cospicue risorse finanziarie e potevano contare su un numero rilevante di soggetti legati all'esercizio delle loro numerose e fiorenti attività economiche¹³⁵.

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

canorum' nascono dall'esigenza di reprimere con particolare gravità i frequenti abusi, che nel diffuso clima di violenza del tempo, venivano perpetrati da bande di schiavi armate – la *ratio* dell'editto '*quod familia furtum fecisse*', invece, va ritrovata nell'intento di alleggerire la situazione del *dominus* rispetto agli illeciti commessi dalla propria *familia*, consentendo alcune attenuazioni del regime penale delle azioni esercitabili nei suoi confronti; v. in proposito BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento*, cit., 58; ID., *Cic. Pro Tullio*, cit., 293 ss.; SOLIDORO, *La "familia" nell'editto di Lucullo*. Estratto dagli "*Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche*", XCII (Napoli 1981) 1982; SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza*, cit., 26 ss.; VACCA, *L'editto di Lucullo, in Illecito e pena privata in età repubblicana*. Atti Copanello 4-7 giugno 1990, 224 ss.; SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, cit., 58 ss.; VENTURINI, *Un Caso di "appellatio". Note in margine ad Asc. 65 s. Stangl=84 Clark*, in *INDEX* 26 (1998) 47 ss.

¹³⁵ Sull'attività svolta dai *publicani*, e sull'organizzazione assunta dagli stessi v. specificamente CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani* (Milano 1981); da ultima MANGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta* (Torino 2002) e bibliografia ivi citata.

¹³⁶ Lo stesso editto de *mancipiis vendundis* si riferisce ad attività economiche definibili – anche qualora il contratto di compravendita concluso rientrasse in un'attività svolta in maniera continuativa – in termini di *commercium* e non di *negotiatio*. Sulla distinzione desumibile dalle fonti romane tra '*commercium*' e '*negotiatio*' v. CERAMI-PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., 51 ss.

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

Si comprende allora, come in questo ambito non c'è spazio per la rilevanza dei singoli individui, anche liberi, che prestano il loro *ministerium* per i pubblicani. L'individualità dei singoli che operano ed agiscono per conto della società dei pubblicani non riveste alcun interesse per i terzi, i quali guardano unicamente all'esistenza dell'organizzazione imprenditoriale, e non al singolo soggetto che per essa agisce e opera.

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

D'altronde, oltre al caso considerato, va detto che in età preclassica, non abbiamo alcuna fonte nella quale si trovi menzione del *procurator* in relazione allo svolgimento di attività imprenditoriali in senso proprio, quindi di attività qualificabili in termini di *negotiatio*, o esercitate tramite una *taberna instructa*¹³⁶. Ed anche questa circostanza – come chiariremo nei paragrafi successivi – non può essere casuale.

Non solo, ma vedremo anzi che, quando se ne riscontra l'opportunità, la figura del *procurator* e quella del soggetto preposto ad una *negotiatio* vengono nettamente distinti, e differenziati in ordine alla disciplina loro applicabile¹³⁷.

3.2. Un'altra circostanza certa dalla quale prendere le mosse nella definizione della figura del *procurator* riguarda la costante assimilazione a quelle del *tutor* e del *curator*. Si tratta, inoltre, di un'assimilazione che riguarda sia le fonti preclassiche che quelle classiche¹³⁸, anche se nei due periodi la configurazione degli istituti coinvolti si atteggia in maniera profondamente differente.

¹³⁷ Cic. *pro Caec.*, 20.58; su cui *infra*, § 3.2.

¹³⁸ A titolo solo esemplificativo: Cic. *Top.* 10.42; Gai 2.64; Gai 4.101-102; D. 14.3.6; D. 6.2.7.10; D. 13.7.11.7; D. 41.2.1.20; D. 46.2.2.20.1; D. 46.4.13.10; D. 50.16.109.

Sembra, infatti, comune a tutte le figure considerate una linea di tendenza che vede prevalere originariamente la matrice ‘potestativa’ (*potestas*), la quale cede, tuttavia, progressivamente il passo a quella del ‘dovere’, dell’*officium* (*agere alieno nomine*), con essa coesistente fin dagli inizi ma in posizione nettamente minoritaria.

Come ben precisa Albanese¹³⁹ – a proposito del *tutor* – “si trattò di istituto caratterizzato in radice (a quel che pare più probabile) da una duplice prospettiva, in quanto esso implicava inscindibilmente – conformemente a valori semantici – poteri e doveri del tutore nei confronti delle persone soggette a tutela (e nei confronti del patrimonio di esse). La prospettiva del potere – che fa sì che Servio Sulpicio, in epoca repubblicana e certo riecheggiando concetti tradizionali, definisca la tutela come *vis ac potestas in capite libero*¹⁴⁰ – emerge dai tratti particolari dell’ufficio tutorio; ed anche formalmente, dalla considerazione, certo risalente, del tutore come persona che si trova, giuridicamente *domini loco*¹⁴¹ rispetto al patrimonio della persona sottoposta a tutela. Il profilo del dovere – oltre che in svariati tratti che si vedranno a proposito del concreto atteggiarsi dell’ufficio tutorio – emerge formalmente dall’inclusione tradizionale della tutela tra gli *officia*; e poi, sotto una prospettiva certo più recente, dall’inclusione della stessa tutela tra i *munera*...”.

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

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

Cic., *pro Caec.* 20.57: *de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur; non quo omnes sint aut appelletur procu-*

¹³⁹ ALBANESE, *Le persone*, cit., 438. Simili considerazioni valgono per il *curator*, soprattutto per il *curator furiosi* e *curator prodigi*. Parzialmente differente è invece la posizione del *curator minorum*; v. in proposito anche ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 4 ss.; *infra*, nt. 159.

¹⁴⁰ D. 26.1.1pr.

¹⁴¹ D. 26.7.27; D. 41.4.7.3; D. 43.24.11.7; D. 47.2.57.4; D. 50.17.157pr.

ratores qui negoti nostri aliquid gerant, sed in hac re cognita sententia interdicti verba subtiliter exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in pluribus, non alia ratio iuris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius, an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit.

Il passo, estramente noto alla dottrina¹⁴², ci restituisce la più antica definizione di *procurator* che possediamo¹⁴³: ‘*is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publice causa, quasi quidam paene dominus*’.

Essa, inoltre, rappresenta lo spunto iniziale dell'ipotesi tradizionale sul *procurator*, attribuibile nei suoi caratteri fondamentali al pensiero di Bonfante¹⁴⁴, che ravvisa nel *procurator* il soggetto, dotato di pieni poteri, che viene visto e riconosciuto palesemente ‘*domini loco*’, non tanto in virtù di specifici incarichi a lui conferiti, ma soprattutto in conseguenza del rapporto personale e sociale, basato sulla *fides*, sull'*obsequium* o sull'*amicitia*, che lo lega al *dominus negotii*.

Questa ipotesi è stata, tuttavia, fortemente discussa, e per certi versi, rivista. Va detto, però, che qualunque sia la lettura della testimonianza ciceroniana, ed anche qualora si accettino le opinioni più radicali che tendono a ridurre la portata – ritenendo che quella descritta non rappresenti la figura generale del *procurator* ma solo un particolare tipo di *procurator*, o che quella presentata da Cicerone sia una lettura estensiva, per certi versi tesa addirittura a ‘forzare’ il testo dell'editto *de vi armata*¹⁴⁵ – non vi è dubbio che

¹⁴² COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I (Bologna 1927) 129 ss.; BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 250 ss.; WANDICK DA NÓBREGA, *Herméneutique juridique appliquée à l'“interdictum unde vi coactis armatisve” dans la pro Caecina de Cicéron*, in *RIDA* 7 (1960) 507 ss.; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit., 10 ss.; NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, cit., 104 nt. 41-42; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 33 ss.

¹⁴³ Infatti, quella di Plauto (*supra*, nt. 122), certamente più antica, non è in grado di fornirci elementi significativi per la ricostruzione della figura in questione.

¹⁴⁴ Per una più completa esposizione dell'opinione di Bonfante v. *infra*, § 3.4, nt. 175.

¹⁴⁵ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 33 ss. In senso contrario si vedano le considerazioni da noi svolte successivamente; *infra*, nt. 152.

essa costituisce comunque un punto di riferimento importante nella ricostruzione storica della figura del *procurator*.

D'altra parte, non vi è dubbio che è estremamente esatto l'avvertimento di chi¹⁴⁶ ritiene necessario leggere il brano considerando l'intero contesto in cui è inserito. Tanto è vero che in questa sede abbiamo voluto riportare per intero il paragrafo 20.57 della *pro Caecina*, ed è nostra intenzione valutare anche i paragrafi che immediatamente lo precedono e lo seguono, e che ad esso, dunque, strettamente si legano nella comprensione del pensiero ciceroniano. Tuttavia, siamo convinti che la lettura completa del brano non sia tale da porre in dubbio l'opinione tradizionale sul *procurator* – riferibile nei suoi tratti principali al Bonfante¹⁴⁷ – ma anzi ne costituisca la più valida conferma.

Infatti, proprio in considerazione dei termini stessi della controversia e della posizione giuridica di Cecina, cliente di Cicerone¹⁴⁸, non può esservi dubbio che l'abile oratore avesse necessità di proporre un'interpretazione estensiva dell'editto *de vi armata*, coerente allo spirito più che alla lettera dello stesso. Ciò non toglie tuttavia che lo stesso Cicerone, nella sua veste di esperto giurista, avesse ben chiari i termini della questione.

Così, nei paragrafi precedenti a quello da noi esaminato, l'abile retore si sofferma espressamente sui rischi di una interpretazione rigidamente letterale dell'editto in questione, nella parte in cui individua i soggetti la cui *deiectio* poteva dar luogo all'applicazione dell'ordine restitutorio in esso previsto (“*unde tu aut familia aut procurator tuus illum ...hominibus coactis armatisve deiecesti*”¹⁴⁹).

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

Cic., *pro Caec.*, 20.55: ...*Si me vilicus tuus solus deiecisset, non familia deiecisset, ut opinor, sed aliquis de familia. Recte igitur*

¹⁴⁶ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 31.

¹⁴⁷ BONFANTE, *Facolta e decadenza*, cit., 3 ss.

¹⁴⁸ Per la ricostruzione della disputa nella suoi elementi fattuali v. CICERONE, *L'orazione pro Aulo Cècina, Introduzione*, a cura di F. Casorati, Mondadori Editore, (Firenze 1973) 9 ss.

¹⁴⁹ *Supra*, nt. 128 ss.

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

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

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

Ebbene, è proprio con quest’ultima affermazione che Cicerone inizia il paragrafo 20.57¹⁵⁰, dedicato all’interpretazione dell’espressione “*procura-*

¹⁵⁰ *Supra*, nt. 142.

tor” contenuta nell’editto, palesando espressamente la sua intenzione di proporre una lettura estensiva del dettato editto.

Egli sostiene, infatti, che quando l’editto si riferiva al *procurator* voleva intendere ogni uomo libero. A questo punto, tuttavia, Cicerone precisa chiaramente che ciò non avveniva perché tutti quelli che si occupano di gestire gli affari altrui si chiamino procuratori, ma perché in questo caso specifico, essendo chiara la *ratio* dell’interdetto, non si era voluto sottilizzare su tutte le parole (“*non quo omnes sint aut appellentur procuratores qui negoti nostri aliquid gerant, sed in hac re cognita sententia interdicti verba subtiliter exquiri omnia noluerunt*”)¹⁵¹.

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

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

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

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

¹⁵¹ *Supra*, nt. 148. In tal senso sostanzialmente anche NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, cit., 105 nt. 42.

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

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

Non convince, allora, l'interpretazione data al passo 20.57 della *pro Caecina* da Angelini¹⁵², il quale ritiene che “...Cicerone non da qui una definizione di *procurator*; egli, spiegando i motivi di un'interpretazione tanto estensiva delle parole dell'editto, afferma che dal punto di vista della *ratio iuris* non fa alcuna differenza se la *deiectio* sia stata operata da un tuo colono, vicino o chiunque altro abbia operato “*tuo rogato aut tuo nomine*”, oppure – e qui Cicerone si rivolge, come è nello stile retorico, ad un immaginario ascoltatore – sia stata operata dal *tuus procurator*; quello che nel caso concreto, sia addirittura fornito di pieni poteri: Cicerone non da una definizione, ma adduce solo un particolare esempio, che doveva servire a mettere ancora più in risalto le ragioni che avevano indotto la giurisprudenza a dare un'interpretazione tanto estensiva dei *verba* dell'editto e che egli desiderava invocare anche per la causa che difendeva”.

¹⁵² ANGELINI, *Il procurator*, cit., 34.

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

Tanto è vero che, mentre la *deiectio* operata dal *dominus* stesso, dalla *familia* o dal *procurator* ha effetti immediati nella sfera giuridica del *dominus*, quella realizzata dal colono dal vicino, dal *cliens*, dal liberto o da chiunque altro, può essere imputata al *dominus* solo se sia stata effettuata in base ad una sua esplicita richiesta o nel suo esclusivo interesse (“*tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit*”)¹⁵³.

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

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

Non vi è dubbio che Cicerone voleva dimostrare che la nozione di *procurator* contenuta nell'editto doveva essere intesa in senso lato; “ora” – dice Quadrato – “il fatto che fra tutti i possibili autori dello spoglio (e sono tanti: oltre al *servus*, all'*amicus*, richiamati in precedenza¹⁵⁴, il *colonus*, il *vicinus*, il *cliens*, il *libertus*, e la serie potrebbe continuare ancora, in una pluralità indefinita, indistinta di altre persone: *quivis*) si sia optato per il liberto come termine di confronto, in una rappresentazione in cui l'unico elemento differenziale tra il *procurator* e l'altro soggetto sembra costituito dall'essenza nei confronti di quest'ultimo di un atto di *praepositio*, non appare una decisione causale. Ma se anche lo fosse, sarebbe egualmente sintomatico, perché rilevarebbe comunque una linea di tendenza, ancora operante nella tarda età re-

¹⁵³ NICOSIA, *Studi sulla deiectione*, cit., 96-97.

¹⁵⁴ Cic., *pro Caec.* 20.56.

pubblicana, a individuare nel liberto, se non la sola, la persona più adatta ad assumere la funzione, l'*officium*... di *procurator*"¹⁵⁵.

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

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

Quindi, la necessità di operare questa precisazione proprio in ordine al liberto¹⁵⁶ – quando invece per le altre figure non si è avvertita l'esigenza di alcuna distinzione o precisazione di sorta, accomunando senza remore figure tra loro così diverse – merita effettivamente una speciale considerazione.

Ebbene, a noi sembra che essa non può avere altro scopo che quello di sottolineare la netta demarcazione tra i due fenomeni considerati. Se non vi fosse stata questa precisazione l'esempio addotto avrebbe potuto sortire un effetto opposto a quello voluto dall'esperto giurista e oratore. Infatti, qualora la *deiectio* fosse stata realizzata da un *libertus praepositus*¹⁵⁷, tutt'altra sarebbe stata probabilmente la disciplina e la considerazione dell'atto.

È, dunque, possibile supporre che già Cicerone in età preclassica avesse ben chiara la distinzione tra le figure de *procurator* e del *praepositus* ad un'attività commerciale, visto che non ha esitazioni nel proporre una netta distinzione tra i due fenomeni, che poi è quella stessa che noi abbiamo assunto come punto d'osservazione fondamentale della nostra indagine.

D'altronde, è la stessa prospettiva scelta e sottolineata più volte dagli stessi giuristi romani, anche di tarda età classica. Infatti, l'identificazione del

¹⁵⁵ QUADRATO, v. "Rappresentanza" (*Diritto romano*), cit., 423-24.

¹⁵⁶ In realtà i casi di *liberti procuratores* attestati nelle fonti sono numerosi; v. FABRE, *Libertus. Patrons et affranchis à Rome* (Parigi 1981) 229 s.; 328 s. Tanto è vero che alcuni studiosi hanno ipotizzato che originariamente tutti i *procuratores* fossero liberti; v. *infra*, nt. 205.

¹⁵⁷ Ci riferiamo alla particolare disciplina prevista per gli atti illeciti compiuti da soggetti legati ad un'organizzazione imprenditoriale, già considerata a proposito dei pubblicani (*supra*, § 3.2), e di cui ci occuperemo ancora nel § 4.2.

procurator col *procurator paene dominus*, e la netta distinzione tra questa figura e colui che, invece, è preposto ad una *negotiatio* si ritrova – ancora immutata – in alcuni frammenti giurisprudenziali di età classica.

In essi si legge, ad esempio, che se è un mio *procurator*, *tutor* o *curator* a preporre un *institor*, l'azione sarà data contro di me come se fossi stato io personalmente a preporre il soggetto allo svolgimento dell'attività negoziale:

D. 14.3.5.18 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeposuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.*

Il brano, quasi del tutto ignorato dalla dottrina¹⁵⁸, sembra ineccepibile nella sua veste formale, ma anche nel suo tenore sostanziale. Non sembra attaccabile sotto alcun profilo, anzi ci restituisce in maniera estremamente chiara e sintetica, e forse, appunto per questo, ancora più evidente, la figura di un *procurator quasi dominus*, il quale, al pari del *tutor* o del *curator*¹⁵⁹, compie atti giuridici, anche di una certa rilevanza – quale può essere addirittura quello di preporre un *institor* alla gestione di una impresa commerciale – con effetti diretti ed immediati nella sfera giuridica del *dominus negotii*. Quest'ultimo, infatti, risponderà illimitatamente delle obbligazioni assunte dall'*institor*, come se fosse stato lui in prima persona a preporlo all'esercizio dell'attività commerciale.

Siamo, allora, in presenza – ancora in tarda età classica – di un *procurator 'paene dominus'*, la cui posizione, è, inoltre, distinta da quella dell'*institor* in modo tale da non lasciare dubbi in proposito.

La posizione del *procurator*, del *tutor* o del *curator* è posta, infatti, su un piano paritario e perfettamente equivalente a quella del *dominus negotii*, anche nei confronti dell'*institor* da essi preposto.

L'*institor*, invece, è il soggetto al quale è affidato il materiale espletamento solo dell'attività imprenditoriale che fa capo al *dominus negotii*, o addirittura di una parte di essa. Il suo incarico, inoltre, è legato all'esistenza di

¹⁵⁸ LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 620 ss.; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht* (Berlin 1973) 224 ss.

¹⁵⁹ Il *curator*, la cui posizione, rispetto ai soggetti ed al patrimonio della *familia*, può essere equiparata a quella del *tutor* o del *procurator*, è certamente il *curator furiosi* o il *curator prodigi*. Per il *curator minoris* valgono regole parzialmente differenti; v. in proposito, ARANGIO RUIZ, *Il Mandato*, cit., 4.

un atto di legittimazione esterna (*praepositio*), perfettamente riconoscibile all'esterno, che può contenere anche specificazioni e limitazioni dell'attività, al quale è rigorosamente vincolato. Gli atti compiuti al di fuori di essa non determinano alcuna responsabilità per il proponente, ma forse, in maniera residuale, solo in capo al preposto.

La questione è discussa¹⁶⁰, tuttavia, in ogni caso l'azione esercitabile contro l'*institor* non è l'*actio institoria* prevista dal pretore, ma semmai quella ordinaria nascente dal negozio concluso.

Diversa è la questione nel caso del *procurator*. Egli, infatti, in quanto riveste una posizione paritaria ed equivalente al *dominus negotii* non sembra incontrare limiti nello svolgimento della sua attività nell'interesse del *dominus* stesso; tanto è vero che nei suoi confronti, qualora abbia preposto un *institor*, è possibile addirittura esperire la stessa *actio institoria*:

D. 14.3.6 (Paul. 30 *ad ed.*): *Sed et in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debet institoria.*

Ed, in effetti, la soluzione prospettata nel brano, pur nella sua semplicità e sinteticità, appare particolarmente rilevante. Né può sospettarsi della sua autenticità, in quanto il frammento, del tutto ignorato dalla dottrina, sembra formalmente e sostanzialmente genuino. L'unico sospetto potrebbe riguardare la precisazione '*si omnium rerum procurator est*'¹⁶¹, tutta-

¹⁶⁰ In proposito, MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 208 ss.; *supra*, § 2.1.

¹⁶¹ A tal proposito va ricordato che la dottrina più risalente considerava l'espressione *procurator omnium bonorum* ridondante e pleonastica, e dunque, compilatoria, in quanto in età preclassica e classica non sarebbe esistito altro *procurator* che quello dotato di tutti i poteri. L'espressione esaminata, inoltre, era ritenuta sospetta anche per la sua stessa formulazione letterale, palesemente contrapposta a quella del *procurator unius rei*, da essi considerata inequivocabilmente di fattura giustiniana; v. in proposito ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 513 ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., 42; SOLAZZI, *Il procurator ad litem*, cit., 175 ss.

La dottrina successiva, anche se con motivazioni differenti, ne ha riconosciuto, invece, la sostanziale autenticità. Rimangono controversi, tuttavia, molti aspetti legati alla figura *procurator omnium bonorum*, ed in particolare al rapporto storico intercorrente con quella del *procurator 'paene dominus'*. Il rapporto in questione, infatti, prospettato dalla maggior parte degli studiosi nel senso della identità e della continuità storica, è stato da alcuni diversamente interpretato. In particolare, va ricordata l'opinione di SCHLOSSMANN, *Besitzerwerb*, cit., 10 ss., il quale riteneva che il *procurator omnium bonorum* altro non fosse che la figura socio economica del procuratore, da distinguere dal *procurator cui res*

via, anche qualora si trattasse di un'interpolazione, avrebbe solo un carattere esplicativo, e dunque, risulterebbe inidonea a privare di fondamento l'affermazione principale contenuta nel responso.

Detto questo, bisogna considerare, tuttavia, che in età classica, accanto ai brani ora descritti e commentati – che ci testimoniano ancora l'esistenza di un *procurator* 'quasi dominus', fornito, dunque di poteri illimitati – se ne ritrovano altri in cui, invece, si tratta di un *procurator* al quale è affidato lo svolgimento di singoli incarichi, e che, in alcuni casi, non può realizzare determinati atti di disposizione del patrimonio del *dominus* senza preventiva e specifica autorizzazione¹⁶².

È dunque doveroso chiedersi se la circostanza riferita è dovuta solo ad alterazioni successive dei testi classici, o anche ad un prevedibile e necessario cambiamento evolutivo della figura descritta, realizzatosi già in età classica.

