

74-C-530

ODOARDO CARRELLI

Prof. inc. nella R. Università di Bari

L'actio quasi institoria

Inv. čis.: 600
Sign: 478

Estratto dagli

Studi in memoria di Bernardino Scorza



1940 - XVIII

SOCIETÀ EDITRICE DEL « FORO ITALIANO »

ROMA



Koupí od	M. Vojáček
Darem od	_____
v	_____ za Kčs 35-
Inv. čís:	33.136
Sign	_____

I. — È noto come, secondo le notizie forniteci dalle fonti, il principio per cui il terzo, che trattava col mandatario, non aveva azione contro il mandante, sarebbe stato superato già in età classica, a opera di Papiniano, al quale si dovrebbe l'introduzione di un'*actio utilis ad exemplum institoriae*, con la quale il terzo avrebbe potuto convenire direttamente il mandante.

I testi, nei quali troviamo concessa questa azione utile, sono relativamente abbastanza numerosi, e, pur trovandosene il maggior numero nei titoli D. 14, 3 e C. 4,25, alcuni sono anche al di fuori della *sedes materiae*, cosicchè, malgrado che essi siano stati attaccati da varie parti, e malgrado che siano state avanzate qua e là riserve più o meno ampie circa la classicità di questa azione, la dottrina tuttora dominante continua nel complesso ad accogliere i dati fornitici da questi testi, e ad attribuirne a Papiniano l'introduzione. In verità questa circostanza non può non fare profonda impressione, se si tiene conto del fatto, che con l'innovazione a lui attribuita, Papiniano avrebbe letteralmente sconvolto il sistema classico della rappresentanza, tutto fondato sul principio per cui il mandatario obbligava soltanto se stesso e il terzo, che con lui trattava, non aveva azione contro il mandante, in quanto ora per la prima volta il mandante sarebbe stato chiamato a rispondere direttamente degli impegni assunti dal suo mandatario: la concessione di questa azione infatti, con la quale il creditore avrebbe potuto rivolgersi senz'altro al mandante, scavalcando il mandatario, ed esigere da costui l'adempimento degli obblighi contratti attraverso la persona del suo rappresentante, avrebbe significato il completo capovolgimento del principio e l'introdu-

zione nel sistema delle obbligazioni romane della dottrina della rappresentanza diretta (1).

La posizione della dottrina in ordine a questo problema può distribuirsi secondo tre tendenze:

a) una prima, che è in sostanza quella tradizionale e quella che ancora ha un maggiore seguito (2), ma che, per essere stata più precisamente formulata, anche in ordine ai problemi scaturiti dalla indagine interpolazionistica, e energicamente sostenuta contro le critiche, che contro di essa erano state da varie parti avanzate, dal Solazzi, può essere ricondotta a questo nome, ammette la classicità dei testi, ove viene concessa questa azione utile, la cui introduzione attribuisce all'opera di Papiniano (3). Le interpolazioni, che indiscutibilmente si notano in alcuni di questi testi, si riferirebbero in realtà a questioni di dettaglio, non incidenti la sostanziale classicità del complesso (4). Anzi il fatto stesso che il rapporto

(1) La questione infatti verte tutta su questo punto: se Papiniano abbia o meno introdotto il principio della rappresentanza diretta. Che ciò sia avvenuto mediante la concessione di un'*a. utilis* è circostanza sostanzialmente di nessun rilievo. Non comprendo quindi la ragione per cui l'ALBERTARIO, nel raccogliere i suoi studi, non abbia inserito la sua monografia sull'*a. quasi institoria*, cui pure aveva dato il sottotitolo di *contributo alla storia della rappresentanza nel diritto romano*, nel volume dedicato alle obbligazioni. Il fatto che in questi testi si parli di un'*a. utilis* nulla significa in ordine alla natura del problema, che rimane pur sempre un problema di diritto sostanziale; del resto è caratteristica comune in tutti gli istituti del diritto pretorio di nascere attraverso la concessione di un mezzo processuale, ciò che fa sì che lo studio dell'istituto debba necessariamente svolgersi attraverso lo studio del mezzo stesso; ma è questo un problema puramente strumentale, in quanto il punto controverso è se, mediante la concessione di un'*a. utilis ad exemplum institoriae*, si sia giunti ad affermare la responsabilità diretta del mandante per gli obblighi assunti dal mandatario. Naturalmente a questa domanda si risponderà con una affermativa o con una negativa a seconda che l'esame dei testi abbia permesso di rispondere affermativamente o negativamente alla domanda se l'azione debba essere considerata come classica o meno.

(2) Cfr. da ultimo ORESTANO, *Rappresentanza*, *Nuovo Digesto Italiano*, e lett. ivi cit.

(3) SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, in *Bidr.* 23, 1911, 153 segg.; *Id.*, *Bidr.* 25, 1912, 103 segg. Nella seconda parte dell'art. cit. il SOLAZZI attenua notevolmente quanto aveva affermato nella prima, ammettendo il rimaneggiamento di alcuni testi, che egli aveva precedentemente ritenuto senz'altro classici, e rinunciando a difendere la tesi da lui in un primo tempo avanzata, per cui l'introduzione di questa *a. utilis* avrebbe dovuto essere ricondotta molto più indietro di Papiniano, forse addirittura a Labeone (*op. cit.*, 156 segg.), senza però mutare le linee essenziali della sua ricostruzione. Per la lett. anteriore ritengo poter senz'altro rinviare alle due monografie del SOLAZZI.

(4) A torto quindi il BONFANTE, *Ist.*, 170, n. 1, parla di concessioni che il S. avrebbe fatto alla dottrina opposta fra la prima e la seconda parte del suo lavoro; si veda infatti quanto il S. scrive (*op. cit.*, 25, 113) a proposito della da lui riconosciuta *intp.* di D. 14, 1, 6, pr. e D. 14, 3, 5, 8.

institorio sia rappresentato dai giuristi romani in modo assai largo, così da farvi rientrare parecchi casi, che oggi ne sarebbero esclusi, significherebbe che i giuristi romani erano a ciò trascinati dalla necessità di soddisfare una esigenza vivamente sentita; però, per quanto si fosse potuto estendere questo concetto, doveva fatalmente arrivare il momento in cui esso non sarebbe più bastato, e per conseguenza la corrente giurisprudenziale sospinta dalle necessità della vita e del commercio giuridico doveva traboccare dagli argini consueti e inalvearsi nell'*a. quasi institoria* (5).

b) A risultati assolutamente opposti giunge l'Albertario (6), il quale, prendendo lo spunto dalla prima delle due ricerche del Solazzi, ha sottoposto a una accurata revisione non soltanto i testi, che venivano normalmente adottati per documentare l'esistenza, in diritto classico, di questa *a. utilis*, ma anche quelli presi in esame per la prima volta dal Solazzi. La conclusione, cui giunge questo autore, è che i testi sono tutti più o meno rimaneggiati, e che l'introduzione dell'*a. quasi institoria*, che il Solazzi considera dovuta alle necessità della vita e del commercio giuridico, e il Kuebler attribuisce alle influenze greche in materia di relazioni bancarie e commerciali (7), sia sì dovuta a influenza greca, ma penetrata per la prima volta nei testi romani a opera dei greci compilatori, mentre la giurisprudenza classica si sarebbe limitata ad andare incontro alle necessità della vita economica, estendendo il più possibile la categoria di *institor*, ma mantenendo sempre fermo il principio che, ove non vi era *praepositio institoria*, la possibilità di rivolgersi direttamente alla persona del rappresentato andasse senz'altro esclusa.

c) Una posizione intermedia è assunta dal Rabel (8), secondo il quale autore i compilatori avrebbero largamente esteso a casi nuovi l'*a.*

(5) Per tutta questa parte ho parafrasato le parole del SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 113.

(6) ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, Pavia 1912; l'ipotesi che questa azione dovesse essere considerata una innovazione dei compilatori era già stata ripetute volte avanzata dal BONFANTE (cfr. ALBERTARIO, *op. cit.*, 3), il quale aveva anche indicato alcuni dei testi da lui ritenuti emblematici, senza però dare una neanche iniziale dimostrazione del suo assunto. Contro il BONFANTE polemizza il SOLAZZI nel primo dei suoi studi, e dal BONFANTE prende lo spunto l'ALBERTARIO.

(7) KUEBLER, *Griech. Tatbestände ecc.*, ZSSr. 29, 1908, 207.

(8) RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians, Festgabe Zitelmann*; per un precedente MITTEIS, *Privatrecht*, 227 n. 8; all'ipotesi del RABEL aderisce PEROZZI, *Ist.* II 307, n. 3, sia pure in tono alquanto dubitativo. Si noti che il P. ritiene anch'esso di origine compilatoria il termine *a. quasi institoria*, mentre invece considera classico l'altro *a. utilis ad exemplum institoriae*.

quasi institoria, che essi però avrebbero già trovato nelle fonti classiche, in quanto essa sarebbe stata effettivamente introdotta, sia pure in molto più ristretti termini da Papiniano: questi infatti si sarebbe limitato a concedere l'*a. utilis* nel solo caso del *procurator omnium bonorum*, mentre l'estensione al caso del mandatario sarebbe triboniana. In altri termini, dato che la funzione economica della *praepositio institoria* era la possibilità di affidare a un terzo una branca di una determinata azienda commerciale per un tempo indeterminato, o, se determinato, pur sempre tale da permettergli di compiere un complesso imprevedibile quantitativamente e qualitativamente di operazioni commerciali, anche se tutte appartenenti a un medesimo *genus*, la figura dell'*institor* veniva in tal modo ad avvicinarsi a quella del *procurator omnium bonorum* (9), da rendere fatale che già in età classica si estendesse al caso del *procurator* la possibilità di sperimentare, sia pure sotto forma di *a. utilis*, l'*a. institoria*, con tutti gli immensi vantaggi che da ciò derivavano. Una tale necessità, non essendo invece sentita nel caso del mandato, era logico che la giurisprudenza classica, nella concessione dell'*a. utilis*, si arrestasse a questo limite, che viene invece superato dai compilatori.

Tale è in complesso lo stato attuale della dottrina: senza voler anticipare quei risultati, che soltanto lo spoglio sistematico dei vari testi, che si riferiscono al nostro argomento, potrà permetterci di stabilire, ritengo di poter sin da ora precisare che nessuna di queste tre ipotesi può essere, a nostro avviso, pienamente accolta.

II. — Per poter determinare se, e in quali casi la giurisprudenza classica avesse ritenuto opportuno andare incontro alle necessità della vita e del commercio giuridico, mediante la concessione di una *a. quasi institoria*, è necessario anzitutto determinare quali fossero in questa età i limiti oggettivi e soggettivi della *praepositio institoria*.

In questo campo vi è un punto fondamentale su cui le varie dottrine sono concordi: cioè che la categoria di *institor* e il concetto di *praepositio institoria* sono stati nel diritto romano classico quanto mai largamente intesi. Per quanto riguarda i limiti soggettivi, mentre è noto che tutto il complesso delle azioni *adiecticiae qualitatis* è nato nel quadro della famiglia romana ed è la necessaria conseguenza del fatto che il *filius fa-*

(9) L'elemento differenziale fra le due categorie di *institor* e di *procurator* sarebbe, secondo il RABEL (*op. cit.*, 6 segg.), la più elevata posizione sociale e conseguentemente il più elevato grado di considerazione dei secondi rispetto ai primi. È però da notarsi che in origine almeno i *procuratores* sono normalmente dei liberti e, secondo la formula del PEROZZI (*Ist.*, II, 304, n. 5), piuttosto degli impiegati che degli incaricati.

miliis, pur acquistando al padre, non obbligava che se stesso, mentre il servo non obbligava neanche se stesso, è anche noto che in breve tempo la giurisprudenza ha trasportato il concetto di *praepositio institoria* al di fuori di questo campo: per conseguenza, mentre in origine *institor* poteva essere soltanto un membro della *familia* (figlio o servo), successivamente ogni limite circa la qualità dei soggetti è completamente annullato, e a una *praepositio institoria* può essere chiamato indifferentemente tanto il figlio o servo proprio, quanto l'altrui, quanto infine una persona libera e *sui iuris* (10).

Per quanto poi riguarda i limiti oggettivi l'evoluzione non è meno profonda: la *praepositio institoria*, nata sul terreno dell'attività commerciale e limitata originariamente al solo caso della succursale o dell'agenzia, si estende, sul terreno sempre dell'azienda commerciale, anche a quelle forme di collaborazione in cui non viene affidato all'individuo un determinato settore territoriale dell'azienda, ma una branca determinata di attività, che investe però l'intera azienda. Conseguentemente le fonti rinunciano a richiedere, perchè si abbia *praepositio institoria*, la esistenza di una sede succursale da affidare all'*institor* (11), e giungono a far rientrare fra gli *institores* non soltanto i commessi viaggiatori (12), ma anche i commissionari (13), e persino i fattorini incaricati dal recapito a domicilio della merce e della riscossione del prezzo (14).

(10) D. 14, 3, 7, 1 (Ulpiano 28 *ad edictum*): «*Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus, item quisquis praeposuit (quis sit qui... MOMMSEN): nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. sed et si filia familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio*». La parte centrale del testo è con ogni probabilità emblematica, ARANGIO RUIZ, *Studi formulari, Bidr.*, 25, 1913, 161, n. 1.

(11) D. h. t. 3, 7 (Ulpiano *eodem*): «*Institor appellatur ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi*», D. h. t. 4 (Paolo 30 *ad edictum*): «*cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces et ibi vendant. nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, cum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendidisse*». Cfr. anche D. h. t. 18 (Paolo l. s. *de variis lect.*) testo però gravemente rimaneggiato, cfr. GUARINO, *Sdhi.* 5, 1939, 2, 469 segg.

(12) Cfr. i testi cit. n. precedente.

(13) D. h. t. 5, 7 (Ulpiano, *eodem*): «*Sed et si tabernarius servum suum peregre mitteret ad merces comparandas et sibi mittendas, loco institoris habendum Labeo scripsit*». Erroreameente il SOLAZZI (*op. cit.*, 154) riconduce questo testo al caso del commesso viaggiatore in quanto il commesso viaggiatore è incaricato di vendere e non di acquistare; naturalmente le due funzioni a volte erano riunite in un'unica persona, come ad es. nel caso di D. h. t. 17, pr. (Paolo 30 *ad edictum*): «*Si quis mancipiis vel iumentis pecoribusve emendis vendendisque praepositus sit...*»

(14) D. h. t. 5, 9, (Ulpiano *eodem*): «*Idem Labeo ait: si quis pistor servum suum so-*

Ma gli stessi *veteres*, secondo la testimonianza di Ulpiano, sotto la spinta delle necessità della vita economica, hanno proceduto molto più oltre, interpretando il concetto di *praepositio institoria* in un modo che non può apparire rivoluzionario, estendendo cioè questo istituto, che originariamente era limitato al solo campo dell'attività commerciale, ad ogni altra attività di natura patrimoniale: di ciò abbiamo una traccia precisa nell'inclusione, da Ulpiano attribuita a Servio Sulpicio (15), dell'*insularius* fra gli *institores*. Stante che le mansioni del portinaio, almeno nella normalità de' casi, hanno scopo di sorveglianza, e, se gli sono affidati anche compiti di natura patrimoniale, questi non possono certo uscire dai limiti della più modesta amministrazione ordinaria, l'inclusione di costui fra gli *institores* viene a indicarci che i limiti oggettivi della *praepositio institoria* si sono a tal punto dilatati, che ormai, quale che sia la natura del *negotium*, cui un individuo è *praepositus*, quando questo lo obbliga ad avere rapporti di natura economica con i terzi, *recte institor appellabitur*. Una tale possibilità si sarebbe potuta anche verificare in quei casi in cui a un individuo erano affidate mansioni, che da un lato lo obbligavano a svolgere una determinata attività, o una determinata serie di attività, nei confronti di una determinata cosa, tale da esaurirsi in un rapporto di subordinazione nei confronti di colui che lo aveva *praepositus*, e dall'altra lo obbligavano a svolgere una attività in conseguenza della quale era costretto a stringere con terzi, per conto del *dominus*, rapporti di natura patrimoniale. Poteva infine tale possibilità verificarsi anche in quei casi in cui le attività della prima delle due categorie, fossero rispetto a quelle della seconda, assolutamente prevalenti, come si verificava, in modo senz'altro indiscutibile, nei confronti dell'*insularius*.

Anche infatti a voler considerare il caso dell'*insularius* come il caso limite, cui è giunta la giurisprudenza classica nell'ammettere la possibilità di una *praepositio institoria*, bisognerà pur sempre riconoscere che, includendo costui fra gli *institores*, essa aveva raggiunto ormai un limite tale, oltre il quale le sarebbe in verità riuscito difficile procedere, non per altro che per mancanza di materia prima. È chiaro infatti che, da

litus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret, conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ita dari summas, teneri debeat.

(15) D. h. t. 5, 1 (Ulpiano eodem): « Nam et Servius libro primo ad Brutum ait, si quid cum insulario gestum sit vel eo, quem quis aedificio praeposuit vel frumento coemendo, in solidum eum teneri ». Molto probabilmente l'inciso « vel frumento coemendo » è triboniano, e il testo doveva riferirsi ai soli casi dell'*insularius* e dell'amministratore dello stabile.

questo momento, quali che fossero le mansioni affidate all'individuo, quale che fosse, per usare le parole di Ulpiano, il *negotium* cui costui *praepositus erat*, sempre che questo negozio lo avesse costretto ad avere rapporti con terzi tali da far sì che o costui si obbligasse verso di loro o i terzi si obbligassero, egli sarebbe stato senz'altro un *institor*, ed è anche chiaro che, essendo ben difficile configurare una attività che, su scala maggiore o minore, non dia adito a una simile possibilità, ne viene per necessaria conseguenza che i casi in cui sarebbe stato possibile aversi un *institor* vengono a dilatarsi a tal punto, da doverci logicamente domandare se ne sopravvivessero ancora in cui ciò non sarebbe stato possibile.

III) Sulla base di questi dati, i quali, ripeto, sono nel complesso accolti dalle varie dottrine in contrasto, le quali tutte ammettono che la giurisprudenza classica abbia interpretato nel modo più largo il concetto di *praepositio institoria*, si può passare allo spoglio dei testi,

Rispetto al caso contemplato, i frammenti in cui si trova ricordata l'*a. quasi institoria* si possono dividere in tre gruppi: a) testi in cui l'azione viene concessa per l'obbligazione contratta da un mandatario; b) testi in cui essa viene concessa per l'obbligazione contratta da un *procurator*; c) testi in cui il rapporto giuridico fra la persona che si è obbligata e quella contro cui viene concessa l'azione (o l'incarico affidatogli, se la prima è un servo della seconda) non è rivolto in linea principale a costituire un obbligo di rappresentanza, ma solo in via molto secondaria rispetto ad altri di natura completamente diversa. Malgrado che la circostanza abbia in fondo un valore affatto secondario, sarà sempre opportuno precisare che in questo ultimo gruppo normalmente l'*institor* (o più precisamente il *quasi institor*) è un servo.

D. 14, 3, 16 (Paolo 29 *ad edictum*): « Si cum vilico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praepositur. Si tamen vilicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere ».