Ed, in realtà, non vi è dubbio che, se per un verso, risulta assodata e comprovata dalle fonti l'esistenza ancora in età classica della prospettiva potestativa della figura del *procurator* che si manifesta principalmente nella considerazione del *procurator* 'paene dominus', per altro verso, tuttavia, non vi è dubbio che la prospettiva dell'*officium* è sicuramente presente nella struttura e disciplina del *procurator* sin dall'origine. Essa, infatti, si manifesta originariamente solo come esterno riflesso di un rapporto di natura prevalentemente potestativa, ma assume progressivamente un ruolo sempre più rilevante e determinante.

Oltre ai frequenti riscontri presenti se non altro già nelle opere Ciceroniane¹⁶³, l'esemplificazione massima della prospettiva del *munus*, dell'*officium* è consacrata e stigmatizzata nella figura del *procurator ad litem* che

administrandae mandatae sunt, che sarebbe stato, invece, il *procurator* a cui il *dominus* avesse deciso di affidare l'amministrazione di tutto il suo patrimonio. Vicina, ma per certi versi differente, è l'ipotesi di ANGELINI, *Il procurator*, cit., 119, il quale ha espresso la convinzione che la contrapposizione presente nelle fonti riguardasse il *procurator* ed il *procurator omnium bonorum*; il primo, la figura economica-sociale di *procurator*, il secondo, invece, quello dotato di poteri giuridici, conferiti tramite mandato generale.

Ben più complesso appare, invece, il rapporto tra il *procurator omnium bonorum* e le più controverse figure del *procurator ad litem* e del *procurator unius rei*, sul quale, per ovvie ragioni, non possiamo soffermarci in questa sede. Per alcune brevi considerazioni sul tema e minimi ragguagli bibliografici v. *infra*, nt. 179.

¹⁶² A titolo esemplificativo si vedano: D. 3.3.63; D. 13.7.11.7.

¹⁶³ V. in proposito FRESE, *Das Mandat in seiner*, cit., 411 ss.; ANGELINI, *op. cit.*, 203 nt. 121,

agisce in veste di 'rappresentante processuale', per il quale emerge chiaramente la prospettiva dell'*agere alieno nomine*, dell'ufficio svolto nell'interesse altrui. D'altronde, anche l'avvicinamento al mandato avviene nell'ottica dell'*officium*. Il mandatario è, infatti, colui che svolge un incarico nell'interesse altrui: '*qui aliena negotia mandatu domini administrat*'¹⁶⁴.

3.3. È certamente un'impresa ardua quella di voler ripercorrere in poche righe le complesse vicende relative alla figura del *procurator* in età classica. Varie questioni interpretative si agitano ancora intorno ad essa.

Va detto, tuttavia, che in questa sede il nostro intento è soltanto quello di svolgere alcune osservazioni pertinenti e commisurate all'oggetto dell'indagine condotta, facendo nostri alcuni risultati raggiunti dalla dottrina a tal proposito. È nostra intenzione, però, in un diverso lavoro già in corso, esaminare più da vicino la questione.

Tutto ciò premesso, prendiamo avvio da un dato di fatto incontestabile: la compresenza nelle fonti classiche di diverse figure di *procurator*. Accanto a quella già identificata del *procurator quasi dominus*¹⁶⁵, si trovano attestate certamente quella del *procurator praepositus*¹⁶⁶, del *procurator ad litem*¹⁶⁷, del *procurator unius rei*¹⁶⁸. Troviamo, ancora, accanto al *procurator* mandatario¹⁶⁹, il *procurator* non autorizzato, o meglio '*qui se alienis negotiis offert*'¹⁷⁰.

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

Ebbene, è nostra convinzione, tuttavia, che questa sovrapposizione di figure sia solo in parte dovuta alle stratificazioni secolari presenti soprattutto

¹⁶⁴ D. 3.3.1pr.

¹⁶⁵ D. 14.3.5.18; D. 14.3.6; *supra*, § 3.2.

¹⁶⁶ D. 14.3.19pr.; D. 19.1.13.25; *infra*, § 4.3.

¹⁶⁷ *Infra*, nt. 179 ss.

¹⁶⁸ D. 3.3.1.1; D. 21.1.25.3; PS. 1.3.2; D. 14.3.6; D. 17.1.6.6; D. 17.2.65.7; D. 36.1.46.1. Sulla figura del *procurator unius rei* si vedano, inoltre, le brevi considerazioni svolte *infra*, nt. 179.

¹⁶⁹ Tra i più significativi: D. 3.3.1pr.; D. 16.1.30.1; D. 17.1.10pr.; D. 17.1.10.2; D. 17.1.10.3; su cui *infra*, § 3.4.

¹⁷⁰ I più noti sono certamente: D. 3.5.23(24); D. 46.3.34.4; D. 46.3.71.1; PS. 1.3.3; su cui v. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 157 ed ampia biografia ivi citata.

nelle fonti giustiniane – e, quindi, a soluzioni giuridiche ascrivibili a realtà socio-economiche diverse – ma che possa e debba spiegarsi anche in altro modo.

Così – prendendo spunto dalle riflessioni originate da alcune ipotesi dottrinali già esaminate¹⁷¹ – può sostenersi che per spiegare le anomalie presenti nelle fonti bisogna certamente guardare al rapporto dialettico tra società e diritto, tuttavia non nella prospettiva del conflitto e del loro separato procedere¹⁷², ma semmai in quella della interdipendenza funzionale e del loro reciproco evolvere storico, e quindi tener conto della particolare e progressiva modificazione dell’istituto che non avviene certamente in virtù di una riforma legislativa che radicalmente innova, ma di una prassi interpretativa strettamente legata alle esigenze economico-sociali, che matura lentamente, affiancando, proponendo e consolidando nuovi istituti accanto a quelli preesistenti.

Infatti, mentre per l’*institor*, l’intervento pretorio comporta la predisposizione di una disciplina con dei caratteri definiti¹⁷³ – con l’intento di dare una precisa impronta all’istituto, di cui gli stessi pretori si fanno successivi interpreti, sinergicamente al lavoro della giurisprudenza sui *verba edicti*, nell’adeguarla via via alle mutate esigenze della società – nel caso del *procurator*, invece, la disciplina resta sempre quella originariamente configurata nel *ius civile*, di cui i magistrati giurisdicenti si limitano, il più delle volte¹⁷⁴, a recepire l’esistenza ed i caratteri principali.

Pertanto, l’evoluzione storica e giuridica dell’istituto è prevalentemente affidata all’opera della giurisprudenza, e, dunque, ad un processo di adeguamento spontaneo – e, per sua stessa natura, ‘controversiale’ – alle mutate realtà economiche e sociali.

¹⁷¹ *Supra*, nt. 124.

¹⁷² Sono esemplificative a tal proposito le parole di ANGELINI, *Il procurator*, cit., 87: “È in questo senso, nel senso cioè in cui il procuratore è il luogo richiamato dai giuristi quale punto di contatto e di reciproco condizionamento tra la ‘struttura’ socio economica che nella figura del *procurator* si riflette e la ‘sovrastuttura’ giuridica, come complesso di principi e di regole ad un certo momento esistenti, che noi parleremo del procuratore come di un vero e proprio *topos*, non formale ma materiale”. In proposito risultano particolarmente convincenti e condivisibili le osservazioni critiche di BURDESE, *Sul procurator*, cit., 318 ss.

¹⁷³ *Supra*, § 2.1; 2.2; 2.3.

¹⁷⁴ Fa eccezione il solo caso del *procurator ad litem*; *infra*, nt. 179 s.

In età classica ci ritroviamo così di fronte ad un istituto poliedrico, dalle molteplici sfumature. A tal proposito ci sembrano particolarmente appropriate le parole di Quadrato: “Sono disarmonie, incertezze, aporie legate alla “storia” complessa di questa istituzione che, “derivata dalla struttura assolutistica della famiglia romana” si è andata via via trasformando per varie cause, non tutte chiaramente decifrabili... Una istituzione dunque, ambigua e complessa, nella quale si incontrano, come nella trama di un tessuto, presenze, *status*, apporti diversi, interni ed esterni al mondo domestico. Questa varietà si manifesta nella diversa rilevanza giuridica che l'attività svolta dal *procurator* produce nella disciplina dei suoi atti, segnata da linee, tendenze normative non omogenee, a volte contrastanti, e dalle quali affiora il profilo di una figura ora appiattita sulle posizioni di un semplice gestore, dai poteri contenuti, solo limitatamente capace di alienare (D. 3.3.63) e *rem pignori dare* (D. 13.7.11.7), ora investito di un ruolo più efficace, più ricco di incidenza nella sfera giuridica del rappresentato, in sintonia con l'immagine del *procurator* “quasi padrone di tutte le cose” (D. 17.1.60.4), in grado come tale di disporre liberamente, di vendere e dare in pegno, di comprare e di fare qualsiasi altra cosa” (p. 425).

In tal senso sembra, allora, accettabile l'ipotesi di Bonfante relativa all'esistenza, ancora in età classica, del *procurator paene dominus*, dotato di tutti i poteri¹⁷⁵, per il quale non era richiesto un mandato specifico per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Infatti, sembra possibile che, anche in età classica, la capacità rappresentativa del *procurator* e, dell'*amicus*, dipendesse, oltre che dall'esistenza di specifici atti di preposizione o di mandato, anche dal fatto che tali

¹⁷⁵ BONFANTE nel suo lavoro *Facoltà e decadenza del procuratore romano* – che tanto ha condizionato la dottrina successiva – fonda la sua tesi sui poteri illimitati del *procurator omnium bonorum* in età classica sull'esegesi di quattro passi, in cui risulterebbero evidenti le alterazioni giustinianee dirette specificamente a limitare le facoltà del *procurator* all'esistenza di un mandato speciale: D. 3.3.63; D. 20.6.7.1; D. 13.7.11.7; D. 19.1.13.25. Ebbene, l'ipotesi formulata dal grande romanista, che come dicevamo, ha avuto notevole influenza sulla dottrina successiva, è stata poi aspramente contestata da chi ha voluto ravvisare in essa una delle molteplici ed eccessive manifestazioni del famigerato criterio interpolazionistico; v. ad esempio, ANGELINI, *Il procurator*, cit., 18 ss. A noi sembra, invece, che l'esegesi condotta da Bonfante – come mostreremo meglio in altra sede – risulti convincente, e che le sue osservazioni di carattere formale siano pienamente sostenute e suffragate anche da una ricostruzione complessiva dell'istituto e del contesto in cui esso operava, che la mettono al riparo dalle critiche mosse.

soggetti, appartenendo ad una cerchia ben delimitata e riconosciuta, vicina al *dominus negotii*, ingeneravano presso i terzi l'affidamento sulla circostanza, che contrattare con essi era come contrattare con il *dominus*, vista la rilevanza di valori quali *fides*, *amicitia*, *obsequium*; valori che, certamente, anche in età classica rivestivano un valore determinante¹⁷⁶.

Tuttavia, non c'è dubbio che i predetti valori si erano progressivamente affievoliti, determinando, dunque, incertezza nei rapporti interni, intercorrenti tra le parti, ed esterni, nei confronti dei terzi. Si andava precisando, inoltre, una certa distinzione tra titolarità del diritto e legittimazione a disporne, tale da richiedere l'adozione di correttivi necessari per gli eventuali inconvenienti causati dalla frattura dei due momenti¹⁷⁷.

È certamente questo il clima ed il contesto in cui si sviluppa la disciplina pretoria del *procurator ad litem*, e si realizza anche l'avvicinamento alla figura del mandato.

Della prima vicenda abbiamo notizie più certe, grazie al fatto che quello del *procurator ad litem* è l'unico caso in cui i magistrati giurisdicenti intervennero specificamente in ordine alla figura del *procurator*, dettando precise disposizioni al riguardo¹⁷⁸. Si spiega così la maggiore coerenza della disciplina, ed i caratteri più netti della figura rispetto alle altre presenti nelle fonti classiche¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Rinviamo, a tal riguardo, alle considerazioni svolte nel paragrafo precedente in ordine a D. 14.3.6; D. 14.3.5.18.

¹⁷⁷ *Infra*, § 4.1.

¹⁷⁸ In proposito si vedano i frammenti riportati dai compilatori nel titolo *De procuratoribus et defensoribus* (D. 3.3), e la ricostruzione dei relativi editti in LENEL, *EP*, cit., 95.

¹⁷⁹ Ebbene, va ricordato che in passato si è fortemente dubitato della classicità della figura del *procurator ad litem*, ed anche tra chi ha manifestato una certa propensione a riconoscerla, si è animatamente discusso del rapporto intercorrente tra la figura in questione e quelle del *procurator paene dominus*, del *procurator omnium bonorum* e del *procurator unius rei*.

La questione presenta una notevole complessità che merita un'indagine più approfondita. In questa sede possiamo solo individuare i termini fondamentali, esprimendo fin d'ora il nostro intento di farne oggetto di un'autonoma trattazione. Va detto, tuttavia, che appare decisamente superata la corrente dottrinale che tendeva a negare classicità ed autonomia alla figura del *procurator ad litem*, ritenendo che, anche in età classica, la facoltà di agire in giudizio nell'interesse del *dominus negotii* sarebbe stata soltanto uno dei tanti poteri di cui era investito nella sua complessità il *procurator paene dominus*; v. in proposito ALBERTARIO, *Procurator unius rei* 497 ss.; FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio*, cit., 332; *Idem*, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, cit., 420; SERRAO,

Infatti, alla luce delle fonti da noi conosciute non vi è dubbio che il *procurator ad litem* non è più l'*alter ego*, ma un soggetto distinto dal *dominus* che svolge unicamente una funzione di sostituzione processuale.

D'altronde, la stessa struttura formulare prevista è perfettamente consona alla natura della funzione svolta dal *procurator*, e alla posizione da questi assunta nell'ambito del processo. Si tratta, infatti, di una trasposizione di soggetti, documentata espressamente nelle fonti in nostro possesso.

Gaio ci descrive addirittura nei dettagli le formule predisposte nel caso dei rappresentanti processuali¹⁸⁰, ed esaminandole è facile notare che

Il procurator, cit., 42 ss. Va detto, tuttavia, che questa ipotesi traeva forza da un particolare modo di intendere il *procurator paene dominus* (*supra*, nt. 161), 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 modificato molti passi che originariamente lo riguardano, riferendoli al *procurator*; v. in proposito KASER, *Rom. Zivilprozessrecht*, cit., 450-451.

Ebbene, 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*. Già Solazzi aveva posto ben in evidenza la circostanza in questione; SOLAZZI, *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, cit., 601 ss.; ID., *Il procurator ad litem*, cit., 162 ss.

Ammissa la classicità dell'istituto ben più complessa appare la determinazione del rapporto intercorrente tra la figura in questione e quella del *procurator paene dominus*, e del *procurator omnium bonorum*. Si oscilla, infatti, tra una presunta estraneità ed autonomia delle diverse figure, e la configurazione, invece, di un rapporto storico complesso di derivazione e commistione dai contorni non chiari e definiti. A tal proposito ci riserviamo di esprimere il nostro pensiero in una sede più consona, ma possiamo anticipare che, a nostro sommo modo di vedere, la questione, al di là delle questioni nominali, va valutata anch'essa su un piano storico di sviluppo e mutamento evolutivo delle figure coinvolte.

¹⁸⁰ 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 ungerufenen Dritten*, in *St. 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, cit., 318 ss.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 373 ss.; 475 ss.; ANGELINI, *Il Procurator*, cit., 175 ss.; BURDESE, *Sul procurator*, cit., 307 ss.;

esse vengono costruite in maniera tale che nell'*intentio* sia menzionato il diritto o l'*obligatio* dell'effettivo titolare del rapporto giuridico (*dominus negotiū*), e nella *condemnatio* la persona del rappresentante (*defensor*), a favore o contro il quale *condemnatio convertitur*¹⁸¹.

L'adozione dell'artificio processuale della trasposizione sembra nascere dall'esigenza concreta di far sì che – nel rispetto della titolarità delle situazioni giuridiche di volta in volta considerate – si proceda ad imputare gli effetti ad esse conseguenti a soggetti differenti dagli originari titolari, che assumono il giudizio solo tramite la *litis contestatio*.

Ebbene, questo assetto non ci stupisce, perché non è altro che il riflesso principale dell'emersione della prospettiva dell'*officium*, già presente *ab origine* nella figura del *procurator*, che prende il sopravvento, e che ora si conforma perfettamente alla natura e funzione del *procurator* come 'rappresentante processuale'.

Da questa circostanza fondamentale, inoltre, derivano alcuni importanti corollari, quali, innanzitutto, la mancata certezza sulla immediata riferibilità dell'attività svolta dal *procurator* nella sfera giuridica del *dominus li-*

BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS.* 88 (1971) 215 ss.; 249 ss.; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 45 ss.; 57 ss.; BONIFACIO, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi De Francisci*, 4 (Napoli 1956) 537 ss.; KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, cit., 186 ss.; ID., *Römische Zivilprozess*, I, § 62, IV 2; II, § 204; QUADRATO, voce "Rappresentanza", cit., 417 ss.; ZABLOCKA, *La costituzione del "cognitor" nel processo romano classico*, in *INDEX* 12 (1983-84) 140 ss.; PROVERA, *Lezioni sul processo giustiniano* (Torino 1987) 235 ss.; WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die Streitbeilegung zwischen L. Faenius Eumens und C. Sulpicius Faustus*, in *St. Sanfilippo*, 6 (Milano 1985) 776 ss.; ANKUM, *Die Verkäufer als cognitor und als procurator in rem suam im römischen Eviktionprozeß der klassischen Zeit*, in *Mandatum und Verwandtes*, cit., 285 ss.

¹⁸¹ Gai 4.86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia L. Titio <pro> P. Mevio agat, ita in formula concipitur: Si PARET N. NEGIDIUM P. MEVIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX N. NEGIDIUM L. TITIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA; SI NON PARET ABSOLVE; in rem quoque si agat, intendit P. MEVII REM ESSE EX IURE QUIRITIUM, et condemnationem in suam personam convertit. 87. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominum dare oportere, condemnatio autem in eius personam convertitur qui iudicium accipit; sed cum in rem agitur, nihil <in> intentione facit eius persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat; tantum enim intenditur REM ACTORIS ESSE. Per un'approfondimento della questione, in rapporto anche alle formule adottate nel caso delle *a.a.q.*, cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 41 ss. e bibliografia ivi citata.*

tis. Ed è proprio in questo contesto che comincia a discutersi di ‘*falsus procurator*’, o meglio di ‘*qui se alienis negotiis offert*’¹⁸².

Conseguentemente i terzi, per contestare la lite col *procurator*, iniziano a richiedere che questi presti le dovute *cautiones*¹⁸³, e, dunque, che sia pronto a garantire la riferibilità al *dominus negotii* degli atti compiuti, pena, in caso contrario, il pagamento delle somme di denaro pattuite.

3.4. Sul rapporto tra mandato e procura, invece, è meno facile prendere posizione in quanto – nonostante i numerosi studi in materia – si controverte ancora su molte questioni fondamentali.

Appare, tuttavia, decisamente superata l’opinione della dottrina più antica¹⁸⁴, che era orientata a ritenere possibile che, anche in tarda età classica, il procuratore non ripettesse dal mandato in senso tecnico (*Auftrag*) le sue funzioni, ma che il conferimento dell’incarico avvenisse unicamente tramite un mero atto unilaterale (*Vollmacht*)¹⁸⁵.

La dottrina più recente¹⁸⁶ in base ad un attento esame delle fonti ha, invece, avvertito l’esigenza di rivedere questa imposta-

¹⁸² Risulta, infatti, plausibile l’ipotesi di chi ritiene che l’espressione *falsus procurator* sia da attribuire ai giustinianei. Infatti, sembra evincersi chiaramente dalle fonti che i compilatori siano intervenuti in numerosi testi per degradare il *procurator*, spontaneo gestore di negozi (‘*qui se alienis negotiis offert*’), a *falsus* o non *verus procurator*, per armonizzare i passi in cui se ne faceva menzione con la definizione da essi accettata e proposta di *procurator*-mandatario, accolta e testimoniata in modo emblematico in D. 3.3.1pr. I giuristi classici, invece, avrebbero usato la qualifica di *falsus*, in contrapposto, a *verus*, per chi si fingeva *procurator* per ingannare la controparte (‘*qui simulat se procuratorem esse*’); v. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 266 nt. 46; ANGELINI, *Il procurator*, cit., 210-211, e bibliografia ivi citata.

¹⁸³ Gai 4.97-99; Gai 4.101.

¹⁸⁴ ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 87, poi ripreso da FRESE, *Prokurator und Negotiorum gestio*, cit., 327 ss.; ID., *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., 339 ss.; SERRAO, *Il procurator*, cit., 1 s.

¹⁸⁵ Giustamente fa notare ANGELINI, *Il procurator*, cit., 95, sulla scorta di Schlosmann, che “le categorie di ‘*Auftrag*’ e ‘*Vollmacht*’, a cui Frese e Albertario cercano di ridurre la contrapposizione tra *procurator* e *mandatum*, risultano poi sconosciute al diritto romano. Si tratta di due categorie moderne, elaborate dalla dottrina pandettistica, per far valere l’esigenza di una rappresentanza diretta. Chi parla di ‘*Vollmacht*’ pone l’attenzione sul potere attribuito a qualcuno di agire in rappresentanza di un altro, nei limiti in cui tale rappresentanza è riconosciuta nel singolo ordinamento giuridico”.

¹⁸⁶ ARANCIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 62 ss.; WATSON, *Contract of mandate in roman law*, cit., 36 ss.; NICOSIA, voce “*Gestione di affari altrui*”, cit., 62 ss.

zione riscontrando, già in età classica, un progressivo avvicinamento tra la figura del *procurator* e quella del *mandatarius*. Ma le modalità concrete e i limiti di tale avvicinamento sono ancora controversi e, forse, lo rimarranno sempre per l'estrema difficoltà di proporre una ricostruzione unitaria del fenomeno, nel senso di un percorso evolutivo dai caratteri netti e definiti, lungo direttive ben precise ed individuate¹⁸⁷.

In realtà, che nel diritto romano non vi fosse piena coincidenza tra la figura del *procurator* e del *mandatarius* risulta evidente da diverse fonti. Per il periodo preclassico, addirittura, sembra consacrata non solo la mancata coincidenza ma addirittura la netta differenziazione¹⁸⁸. Per l'età classica e per i periodi successivi, la distinzione si mantiene se non altro per l'importante profilo che attiene all'acquisto del possesso, visto che il mandatario, secondo l'opinione prevalente, non acquista direttamente il possesso al mandante¹⁸⁹, mentre il *procurator* acquista direttamente il possesso, e forse anche la proprietà, al *dominus negotii*¹⁹⁰, al pari del *tutor* e *curator*¹⁹¹.