La classicità di tutta la seconda parte di questo testo è stata revocata in dubbio dall'Albertario, cui consente il Rabel (16); viceversa il Solazzi pur riconoscendo che esso, sotto l'aspetto formale, non può certo dirsi *sine labe*, si limita a sostituire *competere*, già precedentemente a ogni

(16) ALBERTARIO, *op. cit.*, 21; RABEL, *op. cit.*, 6; vi consente, sia pure in tono dubitativo, LENEL, *E. P.* 203 n. 2.

altro sospettato dal Krueger P. (17), con *dari*, considerandolo però classico nella sua sostanza (18).

Ritengo che l'opinione dell'Albertario, sia da accogliere ma per ragioni almeno in gran parte diverse da quelle da lui addotte; queste in sostanza si riducono a un criterio logico e dati formali: vi è un salto di logica infatti nell'uso di *si tamen*, in quanto, se non si ha l'*actio* verso il *dominus* perchè *vilicus praepositur propter fructus percipiendos*, non si può dire, dopo, che l'*actio* contro il *dominus* si darà se il *vilicus* sarà stato preposto per vendere i frutti... Il ragionamento fatto nel primo periodo esclude quello che è fatto nel secondo.

Non si può non riconoscere che ha pienamente ragione il Solazzi nel negare l'esistenza del salto di logica, in quanto il ragionamento dell'Albertario è incontestabilmente *magis speciosum quam verum*: Paolo infatti, nella prima parte del testo, aveva negato, per la nota ragione, l'esperibilità dell'*a. institoria directa*, e nulla poteva impedirgli di contrapporre qui, come in tanti altri testi, all'azione diretta quella utile, da concedersi in quei casi eccezionali, in cui, pur continuando il *vilicus* a non essere un *institor*, gli venivano concessi poteri tali da farne qualcosa di simile a un *institor*. In un ragionamento fondato sulla contrapposizione *actio directa-actio utilis* il *tamen* viene ad essere logicamente del tutto giustificato.

Rimarrebbero in tal modo i soli indizi formali elencati dall'Albertario (19), i quali però sono indiscutibilmente tali e tanti, che basterebbero a rendere il testo più che sospetto, anche se a questi non avessimo altri argomenti d'ordine sostanziale da aggiungere, in luogo di quelli addotti dall'Albertario e da noi respinti.

Non è stato infatti rilevato che, dal modo come Paolo imposta il suo ragionamento, si avrebbe tutto il diritto di fare nei suoi confronti una insinuazione un po' irriverente, e cioè che egli sia di circa tre secoli in ritardo rispetto alla dottrina classica in tema di *praepositio institoria*: posto che Servio Sulpicio aveva esteso tale qualità anche all'*insularius*, sarebbe stato inconcepibile negare la possibilità di una *praepositio instito-*

(17) KRUEGER, *Ueber actionem dare* etc. ZSSr., 16, 1895, 4; cfr. anche KRUEGER *H., Digesto h. l.*

(18) SOLAZZI, *op. cit.*, 25, III segg., il quale riconosce il salto di forma, ma nega il salto di logica.

(19) « *si contractum sit... adversus dominum... si praepositum habuero... in me...* »; *praepositur* costruito prima col *propter* poi col gerundivo; *merces* in luogo di *fructus*; *exemplo institoriae actionem*; ciò a prescindere da *competere* in luogo di *dare*.

ria nei confronti del *vilicus*, quando già Pomponio, dopo Servio, ma prima di Paolo, aveva scritto che *non multum abest a vilico insularius* (20).

Se quindi Paolo nega al *vilicus*, la qualità di *institor*, e ciò perchè *propter fructus percipiendos non propter quaestum praepositur*, ciò significa non che sia impossibile fare del *vilicus* un *institor*, ma che normalmente i compiti del *vilicus*, riguardano la coltivazione e non l'amministrazione, in quanto al di sopra del *vilicus* vi è un amministratore, se vi è, e cioè un *institor propter quaestum praepositus*, e, se non vi è, vi è addirittura il *dominus*, che si è riservato questo compito. Nello stesso modo l'*insularius* normalmente non ha compiti di amministrazione, ma di sorveglianza (21) e al di sopra di lui vi è un amministratore (*institor*), o il *dominus*. Ma quando all'*insularius* o al *vilicus*, oltre che il compito di sorvegliare lo stabile o di coltivare il fondo, vengono affidate mansioni di natura amministrativa tali da porlo necessariamente in rapporti con terzi (riscossione delle pigioni, vendita dei frutti ecc.), allora come diventa *institor insularius*, così lo diventa il *vilicus*, e come il *dominus* può essere convenuto con l'*a. institoria directa* per le obbligazioni contratte dall'*insularius*, così egualmente con l'azione diretta deve essere convenuto per le obbligazioni contratte dal *vilicus*. Se l'*a. quasi institoria* non avesse altro fondamento che questo testo, in verità non avrebbe avuto torto il Solazzi a voler sfrondare sino all'ultima fronda l'alloro dalla fronte di Papiniano, presunto introduttore di questa azione, in quanto essa era stata già concessa due secoli prima da Servio Sulpicio, e neanche sotto forma di azione utile, ma proprio come azione diretta, e avremmo noi a nostra volta tutto il diritto di sorridere alle spalle di Paolo, che si era fatto banditore di una così rancida e sgangherata novità.

Che però Paolo si sia ben guardato dal far ciò risulta in modo esplicito da Pauli Sent. II, 8, 2:

« *Si quis pecuniae fenerandae agroque colendo, condendis vendendisque frugibus praepositus est, ex eo nomine, quod cum illo contractum est in solidum fundi dominus obligatur: nec interest, servus an liber sit* ».

Il testo è indiscutibilmente molto tormentato e la duplicazione *agro colendo... condendis vendendisque frugibus* ha dato molto da fare agli

(20) D. 50, 16, 166 (Pomponio 6 ad Sabinum).

(21) D. 7, 8, 16, 1 (Pomponio 5 ad Sabinum): « *Dominus proprietatis etiam invito usufructuario vel usuario, fundum vel aedes per saltuarium vel insularium custodire potest...* ». In questo caso la guardia campestre e il portinaio non hanno certo compiti di amministrazione, oltre quelli di sorveglianza.

editori (22); ritengo però che, piuttosto che ricorrere a dubbi emendamenti, sia più logico pensare, come ha già sospettato il Solazzi (23), che il compilatore del passo delle Sent. abbia nella prima parte del testo moltiplicato gli esempi di *praepositio institoria*, in modo da estendere fino all'inverosimile la fattispecie paolina, che originariamente era: «*si quis condendis vendendisque frugibus praepositus est...*». Ciò è chiaramente indicato dal fatto che nella seconda parte del testo l'unico caso preso in considerazione è quello del *fundi dominus*, che si contrappone al *praepositus condendis vendendisque frugibus*, ma non certo al *praepositus pecuniae fenerandae*.

Anche qui noi ci troviamo di fronte al caso di una azienda agricola, cui è preposto un amministratore, o, data la formula molto più modesta di cui si serve Paolo, di un podere al cui colono (libero o servo che sia) il padrone ha affidato l'incarico permanente non soltanto di coltivare il fondo, ma anche di venderne i frutti (24): l'azione concessa contro il *dominus* per le obbligazioni da costui contratte nell'esplicazione dell'attività vendita dei frutti è l'*a. institoria* diretta, nè quindi può essere Paolo l'autore dello squarcio «*si tamen... competere*» di D. h. t. 16, ove questa azione, con un colpo di bacchetta, viene trasformata da diretta in utile (25).

(22) Così l'HUSCHKE, *Iurispr. Anteiust. emenda agrore*; mentre il CUIACIO leggeva *coemendis*, per la quale lettura cfr. SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 120, n. 1.

(23) SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 120, n. 2, non ricordato dal VOLTERRA, *Acid. II*, 1934, 131, il quale si limita a riportare i rilievi del SECKEL al par. prec.

(24) Non comprendo perchè il SOLAZZI accosti questo caso a quello degli odierni *mercanti di campagna* (*op. cit.*, 25, 120), i quali non sono affatto degli *institores*, ma degli affittuari di tenute, normalmente a pascolo, che conducono con bestiame proprio: manca quindi ogni *praepositio institoria* e il rapporto col proprietario non è che una normale locazione conduzione.

(25) Ciò è riconosciuto dal SOLAZZI, il quale però ne trae l'illazione che dunque D. h. t. 16 è classico, perchè il *vilicus* è ordinariamente preposto alla raccolta dei frutti, ma non è impossibile che talora sia anche preposto alla vendita dei frutti raccolti; ma l'illazione è arbitraria, perchè, si è visto, in tal caso egli è *institor* e non *perinde ac si institor sit*, conseguentemente il *dominus* è convenibile *in solidum* con l'*a. institoria* diretta e non con quella utile, che Paolo non può aver concessa, con la risultante che uno dei testi su cui si basa la dottrina della classicità dell'*a. utilis institoria* svanisce. Piuttosto ci si può domandare se l'intp. di questo testo e l'inserzione delle parole *agroque colendo* nel passo delle Sent. non nascondano una estensione della responsabilità del *dominus* naturalmente postclassica, nel senso che, mentre il diritto classico avrebbe distinto fra coloni *institores* e non *institores*, ammettendo la responsabilità *in solidum* del *dominus* nel primo caso, negandola in pieno nel secondo, in età postclassica si fosse ammessa la responsabilità del *dominus* anche in questo secondo caso per lo meno per gli obblighi as-

β) D. 14, 4, 5, 8 (Ulpiano 28 *ad edictum*): «*Idem (Labeo) ait, si libitinaris servum pollinctorem habuerit isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competereb.*»

Intorno a questo testo inizialmente concordano il Solazzi e l'Albertario, ammettendo ambedue l'interpolazione del *quasi*; il dissenso è però pieno nelle deduzioni: infatti, secondo l'Albertario (26), essa sarebbe dovuta al fatto che i compilatori, avendo trovato nel testo ulpiano che il *servus* del *tabernarius peregre missus ad merces comparandas* e il *servus pollinctor* del *libitinaris* erano considerati da Labeone *loco institoris* (27), non abbiano compreso che queste parole equivalgono a *proprie institor*, e abbiano conseguentemente inserito nel testo il *quasi*, trasformando l'azione da diretta in utile. A ciò il Solazzi obietta che è vero sì che la formula *quasi institoria* deve ritenersi interpolata, come in D. 6, 1, 70 la formula *quasi Publiciana* (28) e il D. 11, 1, 22 quella *quasi interrogatoria*, ma, come in questi testi, soppresso il *quasi*, sopravvivono la *Publiciana* e l'*interrogatoria*, così qui, soppresso il *quasi*, sopravvive l'*institoria* (29).

Ritengo di non poter accogliere nè la comune premessa dell'Albertario e del Solazzi, nè le differenti conseguenze, che essi ne traggono, dato che, a mio avviso, il testo ha subito un rimaneggiamento molto più vasto di quanto essi suppongono.

È da notarsi anzitutto che la supposta analogia fra questo caso e quello del *servus peregre missus ad merces comparandas* non ha nessun fondamento, in quanto, perchè si abbia *praepositio institoria*, non basta che l'individuo, che ha contratto l'obbligazione, sia in un qualsiasi modo dipendente della persona che ne dovrebbe rispondere, ma occorre che quest'ultimo gli abbia affidato compiti di tal natura che il loro adempimento richieda che egli abbia contatti con i terzi tali da poterne scaturire, o da doverne scaturire rapporti obbligatori. Ciò si verifica normalmente nei confronti del commissionario e del commesso viaggiatore, il

sunti dal colono in conseguenza della necessità di rifornire il fondo dei mezzi occorrenti per le culture. In questi casi, non essendo il colono *institor*, l'azione sarebbe stata concessa *exemplo institoriae*.

(26) ALBERTARIO, *op. cit.*, 16 segg.; concorde RABEL, *op. cit.*, 6.

(27) D. h. l. 7, «*Sed et si tabernarius servum suum peregre mitteret ad merces comparandas et sibi mittendas, loco institoris habendum Labeo scripsit*». L'ALBERTARIO però non si domanda perchè eguale sorte non abbia avuto questo testo, che avrebbe dovuto anch'esso venire rimaneggiato nel senso di trasformare l'azione in *quasi institoria*.

(28) Cfr. però su questo testo LEVY, *Die Enteignung etc. ZSSl.* 42, 1921, 404 segg.; CARRELLI, *L'acquisto delle proprietà etc.*, 24 segg.

(29) SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 112 segg.

cui compito è precisamente di trattare con i fornitori o con i clienti, ma abbiamo anche già visto che normalmente non si verifica nei confronti del *vilicus* e dell'*insularius*, il cui compito normale consiste nel coltivare il fondo e nel sorvegliare lo stabile, e neanche normalmente si verifica per il maggior numero degli addetti (liberi o servi che siano) ad una azienda agricola, commerciale, o industriale, dato che alla maggioranza di costoro non vengono affidati compiti tali da poter avere in qualche modo rapporti con i terzi. Il *servus pollinctor* non era che un operaio addetto all'azienda di pompe funebri, le mansioni del quale si riducevano a quella di preparare i cadaveri, ma cui non erano affidate, o normalmente non possiamo supporre venissero affidate altre mansioni di natura tale da potersi fondare una *praepositio institoria*.

In secondo luogo, se il cliente aveva trattato con il *libitinarius*, il rapporto giuridico, che si stringeva fra costoro, sarebbe rientrato nella categoria locazione d'opera: ma, come *conductor operis*, il *libitinarius custodiam praestat* per tutte le cose che il cliente gli ha affidato come necessarie per l'opera da svolgere, comprese quindi le vesti, che ricoprono il cadavere. Ove queste scompaiano, possiamo per ora disinteressarci della questione di chi sia l'autore del furto, si verifica nei confronti del *libitinarius* la stessa situazione, che si verifica nei confronti del *fullo* (30), e cioè che costui risponde *ex locato* della mancata restituzione delle cose che *mercede certa acceperat*: per conseguenza, anche se, a differenza di quanto ipotizza Labeone, il ladro non fosse stato un operaio addetto all'azienda, ma un terzo, non per questo il *libitinarius* sarebbe stato esonerato dal rispondere contrattualmente della mancata restituzione, nello stesso modo come era lui, e non il proprietario delle vesti, titolare dell'azione di furto contro il ladro. Posto ciò, per giustificare la responsabilità *ex contractu* del *libitinarius*, non sarebbe stato necessario ricorrere a una discutibilissima *praepositio institoria*, quando questa scaturiva naturalmente dal contratto di locazione conduzione: *a. locati directa* quindi e non *institoria* (31).

(30) Gai, III 205.

(31) Una *praepositio institoria* e un'*a. locati institoria* sarebbero state concepibili solo se il servo non fosse stato un qualsiasi operaio dell'azienda, ma gli fosse stata affidata la direzione di una succursale, o per lo meno mansioni tali da portarlo a trattare direttamente con i clienti. Dato però che Labeone di ciò non parla, ma anzi specifica le mansioni puramente esecutive affidate a questo servo, una interpretazione in tal senso sarebbe assolutamente arbitraria. Così non è *institor* ogni operaio al servizio di un *fullo* o di un *sarcinator*, ma solamente il *praepositus fullonum et sarcinatorum* (cfr. *D. h. l.*, 6).

In appoggio a quanto è detto sopra ritengo poter richiamare un altro passo dello stesso fr., *D. h. l.* 10:

« *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 adfiraverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur* ».

Il testo è stato fino a oggi una vera *crux interpretum* (32), in quanto, data la premessa della concedibilità di una *a. quasi institoria* per le obbligazioni assunte dal procuratore o dal mandatario, non si riusciva a capire perchè mai essa venisse negata nel caso in cui a uno fra i discepoli o a un terzo fosse stata dal *fullo* affidata a titolo di procuratore l'azienda. Da ultimi il Solazzi e il Rabel hanno fatto ricorso alla critica interpolazionistica, ma, a mio avviso, con risultati non troppo felici.

Il Solazzi, dopo aver constatato che *imperaret* è privo di complemento oggetto e per conseguenza è egualmente privo di soggetto « *si quasi procurator fuerit relictus* », eleva sospetti circa il rimaneggiamento del testo nella parte che si riferisce al *procurator* e nella chiusa, pur senza però determinare con precisione i limiti dell'emblema, e conclude che i suoi dubbi diventano certezza ove si ponga questo testo a confronto con Pauli Sent. II, 8, 3, dal quale si ricava che, affidi o non il *fullo* ad altri la vigilanza sui discepoli, e qualunque veste abbia l'incaricato della disciplina e della correzione, il principale risponderà sempre dei contratti conclusi dai terzi con i suoi apprendisti (33).

Ancora più risolutamente conduce la sua critica il Rabel, il quale, sulla base degli stessi indizi formali già notati dal Solazzi, più la constatazione che *sin vero* e *plane* sono locuzioni particolarmente care ai compilatori (34), conclude che il testo è stato assolutamente sconvolto da costoro e che, nell'originale ulpiano, die Frage der Klassiker ging ausschliesslich dahin ob die *discipuli* wegen das *tabernam tradere* als Institoren angesehen seien (35).

(32) Cfr. sulle varie ipotesi avanzate per accordare il testo con l'*a. quasi institoria* SCHLOSSMANN, *Nochmals* I, 5 par. 10 *D. h. l.* 10, 3, *Arch. f. c. pr.* 63, 1880, 208 segg.; ma anche lo SCHLOSSMANN, felicissimo nella critica delle dottrine precedenti, fallisce nella parte ricostruttiva.

(33) SOLAZZI, *op. cit.*, 121 segg.

(34) GUARNERI, *Indice* sub. vv.

(35) RABEL, *op. cit.*, 13 segg.

Per quanto riguarda il Solazzi, in verità non credo che si possa condividere la sua certezza, dato che il passo delle Sent. da lui richiamato è a sua volta in così cattive condizioni da far sorgere nuove difficoltà « *Quod cum discipulis eorum, qui officinis tabernis praesunt contractum est, in magistros vel institores tabernae in solidum actio datur* ». È chiaro infatti che in questo testo vi è per lo meno qualcosa di troppo, e cioè la responsabilità degli *institores* (e non soltanto dei *magistri* per l'obbligazione assunta dai *discipuli* (36); d'altra parte il testo di Paolo è in aperto contrasto con quanto ci dice Ulpiano, per il quale sono *institores* non i *fullones* (*discipuli*) o i *sarcinatores* (*discipuli*), ma soltanto i *praepositi fullonum et sarcinatorum*, quegli impiegati cioè che il proprietario dell'azienda ha preposto ai singoli reparti, autorizzandoli a contrattare con i fornitori e con i clienti: volendo usare un'espressione del moderno gergo bancario, gli impiegati muniti di firma.