Generalmente viene correlato, e spesso, assimilato a tale problema, quello relativo all'esistenza o meno, già in età classica, del *procurator unius rei*. In proposito, volendo riassumere lo stato della dottrina, può ritenersi ormai superata la tesi più antica che propendeva per l'inesistenza, ancora in età classica, del *procurator unius rei*, ma anche del *procurator ad litem*. Restano discusse, invece, quella di chi ammette la configurabilità soltanto di quest'ultima figura (ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 12 ss.), a fronte di chi, invece, è proclive ad ammettere l'esistenza di entrambe (WATSON, *Contract of mandate in roman law*, cit., 78 ss.).

¹⁸⁷ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 22. A tal proposito, infatti, risulta particolarmente discutibile l'ipotesi ricostruttiva di ANGELINI, *Il procurator*, cit., 193, il quale ritiene che in età classica il *procurator* fosse addotto, al di fuori del processo, come *topos*. Nel processo si sarebbe formato per la prima volta il concetto tecnico di *procurator*, e solo lentamente tramite la giurisprudenza, e poi in tutta la sua pienezza solo con la compilazione giustianiana, il *procurator* sarebbe divenuto un concetto giuridico. A tal riguardo v. *supra*, nt. 172.

¹⁸⁸ Cic., Top. 10.42: *Sunt enim similitudines quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt hoc modo: si tutor fidem prestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

¹⁸⁹ v. in particolare ARANGIO RUIZ, *Il Mandato in diritto romano*, cit., 49 ss. ed ulteriore bibliografia citata nella nota n. 192.

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ D. 6.2.7.10; D. 13.7.11.6; D. 41.1.13.1; D. 41.2.1.20.

Ebbene, la divergenza appurata nelle fonti – che ha dato luogo a notevoli problemi interpretativi¹⁹² – non può essere frutto solo di un intervento dei compilatori, ma è certamente dovuta anche al retaggio storico di una diversa origine e funzione dei due istituti.

Deve essere riconosciuto, infatti, allo Schlossmann, e al suo *Der Besitzerwerb durch Dritte*¹⁹³, il merito indiscusso, se non altro, di aver fatto riflettere sull'origine stessa del concetto di *procurator*, e quello di aver riportato alla luce e all'attenzione della dottrina romanistica la sua realtà sociale originaria, che certamente ebbe a condizionare fortemente la natura e la funzione dell'istituto non solo in età preclassica ma anche classica.

Come precisava già Bonfante¹⁹⁴ “il *procurator* è distinto essenzialmente dal mandatario soprattutto per la sua base sociale. Non è un semplice incaricato, ma una specie di *factotum* ai servizi del principale, di solito un liberto, il quale poteva essere munito di mandato, e allora dicevasi *cum administratione* o *cum libera administratione*, ma il più delle volte era anche senza mandato. Insomma sua base essenziale non è il vincolo contrattuale e giuridico del mandato, bensì la fiducia del principale, il carattere e il rapporto sociale della persona col principale: suo tipo è il *procurator omnium bonorum*, non il mandatario *unius negotii*”.

Quindi “per quel che concerne il mandato, il vincolo contrattuale del *procurator* col *dominus*... mi par certo già una classica alterazione del con-

¹⁹² Sul tema v. specificamente SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (Wien 1865) 249 ss.; DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (Halle 1883) 60 ss.; ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano* (Roma 1871), ora in *Opere giuridiche e storiche*, I (Roma 1896) 217 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano* 3. *Diritti reali* (Roma 1933) 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, *Da Mandat in seiner Beziehung*, cit., 405 ss.; 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 *Fesch. Lewald* (Basel 1953) 105 ss.; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., 280 ss.; NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante*, cit., 345; ID., *Acquisto del possesso per procuratorem' e 'reversio in potestatem domini' delle 'res furtivae'*, in *IVRA* 11 (1960) 194 ss.; WATSON, *Acquisition of possession per extraneam personam*, in *TD.* 29 (1961) 22 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I (München 1971) 393 ss.; ALBANESE, *Le situazioni possessorie* (Palermo 1985); VACCA, *Ancora sul problema del procurator e della rappresentanza nell'acquisto del possesso. A proposito di alcuni studi recenti*, in *RISG.* 100 (1973) 272 ss.

¹⁹³ *Supra*, nt. 116.

¹⁹⁴ *Facoltà e decadenza*, cit., 258.

cetto primitivo di *procurator*¹⁹⁵... “Come pure io riterrei con lo Schlossmann che la originaria e sempre tipica figura del *procurator* sia appunto il *procurator omnium bonorum*: non solo da Cicerone ciò risulta (Cic. *pro Caec.* 20.57), ma nella stessa giurisprudenza classica Pomponio e anche altri, a quel che sembra, dei più tardi giuristi¹⁹⁶ non ritenevano vero procuratore che il *procurator omnium bonorum*. Il mandato è, per dir così, la veste nella quale il *procurator* fa il suo ingresso nel diritto: e forse il mandato generale fu inventato la prima volta per esso. Ma il contratto di mandato non nacque col *procurator* e per lui¹⁹⁷.”

Ebbene, le affermazioni di Bonfante meriterebbero ben altre riflessioni, che ci riserviamo di fare in altra sede. In questo contesto ci limitiamo ad alcune considerazioni di carattere generale e di immediata evidenza allo stato degli studi romanistici, e che sono funzionali all'interpretazione dei brani indicati in premessa, che valuteremo specificamente nei paragrafi successivi.

Non vi sono dubbi che l'acuto romanista coglie nel segno quando dice che il contratto di mandato non nacque col *procurator* e per lui, e che il vincolo contrattuale del *procurator* col *dominus* sembra presentarsi ai nostri occhi come una classica alterazione del concetto primitivo di *procurator*, la cui originaria e tipica figura doveva essere quella del *procurator omnium bonorum*¹⁹⁸.

Vi sono, invece, degli aspetti del pensiero di Bonfante sui quali riteniamo di non poter concordare. Il primo riguarda l'affermazione per cui il mandato sarebbe la veste attraverso la quale il *procurator* fa il suo ingresso nel mondo del diritto. Questa è, d'altronde, la stessa prospettiva di Schlossmann, accentuata da Angelini nel suo libro sul *procurator*. Le ragioni del nostro dissenso le abbiamo già espresse precedentemente¹⁹⁹.

In tal senso sono significative anche le parole di Arangio Ruiz²⁰⁰ che coglie bene il rapporto iniziale tra mandato e procura, identificando come tratto comune a tutti i contratti consensuali “... l'essere venuti in essere quando già, nei rapporti tra i romani, qualche parte dei risultati pratici ai quali essi hanno mirato era realizzabile coi mezzi tecnici apprestati dal di-

¹⁹⁵ *Facoltà e decadenza*, cit., 259.

¹⁹⁶ D. 3.3.1.1

¹⁹⁷ *Facoltà e decadenza*, cit., 259-260.

¹⁹⁸ *Supra*, § 3.2.

¹⁹⁹ *Supra*, § 3.1; 3.2.

²⁰⁰ *Il mandato*, cit., 47.

ritto civile. Così anche prima che sorgesse il contratto di compravendita si era comprato e venduto...La stessa esperienza si ripete, anche più largamente, per il mandato: se si voleva affidare a taluno l'amministrazione di un patrimonio o di una sua branca, la figura del *procurator omnium rerum* vi si prestava appieno; se si voleva sostituire a sè medesimi altra persona nella condotta di un processo, soccorrevano gli istituti del *cognitor* e del *procurator ad litem*; se bastava ricorrere all'opera del proprio figlio o schiavo, i congegni già ricordati davano pieno rendimento”.

Nel caso del mandato, dunque, si tratta di una figura giuridica che si affianca ad altre che avevano già una loro compiuta realizzazione, non solo sociale ma anche giuridica in senso pieno. D'altronde, la sfera originaria del mandato partecipa degli stessi caratteri delle figure ora descritte, e alle quali si affianca. Ricordiamoci che il mandato per Cicerone è un rapporto che non si stabilisce se non tra *amici*²⁰¹, tanto che comporta l'*ignominia* qualora relizzi ed integri in qualche modo una violazione dei profondi valori su cui si fonda l'*amicitia* nel mondo romano²⁰².

Queste considerazioni introducono, d'altronde, le nostre riflessioni su un'altro aspetto dell'ipotesi tradizionale di Bonfante sul *procurator*, sul quale non concordiamo perfettamente. Ci riferiamo, in particolare, alla volontà di prospettare l'avvicinamento con il mandato solo in termini negativi, che si coglie chiaramente nelle parole dello stesso Autore, quando dice che l'istituto del *procurator* “era destinato ad oscurarsi ...e il riflesso principale è il ricollegarsi col mandato, in quella tormentata vicenda che lo renderà un concetto ‘oscuro ed evanescente’, e che tanto influenzerà l'esperienza successiva”²⁰³.

Non c'è dubbio, infatti, che la vicenda complessa che lega il mandato al *procurator* determinò profondi mutamenti nella figura tradizionale del *procurator*, che ne complicarono certamente la natura e la disciplina.

²⁰¹ Cic., *pro Rosc. Amer.* 38.111: *...non enim possumus omnia per nos agere: alius in alia res est magis utilis: idcirco amicitiae comparantur, ut comune commodum mutuis officis gubernetur*”; ID., *pro Rosc. Amer.* 39.112: *nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei, quem fidelem putat*”. È, dunque, evidente che “...il mandato fu inteso, nell'applicazione tra i romani, come la forma giuridica delle mutue prestazioni di servizi che erano dettate dall'amicizia, per quella parte che non era tale da rimanere nella cerchia meramente sociale dell'*officium*”; cfr. *praecipue* ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 47.

²⁰² A tal proposito le suggestive parole di ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos*, cit., 268; *infra*, § 4.1 nt. 223.

²⁰³ *Facoltà e decadenza*, cit., 261.

Ed, in effetti, la vicenda in questione non può non essere vista all'insegna della limitazione e della specificazione di poteri del *procurator*, che consegue certamente al venir meno dei valori che avevano retto la società romana fino ad allora (*fides*, *obsequium*, *amicitia*), e quindi anche al progressivo disgregarsi dell'originaria struttura potestativa della famiglia romana, che porta, di contro, all'emersione e all'autonomo affermarsi dei singoli soggetti che la costituivano, e che fino ad allora si erano organicamente e necessariamente identificati con il *pater familias*.

Tuttavia, a noi sembra che il fenomeno possa essere considerato anche sotto altre angolazioni. Infatti, così come accade per le vicende processuali del *procurator*, anche l'avvicinamento al mandato avviene certamente nell'ottica dell'approfondimento e della prevalenza della prospettiva dell'ufficio, dell'incarico svolto nell'interesse altrui, evidente nell'*agere alieno nomine* del *procurator ad litem*, ma anche nella posizione del mandatario, che è colui che svolge un incarico nell'interesse altrui.

Ed è proprio in questa prospettiva che comincia a profilarsi decisamente la già accennata distinzione tra titolarità del diritto e legittimazione all'esercizio dello stesso²⁰⁴.

La legittimazione a disporre di un diritto può essere ora esplicitamente conferita a soggetti estranei alla *familia*, con i quali non intercorre alcun vincolo domestico o amicale. E d'altronde, anche se conferita ad *amici*, *propinqui*, *familiares*, non vi è più la certezza che questi operino nell'interesse, ed in vista di direttive o orientamenti propri del *pater familias* o del *dominus* in nome e per conto dei quali essi agiscono.

In alcuni casi c'è dunque la necessità di garantire i terzi con atti di legittimazione dotati di riconoscibilità esterna. In altri c'è anche la necessità di dare una regolamentazione giuridica e stabile ai rapporti interni tra *dominus negotii* e *procurator*. Nelle età precedenti non c'era spazio per questioni di questo tipo, perché i rapporti di *fides*, di *obsequium*, di *amicitia* di per sé garantivano il buon esito sia dei rapporti interni tra *procurator* e *dominus negotii*, ma anche quelli intercorrenti tra terzi e lo stesso *dominus negotii*.

Di conseguenza, corrisponde certamente al vero che l'avvicinamento al mandato sia avvenuto anche in relazione a queste esigenze.

²⁰⁴ Infra, § 4.1.

L'avvicinamento avviene, però, anche nell'ottica della consensualità. Infatti, ciò che prima, nel caso del *procurator*, era – per la particolare struttura della famiglia romana – unilaterale e necessario²⁰⁵, ora diviene consensualità e libertà.

Nuove prospettive si aprono allora per il *procurator* nei rapporti con il suo *dominus negotii* e con i terzi. Un rapporto che prima era spontaneo, necessario, e dagli effetti automatici ora diventa pattizio, derogabile, modellabile secondo il volere delle parti. Il mandato è il terreno della libertà. Tutto è possibile, tutto si può decidere e stabilire nel regolamento consensuale tra le parti.

Al contempo, non vi è dubbio che gli stessi rapporti si intrecciano e si complicano perché molteplici e diversi diventano gli elementi sui quali fare 'affidamento'. D'altronde, la tipicità delle figure e delle relative attività, prospettata in maniera chiara e netta nell'età precedente, viene mantenuta ma, al tempo stesso, laddove necessario, superata.

Questo notevole mutamento del quadro di riferimento comporta, tuttavia, incertezza per i terzi a cui è richiesta una maggiore attenzione, non potendo più confidare solo sulla qualifica di *procurator* attribuita al soggetto con cui negoziano. Devono, infatti, prestare attenzione a tutta una serie di elementi che possono legare il *procurator* al suo *dominus negotii*.

Si giunge, così, ad una situazione complessa, multiforme, in continua evoluzione e modificazione, che di per sé, tuttavia, non implica necessariamente confusione ed incertezza. Restano saldi i principali punti di riferimento, le categorie fondamentali, anzi vengono precisati e chiariti nella loro applicazione concreta grazie al lavoro incessante e generoso di una grande ed esperta *scientia iuris* che, forse, anche in questo non ha avuto pari nella storia della nostra tradizione giuridica occidentale.

IV. 4.1. Alla luce di quanto detto nei paragrafi precedenti, si può dunque affermare che in età preclassica classica, le figure del *procurator* e dell'*institor* erano profondamente differenziate; ma non si può certo ammettere –

²⁰⁵ Sul "*procurator invitus*" v. DE ROBERTIS "*Invitus Procurator*", cit., 188 ss.; FABRE, *Libertus Patronis et affranchis*, cit., 229 s.; MILELLA, *Il libertus procurator*, cit., 378; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit., 3 ss.

come sostiene Angelini²⁰⁶ – che fossero distinte e distinguibili solamente in base a criteri socio-economici, o di *status*.

In realtà, ad Angelini va certamente riconosciuto il merito di aver condotto, sulla scia di Schlossmann²⁰⁷, un'accurata e credibile indagine sulla figura del *procurator* soprattutto in relazione all'età preclassica. Non possiamo accettare, tuttavia, la conclusione proposta – e cioè che il *procurator* fosse una figura tipica appartenente alla sola sfera socio-economica, sfornita come tale di poteri giuridici²⁰⁸ – sia per quanto detto nei paragrafi precedenti, sia in considerazione del fatto che mai nella storia dell'esperienza giuridica i due fenomeni siano stati nettamente distinti o distinguibili.

Le anomalie e le contraddizioni riscontrate nelle fonti, allora, ed in particolare la poliedricità e le infinite sfumature assunte dalla figura del *procurator* nell'esperienza romana, non sembrano derivare dalla frattura tra il momento economico e quello giuridico²⁰⁹, bensì da una complessa vicenda evolutiva che non riguardò soltanto gli aspetti economico-sociali della stessa, ma anche e soprattutto quelli giuridici.

Infatti, come abbiamo già visto²¹⁰, negli ultimi due secoli della repubblica le due figure erano nettamente definite nelle loro caratteristiche tipologiche. Così, il *procurator* di solito era soggetto *sui iuris*, anche se strettamente legato alla 'familia' e alla sua struttura potestativa, e veniva considerato, nell'ambito di esplicazione della sua attività – l'amministrazione di grandi tenute o proprietà terriere – alla stregua di un *alter ego* del *pater familias*²¹¹.

L'*institor*, invece, il più delle volte era un soggetto *alieni iuris*²¹², ed anche nel caso in cui fosse un *sui iuris*, la sua individualità e la sua condizione giuridica non erano destinati a rivestire una particolare rilevanza, se non marginale e residuale²¹³, poiché l'attività da esso compiuta veniva imputata principalmente e direttamente, nei suoi profili attivi e passivi, nella sfera giuridica del preponente, che era il titolare dell'attività economica esercitata. L'esistenza di un *institor*, infatti, era inscindibilmente connessa alla

²⁰⁶ ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 235.

²⁰⁷ *Besitzerwerb*, cit., 12 ss.

²⁰⁸ ANGELINI, *Il procurator*, cit., 255.

²⁰⁹ *Supra*, § 3-2; § 3-3.

²¹⁰ *Supra*, § 2.1; § 3.1.

²¹¹ *Supra*, § 3.1; § 3.2.

²¹² *Supra*, nt. 30.

²¹³ *Supra*, nt. 39.

configurazione di una *negotiatio*, cioè all'esercizio di un'attività economica svolta con continuità e organizzazione di beni e forza lavoro²¹⁴.

Vi è, però, una matrice comune dei due istituti, che rinvia alla struttura originaria della famiglia romana, che, nel caso del *procurator*, pur con i necessari adattamenti, rimane sostanzialmente inalterata, restando saldamente ancorata ai principi più antichi e risalenti del *ius civile*, mentre, nel caso dell'*institor*, pur mantenendosi legata per certi aspetti alla sua configurazione originaria, si modifica profondamente e si struttura diversamente grazie soprattutto all'intervento dei magistrati giurisdicenti.

Ebbene, la matrice comune descritta ci riporta ad un assetto originario della *familia* romana, incentrata su profondi e risalenti valori quali *fides*, *obsequium*, *amicitia*, e ad un contesto storico in cui essa costituiva certamente il cardine fondamentale della compagine sociale e giuridica. Ci testimonia, inoltre, l'esistenza di una struttura familiare che si caratterizzava per la molteplicità di soggetti in essa ricompresi, ma al contempo per la profonda unità personale ed economica della stessa, che si realizzava in senso verticistico nella figura del *dominus* o *pater*.

Va considerato, infatti, che originariamente il carattere monolitico della famiglia era tale da ricomprendere al suo interno non solo i soggetti *alieni iuris* ma anche a pieno titolo i *sui iuris*, che fossero ad essa legati da vincoli potestativi (*liberti*) e parentali (*agnati*, *gentiles*), o anche più semplicemente di *amicitia* o *fides* (*clientes*), e faceva sì che tutti gli atti da essi compiuti venissero unitariamente riportati alla famiglia stessa ed, in particolare, a chi ne rappresentava il vertice e l'unità (*dominus* o *pater familias*).

Ebbene, questo assetto non aveva una rilevanza solo sociale ed economica ma anche giuridica, perfettamente riconoscibile all'esterno, che consentiva, ad esempio, di considerare i tutori, i curatori ed i procuratori alla stregua di *domini* o *patres familias*²¹⁵, e di far sì che questi – proprio in virtù

²¹⁴ *Supra*, § 2.1; 2.2; 2.3.

²¹⁵ Sulla struttura originaria della *familia* romana v. in particolare BONFANTE, *Corso di diritto romano I Diritto di famiglia* (1925) (ristampa, Milano 1963); VOLTERRA, *Corso di diritto romano. Il diritto di famiglia* (Bologna 1946); ALBANESE, *Le persone*, cit., 205 ss.; FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, IV ed. (Napoli 1989); ID., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*, II ed. (Torino 1992).

di questa considerazione – con i loro atti potessero disporre dei beni, ed occuparsi della cura dei soggetti che alla *familia* stessa appartenevano.

Siamo in presenza, tuttavia, di un fenomeno che non è rappresentanza. Il sistema descritto, infatti, non era concepito e regolato secondo criteri ‘rappresentativi’ veri e propri, ma discendeva dalla particolarità dei rapporti ‘potestativi’ vigenti all’interno della famiglia romana. Era la stessa struttura che si rifletteva – ad esempio – anche nel *consortium ercto non cito*²¹⁶, consorzio per definizione indivisibile, caratterizzato da una unità inscindibile a tutela della stessa *familia*, che si traduceva nella possibilità per ognuno dei componenti di compiere autonomamente non solo atti di gestione, ma anche di disposizione addirittura dell’intero oggetto del *consortium*.

D’altronde, riflettendo su questa risalente struttura familiare con categorie più evolute, è possibile spiegare la singolarità del fenomeno descritto considerando che nella mentalità arcaica non era possibile prospettare una netta differenziazione tra titolarità e legittimazione; era, forse, impossibile concepire una titolarità che non coincidesse con l’esercizio effettivo del diritto.

E così il *curator*, il *tutor* ed anche il *procurator* non costituivano figure di ‘rappresentanti’ in senso proprio, quanto piuttosto erano manifestazione concreta della inscindibilità tra titolarità e capacità di esercizio del diritto, riscontrabile ogni volta che l’attribuzione del diritto avvenisse in funzione dell’effettiva capacità di esercitarlo, perché altri non potessero farlo, per ragioni di incapacità (*curator*, *tutor*) o anche di semplice lontananza o impossibilità materiale (*procurator*). Si tratta di una configurazione originaria che viene gradatamente superata, ma che, forse, condiziona ancora la struttura e la disciplina delle figure in questione nelle età successive, e della quale bisogna, comunque, avere coscienza per intendere appieno l’assetto prospettato dalle fonti classiche.

Dunque, in origine il fenomeno descritto doveva atteggiarsi in maniera simile per tutti i soggetti strettamente legati all’ambito familiare (*filii*, schiavi, *tutores*, *curatores*, *procuratores*, *amici*): gli atti giuridici da essi compiuti venivano riportati automaticamente nella sfera giuridica del *pater familias*, che ne era il vertice economico e potestativo.

²¹⁶ Gai. 3.154a.

Quindi, sul piano strutturale non doveva esservi differenza tra l'attività realizzata dagli *alieni iuris* o dai *sui iuris* (*tutor*, *curator*, *procurator*); l'atto compiuto nell'interesse della *familia* veniva imputato comunque ad essa, nella sua valenza personale e patrimoniale, e dunque, al *dominus* o al *pater* che ne costituivano l'elemento centrale.