Ad ogni modo contro l'ipotesi che il testo di Ulpiano sia intp. nella parte che si riferisce al *procurator* milita una circostanza di cui nè il Solazzi nè il Rabel hanno tenuto sufficiente conto: si accetti o meno la classicità dell'*a. quasi institoria*, è però affatto incontestabile che, all'età di Giustiniano, se il *procurator* si obbligava, il *dominus* poteva essere convenuto in *solidum* con questa azione. Le insormontabili difficoltà che ha incontrato la critica nei suoi tentativi di mettere questo testo d'accordo con gli altri, in cui si concede l'azione per gli obblighi assunti dal *procurator* o dal mandatario, non sono affatto superate supponendo l'intp. del testo, ma semplicemente localizzate al diritto giustiniano, in condizioni però ben più gravi, dato che, ammessa l'esistenza dell'azione, se vi era un caso, in cui sarebbe stato logico e umano concederla, questo era precisamente il caso di cui tratta Ulpiano, stante che il cliente, che si recava in una lavanderia, non era certo tenuto a preoccuparsi di assumere informazioni se il proprietario fosse o non sul posto, e nella negativa, a chi avesse affidato la direzione dell'azienda e a quale titolo.

Più grave ancora appare la situazione, ove si accolga l'ipotesi del Rabel, in quanto ammesso che i compilatori abbiano esteso la portata dell'*a. quasi institoria* dal procuratore al mandatario, e cioè che essi si siano messi a rimaneggiare i testi con un programma di massimo am-

(36) È da notarsi anche che, mentre nella prima parte si parla di *officinae* e di *tabernae*, nella seconda le *officinae* scompaiono, rimanendo le sole *tabernae*; dubbi anche in RABEL, *op. cit.*, 14. Cfr. sul testo CUGIA, *Appunti sul tirocinio industriale*, 108, il quale anche ritiene che, con tutta la buona volontà, non se ne possa trarre alcun costrutto.

pliamento della portata di questa azione, non è assolutamente pensabile che siano stati proprio loro a negarla in un frammento, in cui si parla del *procurator*, e in cui quindi questa sarebbe stata concessa senza discussioni sin dall'età di Papiniano.

A ciò si aggiunga che il più grave indizio di sospetto nei confronti della classicità di questo testo scompare ove si accolga l'ipotesi, che, per essere la più semplice, è anche la più plausibile, del Fadda (37), e cioè che, per errore di copista, sia caduta la parola *aliquem* avanti a *rogasset*, con la quale integrazione il testo diventa sintatticamente impeccabile.

Ritengo quindi che si debba ammettere con l'Albertario (38) la classicità del testo, ma, quali che siano le conclusioni che da esso si debbono trarre in ordine al problema della classicità dell'*a. quasi institoria* per gli obblighi assunti dal *procurator*, possiamo per ora disinteressarcene, limitandoci a prendere in considerazione l'ultimo periodo, che è quello che ci interessa in ordine al problema della classicità di D. h. l. 8.

Il caso qui contemplato differisce infatti sostanzialmente dagli altri, in quanto il cliente non si è rivolto direttamente all'impiegato, ma al *dominus*, il quale a sua volta lo ha invitato a rivolgersi all'impiegato e a trattare con lui. Partendo anzi dal caso di una *fullonica*, si potrebbe ridurre il pensiero di Ulpiano in ancor più modesti termini, e cioè che il proprietario delle vesti, si sia rivolto e abbia contratto col *fullo* prendendo con lui gli opportuni accordi, e che questi abbia inviato a domicilio del cliente un operaio o un fattorino per ritirarle (*credere*), il quale ultimo abbia pensato bene di sparire lui e le vesti consegnategli, così che queste non sarebbero state neanche un istante fra le mani del *fullo* (39). Il caso è risolto nel modo più limpido: dato che chi aveva assunto personalmente l'obbligazione non era il fattorino, semplice esecutore di ordini, ma il *fullo*, non era l'impiegato, cui il proprietario della ditta aveva dato gli ordini di prendere con il cliente gli opportuni accordi circa l'esecuzione dei lavori, ma il proprietario stesso, cui il cliente si era rivolto, se per il fatto dell'impiegato o di terzi il proprietario si era venuto a trovare in stato di inadempienza, l'azione da sperimentarsi contro di lui era senz'altro *a. locati directa*, precisando Ulpiano in tal modo che l'es-

(37) FADDA, *Digesto Mil. h. l.*, altre analoghe integrazioni in RABEL, *op. cit.*, pag. cit.

(38) ALBERTARIO, *op. cit.*, 24 segg.

(39) Era probabilmente questa circostanza che aveva fatto sollevare dei dubbi circa una situazione altrimenti chiarissima.

sere l'inadempienza dovuta a fatto dell'impiegato non modificava in alcun modo la situazione (40).

Stante che, si tratti di *libitinarius* o di *fullo* o di qualsiasi altra attività del genere, il caso è sempre da risolversi in un unico modo, Ulpiano non poteva concedere l'*a. institoria* (diretta o utile che fosse) nel primo caso e negarla due par. dopo nel secondo: per conseguenza la sua risposta doveva essere sempre la medesima, e cioè che l'azione da sperimentarsi contro il *libitinarius* come contro il *fullo* era sempre l'*a. locati directa*.

È da notarsi che fra il caso del *servus pollinctor* e quello del fattorino della *fullonica* vi era ancora una sostanziale differenza, e cioè il fatto che il primo, oltre che addetto all'azienda del *libitinarius*, ne era anche un servo, così che, mentre il *fullo*, responsabile per custodia verso il proprietario delle vesti, era legittimato a sua volta ad agire di furto contro il fattorino, nell'altro caso, non soltanto l'*a. locati*, ma anche le *aa. furti* e *iniuriarum* erano concesse, come azioni nossali, contro il *dominus*. Ciò spiega il rimaneggiamento del testo: Labeone, nel prospettare il caso, non si era preoccupato dell'azione derivante dall'obbligazione da contratto, in quanto la sua attenzione si era tutta polarizzata su quella derivante dall'obbligazione da delitto: i compilatori, notando che nel testo non si parlava che delle *aa. furti* e *iniuriarum*, hanno creduto di dover colmare la lacuna, ma, invece dell'*a. locati*, che Labeone sottintendeva, hanno fatto ricorso con molto dubbia opportunità all'*a. institoria*; dato però che anche a loro pareva un po' grosso trattare da *institor* il *servus pollinctor*, hanno preferito inserirvela come *quasi institoria*, come un'azione cioè che, quando che essa sia sorta, è sempre di secoli posteriore a Labeone.

γ) D. 14, 3, 13, pr. (Ulpiano 28 *ad edictum*): «*Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait*».

Fra quanti sono stati fino a questo momento presi in esame, è questo forse il testo che ha dato maggiormente da fare alla critica, la quale del

(40) Naturalmente il *fullo*, responsabile per custodia, sarà a sua volta legittimato ad agire di furto contro il fattorino infedele.

resto non è giunta fino a ora a risultati, che possano dirsi nel complesso soddisfacenti.

I punti controversi sono i seguenti: a) se effettivamente Giuliano concedesse un'*a. utilis*, o desse invece risposta negativa; b) nell'affermativa quale fosse questa *a. utilis*, che *competeva* al creditore. Specie su questo secondo punto le risposte sono quanto mai varie.

Secondo una dottrina che risale ai giuristi bizantini (41), e che è stata raccolta dall'Erman, dal Lenel, e sostanzialmente dal Rabel e dal Riccobono (42), l'azione è detta utile, in quanto, avvenuta la consumazione processuale, è stata dal pretore restituita come *a. rescissoria*. Nel primo processo il creditore avrebbe intentato l'*a. institoria*, ma, in conseguenza della *demonstratio* non conforme alla fattispecie, sarebbe rimasto soccombente: di qui la possibilità di ricorrere a una *i. i. r.* ammessa da Giuliano.

Secondo un'altra interpretazione, che anch'essa trova il suo punto di partenza nei maestri bizantini (43), e che è stata sostenuta dallo Schlossmann, dal Baron e da ultimo dall'Albertario (44), l'azione sarebbe l'*a. utilis ad exemplum institoriae*, in quanto l'incaricato di ricevere denaro a mutuo non è un vero institore e per conseguenza non compete contro il *dominus* l'*a. directa*.

Il Solazzi combina le due interpretazioni, supponendo che l'azione fosse effettivamente detta utile, in quanto restituita dopo la consumazione avvenuta nel primo processo, ma che d'altra parte il negozio di *accipere mutuas pecunias* non poteva formare oggetto di una *praepositio institoria*, in quanto l'incaricato di ricevere denaro a mutuo non esercita una attività commerciale o industriale, quale si richiede per l'*a. institoria* (45).

Contro queste due ultime interpretazioni vi sono però due rilievi da fare:

(41) Bas. 18, 1, 3 (ZACH. *Suppl.* 172) sch. 42 (Stefano); 44 (Anon.).

(42) ERMAN, *Conceptio formularum*, ZSSSt. 19, 1908, 227 segg.; cfr. anche Mel. *Appleton*, 267 n. 3; LENEL, *E. P.* 260; RABEL, *op. cit.*, 14 segg.; RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, etc. *A. P.* 3, 4, 1917, 636; l'intp. di *competere* (*dare*) era stata già rilevata dal KRUEGER P., *op. cit.*, 4; dal SECKEL, *Handlex. sub v. utilis*; dall'ERMAN, *op. cit.*, pag. cit.; dal KRUEGER H., *Dig. h. 1*.

(43) Bas. 18, 1, 3 (ZACH. *Suppl.*, 172) sch. 45 (Cobidas).

(44) SCHLOSSMANN, *Die Voraussetzungen* etc. *Jherings Jahrb.* 38, 1898, 145; BARON, *Die adiekt. Klagen* 190; ALBERTARIO, *op. cit.*, 22, naturalmente per l'ALB., a differenza degli altri due, questa interpretazione va ristretta al solo diritto giustiniano, in quanto Giuliano nell'originale avrebbe negato e non concesso l'azione.