Il meccanismo che operava nei due casi, tuttavia, era diverso. Gli *alieni iuris*, infatti, erano parte della famiglia, ma non avevano rilevanza autonoma; erano sottoposti al *pater* o al *dominus*, unico titolare e soggetto capace, agivano sempre e unicamente nell'interesse della famiglia, e mai in posizione equivalente ai loro aventi potestà. Tanto è vero che originariamente essi potevano solo migliorare e non peggiorare la posizione del *dominus* o del *pater*²¹⁷.

E, così, anche dopo l'intervento del pretore che predispose gli editti relativi alle *a.a.q.*, essi obbligheranno i loro aventi potestà, ma solo nei limiti della *praepositio*, del *peculium*, del *iussum*. Di loro non si legge mai che sono da considerare 'quasi domini'²¹⁸, ma solo che gli atti conclusi dal *servus* o dal *filius* in qualità di *magister* o *institor* "sibi imputaturo qui praeposuit"²¹⁹.

Il *tutor*, il *curator*, *procurator* erano considerati, invece, ciascuno nel suo ambito, in qualità di *alter ego* del *dominus* o *pater*, "quasi quidam paene dominus"²²⁰. Si trattava, in effetti, di soggetti perfettamente capaci e autonomi, e che in riferimento agli atti conclusi nell'interesse della famiglia, venivano considerati nella stessa, identica posizione del relativo *dominus* o *pater*. Essi, infatti, non sembra che incontrassero limiti nello svolgimento delle loro funzioni. L'unica limitazione riguardava semmai l'ambito di esplicazione della loro attività.

D'altronde, come dicevamo all'inizio del paragrafo, alla fine della *libera res publica*, è ancora questo l'assetto della *familia*. Come scrive efficacemente Quadrato²²¹ "l'universo domestico è popolato da molte altre figure, da altre persone che vivono nella *domus* accanto al *pater familias*, legati a lui dai vincoli più disparati, *obsequium*, *officium*, *amicitia*, *familiaritas*. Tutta una costellazione di persone che gli ruotano attorno: οἱ περὶ αὐτῶν nella rappresentazione ciceroniana (*ad Att.* 13.52.2); *universi quos circa se habet* nella immagine ulpiana di D. 33.9.3.6; *ceteri qui circa eum sunt* nella descrizione

²¹⁷ D. 50.17.133; *supra*, nt. 31.

²¹⁸ *Supra*, § 3.2.

²¹⁹ D. 14.1.1.4; *supra*, § 2.1.

²²⁰ Cic., *pro Caec.* 20.57; D. 14.3.5.18; D. 14.3.6; v. *supra*, § 3.1; 3.2.

²²¹ QUADRATO, v. "Rappresentanza" (*Diritto romano*), cit., 429-430.

di Paolo in D. 33.9.4.2. Accanto ai *liberti*, espressamente menzionati da Cicerone²²², nella cerchia familiare figurano *amici e clientes...*”.

Si tratta di un universo legato da vincoli che non rivestono unicamente un valore sociale ma anche giuridico. Sono legami che trovano una precisa formalizzazione esterna ed una precisa rilevanza giuridica. Dice, infatti, Albanese²²³ che “...in un numero elevatissimo di testimonianze, i Romani insistono sulla circostanza che esiste, e anzi deve esistere, una *causa* della *amicitia* privata. Ciò, nel senso che occorre che l'*amicitia* tra due privati sia giustificata da dati obiettivi, obiettivamente rilevabili, sottratti alle mere sfumature psicologiche. Si insiste, infatti, sulla circostanza che l'*amicitia* tra due privati sia fondata sulla *cognatio*, sull'*adfinitas* e sulla *vicinitas*, sulla *necessitudo*, sui *mutua officia*, sulla comune gestione di cariche o magistrature, sulla paterna *necessitudo*, sul fatto di essere coeredi, e su simili circostanze. Questa insistenza da luogo a credere, già da sola, all'esistenza in Roma, d'un concetto d'*amicitia* privata con un valore assai più formale e obiettivo di quanto non avvenga in altre società antiche e moderne”.

Ebbene, il *procurator* si inserisce in questo ambito. Egli, infatti, ha una sua precisa individualità, ma, al contempo, alla *familia* strettamente si lega e si appartiene.

Come scriveva magistralmente Bonfante²²⁴: “Nella società romana, che nonostante il suo ricco svolgimento, non si svelse mai dalla sua base patriarcale, come l'Inghilterra non la ruppe con le sue vecchie feudali origini, la giuridica fisionomia del *procuratore*, i suoi tratti caratteristici non erano che la riflessa e parziale immagine di un tipo reale e organicamente perfetto esistente nella coscienza e nella vita del popolo. Istituzione di fatto prima di esser di diritto; come le più genuine e tenaci istituzioni romane nata nel consorzio familiare, e indi riconosciuta e assunta e riconosciuta nel *ius civile*; costituente un ufficio e carattere personale più che un mero soggetto passivo del vincolo obbligatorio, il *procurator* balza fuori dalle fonti classiche, letterarie e giuridiche, quale una figura schiettamente nazionale e distinta dal mandatario. Devoto liberto ove era già schiavo obbediente, egli continua le stesse funzioni di prima, né si considera assolutamente estraneo alla famiglia, cui lo legano i vincoli, anche essi familiari prima di essere in parte giu-

²²² Cic. *ad Att.* 13.52.2.

²²³ *La struttura della manumissio inter amicos*, cit., 268.

²²⁴ *Facoltà e decadenza*, cit., 260-261.

ridici, del patronato e della clientela: e se il diritto in proposito regola per certi riguardi i suoi atti come se fosse ancora effettivamente membro della famiglia, non compie quindi un'assoluta finzione”.

Tuttavia, alla fine dell'età repubblicana la 'tipizzazione' delle figure considerate è più decisa rispetto al passato. In ordine a ciascuna esse si determinano e precisano rigorosamente gli ambiti di applicazione, la tipologia delle attività da svolgere, e le diverse conseguenze giuridiche che possano derivarne.

Nel caso degli *institores* e dei *magistri* la caratterizzazione è più marcata e decisa, e ne abbiamo notizie più certe, perché essa è ascrivibile in gran parte all'attività dei magistrati dotati di *iurisdictio* che intervennero disciplinando nel dettaglio gli ambiti, la tipologia delle attività rientranti specificamente nelle previsioni degli editti (*negotiatio, taberna*), i caratteri e le forme dell'atto di legittimazione esterna che garantiva i terzi la riferibilità al preponente dell'attività compiuta dal preposto.

Difatti, nel caso della *praepositio institoria* o *exercitoria* la disciplina è mista, in quanto il regime degli acquisti deriva direttamente dalla struttura civilistica della familia romana, mentre la disciplina gli effetti obbligatori da un intervento esplicito del pretore. Ed è proprio l'intervento magistratuale che contribuisce a dare una forte caratterizzazione agli istituti coinvolti. Infatti, la disciplina pretoria, per un verso, determina indubbiamente una maggiore complessità della materia, ma al tempo stesso, le attribuisce dei caratteri tutto sommato più definiti.

In ordine al *procurator*, invece, non si realizza un intervento così specifico come in materia di *a.a.q.*, e questa circostanza dà luogo sicuramente a maggiori incertezze ricostruttive. Le uniche prescrizioni edittali che riguardano direttamente²²⁵ la figura del *procurator* sono quelle relative al *procurator ad litem*²²⁶.

Tuttavia, anche per il *procurator* si prospetta nelle fonti una forte tipizzazione, la quale presenta, forse, dei caratteri differenti ed emerge in maniera meno definita, ma si mostra comunque con evidente chiarezza già nelle fonti preclassiche, anche non strettamente giuridiche, e individua ine-

²²⁵ Si deve ricordare, infatti, che anche altri editti menzionavano o prendevano in considerazione la figura del *procurator*, ma ciò avveniva solo indirettamente; v. in proposito gli editti relativi agli interdetti *de vi* e *de vi armata* (*supra*, § 3.2), oppure l'editto *de mancipiis vendundis* (*supra*, nt. 126; 136).

²²⁶ *Supra*, § 3.4.

quivocabilmente nella gestione delle grandi proprietà terriere la sfera di operatività del *procurator*²²⁷.

Questa originaria caratterizzazione continuerà a permanere anche in età classica, anche se – in virtù dello sviluppo della realtà economica e sociale, per un verso, e dell’approfondimento della riflessione giuridica, dall’altro – si assisterà poi ad un fenomeno di avvicinamento delle due figure e della relativa disciplina. Tuttavia, le configurazioni originarie e certi elementi differenziali permarranno sempre. Tanto è vero che, la differenza tra *institor* e *procurator* è netta per i giuristi romani, e si coglie ancora in alcuni brani di tarda età classica in cui i reciproci ruoli e funzioni risultano distinti con particolare evidenza²²⁸.

È, dunque, un problema di tipicità. Tipicità dunque, non solo processuale ma anche negoziale, non solo delle attività e delle concrete modalità di svolgimento delle stesse, ma anche dei soggetti chiamati a compierle.

Sorgono, allora, spontanei alcuni interrogativi, relativi, in primo luogo, alle motivazioni sottese a questo continuo ed incessante riferimento alla tipicità. Perché tale rigorosità da parte dei giuristi romani? Si può ipotizzare che fossero guidati in tal senso da intenti definitivi o di carattere sistematico? La risposta non può che essere negativa.

In un sistema quale quello del diritto romano, tipicità significa, infatti, certezza, fondata, tuttavia, non sull’astratta formulazione di principi e norme, ma sull’attenzione per il concreto atteggiarsi dei rapporti giuridici e sociali. E quale esigenza più rilevante che la tutela dell’affidamento dei terzi, intesa nel senso originario e risalente di tutela della *fides*, e quindi della correttezza dei rapporti giuridici, di cui l’*aequitas* pretoria è lo strumento principale di tutela?

I terzi, infatti, in ordine all’*institor*, potevano fare affidamento sulla *praepositio* come criterio fondamentale per l’individuazione del soggetto incaricato, e dell’attività economica ad esso affidata, e in quell’ambito potevano validamente concludere tutti gli atti ad essa pertinenti secondo la prassi concreta degli affari²²⁹.

²²⁷ *Supra*, § 3.1.

²²⁸ D. 14.3.5.18 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.6 (Paul. 30 *ad ed.*); su cui *supra*, § 3.2. D. 14.3.5.10; su cui *infra*, § 4.2.

²²⁹ *Supra*, § 2.2.

Essi, infatti, qualora contrattavano con un soggetto che dichiarava di agire come *institor* – legittimato in base ad atto adeguatamente pubblicizzato e nell'ambito di un'attività tipicamente commerciale – sapevano con certezza che, per tutto ciò che concerneva l'impresa e l'esplicazione di tale attività, potevano rivalersi sempre contro il preponente in caso di inadempimento.

Se dovevano concludere un atto negoziale, invece, con un *procurator*, originariamente dovevano accertarsi solo del fatto che a questo soggetto – in virtù dei rapporti personali intercorrenti col *dominus negotii*, o per la particolare posizione rivestita nei riguardi della *familia* dello stesso²³⁰ – fosse consentito l'esercizio concreto del diritto. In età classica, invece, in cui i poteri amministrativi e rappresentativi del *procurator* trovano fondamento anche in singoli e specifici atti di preposizione, in considerazione anche dell'avvicinamento alla figura del mandato, i terzi contraenti sanno che dovranno fare maggiore attenzione.

Dovranno accertarsi, infatti – vista la progressiva dissociazione del momento della titolarità da quello dell'esercizio del diritto – dei poteri effettivamente conferiti al *procurator*, se limitati ad un singolo atto, o se concernenti tutto il patrimonio del *dominus*. Dovranno accertarsi anche delle condizioni economiche di tale *procurator*, perché è possibile che, in determinati casi, dovranno rivalersi su questi, e sul suo patrimonio. Dovranno, allora, tutelarsi, qualora tali condizioni non siano rassicuranti, con idonei mezzi di garanzia (fideiussioni, pegni) prestati da terzi, o dallo stesso *procurator* mediante *cautiones* (*rem ratam habiturum, iudicatum solvi*).

È, principalmente, un problema di tutela dei terzi, perché è questa la prospettiva dei giuristi romani, ed è la medesima che li induce, come vedremo meglio in seguito, anche alla creazione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

Infatti, con l'evolversi delle situazioni giuridiche ed economiche sarà necessario, proprio per la concreta realizzazione dell'*aequitas*, superare parzialmente certi rigidi criteri di tipicità, e l'analogia costituirà lo strumento privilegiato di tale operazione.

4.2. Ebbene, alla luce delle considerazioni svolte, possiamo ora rileggere i passi che avevamo indicato all'inizio della nostra trattazione.

Leggiamo, così, con minore sorpresa e stupore il discusso brano di Ulpiano di cui abbiamo già fatto cenno precedentemente²³¹, e che qui riportiamo nuovamente per renderne più agevole la lettura:

²³⁰ *Supra*, § 3.1; 3.2.

²³¹ *Supra*, §1.2 b).

D. 14.3.5.10 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset, et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non istitoria, sed ex locato tenebitur.*

Il *fullo*, partendo per un viaggio, aveva lasciato un soggetto a sovrain-tendere ai *discipuli*, ai quali *tabernam instructam tradiderat*, e, dopo la partenza, uno di questi aveva ricevuto in consegna delle vesti e le aveva trafugate. Il *fullo*, dunque, secondo Ulpiano, non è responsabile se il soggetto *relictus* era stato designato come *procurator*, lo è, invece, se era stato nominato *institor*.

Se, tuttavia, il *fullo* aveva assicurato al cliente che i suoi operai erano fidati, sarà tenuto con l'azione *ex locato*, e non con l'*actio institoria*.

Come ricordavamo già in premessa²³², il testo costituisce uno dei luoghi del Digesto più tormentati dalla dottrina romanistica²³³. Alcuni ritengono addirittura che rappresenti un vituperio alla realtà e alla logica e, quindi, negano ogni attendibilità al brano²³⁴.

In realtà il passo presenta varie scorrettezze formali²³⁵, e una certa discontinuità nel periodare²³⁶, ma ciò non si riflette, a nostro parere, necessariamente in una scorrettezza anche dal punto di vista contenutistico.

²³² *Supra*, § 1.2.

²³³ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 200; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 176 ss.; SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, cit., 104 ss.; LONGO, *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni, II Parte speciale* (Roma 1954); VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis"*, cit., 376; 416; ID., *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias*, cit., 384; RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 15 ss.; KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 82 ss.; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 614 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 9 nt. 1; ID., "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, cit., 68 nt. 23; ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione*, cit., 236; ID., *Il procurator*, cit., 85; VOGLI, "Diligentia", "custodia", "culpa". *I dati fondamentali*, in *SDHI*. 56 (1990) 111; KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen in römisches Recht*, in *ZSS*. 100 (1983) 407; BENKE, *Zu Papinians Actio ad exemplum*, cit., 598.

²³⁴ SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, cit., 113 ss.

²³⁵ 'Imperaret' è senza soggetto, tanto è vero che sono state proposte varie correzioni. D'altronde, anche la parte finale 'Plane si adfirmaverit mihi... sed ex locato tenebitur' da adito a forti sospetti; cfr. SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, cit., 104-105 ss.

²³⁶ In proposito *praecipue* RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians*, cit., 14 ss.

Molti autori, infatti, ne hanno riconosciuto la sostanziale autenticità. Così per Angelini²³⁷ il brano sarebbe attendibile, e costituirebbe anzi una delle dimostrazioni più evidenti dell'ipotesi espressa dall'autore sul *procurator*, quale soggetto dotato, a differenza dell'*institor*, solo di poteri tecnici e non prettamente giuridici.

Per altri²³⁸, ancora, il responso sarebbe autentico e proverebbe che l'*actio quasi institoria* non può essere classica. Rappresenterebbe, infatti, piena testimonianza dell'antitesi, ancora esistente in età classica, tra *institor* e *procurator*, tale che, anche qualora l'attività svolta dai due soggetti fosse identica, non sarebbe stata possibile una equiparazione dei due regimi, con inevitabili riflessi sulla riferibilità a Papiniano della creazione delle azioni *ad exemplum institoriae*.

Si potrebbe, anche, ipotizzare che la soluzione prospettata non sia da attribuire ad Ulpiano, bensì a Labeone²³⁹ a cui si riferisce il frammento immediatamente precedente (D. 14.3.5.9). Si spiegherebbe così l'anomalia rilevata, in quanto il responso sarebbe eco di un'età precedente a quella papiniana, e quindi frutto dell'originario sistema, in cui le due figure erano nettamente distinte, in ordine soprattutto alla figura del soggetto responsabile, che nel primo caso è il preponente, nell'altro il *procurator* stesso.

Tuttavia, noi vorremmo riflettere su una circostanza fondamentale. Il fatto stesso che, in alcuni casi e sotto determinati profili, le due figure vengano assimilate (*actio ad exemplum institoriae*), non significa di per sé che si sia giunti, anche in età classica avanzata, ad una totale equiparazione delle relative discipline. Bisogna rendersi conto, allora, prima di dare un'interpretazione al brano, del carattere stesso di tale assimilazione.

Sappiamo, infatti, che i giuristi romani avevano precisa coscienza della netta distinzione intercorrente fra le figure del *procurator* e dell'*institor*. Abbiamo già visto²⁴⁰ che il primo solitamente non esercitava attività com-

²³⁷ ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 235.

²³⁸ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 200; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 176 ss.

²³⁹ In particolare VOCI, "Diligentia", "custodia", cit., 112. L'Autore ricostruisce il responso nel suo tenore letterale con l'ausilio dei Basilici, e sostiene che una forma di responsabilità vi sarebbe comunque verso il terzo, cambierebbe solo il soggetto chiamato a rispondere: nel caso che fosse lasciato un *institor*, risponderebbe il *fullo*, se un *procurator*, risponderebbe quest'ultimo soggetto.

²⁴⁰ *Supra*, § 3.1; 3.2.

merciale, anzi veniva nettamente distinto dall'*institor*, o da chi si occupava in veste di *praepositus* di queste attività.

Di conseguenza, a noi sembra che il fatto che il *fullo* abbia voluto qualificare il *relictus* come *procurator*, dimostri che egli non voleva che questo soggetto si occupasse dello svolgimento dell'attività commerciale in sua assenza. Dice, infatti, Solazzi²⁴¹ che se il *fullo* avesse affidato al *relictus* il potere di contrattare con i clienti e di accettare gli indumenti personalmente o tramite i *discipuli*, sia che l'avesse definito *procurator*, o *institor* sempre come un *institor* doveva essere trattato: "Poco importa che il *fullo* 'peregre proficiscens' abbia dato alla persona il nome di *procurator tabernae*. Contano le funzioni e non il titolo. Se colui che il *fullo* ha chiamato *procurator* abbia le stesse incombenze di un *praepositus tabernae*, e cioè il potere di disporre nei negozi della *taberna*, esso è sicuramente un *institor*".

Dal brano, invece, risulta chiaramente che non c'è stata la volontà da parte del *fullo* di affidare al soggetto, da lui lasciato a sorvegliare i *discipuli*, la continuazione dell'attività commerciale. La *taberna*, infatti, è stata *tradita* ai *discipuli*, ed al *relictus* è stato affidato unicamente il compito di sorvegliarli. È probabile allora ritenere col Solazzi²⁴² che il *relictus* fosse davvero un *procurator* e che questi – forse già nominato, o costituito in occasione della partenza – avesse avuto affidati ben altri compiti e non solo quello di *imperare discipulis*, e dunque non abbia dovuto, né potuto prendere possesso di tutti i beni appartenenti al suo amministrato. D'altronde, la nomina del *procurator* non doveva prevedere una consegna particolareggiata dei beni del gerito.

Inoltre, vi è una seconda importante considerazione da svolgere. Non va dimenticato, infatti, che nel brano si discute di un problema non perfettamente coincidente con le problematiche oggetto di considerazione negli altri frammenti in cui si propone il confronto tra *procurator* ed *institor*: il problema, cioè della responsabilità per fatto altrui, che sembra essere informato a criteri particolari nel caso delle attività commerciali.

Nel caso di specie, il *fullo* dovrebbe essere chiamato a rispondere non dell'adempimento di negozi posti in essere dai *discipuli* nello svolgimento dell'attività commerciale, ma dell'illecito commesso da uno di essi, con l'indebita appropriazione di alcune delle merci.

Così, è probabile che nel brano esaminato si discuta non tanto dell'applicabilità o meno dell'*actio institoria*, quanto piuttosto del ricorso alla

²⁴¹ SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, cit., 108.

²⁴² SOLAZZI, *Procurator ed institor in D. 14.3.5.10*, cit., 112-113.

particolare disciplina che sancisce la responsabilità dell'*exercitor*, o più genericamente di colui che esercita un'attività commerciale per gli atti illeciti dei propri sottoposti, contemplata più volte nelle fonti a nostra disposizione.

Ci riferiamo, in particolare, per quanto riguarda il furto, all'editto pretorio relativo alle *actiones furti adversus nautas, caupones, stabularios*, ricordato nel titolo quinto del libro 47 del Digesto²⁴³:

D. 47.5.1pr (Ulp. 38 *ad. ed.*): *In eos, qui naves, cauponas, stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicetur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.*

e, per quanto riguarda il danno, alle prescrizioni edittali riguardanti le *actiones damni adversus nautas caupones, stabularios*, menzionate nel titolo settimo del titolo nono del libro quarto del Digesto²⁴⁴, di cui riportiamo, anche questa volta, solo il *principium*:

D. 4.9.7pr (Ulp. 18 *ad. ed.*): *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum prestare: nec immerito factum eorum praestare, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum, si extra navem licet a nautis, non praestabit. Item si praedixerit ut unusquisque vectorum res sua servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.*

²⁴³ Si tratta di un frammento che è stato oggetto di numerose critiche; cfr. LENEL, *EP*, cit., 333 ss.; HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain* (Paris 1929) 121 ss.; SOLAZZI, in *Scritti di dir. romano*, III (Napoli 1960) 506 ss.; DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, in *Ann. Bari* 12 (1953) 135; SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 144 ss. Tuttavia, va riconosciuto – come aveva già fatto Lenel – che l'innegabile intervento sull'aspetto formale del brano non sembra essere stato suggerito dall'intento di creare *ex novo* un principio sostanziale, in quanto può certamente riferirsi ad Ulpiano tutto il contenuto sostanziale del passo; *praecipue* SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 144 ss.; FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 122 ss.

²⁴⁴ Anche questo brano, e quelli che immediatamente lo seguono, sono stati oggetto di numerose dispute dottrinali; per ulteriori dettagli e ragguagli bibliografici si vedano i contributi di SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 154; e da ultimo, FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 99 ss.

Si tratta, in particolare, delle azioni con le quali si sanciva la responsabilità degli *exercitores*²⁴⁵, in particolare dei *nautae*, *caupones* e *stabularii*²⁴⁶ per i fatti illeciti (furti e daneggiamenti) realizzati in danno dei clienti direttamente dagli stessi *exercitores* o dai propri dipendenti nell'ambito specifico dell'attività commerciale svolta.

Tuttavia, la disciplina prospettata potrebbe avere una portata più ampia; difatti, l'elemento che accomuna l'attività dei soggetti indicati nell'editto, e che costituisce la *ratio* della specifica disciplina creata dal pretore, sembra consistere proprio nella circostanza che la commissione degli atti illeciti da punire si ricollega direttamente all'esercizio di un'attività commerciale. Non a caso si fa riferimento all'esercizio di attività marittime (*exercitor, nauta*) o terrestri tipicamente commerciali (*caupo, stabularius*).

Infatti, va ricordato che le attività svolte da *caupones* e *stabularii* rientrano nell'ambito di applicazione dell'*actio institoria* (D. 14.3.5.6-7), e non a caso anche il brano da noi esaminato (D. 14.3.5.10) è inserito nel lungo frammento di Ulpiano in cui si tratta dei casi di "progressiva espansione dell'area economica di riferimento dell'*actio institoria* e dell'*institor*"²⁴⁷.

D'altronde come abbiamo già visto, esaminando la particolare disciplina prevista per gli illeciti commessi dalla *familia publicanorum*²⁴⁸, sembra proprio che i romani volessero distinguere nettamente dalle altre ipotesi di reato, quelle che fossero commesse da soggetti legati in qualche modo ad un'organizzazione imprenditoriale.

È possibile pensare, allora, che quella esaminata, sebbene specificatamente indirizzata nei confronti di determinate forme di

²⁴⁵ Va precisato infatti che il termine *exercitor* sembra assumere nelle fonti una valenza differente. Alcune volte è usato per indicare specificamente l'imprenditore marittimo (Gai 4.71; D. 14.1.1.15), in altre casi, invece, viene usato per indicare anche "colui che esercisce una *taberna* ed in genere un'impresa commerciale, con riguardo alle quali le fonti usano l'espressione "*is qui tabernam (cauponam o stabulum, o genericamente, negotiationem) exercet*"; cfr. *praecipue* DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 87 nt. 51.

²⁴⁶ Ebbene, nonostante apparentemente non vi sia piena coincidenza dei soggetti e delle attività commerciali a cui si applica la disciplina prevista dagli editti in questione, l'*inscriptio* dei due titoli è esplicita in proposito ed anche la dottrina, ormai, è concorde nel ritenere che essa dovesse riguardare non solo l'*exercitor*, ma anche *caupones* e *stabularii*; v. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 144 s.; 154 s.; FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 99 s.; 122 s.

²⁴⁷ DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 66 s.

²⁴⁸ Ci riferiamo, ad esempio, agli editti relativi agli atti illeciti commessi dalla *familia publicanorum*, di cui ci siamo già espressamente occupati; cfr. *supra*, § 3.1.

attività commerciale, potesse anche rispondere ad esigenze comuni a tutto il settore in questione, alle quali i magistrati giurisdicenti più volte cercarono di fornire risposte concrete ed adeguate.

I magistrati giurisdicenti, probabilmente, decisero di regolamentare nello specifico le attività descritte proprio perché erano quelle che assumevano un ruolo del tutto particolare nell'ambito dello svolgimento dei traffici commerciali, e la cui disciplina, di conseguenza, rivestiva un ruolo determinante in termini di efficienza del sistema²⁴⁹.

Ebbene, se queste considerazioni si attagliano particolarmente al caso dei *nautae*, *caupones* e *stabularii*, tuttavia, possono valere in riferimento a tutte le attività individuate dagli editti relativi all'*actio institoria* ed *exercitoria*.

L'elemento unificante può essere rappresentato non solo dal fatto che chi legittima dei soggetti a svolgere un'attività commerciale nel suo esclusivo interesse, facendo propri i proventi che dovessero derivarne, dovrà essere pronto ad assumersi anche tutti gli oneri che ne conseguono, ma soprattutto dalla circostanza fondamentale che chi esercita un'attività imprenditoriale pone in essere una struttura complessa, idonea a creare l'affidamento dei terzi, e, dunque, proprio a tutela dell'affidamento ingenerato, deve assumersi tutti i rischi ad essa connessi, anche se non derivino o conseguano direttamente ad una sua condotta personale.

Tanto è vero che la disciplina prevista per gli atti illeciti è ancora più rigorosa che per gli atti negoziali. A tal proposito, infatti, i giuristi romani si esprimono chiaramente.

²⁴⁹ Come sottolinea da ultimo FERCIA, *Criteri di responsabilità*, cit., 210 – sulla scia di quanto sostenuto già da SERRAO (*Impresa e responsabilità*, cit., 115 s.) e BRAUDEL (*Civiltà materiale, economica e capitalismo (sec. XV-XVIII)*, III, *I tempi del mondo*. Trad. ital. a cura di C. Vivanti (Torino 1982) 4 ss.), "... gli *exercitores* – in particolar modo i *nautae*, ma anche i *caupones* e gli *stabularii* – nella vita economica romana svolgono un fondamentale ruolo di intermediari – tra mercato libero e rifornimento annonario, anche di pubblico interesse – in occasione di spostamenti via mare e via terra; sicché le azioni create e promesse dai pretori romani nei loro editti, introducendo un diversificato regime di responsabilità 'oggettiva' dell'*exercitor*, possono considerarsi in una certa misura uno strumento – per utilizzare una terminologia moderna di 'globalizzazione' economica, proprio perché tendono a garantire la sicurezza dei trasporti di merci viaggianti. L'interesse degli operatori economici, quindi, in termini di efficienza del sistema, in tanto può essere incentivato in quanto gli stessi, in occasione di scambi su lunga distanza, possano contare su adeguati strumenti di tutela dei beni affidati a terzi a tal fine".

Basta leggere le battute introduttive del commentario *ad edictum* di Ulpiano relativo all'*actio exercitoria* per rendersene conto. Il giurista, infatti – identificata la *ratio* sottesa alla creazione dell'editto '*de exercitoria actione*' (D. 14.1.1pr)²⁵⁰ – si sofferma ad esaminare nello specifico la figura del *magister navis* (D. 14.1.1.1), e, dopo averne dato una breve definizione come soggetto '*cui totius navis cura mandata est*', immediatamente procede a distinguerlo dai semplici *nautae*, a causa dei quali è configurabile in capo all'*exercitor* solo una responsabilità *ex delicto*, e mai una responsabilità *ex contractu*²⁵¹:

D. 14.1.1.2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem: alia enim est contraendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet.*

Il giurista severiano si esprime nettamente sulla distinzione tra la disciplina vigente per gli atti leciti e quella prevista, invece, per gli atti illeciti (*alia enim est contraendi causa, alia delinquenti*), ponendo in evidenza che colui che prepone un *magister*, autorizza espressamente i terzi a concludere atti negoziali con lo stesso soggetto, mentre chi adibisce alcuni marinai alla cura della nave, non autorizza affatto i terzi a contrarre con loro, anche se dovrà rispondere in via extracontrattuale dei fatti illeciti commessi sulla nave anche da uno solo di essi.

Infatti, l'*exercitor* risponderà *ex contractu*, e quindi con l'*actio exercitoria*, solo degli atti negoziali posti in essere dal *magister*, quindi dal soggetto espressamente legittimato tramite *praepositio* al compimento degli atti negoziali; risponderà, invece, *ex delicto* anche degli atti illeciti commessi da "*cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint*".

²⁵⁰ *Supra*, § 2.1.

²⁵¹ Solo il *magister* può obbligare l'*exercitor ex contractu*. In proposito già ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain* (Paris 1966) 234 ss.; 389 ss., rigettava decisamente l'opinione che il *magister* fosse solo "*les capitaine du navire*", ritenendo, invece, che si trattasse di un "*agent commercial du propriétaire au de l'armateur du navire...*". A tal proposito anche MOSCHETTI, *Gubernare navis, Gubernare rem publicam* (Milano 1966) 16; GHIONDA, *Sul magister navis*, cit., 327 ss.; GUARINO, *Magister e gubernator navis*, in *Pagine di diritto romano*, VI (Napoli 1995) 224 s.; recentemente in maniera puntuale FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 106.

È una conferma di quanto leggiamo nell'editto relativo alle *actiones furti adversus nautas, caupones et stabularios*²⁵², in cui espressamente si stabilisce che l'*exercitor* debba rispondere *ex delicto* anche degli atti commessi da chiunque si trovi sulla nave (*a quoquo eorum, quosve ibi habebunt furtum factum esse dicitur*), sia che il furto sia stato realizzato "*ope consilio exercitoris..., sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset*" (D. 47.5.1).

L'unica differenza riguarda la previsione di una *culpa in vigilando* dell'*exercitor* che sembra profilarsi nell'ultima parte di D. 14.1.1.2 (*sed culpa et dolo carere eos curare debet*), che ha, tuttavia, un sapore spiccatamente giustiniano²⁵³.

Ebbene, non possiamo soffermarci sugli aspetti particolari delle prescrizioni edittali in questione, ma possiamo certamente affermare in termini generali che si tratta di una disciplina particolarmente onerosa, che attualmente definiremmo in termini di responsabilità oggettiva. Una responsabilità che consegue al fatto stesso di esercitare l'attività commerciale, indipendentemente da ogni criterio di collegamento soggettivo con chi viene chiamato a risponderne.

È vero, allora, che nelle fonti da noi conosciute non si ritrova una disciplina di carattere generale per gli atti illeciti connessi all'esercizio dell'attività imprenditoriale, e che si tratta, invece, di interventi su singole fattispecie, ma non vi è da stupirsi, in quanto era proprio questo il tipico modo di procedere dei giuristi e dei magistrati romani.

Tuttavia, i casi menzionati espressamente nelle fonti riguardano alcuni tra i più rilevanti fenomeni di esercizio di attività imprenditoriale (pubblicani²⁵⁴, imprese di navigazione, gestione di locande, di stazioni per il cambio dei cavalli²⁵⁵), ed, inoltre, da tutte le soluzioni prospettate, sembra emergere in maniera inequivocabile la *ratio* comune da noi identificata.

In definitiva, è, quindi, possibile che Ulpiano in D. 14.3.5.10 ritenesse di dover distinguere le due figure proprio in riferimento a tale particolare disciplina.

Il parere del giurista può, allora, essere ricostruito in tal modo: qualora il *fullo* lasci un soggetto nella veste di *procurator*, vuole che questi si limiti a sorvegliare e custodire la sua *taberna*, anche se ciò non comporta che il *procurator* sia sfornito di poteri tecnico-giuridici, ma solo che non debba

²⁵² *Supra*, nt. 243.

²⁵³ SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 173.

²⁵⁴ *Supra*, § 3.1, nt. 132.

²⁵⁵ *Supra*, nt. 243.

esercitare attività commerciale, con le rilevanti conseguenze ad essa connesse. Responsabile nei confronti del terzo sarà, forse, il *procurator* stesso, però, solo nell'ambito generico del potere di custodia e sorveglianza.

Nel caso, invece, in cui lasci il soggetto in qualità di *institor*, il *fullo* manifesta implicitamente la volontà che questi continui l'esercizio dell'attività a suo nome e nel suo interesse, ed allora, in tal caso, sarà responsabile non solo per gli atti negoziali connessi all'esercizio dell'attività commerciale, ma anche per tutto ciò sia ad essa attinente, nel caso di specie anche per il fatto illecito commesso da uno dei *discipuli*, anche a prescindere dalla configurazione di una responsabilità diretta a suo carico (D. 47.5.1).

4.3. Torniamo, dunque, ai brani in cui si fa menzione dell'*actio ad exemplum institoriae* o *quasi institoria*. Possiamo, ora, tentare di dare delle risposte ad alcuni dei principali interrogativi che si pongono in ordine ad essi.

Innanzitutto, dobbiamo verificare la classicità dell'equazione comparativa che essi pongono tra *institores* e *procuratores*, in relazione alle fonti dell'età precedente, ma anche, e soprattutto, in rapporto a quelle coeve, in cui, invece, le due figure sono nettamente distinte.

Dobbiamo accertare i criteri in base ai quali l'accostamento viene compiuto, le ragioni che vi stanno alla base, e quindi determinare se sia l'intorbidamento dei concetti giuridici coinvolti, in particolare quello di *procurator*, ad averlo suggerito, o se, invece, ferma restando la configurazione tipica dei due istituti, sia stata proprio la loro più compiuta definizione ad aver indotto i giuristi romani alla sua realizzazione.

Ebbene, procediamo con ordine.

Innanzitutto dobbiamo ricordare che i brani relativi alle applicazioni dell'*actio ad exemplum institoriae* o *quasi institoria* sono pochi, sono riferibili, nella loro quasi totalità, a Papiniano, e soprattutto, fanno riferimento a situazioni giuridiche fra loro profondamente differenti. Alcuni configurano ipotesi di *praepositio*, anche se procuratoria (D. 14.3.19pr), altri prevedono ipotesi di mandato, o più genericamente, di attribuzione a terzi del compimento di singoli incarichi (D. 3.5.30(31); D. 17.1.10.5; D. 19.1.13.25).

In proposito sono state espresse differenti ipotesi. Tralasciando quelle che negano radicalmente attendibilità ai brani in questione²⁵⁶, le altre possono riassumersi – come accennavamo in premessa – in due orientamenti principali.

²⁵⁶ In particolare v. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 71 ss.; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 200; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 176 ss.

In particolare, per alcuni studiosi²⁵⁷, la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* sarebbe dovuta a motivazioni di carattere strettamente tecnico, ed in particolare all'impossibilità di ravvisare, nelle fattispecie contemplate, l'esistenza di una *praepositio* in senso tecnico.

Altri²⁵⁸, invece, hanno creduto di ritrovare una giustificazione plausibile in motivazioni di carattere sociale prima che giuridico, ritenendo che, nei casi in questione, l'*actio institoria* diretta non potesse essere utilizzata per l'impossibilità di assimilare le figure dell'*institor* e del *procurator*. Secondo costoro, infatti, la creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* non sarebbe dovuta al fatto che l'attività da tutelare non rientrasse tra quelle commerciali in senso stretto, e quindi nel concetto tecnico di *praepositio*, ma soprattutto alla diversità delle posizioni sociali del *procurator* e dell'*institor*.

Ebbene, noi abbiamo esaminato il regime dell'*actio institoria*²⁵⁹, e, sotto determinati profili, anche quello del *procurator* e del mandato, e – sebbene ci riserviamo di manifestare in maniera compiuta il nostro pensiero in un altro lavoro, già in corso, dalle proporzioni più vaste – possiamo, tuttavia, affermare già da ora che ci sembra quantomeno strano che una soluzione giuridica che sembrerebbe potersi attribuire ad un solo giurista, e che è stata prospettata probabilmente solo in una determinata parte (terzo libro) di uno soltanto dei suoi scritti (*libri responsorum*)²⁶⁰, potesse abbracciare situazioni tra loro così differenti. Sembra difficile credere, infatti, che per fattispecie così diverse si stata prospettata una soluzione unica.

Infatti, se si dovesse riconoscere l'autenticità di tutti questi brani, bisognerebbe accettare l'idea che i giuristi romani avessero proposto e realiz-

²⁵⁷ SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 481 ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II, 307, nt. 3; KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 73 ss.; COSTA, *Actio exercitoria ed institoria*, cit., 39 ss.; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza*, cit., 394 ss.; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 95; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 617 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 1 ss.; ID., “*Actio ad exemplum institoriae*” e categorie sociali, cit., 61 ss.; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 592 ss. Infatti, gran parte degli studiosi citati ritengono che l'*actio ad exemplum institoriae* sia stata accordata a chi avesse contrattato con un *procurator*, e non anche a chi avesse negoziato con un semplice mandatario; v. *infra*, § 4.3 b).

²⁵⁸ RABEL, *Ein Ruhmesblatt*, cit., 275 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 233.

²⁵⁹ *Supra*, § 2.1: 2.2. Per una trattazione più dettagliata e compiuta v. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 188.

zato non solo l'assimilazione delle figure dell'*institor* e del *procurator* – e, dunque, del rapporto intercorrente tra preponente e *institor* a quello esistente tra *dominus negotii* e *procurator* a cui era conferita una *praepositio* (D. 14.3.19pr) – ma anche la realizzazione di un'altra e più complessa circostanza, e cioè quella dell'assimilazione della *praepositio institoria* al semplice rapporto di mandato conferito ad un *procurator* o, addirittura, a determinate situazioni di fatto e di diritto tali da determinare un generico affidamento da parte dei terzi²⁶¹ (D. 19.1.13.25; D. 17.1.10.5.e D. 3.5.31(30)pr).

È alla luce delle predette considerazioni che devono essere esaminati, allora, i brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae*, per valutare se in tutti ricorrano degli elementi tali da rendere applicabile in via analogica il regime dell'*actio institoria*.

Infatti, noi siamo del parere che gli unici autentici, riportabili al pensiero di Papiniano, o più genericamente dei giuristi classici, siano solo quelli in cui si ravvisi quantomeno una *praepositio procuratoria*.

D'altronde, la mancata applicazione – anche in via analogica – del regime previsto per l'*actio institoria* al caso in cui il *dominus* avesse preposto un *procurator* e non un *institor* all'esercizio di un'attività commerciale di carattere continuativo, avrebbe comportato un'indebita elusione della disciplina in questione, e un'inadeguata tutela per i terzi contraenti.

Tuttavia, se si fosse ammessa l'*actio ad exemplum institoriae* per ogni mandato – anche dotato di una certa rilevanza esterna, dovuta sia alla particolare identità dei soggetti ai quali era conferito (*procurator, libertus, amicus*), sia alle circostanze concrete con cui era stato conferito (*litteras*)²⁶² – si sarebbe del tutto snaturata la disciplina dell'*actio institoria*.

²⁶⁰ Infatti, dei frammenti che si riferiscono all'*actio ad exemplum institoriae*, uno soltanto (D. 14.3.19pr) è direttamente tratto da terzo dei *libri responsorum* di Papiniano; altri due (D. 17.1.10.5 e D. 19.1.13.25), sono brani di Ulpiano, ma rinviano espressamente allo stesso libro dei responsi papiniani; il quarto (D. 3.5.31(30)pr) è attribuito sempre a Papiniano e ai suoi *libri responsorum*, ma, a quanto si legge nell'*incriptio*, al secondo e non al terzo dei libri in questione.

²⁶¹ La precisazione che abbiamo operato dipende dal fatto che, in alcuni di essi (D. 3.5.30(31) o D. 17.1.17.25), il rapporto di mandato intercorrente tra *dominus negotii* e soggetto a cui è affidato l'incarico non viene tutelato autonomamente, ma in quanto contribuisca a creare nei confronti dei terzi una situazione di affidamento tale da legittimare la concessione di un'azione diretta contro il *dominus negotii in questione*; *infra*, § 4.3 b).

²⁶² D. 17.1.10.5.e D. 3.5.31(30)pr.

Ebbene, a noi sembra di poter affermare e dimostrare che, anche in tarda età classica, la tipicità delle figure del *procurator* e dell'*institor* è mantenuta salda nel pensiero e nelle soluzioni concrete apprestate dai giuristi romani, e che l'estensione della disciplina dell'*actio institoria* al caso del *procurator praepositus* avvenga proprio nell'ottica della salvaguardia della *ratio* e della coerenza della disciplina dell'*actio institoria*. L'esigenza tutelata è quella di superare il dato formale, per far prevalere quello sostanziale.

Così, come accennavamo precedentemente, la tipicità delle figure e delle attività svolte rispondeva primariamente ad un'esigenza di tutela del terzi, ma è evidente che per sopperire alla stessa esigenza, si doveva essere pronti a superarla quando veniva usata per ingannare o confondere gli stessi terzi.

Esaminiamo, dunque, i brani in questione, con particolare attenzione per quelli in cui è menzionato espressamente il *procurator*.

4.3. Iniziamo, dunque, l'esame dall'unico brano relativo all'*actio ad exemplum institoriae* in cui si fa esplicito riferimento all'esistenza di una *praepositio procuratoria*:

D. 14.3.19pr. (Pap. 3 resp.): *In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aequae faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.*

Siamo in presenza, inoltre, dell'unico frammento – tra quelli che menzionano il rimedio in questione – sul quale esiste una sostanziale concordia in dottrina. L'identità di vedute, infatti, riguarda sia l'autenticità della prima parte²⁶³ '*in eum...dabitur actio*', che il carattere spurio della seconda '*quod aequae... pecuniam promisit*'²⁶⁴.

²⁶³ Tranne qualche voce isolata (ALBERTARIO, *Actio quasi institoria*, cit., 210), tutti gli studiosi che si sono occupati del responso lo hanno ritenuto sostanzialmente autentico: SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 482; 567; RABEL, *Ein Ruhmesblatt*, cit., 22; KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 88 ss.; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 620 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 9 ss.; ID., "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, cit., 64 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 242 ss.; VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 147; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 607 ss.; PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 309; ID., *Profili giuridici*, cit., 196 ss.

²⁶⁴ In particolare ci sembrano pertinenti le osservazioni di LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 620, il quale non ha esitazioni nel riconoscere che la soluzione

Ed, in effetti, il passo è l'unico che risulta tratto direttamente dal terzo dei libri *responsorum* di Papiniano²⁶⁵, nel quale – a quanto sembra – il giurista propose la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

In esso si legge chiaramente che per il mutuo contratto dal *procurator*, che ha ricevuto dal suo *dominus* una *praepositio* a ricevere somme a mutuo, può proporsi un'*actio utilis ad exemplum institoriae*²⁶⁶ direttamente contro il *dominus negotii* preponente.

Tuttavia, se risulta assodata la correttezza formale del responso, estremamente controverse restano le motivazioni per le quali il giurista si risolve a suggerire la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae* al posto dell'*actio institoria* diretta.

A tal proposito, infatti, si confrontano principalmente due opinioni. Coloro²⁶⁷ che aderiscono alla prima – come abbiamo già visto²⁶⁸ – sono quegli stessi Autori che ritengono impossibile assimilare il *procurator*, tipica figura della vita sociale, all'*institor*, e dunque ravvisano in questa circostanza l'elemento che impedisce la concessione dell'*actio institoria* diretta.