(45) SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 155 segg.; 25, 115 segg.

a) quando si afferma che l'incaricato di ricevere denaro a mutuo non possa essere considerato come *institor* si afferma cosa esatta, se si tratta di un incarico singolo avente per oggetto una singola operazione (46), ma quando invece si tratta di una attività da svolgersi in modo continuativo in un determinato territorio, non abbiamo nessuna plausibile ragione per negare che costui potesse essere considerato come un *praepositus* a questo determinato *negotium* (47). D'altra parte possiamo facilmente supporre che in questo caso oggetto della *praepositio* non fosse soltanto il *mutuas pecunia accipere*, ma anche il *dare*, cioè una attività di credito in piena regola, sia pure in una limitata cerchia di operazioni (48). Che delle due attività sia ricordata solo la prima può a prima vista fare impressione, ma in verità, oltre al fatto che solo questa interessava la fattispecie trattata da Giuliano, ciò può essere spiegato in modo assolutamente elementare, con la constatazione cioè che, se il servo prestava, dato che il servo acquistava al *dominus*, in quel contratto unilaterale che è il mutuo, il diritto di credito sorgeva senz'altro sulla persona di costui, che per conseguenza avrebbe agito contro il debitore con l'*a. directa* e non con l'*institoria*, mentre nel caso opposto, se il *servus praepositus mutuis pecuniis dandis et accipiendis* prendeva denaro in prestito, non obbligava il *dominus* se non in quanto *praepositus*, dato che appunto a tale scopo era rivolto l'istituto della *praepositio institoria*. Dato quindi che, delle due attività, solo la seconda interessava la nostra azione questa è quella che normalmente viene ricordata (49).

b) Ammesso che il *mutuas pecunias accipere* non potesse costituire oggetto di *praepositio institoria*, l'azione che il creditore avrebbe potuto intentare contro il *dominus*, sarebbe stata l'*institoria utilis*, una azione

(46) O anche un singolo complesso di operazioni, fino a raggiungere un determinato ammontare: ad es. il padrone incarica il servo di procurargli una somma X, che questo ottiene da due o più persone, ognuna delle quali gliene presta una determinata frazione.

(47) Assolutamente contro verità è quanto scrive il SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 153, circa « l'attività commerciale o industriale, quale si richiede per l'*a. institoria* »: questa ormai aveva completamente superato i limiti delle due attività: basti ricordare l'esempio dell'*insularius* e dell'amministratore dello stabile.

(48) Diverso quindi dal caso del *praepositus ad mensam (pecuniis fenerandis)*, il quale è autorizzato a compiere anche operazioni bancarie di altro genere: nel testo in esame, piuttosto che un banchiere, stiamo di fronte a un usuraio.

(49) Concorro col SOLAZZI, nel ritenere intp. D. h. t. 19, 1 (Papiniano 3 *responsorum*); ove « *pecuniis accipiendis* » è con ogni probabilità una glossa, ma il fatto che il glossatore, come già prima Ulpiano, abbia tenuto presente solo l'*accipere* e non il *dare* conferma che, in ordine al problema della *praepositio institoria* del servo, solo il primo era rilevante e non il secondo.

quindi completamente diversa dall'*institoria* diretta, così come lo era la *Publiciana* dalla *rei vindicatio*, e che, proprio come la *Publiciana*, possiamo supporre senz'altro che differisse dalla diretta per essere caratterizzata da una *fictio*, nella quale il pretore ordinava al giudice di trattare il *praepositus mutuis accipiendis pecuniis*, che non era un *institor*, *perinde ac si institor esset*.

Il creditore, invece di farsi concedere questa azione, credendo di aver prestato *ad merces* sperimentò l'azione diretta con la conseguenza che, non avendo potuto giustificare la *demonstratio « mercis gratia servum accepisse »*, rimase soccombente. Si era verificata consunzione processuale? Ove si ammetta che anche il *mutuas pecunias accipere* possa costituire oggetto di *praepositio institoria*, indiscutibilmente sì, in quanto l'azione era unica con una sempre identica *intentio*, la quale differiva negli infiniti singoli casi nel solo elemento *demonstratio*, e, avendola il creditore intentata male, in conseguenza del falso presupposto, si sarebbe ormai trovato di fronte un *dominus* corazzato dall'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Da questa situazione egli non sarebbe potuto uscire altrimenti che mediante la concessione di una *i. i. r.*, con la quale il pretore gli avrebbe restituito l'*a. institoria* estinta per consunzione processuale come *a. utilis*, e precisamente come azione rescissoria (*si de ea re actum non esset*), alla cui *intentio* egli avrebbe poi apportato, rispetto a quella dell'*a. institoria directa*, una ulteriore modificazione, sostituendo alla vecchia *demonstratio*, causa di tutti i suoi guai, la nuova e esatta (50).

Ma tutto ciò in tanto si verificava, in quanto si ammette che l'azione, che il creditore poteva sperimentare, fosse sempre la medesima, e cioè l'*institoria*, sia che avesse prestato *ad merces*, sia ad altri scopi. Se però si parte dall'altro presupposto, e cioè che a disposizione di chi aveva contratto con l'*institor* vi fossero due azioni, l'una per il caso di prestito *ad merces*, per il quale poteva aversi *praepositio institoria*, l'altra per gli altri rapporti per i quali questa *praepositio* sarebbe stata inconcepibile, ma che il pretore tutelava con un'*a. institoria utilis*, la situazione viene a capovolgersi, in quanto, come non vi era consunzione processuale

(50) Il SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 115, scrive « ora il buon uomo si affannava a voler rimuovere l'ostacolo della consumazione, evidentemente perchè tolto l'ostacolo avrebbe avuto una azione da esercitare ». Ciò non mi sembra esatto: il pretore, concedendo la *i. i. r.* non rimuoveva un ostacolo, oltre il quale il *viator* ritrovava via libera, ma ricostruiva una strada distrutta, il cui tracciato non era sempre eguale alla vecchia. La *a. restituta* era una *nova actio*, la cui formula non sarebbe mai stata quella dell'*a. institoria*, con una *demonstratio* diversa, ma questa con in più una *fictio*.

nel caso del titolare dell'*in bonis*, che, credendo di essere titolare del *dominium*, aveva sperimentato la *rei vindicatio* ed era rimasto soccombente, così non vi era consunzione fra institoria diretta e utile (come non vi era concorso, in conseguenza della diversa *causa actionis*), e come nel primo caso egli non avrebbe avuto altro danno che di dover ricominciare da capo sperimentando l'*a. Publiciana*, così nel secondo, senza bisogno di ricorrere a una *i. i. r.*, avrebbe potuto chiedere la concessione dell'*a. utilis*.

È chiaro quindi che la nostra conclusione non può essere altro che l'opposta di quella formulata da ultimo dal Solazzi: non soltanto dal testo in esame non si può ricavare che nel caso di *praepositio mutuis pecuniis accipiendis* vi fosse un'*a. institoria utilis*, da sperimentare contro il *dominus*, ma anzi dal fatto che solo con una *r. i. i.* si potesse mettere nella possibilità di recuperare la somma prestata chi, credendo di aver prestato *ad merces*, aveva agito con l'*a. institoria*, inserendo nella formula la corrispondente *demonstratio*, si deve ricavare che in ambedue i casi l'azione da sperimentare fosse sempre la medesima, cosicché la soccombenza dovuta a errore nella *demonstratio* producesse *res iudicata*, dalla quale non si sarebbe potuto uscire che in via di *auxilium praetoris* (51).

È esaurito in tal modo il primo dei tre gruppi, nei quali avevamo distribuito i testi, che dovevano essere presi in esame. Come si è visto, per questo gruppo i risultati sono stati assolutamente negativi, in quanto in nessun caso si è potuto ammettere l'esistenza in diritto classico di un'*a. institoria* utile, e ciò perchè le ipotesi contemplate nei casi α) e γ) non erano altro che ipotesi pure e semplici di *praepositio institoria* (il *vilicus* cui è stato affidato l'incarico permanente, oltre che della coltivazione del fondo anche dello smercio dei raccolti; il *servus praepositus mutuis accipiendis pecuniis*), per le quali quindi non vi era bisogno di ricorrere all'azione utile, essendovi già quella diretta, mentre nel caso β)

(51) La seconda parte del testo è sicuramente rimaneggiata; fra le varie ricostruzioni però ritengo nel complesso preferibile quella del RICCOBONO *op. cit.*, 636: «*sed Iulianus rescissorium iudicium in dominum dari debere ait*». I compilatori avrebbero trasformato l'*auxilium*, che il pretore poteva *causa cognita* concedere, in un diritto. Probabilmente nella prima parte del testo, in luogo di *praeposita actione*, doveva leggersi *praeposita formula*: la formula dell'*a. institoria*, quale era parafata nell'editto, doveva riferirsi ai casi più antichi di *praepositio institoria*, e cioè a quelli di *praepositio* a carattere effettivamente commerciale e industriale.

il proprietario del *servus pollinctor* era obbligato *directe* e non *institorio nomine*, e quindi l'azione, che contro di lui competeva, era l'*a. locati*.

L'interpolazione dei tre testi può essere spiegata piuttosto facilmente: nel primo Paolo risolveva il caso in senso negativo, nei confronti del nostro problema, escludendo la possibilità di convenire *institorio nomine* il padrone del fondo, quando il *vilicus* era stato *praepositus propter fructus percipiendos non propter quaestum*; nel secondo Ulpiano si limitava a mettere in evidenza la responsabilità nossale del *dominus* per il furto e l'*iniuria*, trascurando probabilmente di accennare all'azione *ex contractu*; nel terzo Giuliano doveva concludere ammettendo la possibilità di ricorrere al pretore, postulando una *r. i. i.*, la quale poi poteva essere concessa o non a seconda che le circostanze ne rendessero la concessione più o meno opportuna. I compilatori in sostanza si trovavano di fronte a tre formulazioni, nei confronti dell'*a. institoria*, tutte più o meno negative e, specie nel secondo caso, con una opportunità molto discutibile, hanno creduto di dovervela inserire loro.