I sostenitori della seconda²⁶⁹, invece, ritrovano la giustificazione dell'inapplicabilità dell'*actio institoria* nell'impossibilità di qualificare quella descritta nel brano come *praepositio* commerciale in senso proprio. Nella fattispecie esaminata, infatti, sembra ricorrere il requisito della continuità – poiché si tratta di svolgere un'attività e non singoli atti – tuttavia, il *procurator* non viene preposto “*ad mensam*”, ma “*mutuis accipiendis pecuniis*”.

Non siamo, dunque, in presenza di un'organizzazione tipica e stabile di uomini e mezzi che – come è stato sottolineato più volte²⁷⁰ – costituiva

in questione “... come molte altre, nelle quali la decisione originaria è sottordinata al criterio empirico della solvibilità, è giustiniana”; v. anche BURDESE, “*Actio ad exemplum institoriae*” e *categorie sociali*, cit., 64 nt. 12 e bibliografia ivi citata.

²⁶⁵ *Supra*, nt. 260.

²⁶⁶ I sospetti sulla classicità della costruzione “*utilem ad exemplum institoriae actionis dare*”, avanzati da CARRELLI (*L'actio quasi institoria*, cit., 42-43), sono stati contestati in maniera efficace dalla dottrina successiva; v. in particolare BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 9 ss.

²⁶⁷ In particolare RABEL, *Ein Ruhmesblatt*, cit., 22 ss.; ANGELINI, *Osservazioni*, cit., 242 ss.; ID., *Il Procurator*, sulla base di opinioni espresse già dallo SCHLOSSMANN (*Besitzerwerb*, cit., 84 ss.).

²⁶⁸ *Supra*, nt. 258.

²⁶⁹ *Supra*, nt. 257.

²⁷⁰ *Supra*, § 2.3.

elemento essenziale per l'esistenza di una *praepositio* in senso tecnico, e dunque per l'eventuale applicazione dell'*actio institoria*.

Ed, in effetti, nello stesso frammento di Papiniano riportato nel Digesto sembra porsi chiaramente la differenza tra l'*accipere mutuas pecunias* e l'*accipere mutuas pecunias apud mensam*.

Basta leggere il frammento successivo a quello esaminato per rendersene conto:

D. 14.3.19.1 (Pap. 3 *resp.*): *Si dominus, qui servum institorum apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.*

Il giurista riferisce, in questo caso, di un *dominus* che ha un servo institore preposto ad *accipere mutuas pecunias apud mensam*²⁷¹. Ebbene, se dopo la manomissione dello schiavo, il *dominus* continua a servirsene, in qualità di liberto, per l'esercizio della stessa attività, questo mutamento di *status* – a parere del giurista – non è destinato ad avere alcuna incidenza sulla responsabilità che ad essa dovesse conseguire. Quindi, sarà sempre il preponente ad essere chiamato a rispondere delle eventuali obbligazioni assunte dal liberto nell'ambito dell'attività a lui affidata.

Così, in un approfondito studio sull'organizzazione bancaria nell'esperienza romana, Petrucci²⁷² sottolinea come, nel frammento diciannovesimo del titolo terzo del quattordicesimo libro del Digesto (D. 14.3.19), si rifletta tutta la vivacità del mondo degli affari nel settore creditizio. Sono rappresentate chiaramente tre ipotesi distinte: quella di un "*procurator mutuis accipiendis pecuniis praepositus*" (D. 14.3.19pr), quella di un "*servus institor apud mensam pecuniis accipiendis*" (D. 14.3.19.1), ed in fine quella di un "*servus pecuniis tantum fenerandis praepositus*" (D. 14.3.19.3).

Diversa è, infatti, la configurazione delle tre ipotesi sul piano economico e giuridico, anche in presenza di un identico schema organizzativo basato sulla *praepositio*. Sebbene tali attività siano tutte esercitate in forma or-

²⁷¹ SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 481; ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 243 ss.; BURDESE, "*Actio ad exemplum institoriae*" e categorie sociali, cit., 65 ss.; VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 147; VALIÑO, *Las "actiones adiecticiae qualitatis"*, cit., 375; ID., *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias*, cit., 424; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 388-389; PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 309; ID., *Profili giuridici*, cit., 114 ss.

²⁷² PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 309.

ganizzata e continuativa, il giurista romano tende, esplicitamente, a non confondere le attività relative alla conduzione di una *mensa* da quelle che comportano la semplice attività di accettazione di mutui in denaro o il prestito ad interesse.

Non solo, ma da D. 14.3.19.1 sembra evincersi chiaramente che il mutamento di *status* del soggetto preposto non incide affatto sulla disciplina da applicare. Lo schiavo che diventa liberto, quindi soggetto libero, non altera gli interessi in gioco e, quindi, la riferibilità al *dominus* della responsabilità che consegue all'esercizio dell'attività commerciale.

Probabilmente, dunque, qualora il *procurator* fosse stato preposto *apud mensam* e non *mutuis accipiendis pecuniis*, avrebbe trovato applicazione l'*actio institoria* ordinaria. Ciò ovviamente non doveva avvenire frequentemente, anzi di solito non sarà avvenuto. Ma qualora fosse avvenuto, probabilmente la soluzione sarebbe stata questa.

A noi sembra, infatti, che la soluzione data da Papiniano rispondesse più che altro all'esigenza primaria di tutela dell'affidamento dei terzi in relazione ai singoli casi configurabili in concreto, e che fosse suggerita, dunque, non tanto dalla volontà di prospettare una nuova disciplina, o aprire un nuovo corso nel campo della sostituzione negoziale²⁷³, quanto piuttosto dall'intento di dare una più compiuta interpretazione e definizione a quella già esistente.

Rimaneva ferma per tutti i giuristi la distinzione tra le figure del *procurator* e dell'*institor* e dei loro rispettivi ambiti di applicazione, palesemente dimostrata nei brani già esaminati²⁷⁴. Tuttavia, se i privati volevano utilizzare categorie e istituti dotati di una propria caratterizzazione e tipicità al di fuori del loro ambito specifico, l'applicazione corretta ed equa delle soluzioni giurisprudenziali e magistratuali voleva che si guardasse alla sostanza dei fatti e non alla loro qualificazione formale.

Quindi, se un soggetto conferiva una *praepositio* ad un *procurator* affidandogli la gestione di una *mensa*, allora, anche nei suoi confronti doveva essere concessa l'*actio institoria*. Questa circostanza doveva apparire pacifica. Tanto è vero che non abbiamo responsi a tal proposito. Una testimonianza indiretta può essere costituita dal brano dello stesso Papiniano (D.

²⁷³ v. QUADRATO, voce "Rappresentanza", cit., 432.

²⁷⁴ *Supra*, § 3.2; 4.2.

²⁷⁵ *Supra*, nt. 271.

14.3.19.1) – già esaminato in questo paragrafo²⁷⁵ – laddove si legge che il mutamento dello *status* sociale e giuridico del preposto non incide affatto sulla responsabilità che consegue agli atti negoziali conclusi dallo stesso²⁷⁶. Ebbene, se si riflette sul fatto che molti *procuratores* erano *liberti*, sembra difficile credere che il semplice fatto che fosse un *procurator* ad essere preposto ad una *negotiatio*, avrebbe impedito di per sé la concessione dell'*actio institoria* diretta.

Inoltre, alla stessa conclusione si giunge in base alle testimonianze contenute in altri brani, a cui abbiamo già fatto riferimento in precedenza²⁷⁷, ed in cui si ribadisce a chiare lettere che la condizione personale del soggetto preposto, non può, e non deve rivestire alcun rilievo nel determinare la responsabilità nascente dagli editti relativi alle *a.a.q.*

Ma Papiniano va oltre. Vuole che venga assoggettato al regime dell'*actio institoria* non solo la *praepositio procuratoria* che risponda ai caratteri rigorosamente tecnici di una *praepositio*²⁷⁸, ma anche un rapporto di stabile affidamento ad un *procurator* dell'esercizio di un'attività commerciale, che presenti almeno il requisito della continuità e dell'organizzazione di uomini e mezzi.

D'altronde, la giurisprudenza aveva già operato una lenta ma significativa interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione dell'*actio institoria*²⁷⁹.

²⁷⁶ D'altronde, ammettendo che i compilatori abbiano riportato i brani nella sequenza in cui si trovavano nell'opera papiniana, forse non è un caso che questo passo (D. 14.3.19.1) segua immediatamente l'altro (D. 14.3.19 pr.). L'intento del giurista poteva essere quello di precisare, diversamente dal caso precedente, che qualora si trattasse dell'esercizio di una vera e propria attività commerciale (*apud mensam*), il mutamento di *status* del preposto non aveva alcuna rilevanza in ordine alla disciplina applicabile (*actio institoria*).

²⁷⁷ *Supra*, § 2.1.

²⁷⁸ *Supra*, § 2.2; 2.3.

²⁷⁹ Il processo in questione può evincersi chiaramente dal lungo frammento del libro ventottesimo del commentario *ad edictum* di Ulpiano, riportato dai compilatori in D. 14.3.5-9. In proposito v. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., 65 ss.; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 597. Non può accettarsi, tuttavia, l'opinione estrema espressa in proposito da ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 326, il quale ritiene "... che con Gaio e Ulpiano la giurisprudenza avesse finito per concettualizzare la figura dell'*institor* e, prescindendo da ogni caratterizzazione sociale, fosse giunta a considerare tale il preposto ad un qualsiasi negozio".

Quindi, non vi è dubbio che colga nel segno Angelini, e anche chi, prima di lui²⁸⁰, abbia affermato che la figura del *procurator* e dell'*institor* avessero una loro tipica individualità che non permetteva di confonderne la disciplina e l'ambito di applicazione. Ma è altrettanto vero, innanzitutto, che questa tipicità non era solo una tipicità sociale ed economica ma anche giuridica, e soprattutto, che i giuristi romani erano pronti a superarla quando le esigenze di equità descritte lo richiedevano.

Pertanto, per quanto detto ed osservato nei paragrafi precedenti, ci sembra estremamente improbabile che la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* fosse dovuta al solo fatto che era un *procurator* ad essere *praepositus*. Rivestiva un ruolo sicuramente più determinante il fatto che l'attività svolta non era tale da integrare una *praepositio* in senso tecnico.

D'altronde, a quanto ne sappiamo, nella formula dell'*actio institoria* non doveva essere indicata la condizione soggettiva del preposto²⁸¹, mentre doveva essere espressamente menzionata la *praepositio*²⁸², e doveva procedersi, forse, anche all'esatta individuazione dell'attività commerciale affidata al preposto in questione²⁸³, nell'ambito della quale doveva rientrare l'atto negoziale, che aveva dato origine all'azione in questione.

²⁸⁰ *Supra*, nt. 267.

²⁸¹ *Supra*, § 2.1.

²⁸² La formula dell'*actio empti institoria* proposta da Lenel (*EP*, 263) è la seguente: *C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius de Lucio Titio, cum is a N. Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem L. Titium dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio c.s.n.p.a.* In proposito anche MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 360.

²⁸³ Dai commentari *ad edictum* dei giuristi classici sappiamo che nella formula doveva menzionarsi espressamente la *taberna instructa* (*supra*, nt. 282), ed è anche possibile supporre che l'identificazione dell'attività da svolgere fosse ancora più precisa. Basti pensare al caso riferito in D. 14.3.13pr. (Ulp. 28 *ad ed*): *Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuum pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.* Si tratta di un brano fortemente discusso dalla dottrina principalmente in ordine alla natura dell'azione concessa, ed in particolare, anche in relazione alla classicità o meno dell'*actio ad exemplum institoriae*; v. COSTA, *Le azioni exercitoria*, cit., 84; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 143 ss.; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 158; *contra* SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 480 ss.; ID., *L'età dell'actio exercitoria*, in *Riv.*

4.3. Continuando l'esame dei brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae*, dobbiamo ora valutare le testimonianze racchiuse in altri due di essi, che vogliamo considerare congiuntamente in quanto presentano degli elementi di innegabile somiglianza. In entrambe, infatti, non è ravvisabile l'esistenza di una *praepositio*, ma si è comunque verificata una situazione di "affidamento" per i terzi, causata dal comportamento del *dominus negotii*, che induce il giurista a tutelare i terzi in questione contro lo stesso *dominus*, anche al di là dell'effettivo vantaggio che quest'ultimo ne abbia potuto ricavare.

Il primo è un brano del commentario *ad edictum* di Ulpiano in cui si richiama l'opinione di Papiniano contenuta – a quanto si legge nello stesso frammento riportato – nel terzo dei suoi *libri responsorum*, proprio come il responso di cui ci siamo occupati nel paragrafo precedente (D. 14.3.19pr.)²⁸⁴:

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.*

dir. Navig., VII (1941) 185 s., ora in *Scritti di diritto romano*, II (Napoli 1957) 251 ss.; RABEL, *Ein Ruhmesblatt*, cit., 16; LONGO, *Actio exercitoria*, cit., 616. Lo stesso responso è stato, tuttavia, valutato con minore atteggiamento critico dalla dottrina più recente: ANGELETTI, *Osservazioni in tema di actio*, cit., 243; BURDESE, "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, cit., 67. La fattispecie viene ricostruita nel seguente modo: un servo viene impiegato contemporaneamente per l'esercizio di due attività commerciali, il commercio dell'olio e la raccolta del denaro a mutuo. Si configurano, così, due *praepositiones* distinte, una "*merci oleariae gratia*", e l'altra "*accipiendis mutuis pecuniis*". Un terzo concede al *servus* un prestito ritenendo che il denaro a mutuo servisse per la prima delle attività esercitate, e successivamente agisce per ottenere la restituzione della somma, specificando nella formula tale circostanza; non riesce però a provare che la somma era stata presa dal *servus* "*mercis gratia*", e quindi perde la causa e consuma l'azione. Il pretore però ritiene equo accordargli tutela, mediante un'*actio utilis* concessa "*quasi pecuniis mutuis accipiendis esset praepositus*". È probabile, dunque, che nel redigere la formula dell'*actio institoria* non bastasse un generico riferimento all'esistenza di una *taberna instructa*, ma che dovesse individuarsi nella sua specificità anche l'attività commerciale menzionata nella *praepositio* (*mutuis accipiendis, mercis oleariae*), nell'ambito della quale doveva farsi rientrare, d'altronde, l'atto negoziale compiuto dal preposto. E questa indicazione, con molta probabilità, doveva rivestire un valore determinante, tanto che una sua errata formulazione avrebbe determinato addirittura la perdita della lite.

²⁸⁴ *Supra*, nt. 263.

Il caso fa riferimento alla tutela accordata ad un fideiussore che ha prestato garanzia a favore di un *procurator*, il quale aveva avuto mandato ad ‘*accipere mutuam pecuniam*’. Il fideiussore, tuttavia, aveva prestato garanzia a favore del *procurator* proprio perché era a conoscenza, ed aveva fatto affidamento sull’esistenza del mandato. Di conseguenza, Papiniano ritiene equo che il fideiussore, condannato a pagare, possa agire contro il *dominus negotii* mandante con l’*actio utilis quasi institoriam*, considerando il mandato alla stregua di una ‘*praepositio mutuae pecuniae accipiendae*’.

Ebbene, tutta la dottrina più antica ha ritenuto il brano interpolato nei suoi aspetti formali e sostanziali²⁸⁵. In seguito, invece, alcuni studiosi ne hanno rivalutato l’autenticità²⁸⁶.

Così Angelini²⁸⁷, lo ha ritenuto autentico sulla base di un’avvenuta assimilazione tra il mandato specifico ad “*pecuniam mutuam accipere*”²⁸⁸ e la *praepositio* stabile “*mutuis pecuniis accipiendis*”. E lo stesso Burdese, che inizialmente lo aveva ritenuto interpolato²⁸⁹, successivamente²⁹⁰, ha manifestato una posizione di maggiore apertura, ritenendo che il brano potesse essere autentico, e con esso la concessione dell’*actio ad exemplum institoriae*, solo perché il mandato in questione era stato conferito ad un *procurator*, cioè ad un soggetto dotato di una propria ed inconfondibile riconoscibilità, tale da

²⁸⁵ Il frammento è stato ritenuto interpolato, sul presupposto che tutte le espressioni costruite col ‘*quasi*’ sarebbero da attribuire ai Giustiniane: ALBERTARIO, *L’actio quasi institoria*, cit., 216; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 482; 567 ss.; RABEL, *Ein Ruhmesblatt*, cit., 23; CARRELLI, op. cit., 168; KRELLER, op. cit., 88; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 117 ss.

²⁸⁶ VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 148, ne riconosce l’autenticità ma ipotizza che Papiniano avesse utilizzato la terminologia *actio ad exemplum institoriae*, per differenziare questa azione dalle altre azioni utili, ma anche che avesse adoperato la più complessa espressione ‘*actio utilis ad exemplum institoriae*’ per sottolineare il fatto che fosse un’azione cognitoria e non edittale. La questione aperta da Valiño ci rinvia alla complessa questione della ‘veste’ processuale assunta dall’azione di cui ci stiamo occupando. Un problema di non facile soluzione, di cui, purtroppo, non possiamo occuparci in questa sede; cfr. *infra*, nt. 344.

²⁸⁷ *Osservazioni*, cit., 233; 246; ID., *Il procurator*, cit., 103.

²⁸⁸ L’assimilazione potrebbe essere realizzata solo se questo mandato fosse un mandato generale *ad mutuam pecuniam accipere*, tale da determinare nei terzi un affidamento simile a quello ingenerato dall’esistenza di una *praepositio*. Va detto, tuttavia, che il mandato generale è una figura estremamente controversa in dottrina; v. in proposito BURDESE, *Sul procurator*, cit., 321 ss.

²⁸⁹ *Actio ad exemplum*, cit., 11 nt. 1-2.

²⁹⁰ “*Actio ad exemplum institoriae*” e *categorie sociali*, cit., 73-74.

creare, anche in mancanza di una vera e propria *praepositio*, l'affidamento dei terzi.

In realtà, a noi sembra che la dottrina più risalente avesse ragione. Ci troviamo addirittura in presenza di un responso in cui si assimila un mandato – che conferisce un incarico specifico – ad una *praepositio*. Per le osservazioni fatte nei paragrafi precedenti, ci sembra davvero poco credibile che dei giuristi classici abbiano potuto operare una simile equiparazione.

Oltretutto, il fatto che il responso rinvii al terzo dei *libri responsorum* di Papiniano non assicura di per sé che dovesse riguardare l'*actio ad exemplum institoriae*, perché nel libro in questione – come chiaramente risulta dalla Palingenesia di Lenel²⁹¹ – il giurista si occupava anche di argomenti differenti e, in particolare, ad esempio, della *fideiussio* e del mandato.

Ci sembra, invece, più plausibile ritenere che nel brano si discutesse dell'eventuale concessione dell'*actio mandati* al fideiussore che era intervenuto a garantire l'obbligazione del *procurator* fornito di mandato.

Il fideiussore, infatti, aveva prestato garanzia spontaneamente, forse addirittura all'insaputa del *dominus negotii*, facendo, però, affidamento sul mandato conferito al *procurator*. Quindi, a rigore, il fideiussore non poteva agire contro il mandante perché tra i due non era intercorso alcun rapporto giuridico diretto. Anzi, probabilmente quest'ultimo non era neanche a conoscenza della garanzia prestata.

Ebbene, generalmente per accordare in via di regresso l'*actio mandati* al fideiussore, è necessario che sussistano dei presupposti tali da poter configurare, un rapporto di mandato. Altrimenti si può fare ricorso, probabilmente, ad un'*actio negotiarium gestorum*²⁹².

In questo caso, in effetti, non vi sono elementi tali da far dedurre l'esistenza di un qualsiasi rapporto diretto tra terzo fideiussore e *dominus ne-*

²⁹¹ Paling, II, 889 ss.

²⁹² D. 17.1.6.2 (Ulp. 31 *ad ed*): *Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio*; D. 17.1.53 (Pap. 9 *quaest.*): *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi...* Secondo quanto ci è dato leggere, sembra proprio che l'*actio mandati contrari* non potesse essere esperita dal garante che fosse intervenuto "pro invito... au donandi animo aut negotium gerens", oppure "pro ignorante" o "pro absente". In questi casi, probabilmente, doveva farsi ricorso all'*actio negotiarum gestorum contraria*: D. 17.1.6.2; D. 17.1.53; D. 17.1.20. A tal proposito v. anche *infra*, nt. 297 ss.

gotii, tuttavia il giurista ritiene che l'esistenza di un mandato conferito al *procurator*, di cui il fideiussore avesse avuto notizia, potrebbe bastare per integrare i requisiti necessari per la concessione di un'*actio mandati contraria*, eventualmente, di un'*actio negotiarium gestorum contraria* al fideiussore.

Di conseguenza, il fatto che il giurista abbia voluto sottolineare e porre l'accento sull'esistenza del mandato, e della sua conoscenza da parte del fideiussore, non è funzionale – a nostro parere – al riconoscimento dell'*actio ad exemplum institoriae*, ma solo all'ammissione di un'azione diretta contro il *dominus*. Il fideiussore, a rigore, avrebbe potuto agire solo contro il *procurator*, tuttavia, il giurista opta per una diversa soluzione, forse proprio perché il terzo ha prestato la *fideiussio* nell'interesse del mandante e non del *procurator*. Probabilmente, il fideiussore non si sarebbe nemmeno risolto a prestare la garanzia, se non avesse saputo del mandato conferito al *procurator*.

Quindi, ci sembra perfettamente credibile che in riferimento al caso concreto Papiniano avesse potuto suggerire la concessione al terzo fideiussore di un'*actio mandati* o di un'*actio negotiarium gestorum*, forse '*utilis*', contro il *dominus negotii*, per far valere la responsabilità derivante dal conferimento stesso del mandato. Invece, ciò che ci sembra estremamente improbabile è che – sulla base del semplice affidamento del terzo, indotto dall'esistenza di un mandato conferito ad un *procurator* – avesse potuto proporre la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae*, come se il *procurator quasi praepositus esse*.

Una situazione simile si riscontra in un altro brano – anch'esso attribuito a Papiniano – in cui ritiene equo tutelare il terzo che abbia fatto affidamento sull'esistenza di un mandato '*pecuniam mutuam accipiendam*', conferito tramite lettera, ad un *amicus* o ad un *libertus*:

D. 3.5.31(30)pr. (Pap. 2 resp.): *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.*

Come accennavamo, la fattispecie prevista in questo responso, tratto dal secondo dei *libri responsorum* di Papiniano, presenta notevoli elementi di analogia, anzi – come ritiene Burdese²⁹³ – “singolari identità di dettaglio” con quella descritta da Ulpiano in D. 17.1.10.5.

²⁹³ BURDESE, “*Actio ad exemplum institoriae*” e categorie sociali, cit., 75.

Anche qui si riscontra un mandato specifico ad ottenere una somma a mutuo, ed un terzo che presta fideiussione avendo avuta notizia del conferimento del mandato.

La differenza riguarda i soggetti a cui è conferito l'incarico. Qui si tratta, infatti, di un *libertus vel amicus*, e non di un *procurator*. Inoltre il mandato, in questo caso, risulta addirittura da un atto scritto ("*litteras*").

In realtà, il passo è formalmente scorretto: il verbo *mandavit*, ad esempio, è privo di soggetto. Discussa è anche la menzione dell'*amicus*, ritenuto solitamente spurio²⁹⁴.

L'espressione '*creditori*' sembra costituire un'aggiunta²⁹⁵, in quanto al creditore dovrebbe spettare l'azione diretta nascente dal negozio concluso. La denominazione finale dell'azione, inoltre, risulta alquanto sospetta: "*scilicet ad exemplum institoriae actionis*"²⁹⁶.

E, in effetti, anche in ordine a questo brano si sono confrontate ipotesi estremamente differenti. Il passo è stato ritenuto del tutto interpolato dalla dottrina più risalente nella sua quasi totalità²⁹⁷. Mentre successivamente ne è stata riconosciuta, in maniera più o meno ampia, l'autenticità, sia in relazione alla sua veste formale che alla soluzione in esso contenuta²⁹⁸.

²⁹⁴ BURDESE, *Actio ad exemplum*, cit., 5; 14 ss., il quale originariamente aveva ipotizzato che l'espressione '*liberto vel amico*' avesse surrogato nell'originale il termine '*procurator*'. Successivamente, invece, lo stesso autore (*Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 75), sulla scorta anche dei lavori dell'Angelini, ne ha accettato la sostanziale autenticità.

²⁹⁵ ANGELINI, *Osservazioni in tema di actio*, cit., 238.

²⁹⁶ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 215.

²⁹⁷ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 214; RABEL, *Ein Ruhmesblatt*, cit., 23; i due autori ritenevano infatti che Papiniano discutesse semplicemente della possibilità per il fideiussore di agire contro il *dominus* con l'*actio negotiorum gestorum*. Come dicevamo precedentemente (*supra*, nt. 257), gran parte della dottrina più risalente era del parere che l'*actio ad exemplum institoriae* fosse stata riconosciuta solo al terzo che avesse agito con un *procurator praepositus*, e non con il *procurator* fornito di solo mandato. Solo pochi avevano manifestato parere differente. Tra questi, in particolare, SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 490 ss., il quale obiettava al contrario che il mandato e le *litterae* non avrebbero avuto alcuna rilevanza per stabilire o meno l'applicabilità dell'*actio negotiorum gestorum*, ma potessero costituire, invece, dei validi presupposti per la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae*.

²⁹⁸ LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 617 ss.; BURDESE, "*Actio ad exemplum institoriae*" e *categorie sociali*, cit., 74 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema di*, cit., 237 ss.; VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 147; BENKE, *Zur Papinians actio*, cit., 611 ss.

Così – a parere dell’Angelini²⁹⁹ – anche in questo caso la concessione dell’*actio ad exemplum institoriae* sarebbe pienamente classica, ed ancora una volta, l’impossibilità di concedere l’*actio institoria* ordinaria discenderebbe dall’impossibilità di far rientrare il *libertus*, ed anche l’*amicus*, nella categoria degli *institores*, a causa della loro appartenenza ad una diversa categoria sociale.

Altri³⁰⁰, pur avendone contestato inizialmente l’autenticità, successivamente si sono dichiarati favorevoli a riconoscere la sostanziale veridicità della soluzione prospettata nel passo, solo in considerazione del fatto che il mandato specifico ad ‘*mutuae pecuniae accipere*’ conferito all’*amicus* o al *libertus*, come quello conferito al *procurator*, sarebbe tale da determinare l’affidamento dei terzi: “... la qualità di *libertus* e di *amicus* non rileverebbero cioè come condizioni sociali del soggetto, ma semmai come indici dell’esistenza di un rapporto stabile, tra essi ed il mandante o preponente, non indifferente per il diritto in quanto socialmente riconoscibile e suscettibile quindi di giustificare l’affidamento del terzo nella responsabilità adiettizia del *dominus negotii*”.

Ebbene, noi concordiamo perfettamente con le precisazioni di Burdese³⁰¹, chiedendoci, innanzitutto, come si sia potuto sostenere che il *libertus* avesse una rilevanza sociale ed anche giuridica diversa dall’*institor*, a fronte degli innumerevoli passi in cui ad essere preposti all’esercizio di una *negotiatio* presso una *taberna*, in qualità di *institores*, sono proprio dei liberti.

D’altro canto, pur condividendo la necessità di apprestare tutela all’affidamento creato dalla riconoscibilità sociale delle figure in questione (*amicus vel libertus*), e dall’esistenza di un mandato scritto, non crediamo che, nel caso specifico, questa tutela sia stata realizzata tramite un’*actio ad exemplum institoriae*, bensì tramite una semplice *actio negotiorum gestorum*.

Il percorso suggerito da Papiniano ci sembra del tutto simile a quello seguito dallo stesso giurista nel frammento precedentemente esaminato (D. 17.1.10.5). Anche in questo caso, infatti, il creditore o il fideiussore avrebbero potuto convenire propriamente, con l’azione nascente dal rapporto concluso, solo il *libertus* o l’*amicus*, ma ancora una volta il giurista suggerisce una diversa forma di tutela.

È conforme ad equità, difatti, che sia chiamato in giudizio anche il mandante, in quanto ha dato luogo a quello che noi mo-

²⁹⁹ Osservazioni, cit., 246 ss.

³⁰⁰ BURDESE, “*Actio ad exemplum institoriae*” e categorie sociali, cit., 77.

³⁰¹ BURDESE, “*Actio ad exemplum institoriae*” e categorie sociali, cit., 76.

derni chiameremmo un 'atto di legittimazione esterna', perfettamente riconoscibile, e quindi opponibile a colui che l'ha ingenerato, che non può sottrarsi al dovere di tenervi fede.

La riconoscibilità è dovuta, infatti, a due fattori, uno di carattere oggettivo, le *litterae*, e l'altro di carattere soggettivo, consistente nell'aver voluto conferire l'incarico ad un *amicus* o *libertus*, e dunque, a delle figure dotate di una indiscussa 'riconoscibilità' sociale e giuridica, al pari del *procurator*, per essere incluse "in una cerchia di soggetti determinata ed obiettivamente riconoscibile dai terzi e dallo stesso ordinamento giuridico³⁰²".

Tuttavia, questi elementi non sono idonei – a nostro parere – a determinare l'applicazione anche in via analogica dell'*actio institoria*. Non c'è una *praepositio*, nemmeno in senso improprio. I fatti riferiti dal giurista – e cioè il mandato conosciuto al terzo, o addirittura le lettere espressamente indirizzate al creditore – sono certamente idonei a suscitare l'affidamento del fideiussore, e sono tali da giustificare la proposizione di un'*actio mandati* o di un'*actio negotiorum gestorum* contro il *dominus negotii*, ma non certo di un'*actio ad exemplum institoriae actionis*.

Troppo diversi e distanti erano i fenomeni della *praepositio institoria* e del mandato specifico al compimento di un singolo atto, per poter proporre un'equiparazione di tal genere.

D'altronde quelli descritti sono gli unici responsi di età classica in nostro possesso in cui si tenta un'assimilazione di tal genere. E questa circostanza rende ulteriormente plausibile l'ipotesi di chi³⁰³ ravvisa in essi un'al-

³⁰² ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos*, cit., 151; ID., *L'amicitia nel diritto privato romano*, cit., 131 ss. Per la rilevanza del rapporto di *amicitia* nell'ambito della *negotiorum gestio* v. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio* I (Heidelberg 1913) 13 ss.; NICOSIA, *Gestione di affari altrui*, cit., 630.

³⁰³ BURDESE, "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, cit., 77, il quale si riferisce, in particolare, ad una costituzione imperiale di età Diocleziana in cui si riconosce l'esperibilità dell'*actio ad exemplum institoriae* solo sulla base dell'esistenza di un mandato specifico: C. 4.25.5 (Imp. Dioclet. et Max. Gaio): *Si mutuam pecuniam accipere Demetrianus Domitianus mandavit et hoc posse provare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competentem iudicem potes convenire* (a. 294). La soluzione in essa prospettata può essere il prodotto di tanti fattori, tra i quali sicuramente la progressiva attenuazione della tipicità negoziale, così come anche l'abbandono progressivo della tipicità processuale connessa alla struttura stessa del processo formulare, a vantaggio della nuova e meno rigorosa procedura cognitorea. Su di essa, tuttavia, ci riserviamo di esprimere più compiutamente il nostro parere in un lavoro di proporzioni più vaste, già in corso.

terazione successiva – forse anche non molto distante nel tempo – operante nel senso di una progressiva proposizione di un rapporto comparativo tra i fenomeni considerati, che i giuristi classici, invece, difficilmente avrebbero accettato in termini così ampi.

4.3. L'ultimo brano giurisprudenziale, in cui si menziona la concessione di un'*actio ad exemplum institoriae* in relazione ad un negozio concluso da un *procurator*, è anch'esso tratto dai commentari *ad edictum* di Ulpiano, ed è formulato in maniera tale da fare espressa menzione non solo di Papiniano ma, ancora una volta, anche del terzo dei *libri responsorum* dello stesso giurista:

D. 19.1.13.25 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

Siamo in presenza di un passo fortemente discusso, sicuramente alterato nella forma, e forse anche parzialmente nella sostanza. Si tratta di un *procurator* che vende e presta una *cautio* al compratore. Il giurista si domanda se al *dominus negotii*, e contro lo stesso *dominus negotii*, possono concedersi le azioni che nascono dal rapporto giuridico concluso.

Nel dare una risposta Ulpiano si riferisce all'opinione espressa da Papiniano nel terzo dei suoi *libri responsorum*, ritenendo che contro il *dominus* si può agire con un'*actio utilis ad exemplum institoriae* '*si modo rem vendendam mandavit*', e che al contrario, anche al *dominus* compete l'*actio ex empto utilis* contro il compratore.

Come dicevamo, è un brano la cui interpretazione è fortemente controversa, in quanto certamente è giunto alterato, almeno nella sua veste formale. Si dissente, tuttavia, nel precisare l'estensione e la portata dell'intervento compilatorio³⁰⁴.

³⁰⁴ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 186 ss.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 483 ss.; ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione*, cit., 240-1; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 14; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, cit., 67.

È indubbio l'errore, forse di trascrizione del copista, dell'*actio utilis ex empto* che spetterebbe al *dominus* del *procurator*³⁰⁵. Il *procurator* ha agito nella veste di venditore, e dunque, al suo *dominus* dovrebbe spettare l'*actio venditi* contro il compratore. Potrebbe risultare, d'altronde, sospetto anche il verbo '*competit*', visto che si tratta con certezza di un rimedio da attribuire ad un esplicito intervento dei magistrati giurisdicenti, e non al *ius civile*. Sappiamo, però, che la fede nell'interpolazione del famigerato *competit* va sempre più scemando fra i romanisti³⁰⁶.

Sono stati ritenuti alterati anche l'inciso '*an domino*', e la proposizione finale '*ergo...competere*' – sui quali ci pronunceremo meglio tra poco – e, per altro verso, l'espressione '*si modo rem vendendam mandavit*'³⁰⁷.

Per quanto riguarda quest'ultima espressione non possiamo non concordare con chi la ritiene frutto di alterazione. Come abbiamo posto in evidenza precedentemente³⁰⁸, non era certo l'esistenza di un mandato a giustificare la concessione di un'*actio institoria*, anche *ad exemplum*, ma solo la configurazione di una *praepositio* o di 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 analogica dell'*actio institoria*. Infatti, in D. 14.3.19pr. si configura una vera e propria *praepositio*³⁰⁹; 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*'³¹⁰.

In questo brano, invece, non si fa riferimento esplicito all'esistenza di una *praepositio*. Gli elementi fattuali descritti menzionano solo l'esistenza di

³⁰⁵ v. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, cit., 79, nt. 50.

³⁰⁶ In proposito, MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria* (Milano 1960) 40 nt. 16.

³⁰⁷ Così BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., 253; cfr. *praecipue* supra, §, nt. ??.
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., il quale, in particolare, riteneva che l'esistenza del mandato fosse necessaria non tanto per la validità della vendita, quanto piuttosto per la concessione dell'*actio institoria*.

³⁰⁸ *Supra*, § 4.3 a); 4.3 b).

³⁰⁹ *Supra*, § 4.3 a).

³¹⁰ *Supra*, § 4.3 b).

un contratto di compravendita, concluso tra un *procurator* e un terzo. Vi si ritrova solo l'inciso *'si modo rem vendendam mandavit'*, che – in ogni caso, anche ammettendone la dubbia autenticità³¹¹ – può riferirsi ad un mandato, e dunque, di per sé, nulla indica o esprime sull'eventuale esistenza di una *praepositio*.

C'è, tuttavia, un elemento che riapre la questione, e ci fa propendere decisamente per la genuinità delle soluzioni prospettate in D. 19.1.13.25. Si tratta di un elemento in apparenza poco rilevante, ma forse l'unico che può riportarci all'esistenza di una *praepositio*: ci riferiamo al *'caverit'* della frase iniziale, con cui il giurista vuole espressamente porre in evidenza che il *procurator*, che ha proceduto alla vendita, ha anche prestato una *cautio*.

Ebbene, l'espressione è stata variamente interpretata. Si è pensato ad una *cautio* con la quale il *procurator* venditore prestava garanzia per l'evizione³¹², oppure ad una *cautio de rato* prestata dal *procurator*³¹³ per garantire il terzo dal pericolo dell'inesistenza del mandato.

In realtà, a tal proposito, noi riteniamo condivisibili le considerazioni con cui Angelini respinge la prima ipotesi, cioè quella della *cautio* prestata contro il rischio dell'evizione³¹⁴, ma non riteniamo accettabili, tuttavia, quelle prospettate in alternativa dallo stesso Autore.

Risulta, infatti, poco convincente che nella prima parte del brano il giurista precisi che il *procurator* ha venduto e prestato la *cautio de rato*, e che poi, nella seconda, subordini la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae* all'esistenza del mandato. Dice infatti Angelini³¹⁵: Papiniano ha riconosciuto tale possibilità (leggi: la concessione dell'*actio ad exemplum institoriae*), ma *"si modo rem vendendam mandavit"*; cioè se l'operato del pro-

³¹¹ *Supra*, nt. 307.

³¹² ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 212; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 483 ss.; BURDESE, *Actio ad exemplum*, cit., 14.

³¹³ ANGELINI, *Il "procurator"*, cit., 26.

³¹⁴ ANGELINI, *Il "procurator"*, cit., 27. L'autore, infatti, aveva intuito giustamente che il *"caverit"* in questione dovesse essere un elemento determinante per l'identificazione della fattispecie, e per la comprensione della soluzione suggerita dal giurista. Tuttavia, 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 ricordata.

curatore, che potrebbe anche essere successivamente ratificato, sia stato in precedenza autorizzato". Ebbene, a noi sembra che emerga una palese contraddizione nelle parole dell'Autore.

Vorremmo, così, proporre una nostra ipotesi alternativa, che ci sembra anche quella che meglio si armonizza con il resto del frammento. È possibile, dunque, che la *cautio* in questione sia quella stessa di cui abbiamo testimonianza esplicita in quei brani – di cui ci siamo precedentemente occupati³¹⁶ – in cui si menzionava il caso del *magister* che assumeva un mutuo *navis reficiendae causa*, e che all'atto di assunzione delle somme di denaro, dichiarava, proprio tramite una *cautio*, l'espressa destinazione delle stesse? La *cautio*, in quel contesto, era rivolta infatti ad imprimere una precisa 'destinazione di scopo' alle somme di denaro assunte a mutuo³¹⁷, e dunque, era specificamente diretta a dichiarare la pertinenza del singolo atto negoziale, concluso dal preposto, all'esercizio dell'attività commerciale a lui affidata. Di conseguenza, essa era di per sé sufficiente per imputare l'eventuale responsabilità, connessa al compimento dell'atto negoziale considerato, direttamente alla sfera giuridica del proponente.

Ebbene, anche in questo caso la *cautio* potrebbe servire a specificare la pertinenza del singolo atto di compravendita, realizzato dal *procurator*, ad una più complessa attività commerciale affidata allo stesso *procurator*.

Di conseguenza da una *cautio* di tal genere potrebbe dedursi l'esistenza di una *praepositio* a vendere e comprare, o di tenore simile, nell'ambito della quale l'atto di compravendita era funzionale alla realizzazione compiuta dell'attività in essa prevista. E di conseguenza, è possibile pensare che Ulpiano in questo caso avesse deciso di aderire all'opinione di Papiniano, proprio perché aveva ravvisato nella realtà dei fatti descritti, un caso che richiedeva equitativamente l'applicazione analogica della disciplina prevista per la *praepositio institoria*.

Vi è, inoltre, un'altra importante circostanza, indicata nel passo, che ci induce a propendere per l'esistenza di una *praepositio*, e, dunque per l'autenticità della soluzione giurisprudenziale volta a concedere, proprio in base

³¹⁵ ANGELINI, *Il "procurator"*, cit., 28.

³¹⁶ *Supra*, § 2.2, nt. 81-82.

³¹⁷ *Supra*, § 2.2.

ad essa, un'*actio ad exemplum institoriae*. Facciamo riferimento alla parte in cui si riconosce azione diretta al *dominus* contro il terzo.

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 giustiniana³¹⁸. Alcune voci autorevoli³¹⁹, tuttavia, hanno manifestato un'opinione differente.

Oggetto di riflessione è infatti la possibilità, prospettata nel testo, di accordare l'*actio ad exemplum institoriae*, non solo ai terzi contro il *dominus*, riconoscendo la possibilità che l'attività di un *procurator* potesse obbligare il preponente direttamente nei confronti dei terzi, ma anche al *dominus* contro i terzi, ammettendo, in definitiva, che questi potesse acquistare, altrettanto direttamente, per opera dello stesso intermediario, i diritti derivanti dai negozi compiuti nel suo interesse.

Oltre ai rilievi formali, potrebbe obiettarsi, contro l'autenticità del brano, che non dovrebbe designarsi come *actio ad exemplum institoriae* un'azione concessa al preponente contro i terzi, visto che lo schema tipico dell'*actio institoria* prevedeva, invece, che ad esercitarla fosse il terzo, che aveva contrattato con l'*institor*, contro il preponente.

Tuttavia, nonostante formalmente il brano possa sembrare alterato, forse, non è del tutto escluso che possa essere autentico nella sostanza.

Innanzitutto, partendo da quest'ultima obiezione, crediamo che essa possa essere agevolmente superata considerando che l'*actio institoria* non è

³¹⁸ v. *Ind. Interp., h.l.* Fra coloro che si sono occupati specificatamente dell'*actio quasi institoria*: ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 211; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 186 nt. 100; LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 620 nt. 67; BURDESE, "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, cit., 65.

³¹⁹ 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 conto i terzi, non sia interpolato – è dell'idea che tale possibilità non fosse già presente nel responso di Papiniano, ma che sia stata aggiunta da Ulpiano. Ulpiano, infatti, avrebbe richiamato il parere di Papiniano, che si limitava a sancire l'azione del terzo contro il *dominus*, ed avrebbe aggiunto l'inciso '*vel dominus*' e la frase finale '*ergo per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere*'. Le ragioni che avrebbero spinto il giurista a modificare il testo andrebbero ritrovate, a parere dell'autore citato, in alcune motivazioni di carattere esterno e sistematico – per cui il brano in questione andrebbe letto in relazione agli altri brani riguardanti l'*actio institoria* – in particolare D. 14.1.1.18 – ma anche di carattere 'interno', relative ad alcuni rilievi formali posti in evidenza già da HONORÉ, *Ulpian* (Oxford 1982) 47 ss.

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*³²⁰.

Nel frammento da noi considerato (D. 19.13.25pr.), il contratto concluso dal *procurator* preposto è un'*emptio-venditio*, cioè un contratto bilaterale, per cui, si deve ammettere, almeno astrattamente, la configurabilità di due diverse azioni dirette a sanzionare l'inadempimento delle rispettive obbligazioni. Dal contratto concluso potrebbe derivare la concessione in via analogica non solo, quindi, di un'*actio empti institoria* a tutela del compratore, ma anche di un'*actio venditi institoria* a favore del venditore.

Inoltre, va considerato che l'azione prevista in D. 19.1.13.25 non sembra configurabile come una soluzione isolata, o di carattere eccezionale; i giuristi romani più volte si sono posti il problema della tutela del preponente nei confronti dei terzi che concludono atti negoziali con il preposto.

4.4. In questa sede ci occuperemo solo di alcuni dei responsi che riguardano il problema in questione³²¹. Il primo è quello con cui si apre addirittura il titolo del Digesto dedicato proprio all'*actio institoria* (D. 14.3.1), l'altro è quello riportato in D. 46.5.5, che abbiamo già menzionato in premessa³²².

Come abbiamo preannunciato, il primo è quello stesso in cui Ulpiano esplicita le ragioni profonde che avevano indotto i magistrati giurisdicenti alla creazione dell'*actio institoria*, 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*

³²⁰ LENEL, *EP.*, cit., 268; MANTOVANI, *Le formule nel processo privato romano* (Como 1992) 70-71. In proposito si vedano anche le considerazioni da noi svolte in MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 25 ss.

³²¹ Dobbiamo ricordare almeno: D. 14.1.1.18; D. 14.3.1; D. 19.1.13.25; D. 46.5.5.

³²² *Supra*, § 1.3 c).

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, dunque, il pretore ritenne conforme ad equità³²³ che il preponente, il quale fa propri i benefici derivanti dall'attività dei propri *institores*, sia anche 'obligatus' per i debiti nascenti dai negozi da loro conclusi, e possa essere convenuto per l'adempimento degli stessi ('*ita etiam OBLIGARI nos a contractibus ipsorum et conveniri*').

Tuttavia, precisa lo stesso Ulpiano, lo stesso rimedio non viene riconosciuto in ordine ad 'eum, qui institorem praeposuit', affinché possa esperire azione contro i terzi. Infatti, costui, se come institore il proprio servo, può essere certo del fatto che acquisirà automaticamente le azioni nascenti dal 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*, o contro lo stesso *institor*. Marcellus, invece, ritiene che bisogna concedere azione diretta al preponente dell'*institor* contro i terzi con cui quest'ultimo ha negoziato.