Ciò però ci autorizza a fare due rilievi. L'interpolazione dei testi di Paolo e di Ulpiano, in ispecial modo del secondo, può legittimare il sospetto che essa ci ponga di fronte a una ulteriore estensione del concetto di *praepositio institoria*, nel senso che il diritto postclassico tendesse a vedere degli *institores* in tutti i soggetti addetti a una azienda, quale che fosse la natura dell'azienda e quali che fossero le mansioni loro affidate. Cosicché, mentre per diritto classico era *institor* l'addetto cui erano affidate mansioni direttive o mansioni tali, che comportavano la necessità di avere rapporti con la clientela, il diritto postclassico e giustiniano avrebbero considerato come *institores* anche gli altri addetti all'azienda. Ciò spiega la dizione di Pauli Sent. II, 8, 3, ove si afferma la responsabilità del *dominus* per tutte le obbligazioni assunte dai suoi *discipuli*, quali che siano le mansioni a costoro affidate, dizione che, per quanto riguarda il diritto classico, deve essere senz'altro respinta.

In secondo luogo l'essere ricorsi in tutti e tre i casi non all'*a. institoria*, ma alla *quasi institoria* rivela da parte dei compilatori una simpatia per questo mezzo, che, pur non autorizzandoci fin da ora a trarre conclusioni circa la sua origine anche negli altri testi non ancora presi in esame, non può non lasciarci perplessi: è facile infatti l'induzione che i compilatori, nel rimaneggiare i testi sopra esaminati, abbiano preferito, piuttosto che far ricorso al mezzo classico (*institoria*), inserirvi una *quasi institoria* di loro creazione, la quale, senza nulla mutare in ordine agli effetti sostanziali del rimaneggiamento, dava loro in certo qual modo

l'illusione di non distruggere del tutto il dettato classico, limitandosi a transigere fra la risposta assolutamente negativa dei classici, che veniva conservata in ordine all'azione diretta, e quella recisamente affermativa, che era nelle loro intenzioni ultime.

IV. — I testi esaminati fino ad ora, pur trovandovisi concessa una *a. quasi institoria*, vengono in certo qual modo a porsi al di fuori dei limiti della nostra ricerca, in quanto l'azione non viene concessa contro il *dominus* per le obbligazioni assunte dal mandatario o dal procuratore, nè quindi si attua quel tentativo di giungere al principio della rappresentanza diretta, al quale si giunge invece mediante la concessione dell'azione in questi due casi. Essi però non potevano essere posti da parte, in quanto l'aver potuto prendere posizione per l'origine compilatoria dell'*a. quasi institoria* in questi testi non può logicamente non influire sul giudizio nei confronti degli altri, in cui essa viene concessa nei confronti del mandatario e del procuratore.

I testi in cui troviamo ricordata l'azione in esame nei confronti del mandatario e del procuratore sono complessivamente sei, dei quali quattro vengono però a costituire un gruppo a parte, in quanto sono senz'altro fr. ricavati da opere di Papiniano, e precisamente dai l. 2 e 3 *responsorum*, o sono fr. di altro giurista, esattamente Ulpiano, nei quali però viene richiamato *expressis verbis* Papiniano, come autore di questa innovazione. È precisamente sulla base di questi fr. due dei quali si riferiscono al mandatario, gli altri due al procuratore (rispettivamente in ambedue i gruppi uno di Papiniano, l'altro di Ulpiano), che è stata costruita la teoria per la quale l'introduzione dell'*a. quasi institoria* deve essere ricondotta all'attività innovatrice di Papiniano. Ritengo quindi per ora opportuno porre da parte gli altri due testi (due rescritti di Diocleziano), concentrando l'attenzione sui fr. di Papiniano e di Ulpiano.

a) Mandatario, D. 3, 5, 30 pr. (Papiniano 2 *Responsorum*): « *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* ».

D. 17, 1, 10, 5 (Ulpiano 31 *ad edictum*): « *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* ».

Un rilievo è anzitutto da farsi: il fr. di Ulpiano sopra riportato, nella sua redazione attuale, tratta espressamente del *procurator* e non del mandatario; credo però che si possa senz'altro escludere che ciò avvenisse anche nella sua redazione originaria. Anzitutto l'identità di fattispecie col passo di Papiniano, ci autorizza ad ammettere, malgrado che il fr. di Ulpiano rimandi al l. 2 e quello di Papiniano sia invece ricavato dal l. 3 dei *responsa*, che il parere espresso da Papiniano e da Ulpiano riportato sia precisamente quello che ci viene conservato nel tit. 3 5 (52). Vi è infatti fra le due fattispecie l'inconfondibile elemento comune dato dall'essere stata sperimentata l'azione contro il fideiussore intervenuto a garanzia dell'obbligazione assunta dal liberto o dall'amico, cui *dominus mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet*, così che ora il problema dell'*a. ad exemplum institoriae* si pone non più fra il creditore e il mandante, ma fra il fideiussore e costui (53).

È chiaro però che il responso di Papiniano poteva trattare solo del mandatario e non del *procurator*: a parte il fatto che di *mandare* esplicitamente si parla tanto nel fr. di Papiniano (*mandavit mutuam accipere pecuniam*), quanto in quello di Ulpiano (*mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet*), perchè si avesse in questo caso un caso di procura mancano le caratteristiche necessarie di latitudine e di permanenza dell'incarico; al destinatario della lettera, liberto o amico che fosse, non era stata affidata l'amministrazione di un patrimonio o di una sua parte, o per lo meno da nessuno del due fr. risulta che egli avesse anche una tale incombenza, ma egli aveva semplicemente ricevuto una lettera con la quale lo si incaricava di procurare al mittente una determinata somma, ciò che egli ha fatto non sulla base di una più vasta funzione, dietro la quale

(52) Cfr. KRUEGER, *Digesto h. l.*; il LENEL, *Pal. Pap.* 462, I 893 pone il fr. di Ulpiano sotto il titolo *de Mandato* (l. 3 *responsorum*), mentre aveva posto quello di Papiniano sotto il titolo *de negotiis gestis*. Il fatto che la citazione di Ulpiano non corrisponda all'*inscriptio* di Papiniano può essere spiegato in due modi, o che il responso fosse stato riprodotto da Papiniano due volte, prima in sede di *negotiorum gestio*, poi di mandato, o, più modestamente, che Ulpiano abbia citato in modo inesatto la sua fonte; pur tenendò conto della circostanza che la ripetizione del responso in due libri consecutivi può sembrare poco probabile, è da accettarsi piuttosto la prima spiegazione, in quanto il trovarsi nel testo di Ulpiano dati e circostanze di fatto, che mancano nell'altro, fa logicamente ritenere che costui abbia tenuto sotto gli occhi una fonte diversa.

(53) Lo squarcio « *creditori vel* » in D. 3, 5, 30 pr. è stato ritenuto intp. dal SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 169 segg.; effettivamente, a parte ogni altra considerazione (cfr. *infra* §. VI) trovandoci noi di fronte a un responso emesso dei confronti di un caso concreto, l'alternativa non è ammissibile.

questo incarico specifico sarebbe stato assorbito, ma proprio in veste di mandatario, quale, dalla lettera pervenutagli, risultava essere, come viene dimostrato dal fatto che l'intervento del fideiussore risulta provocato dall'esibizione della lettera. È quindi da ritenersi che il fr. di Ulpiano non parlasse di *procurator*, ma di *debitor* (54), e che la sostituzione sia dovuta al fatto che si era preferita una formulazione meno generica, mentre, essendosi ormai perduta di vista la fattispecie originaria, non si aveva più presente che in tal caso al debitore si sarebbe dovuto sostituire il mandatario, e non il procuratore (55).

Sulla base dei dati, che abbiamo potuto fino ad ora raccogliere, possiamo passare a ricostruire il caso prospettato a Papiniano, utilizzando a tale scopo contemporaneamente le notizie forniteci da ambedue i fr., notizie che si completano a vicenda.

Un tale scrive ad un suo liberto, chiedendogli di procurargli una determinata somma; questi, mediante l'esibizione della lettera, dalla quale risultava a quale scopo era destinata la somma, che egli intendeva mutuare, riesce ad ottenerla e riesce anche a convincere un terzo a prestargli garanzia. Per ragioni, che Papiniano non precisa, la somma però non raggiunge le mani del mandante. Successivamente il creditore conviene il fideiussore, costringendolo al pagamento del debito per cui aveva prestato garanzia; questi a sua volta si rivolge a Papiniano per sapere contro chi e con quale mezzo potrà agire per recuperare la somma versata.

Mentre nella determinazione degli elementi del quesito posto a Papiniano la critica si è trovata sostanzialmente concorde, le varie ipotesi divergono profondamente su quale fosse la soluzione che Papiniano dava

(54) O più probabilmente ancora di *libertus*; data tale qualità del destinatario della lettera era facile incorrere nell'equivoco di considerarlo come un *procurator*. A mio avviso, nel fr. di Papiniano, è da ritenersi intp. anche *vel amico*, sempre per la stessa ragione, che cioè trattandosi di un responso, Papiniano aveva di fronte un caso concreto, nè aveva alcuna seria ragione per moltiplicare le ipotesi (cfr. anche SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 118 (non cit. nell'Index).