Ebbene, anche questo brano è stato fortemente sospettato di alterazione³²⁴, pur riconoscendone la sostanziale autenticità e riferibilità ad Ulpiano³²⁵.

È molto probabile, però, che un intervento dei compilatori ci sia stato. Infatti, anche chi concorda per la sostanziale classicità del brano, sospetta della possibilità di accordare al preponente l'*actio negotiorum gestorum* o *mandati* contro il preposto o, peggio ancora contro il *dominus* dello schiavo alieno³²⁶.

³²³ Il richiamo all'*aequitas* è particolarmente esplicito 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, 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.

³²⁴ ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, cit., 210; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, cit., 7; SOLAZZI, *Letà dell'actio exercitoria*, cit., 251; RICCOBONO, *Scritti di diritto romano II*, cit., 395.

³²⁵ MAYER-MALY, *Necessitas constituit ius*, cit., 189 ss.; LONGO, *Actio exercitoria*, cit., 604 ss.

³²⁶ RICCOBONO, *Scritti di diritto romano II*, cit., 395-396. Ebbene, non vi è dubbio che la costruzione sintattica del brano presenta delle evidenti surrettizie formali. Già Riccobono aveva notato questa circostanza e ne aveva identificato la causa principalmente nella necessità di concentrare un discorso, che nella sua stesura originale probabilmente

Si dubita³²⁷ anche della genuinità dell'inciso 'si modo aliter rem suam servare non potest', contenuto nel brano successivo (D. 14.3.2) a quello esaminato, ma che ad esso strettamente si connette.

Comunque, ai fini della nostra indagine, l'intento di accertare la classicità del brano deriva soprattutto dalla necessità di verificare l'autenticità del parere di Marcello in esso riportato, in cui si riconosce l'efficacia acquisitiva, diretta nei confronti del *dominus*, dei negozi compiuti dall'*institor*, o meglio diremmo la possibilità per il *dominus* di avere azione diretta nei confronti dei terzi contraenti per i negozi compiuti dall'*institor* soggetto libero.

Il responso, infatti, che risulta collegato dallo stesso Ulpiano in forma avversativa (*autem*) a quanto detto precedentemente, fa sorgere vari interro-

doveva essere più esteso e più esatto. Basti pensare all'inciso "ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum" che sembra attribuire un *dominus* all'*institor* libero. Probabilmente si spiega nello stesso modo l'anomala possibilità di esperire l'*actio negotiorum gestorum* contro il *dominus* del servo alieno, che sembrerebbe evincersi *prima facie* da un'interpretazione rigorosamente letterale del brano.

Di solito, infatti, nel caso di servo alieno, se intercorreva tra preponente e *dominus* dello schiavo un rapporto di locazione avente ad oggetto le *operae* del servo, si poteva ricorrere all'*actio locati*. Se, invece, il servo prestava gratuitamente le proprie *operae*, poteva esercitarsi l'*actio mandati*; 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*, cit., 106-107 nt. 7. A titolo esemplificativo possiamo citare alcuni passi riportati dai compilatori nello stesso titolo relativo all'*actio institoria*: 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 conduxerit 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*.

Per quanto riguarda, poi, i rapporti tra il preponente e l'*institor* soggetto libero, è possibile pensare ad una progressiva assimilazione di questo rapporto a quello intercorrente tra *procurator* e *dominus negotii* (*actio negotiorum gestorum*), o tra mandante e mandatario (*actio mandati*). Per la classicità dell'applicabilità dell'*actio negotiorum gestorum* ai rapporti intercorrenti tra gerito e *procurator* v. NICOSIA, *Gestione di affari*, cit., 63 e dottrina ivi citata. Sull'esperibilità dell'azione anche nei rapporti intercorrenti tra preponente e *institor*, vista la complessità dell'argomento, ci riserviamo di pronunciarsi solo in seguito a un approfondimento specifico.

³²⁷ LONGO, *Actio exercitoria*, cit., 604 ss.

gativi. È legittimo chiedersi, in primo luogo, se il parere di Marcello sia alterato nella forma e nella sostanza, o se, invece, sia alterato solo nel suo tenore letterale, ma risulti sostanzialmente autentico; e se così fosse, se costituisse un principio assodato, o l'isolato responso di un giurista.

Nel Digesto, infatti, il parere di Marcello riportato da Ulpiano (D. 14.3.1pr) è seguito da un frammento del commento all'editto provinciale di Gaio (Gai. 9 *ad ed. prov.*), che sembra attribuire all'azione prospettata da Marcello un carattere sussidiario, che forse in origine non aveva, cioè quello di un rimedio esperibile dal preponente “*si modo aliter rem suam servare non potest*”:

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

Ebbene, il brano – riportato monco della sua parte iniziale, forse proprio per collegarlo in maniera più stretta al brano precedente – sembra rispondere ad un preciso intento: quello di limitare la portata della soluzione prospettata da Marcello, attribuendole un valore residuale.

Si tratta di 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 medioevo³²⁸, ma anche nell'età moderna³²⁹.

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*³³⁰; e solo in via eccezionale e sussidiaria il rimedio dell'*actio* diretta, aderendo al responso di Marcello.

Il brano di Ulpiano, però, non sembra riferirsi alla cessione delle azioni, come invece esplicitamente avviene in altro luogo³³¹.

³²⁸ BARTOLUS, *Commentaria Omn. Iur.* h.l. D. 14.3.1pr.; BALDUS *In Digesti Veteris Partes Commentaria* h.l. D. 14.3.1pr.

³²⁹ LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre* (Köln-Graz 1966); MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts* (Stuttgart 1836).

³³⁰ SERRAO, voce “*Institore*” (storia), in *Enciclopedia del dir.*, cit., 832.

³³¹ 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;

Per accettare l'ipotesi in questione bisognerebbe, infatti, ritrovare uno stretto collegamento tra la parte del brano in cui si legge che *'si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus'*, con 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 con l'*actio mandati* o l'*actio negotiorum gestorum*.

In realtà, a noi sembra che le due espressioni non siano connesse. Ci sembra, piuttosto, che con la prima ci si riferisse semplicemente senza alcun rapporto diretto con la parte finale del testo al fenomeno dell'acquisizione diretta da parte del *dominus* o *pater* dei risultati utili dell'attività negoziale svolta dai propri sottoposti, in conformità al pensiero dei giuristi romani che, nella descrizione dei fenomeni giuridici, prediligono la prospettiva 'dinamica' dell'*actio* a quella 'statica' delle posizioni giuridiche sostanziali.

Se, infatti, il giurista si fosse riferito al rimedio della cessione delle azioni realizzata dall'*institor* soggetto libero, o dal *dominus* del *servus institor* a vantaggio del preponente, la menzione dell'acquisizione delle azioni doveva effettuarsi in specifica relazione all'esperibilità dell'*actio negotiorum gestorum* o dell'*actio mandati*.

Potrebbe, certo, ipotizzarsi un taglio effettuato dai compilatori. Ma al di là dei rilievi formali prospettabili, sorgono, inoltre, altri importanti interrogativi, volti a verificare se, ed in che limiti, la cessione delle azioni fosse configurabile come rimedio generale³³², e se l'assimilazione del rapporto

D. 17.1.54. Va riconosciuto, tuttavia, che la dottrina romanistica ha sempre trascurato lo studio e l'approfondimento dell'argomento in questione, tanto è vero che nelle opere monografiche dedicate al mandato si ritrovano solo sporadici accenni in proposito. In particolare v. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 15-16 e 165, che ne tratta, ad esempio, solo a proposito della cessione dei crediti, e del *procurator in rem suam*. Ed, in realtà, dell'argomento si sono interessati principalmente coloro che hanno trattato della cessione dei crediti: SCHULZ, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 27 (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 nostro parere di particolare interesse, anche se di estrema complessità. Inoltre, assume un certo rilievo, in proposito, anche il pensiero degli interpreti medievali, e poi successivamente della pandettistica (*supra*, nt. 328-329) e della dottrina moderna.

³³² *Supra*, nt. 331.

preponente-*institor* a quello mandante-*procurator* fosse tale da consentire, indiscriminatamente, il ricorso al rimedio giuridico in questione.

A tal proposito, basta forse riflettere sul fatto che 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*.

È possibile supporre, invece, che la lettura e la comprensione del responso di Marcello, siano state influenzate dall'intervento operato dai giustiniani. 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 questi, tuttavia, pur riportandoli fedelmente, li abbiano posti in una sequenza logica che ne abbia alterato l'originario significato.

Essi, infatti, hanno accostato il responso di Gaio (D. 14.3.2) al frammento di Ulpiano, ed in particolare al parere di Marcello, e lo hanno fatto unendolo strettamente ad esso, quasi a volerne fare un discorso unico. 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.

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 avere una forma di tutela più forte ed incisiva, esperibile direttamente contro i terzi, rispetto all'eventuale proposizione di 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 responso di Papiniano, riferito dallo stesso Ulpiano (D. 19.1.13.25³³³), ed è possibile trovarne esplicita ammissione anche in altri brani³³⁴, di cui in questa sede non possiamo occuparci compiutamente.

Ci soffermeremo soltanto su uno di essi, che risulta, peraltro, particolarmente rilevante ai fini della nostra indagine. È nostra intenzione, infatti,

³³³ *Supra*, § 4.3 c)

³³⁴ D. 14.1.1.18; v. *supra*, nt. 321.

porre l'attenzione sulla testimonianza contenuta in passo di Paolo³³⁵, solitamente trascurato dalla dottrina più recente, ma del quale non si può non tenere conto in un esame completo del fenomeno studiato:

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 coepit, ut interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis: succurrere enim domino praetor debet.*

Diversamente dei frammenti giurisprudenziali riguardanti l'*actio ad exemplum institoriae*, in cui è la figura del *procurator* ad essere assimilata a quella dell'*institor*, per estendere al primo il regime processuale creato per il secondo, nel brano in questione, invece, il procedimento sembra essere inverso. Si sostiene, infatti, che, così come avveniva nel caso del *procurator*, lo stesso deve farsi riguardo all'*institor*, nel momento in cui si ammette che questi possa essere un' *interposita persona*.

In esso si legge testualmente che nel caso delle stipulazioni pretorie è osservato il principio per cui se a concludere una *stipulatio* è un *procurator*, viene concessa, *causa cognita*, un'azione diretta al *dominus negotii* contro il terzo promettente.

Lo stesso principio – continua Paolo – deve essere osservato nel caso dell'*institor* dal momento in cui viene a trovarsi nella stessa situazione, e cioè quella di un' *interposita persona* a cui lo stesso *dominus* ha consentito di vendere e commerciare i suoi beni. Il pretore, infatti, deve intervenire in soccorso del *dominus negotii*.

Ebbene, leggendo il brano, ne possiamo riconoscere la sostanziale autenticità, sia nella prima parte, che risulta ineccepibile nella sua veste formale e sostanziale, ma anche nella seconda, tranne, forse, per l'inciso '*eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis*'³³⁶.

Infatti, nell'originale paolino doveva farsi riferimento all'oggetto di una tipica *praepositio*, probabilmente a vendere ed acquistare beni per conto del *dominus*. Le espressioni usate devono essere state modificate, per errore

³³⁵ RICCOBONO, *Scritti di diritto Romano II*, cit., 395; KASER, *Das Römische*, cit., 263 ed autori ivi citati nt. 29; VALIÑO, *Actiones utiles*; PLESCIA, *The development of agency in roman law*, in *Labeo* 30 (1984) 171 ss.

³³⁶ v. *Ind. Interp. ad h. l.*

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, che ora studieremo, non sembra lasciare dubbi sulla sua autenticità, e riferibilità al caso dell'*institor*.

Così, esaminando nel dettaglio i termini del responso, 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 differente rispetto al passato. Ed, in tal senso, il brano costituisce una riprova dell'ipotesi – da noi inizialmente assunta in forma dubitativa – che originariamente gli *institores* dovessero fossero unicamente dei soggetti *alieni iuris*, e solo successivamente anche dei soggetti liberi³³⁷.

D'altronde il ragionamento complessivo seguito dal giurista sembra ineccepibile.

È molto probabile, infatti, che originariamente l'*institor* fosse solo un soggetto a potestà³³⁸, e che la prassi di affidare a soggetti liberi l'esercizio di una *negotiatio* si sia affermata solo in un secondo momento. Mentre il *procurator*, sin dall'inizio, doveva essere un soggetto libero, o quantomeno *libertus*³³⁹.

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 al *dominus negotii* verso i terzi.

Infatti, mentre nel caso dell'*institor* – essendo questi in origine prevalentemente un *subiectus 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*,

³³⁷ DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 37 nt. 12.

³³⁸ *Supra*, nt. 30.

³³⁹ *Supra*, § 3.1; 3.2.

attività che poteva anche mancare e che, eventualmente, era necessario garantire con un'azione accordata direttamente al *dominus negotii* contro i terzi. La stessa soluzione poi si rese necessaria anche nel caso dell'*institor*, quando cominciò ad affermarsi la prassi di preporre come *institores* anche soggetti liberi.

È proprio questo il senso 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'*.

In definitiva, il confronto tra questo brano e quelli relativi all'*actio quasi institoria*, ci ha fornito ulteriori elementi ricostruttivi ed indicazioni utili circa l'origine e il regime dei due istituti, che sostanzialmente collimano e corrispondono a quelle da noi prospettate nei paragrafi precedenti.

4.5. Possiamo, dunque, svolgere alcune brevi considerazioni conclusive, raccordandoci con quanto abbiamo enunciato in via programmatica in premessa, ed esplicitato, poi, nel corso della trattazione.

Nell'introdurre il nostro discorso, infatti, abbiamo dato contezza anche delle prospettive di indagine più ampie che coinvolgono i brani ed i problemi da noi affrontati nello specifico. Pertanto, rinviando a quanto detto in maniera più compiuta in quella sede (§ 1.1), ribadiamo che il nostro intento era quello di rileggere le principali fonti riguardanti il confronto tra *procurator* ed *institor*, nella convinzione che la corretta interpretazione degli stessi potesse fornire qualche contributo utile per la comprensione dei regimi della procura e del mandato nel diritto romano dell'età preclassica e classica.

Ebbene come meglio chiarito nei paragrafi iniziali (§ 1.1; 1.2; 1.3), è nostra convinzione che in ordine a queste problematiche non può essere data una risposta adeguata senza tener conto di una "visione storica" degli istituti coinvolti, e senza considerare il "particolare modo di procedere" dei giuristi romani, mentre non vi è dubbio che, spesso, l'interpretazione delle fonti ad esse relative è stata, anche inconsapevolmente, condizionata da impostazione dogmatiche di stampo moderno.

Omettendo ulteriori considerazioni in proposito – in quanto, come già ricordato più volte, esse saranno oggetto di un autonomo lavoro già in corso, i cui risultati abbiamo per certi versi preannunciato (§ 1.1) –, ci limitiamo a svolgere qualche riflessione sul problema più specifico di cui ci siamo occupati nel presente contributo.

Così, da un primo esame delle fonti relative ai regimi del *procurator* e dell'*institor*, ci sembra di poter affermare con una certa convinzione che è molto improbabile che le loro diversità siano dovute a differenti posizioni sociali, o alla mancanza di tecnicità dei poteri dell'uno rispetto all'altro³⁴⁰. Le diversità possono derivare, invece, da origini storiche differenti³⁴¹, che hanno influenzato profondamente la configurazione originaria, e che continuano a condizionarne lo sviluppo, nonostante l'assimilazione di alcuni aspetti dei relativi regimi processuali e sostanziali.

Dunque, è, forse, errato voler leggere e comprendere le fonti romane del periodo classico relative al *procurator* e l'*institor* realizzando un confronto 'statico' tra i due regimi già consolidati e, quindi, voler spiegare in tal modo le anomalie e le contraddizioni in esse riscontrate, ed in particolare la poliedricità e le infinite sfumature assunte dalla figura del *procurator* (§ 3.2; 3.3). Esse non sembrano, infatti, derivare unicamente dalla frattura tra il momento economico e quello giuridico³⁴², o da interventi manipolativi successivi, bensì da una complessa vicenda evolutiva che non riguardò soltanto gli aspetti economico-sociali, ma anche, e soprattutto, quelli giuridici.

Abbiamo visto, infatti, che – risalendo nel tempo – le figure considerate si iscrivono addirittura in un ambito comune che riporta ad un assetto originario della *familia* romana, incentrata su profondi e risalenti valori quali *fides*, *obsequium*, *amicitia*. Non vi è dubbio, però, che esse subirono un fenomeno di lenta ed inesorabile specificazione e tipizzazione, che portò a precisarne nettamente ambiti di esplicazione, caratteristiche e disciplina (§ 4.1).

Ebbene, questa forte caratterizzazione continuerà a permanere anche in età classica, anche se – in virtù dello sviluppo della realtà economica e sociale, per un verso, e dell'approfondimento della riflessione giuridica, dall'altro – si assisterà poi ad un fenomeno di avvicinamento delle due figure e della relativa disciplina. Tuttavia, le configurazioni originarie e certi elementi differenziali permarranno sempre. Tanto è vero che, la distinzione tra *institor* e *procurator* è netta per i giuristi romani, e si coglie ancora in alcuni brani di tarda età classica, in cui i reciproci ruoli e funzioni sono distinti con particolare evidenza³⁴³.

³⁴⁰ *Supra*, nt. 206.

³⁴¹ *Supra*, § 4.1.

³⁴² *Supra*, § 2; § 3.

³⁴³ D. 14.3.5.18 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.6 (Paul. 30 *ad ed.*); su cui *supra*, § 3.2. D. 14.3.5.10; su cui *supra*, § 4.2.

Bisogna comprendere, tuttavia, che quello dei giuristi romani non è un problema di 'sistema', di definizione di concetti giuridici, ma di 'tipicità'. Tipicità dunque, non solo processuale ma anche negoziale, non solo delle attività e delle concrete modalità di svolgimento delle stesse, ma anche dei soggetti chiamati a compierle. E la tipicità è, principalmente, un problema di tutela dei terzi, perché è questa la prospettiva dei giuristi romani, ed è la medesima che li induce anche alla creazione dell'*actio ad exemplum institoriae* (§ 4.3).

Infatti, con l'evolversi delle situazioni giuridiche ed economiche – ferma restando la configurazione e la tipicità delle figure considerate – sarà, necessario, proprio per la concreta realizzazione dell'*aequitas*, superare parzialmente certi rigidi criteri di tipicità, e l'analogia³⁴⁴ costituirà lo strumento privilegiato di tale operazione.

³⁴⁴ Il problema relativo all'utilizzazione delle *actiones ad exemplum*, ed, in genere, del procedimento analogico da parte dei giuristi romani presenta una tale complessità, che ne rende impossibile, in questa sede, un'autonoma considerazione. A proposito delle modalità concrete del processo analogico adottato dai giuristi romani v. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I (Palermo 1950), 217; HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I (Aalen 1969) 242; ID., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, in *Labeo* 24 (1978) 2, 198; VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia* (Pamplona 1973) 51 ss.; SELB, *Formulare Analogien in "actiones utiles" und "actiones in factum" am Beispiel Iulianus*, in *St. Biscardi*, III (Milano 1983) 315 s.; ID., *Formulare Analogien in "actiones utiles" und "actiones in factum" vor Iulian*, in *St. Sanfilippo*, V (Milano 1984) 729 ss.; WESENER, *Zur Denkform des "Quasi" in der Römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Donatuti*, III (Milano 1973) 1387 s.; SOTTY, *Recherches sur les utiles actiones* (Grenoble 1977) 196 ss.; e recentemente GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, in *Atti del Seminario Torinese (4-5 dicembre 1991) in mem. Di G. Provera* (Napoli 1994) 39 s., ora in *Opuscola Selecta* (Padova 1999) 895 s. L'analogia è, infatti, uno degli strumenti privilegiati con cui la giurisprudenza opera il processo di ammodernamento del *ius civile*, ma, nella definizione e nello studio del fenomeno considerato, bisogna procedere *per momenta*, e non certo unitariamente in riferimento all'intera esperienza giuridica romana. Non c'è dubbio, infatti, che il procedimento analogico si atteggi in maniera profondamente diversa, e con caratteri estremamente differenti nell'ambito della stessa giurisprudenza imperiale BRETONE, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani* (Napoli 1984) 124 ss.; CERAMI, *La concezione celsina del "ius". Presupposti culturali e implicazioni metodologiche I* in *AUPA*, XXXVIII (1985) 148 ss. A tale difficoltà si affianca la necessità di distinguere nell'ambito delle forme argomentative, solitamente riportate unitariamente nello schema dell'analogia, diversi processi logico-intellettivi. E ciò appare ancora più evidente se si considera la natura stessa dell'interpretazione analogica,

Va ricordato, però, che l'interpretazione analogica in questione 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 – nei casi da noi esaminati – ora nell'accordare tutela ai terzi contro il rappresentato-*dominus*, ora, viceversa, nel tutelare tale soggetto contro i terzi. Due esigenze diametralmente opposte sorte, ciascuna, in relazione ad una delle due figure, ed estese all'altra, quando l'evoluzione degli istituti condusse alla creazione di esigenze simili (§ 4.3; 4.4).

L'attenzione è principalmente rivolta agli interessi effettivamente in gioco, alle esigenze concrete al di là di qualificazioni giuridiche o regole astratte. E l'assimilazione, così come era tipico dei giuristi romani, viene condotta di volta in volta in relazione ad aspetti particolari della disciplina.

Possiamo, dunque, concludere facendo nostre alcune considerazioni di Riccobono Se., volte a precisare che nel mondo romano il processo analogico è una delle manifestazioni più elevate del pragmatismo dei giuristi, che sanno trarre "... la comparazione dalle cose stesse, dai rapporti sottoposti al loro esame. Tutta la forza della costruzione analitica deriva dalla verità che è in quella racchiusa. La comparazione è effettiva, rispetto ad uno degli elementi essenziali dei rapporti messi a confronto e delle volte solo in una direzione formale. I giuristi la usano con profondità di indagine e, se guardiamo i risultati nell'insieme, essi costituiscono uno dei vertici dell'attività scientifica della giurisprudenza imperiale³⁴⁵".

che non viene condotta dai giuristi romani, secondo canoni moderni, e quindi mediante un processo di astrazione logica, che permetta l'enucleazione, da un sistema di norme espresse, di una *ratio* non espressa che possa essere comune anche al caso carente di tutela.

³⁴⁵ RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione*, cit., 54.