(55) Si potrebbe se mai ipotizzare che nel caso prospettato a Papiniano il destinatario della lettera, cui si conferiva il mandato di procurare la somma, fosse precisamente un liberto *amministratore* di una parte determinata del patrimonio del mandante: costui in tal modo avrebbe cumulato le qualità di *procurator*, per quanto riguardava i compiti di ordinaria amministrazione del patrimonio, e di mandatario, per l'incarico specifico, che fuoriusciva da questi compiti, affidatogli con la lettera. In tal caso però l'obbligazione avrebbe stata sempre assunta non in qualità di *procurator* ma di mandatario; di qui la necessità di dar visione al creditore e al fideiussore della lettera. Ma anche in tale ipotesi mi sembrerebbe molto dubbio che Ulpiano avesse continuato a parlare di *procurator*. Cfr. anche SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 157.

al quesito, circostanza questa che però può farci ben poca impressione, se si tiene conto del fatto che le due fonti a nostra disposizione attribuiscono a Papiniano due soluzioni inconciliabilmente diverse, ciò che significa che almeno una delle due, se non tutte e due, è stata introdotta dai compilatori. Mentre infatti Papiniano, pur non essendovi stata valida gestione di affari altrui (*etiamsi pecunia non sit in rem eius versa*), risolve il caso ammettendo la concedibilità dell'*a. negotiorum gestorum* al fideiussore contro il mandante, in base evidentemente alla circostanza che in tanto il fideiussore era intervenuto, in quanto aveva preso visione della lettera di costui al mandatario, Ulpiano vede in questo un caso di *praepositio quasi institoria (mutuae pecuniae accipiendae)* e ritiene quindi che vada concessa al fideiussore contro il mandante *quasi institorio nomine* l'azione derivante dal contratto di mutuo, decisione questa che non può non suscitare la massima meraviglia ove si tenga presente il fatto che in tutta l'età classica, per ammettere il fideiussore a esercitare il diritto di regresso, non si era giunti ancora a concedergli un'azione in base al contratto stesso (56) (57).

È necessario per conseguenza esaminare con cura i vari tentativi fino ad ora fatti per risolvere questo punto.

Il Solazzi (58), in base alla considerazione che, nell'attuale redazione del testo di Papiniano, l'*a.n.g.* appare concessa tanto al fideiussore quanto al creditore, situazione questa assolutamente ingiustificabile, dato che il creditore non avrebbe mai potuto avere serio motivo per ricorrere a questa azione, quando aveva a propria disposizione (o *directe* o *institorio nomine*) l'azione derivante del credito, ne ammette l'alterazione, supponendovi intp. *creditori vel.* Suppone poi che, una volta fatta questa inserzione, « *ad exemplum . . . actionis* » si sarebbe venuto a trovare staccato da *actio*,

(56) Precindo per ora dall'inciso « *scilicet . . . actionis* »; anche se l'azione concessa al fideiussore, invece di essere un'*a. negotiorum gestorum directa*, fosse stata un'*a.n.g. quasi institoria*, il contrasto fra le due decisioni, quale viene descritto sopra, non sarebbe minore: infatti nei due testi sarebbero concesse *quasi institorio nomine* l'*a.n.g.* e l'*a.c.c.p.*

(57) Il testo è d'altra parte inequivocabile: l'*utilis a. quasi institoria* è concessa in base a una *praepositio quasi institoria mutuae pecuniae accipiendae*: il fideiussore, *qui ideo fideiussit quia dominus liberto (?) mandaverat*, ha quindi concessa l'azione che *quasi institorio nomine* sarebbe stata data al creditore, se non avesse preferito rivolgersi contro il fideiussore. Le nostre ragioni di meraviglia diminuirebbero se nel testo vi fosse qualche traccia di una *cessio actionis*, ma è strano che questa circostanza, altrimenti decisiva, Ulpiano l'abbia lasciata nella penna.

(58) SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 168 segg.; 25, 117 segg.; per precedenti tentativi di sistemazione rinvio al SOLAZZI, *cit.*

ciò che i compilatori avrebbero tentato di riparare ricucendolo alla meglio con *scilicet*. Ricostruisce in tal modo il testo: « *etiamsi pecunia non sit in rem eius versa tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio ad exemplum institoriae actionis* ».

Per quanto riguarda poi il fr. di Ulpiano (59), che egli però non considera, come a noi sembra, connesso all'altro, dopo aver in un primo tempo asserito che inutilmente si cercherebbe nel testo qualunque traccia di mano bizantina, successivamente, ripiegando dinanzi alle critiche dell'Albertario, il quale, in base alla considerazione che tutti gli istituti costruiti mediante l'uso del *quasi* sono nelle fonti giustiniane o sicuramente non classici o per lo meno fortemente sospetti, deduce il totale rimaneggiamento del testo, il Solazzi finisce coll'ammettere intp. il *quasi*, facendo però sempre salva l'*utilis a. institoria* e la giustificazione che ne viene data.

All'ipotesi del Solazzi possono sollevarsi alcune riserve: per quanto riguarda il fr. di Ulpiano, se egli, sopprimendo il *quasi* riesce a evitare alla men peggio lo scoglio della riconosciuta non classicità della formula « *quasi institoria* », il testo, soppresso il primo *quasi*, si viene a trovare in condizioni, a dir poco, pietose, in quanto tutto lo squarcio « *quia et hic . . . videatur* », in cui il *quasi praeposuisse* fa preciso riscontro al *quasi institoriam*, mancategli il punto d'appoggio, viene a trovarsi sospeso a mezz'aria. Se poi volessimo sopprimere anche il secondo *quasi*, precipiteremmo di male in peggio, perchè in tal caso la lettera con la quale il *dominus mandaverat liberto ut pecuniam mutuam acciperet*, con la quale cioè dava una volta tanto al liberto l'incarico di procurargli una determinata somma, verrebbe a costituire *sic et simpliciter* un caso di *praepositio institoria*, ciò che in primo luogo è assurdo e inconcepibile, dato che la giurisprudenza romana non è mai passata sopra anche al principio della continuatività della funzione (60), e in secondo luogo, ove fosse vero, ne verrebbe di conseguenza che l'azione da concedersi non dovrebbe essere più l'*institoria* utile, ma l'*institoria* diretta.

In altri termini, soppresso il *quasi* dell'*a. quasi institoria*, non si può più sfuggire la necessità di sopprimere anche lo squarcio finale, che di questo *quasi* è la giustificazione e che da esso dipende; ma neanche

(59) SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 158; 25, 107 segg., del quale qua e là riproduco le parole.

(60) Negli altri testi, si noti, viene usato il plurale « *mutuas accipere pecunias* », ciò che significa che l'incarico comporta una attività continuativa, che nel testo in questione manca.

questa soluzione radicale è accettabile, perchè ad essa sopravvive un testo sostanzialmente monco e formalmente contorto: sostanzialmente monco perchè Ulpiano si dimentica di precisare proprio il punto più importante, e cioè quale fosse poi in concreto questa azione institoria concessa al fideiussore, la quale potrebbe essere l'*a.c.c.p.*, se si vuole continuare a seguire il testo nella sua dizione attuale, l'*a.n.g.*, se ci si vuole basare sul confronto col testo di Papiniano, e infine l'*a. mandati*, alla quale, pur non contenendone attualmente il testo alcuna traccia, si ha pur il diritto di pensare, tenendo conto del fatto che il fr. è ricavato da una trattazione dedicata al mandato e che, essendo la massima ricavata da una collezione di responsa, il criterio della *sedes materiae* è particolarmente decisivo (61); formalmente contorto perchè, invece di far precedere il termine *actio* dalla sua qualifica, secondo quello che è il criterio costante, l'*institoriam* verrebbe a trovarsi relegato in fondo alla frase. In luogo di *utilem actionem dandam institoriam*, Ulpiano avrebbe dovuto scrivere *utilem institoriam actionem dandam*. Tutte queste circostanze ci autorizzano a supporre che il *quasi institoriam* sia stato in realtà aggiunto dai compilatori (di qui la sua posizione anormale nel periodo), e che Ulpiano nell'originale parlasse della concedibilità di una *utilis actio*, che per il momento lasciamo non identificata (62).

Neanche la ricostruzione del fr. di Papiniano proposta dal Solazzi può essere accolta tanto facilmente: rispetto al fr. di Ulpiano stiamo qui in una condizione relativamente migliore, in quanto è indicato chiaramente quale sia l'azione che Papiniano ritiene vada concessa al fideiussore, l'*a.n.g.*; ma la concessione di questa azione cozza contro la circostanza che, non essendo pervenuto il denaro nelle mani del mandante, è venuta a mancare l'utile gestione degli affari altrui, condizione *sine qua non* per l'esperimento dell'*a.n.g.* Questa difficoltà sarebbe stata superata da Papiniano considerando il liberto *perinde ac si institor sit*, e concedendo al fideiussore l'*a.n.g. utilis ad exemplum institoriae*.

Vi è però una circostanza che non quadra con l'esegesi proposta dal Solazzi: introdotta ormai, nei confronti del mandato, l'*a. utilis institoria*, ammessa quindi, con la concessione di questa azione, la possibilità di convenire direttamente il mandante, la regola si sarebbe potuta applicare

(61) *A. mandati* che il fideiussore avrebbe potuto costringere il mandatario e cedergli *in iure*.

(62) È in sostanza la ricostruzione che del testo da implicitamente il BONFANTE, *Famiglia* (lez.), 251: *Obbligazioni* (lez.), II, 72; cfr. anche *Ist.*, 395, n. 1 ove però non ricostruisce il testo, cfr. anche JÖRS, *R.P.R.*, 189 n. 3; RABEL, *op. cit.*, 24.

nei confronti di ogni caso e l'*utilis institoria* sarebbe quindi stata a disposizione del fideiussore, tutte le volte in cui costui interveniva a garantire una obbligazione assunta dal mandatario. Vogliamo per il momento concedere tutto ciò, ma rimane il fatto che il problema, quale era stato prospettato a Papiniano, era un altro, completamente diverso, al quale il Solazzi non dà risposta, e cioè se si potesse considerare *utiliter coeptum* il negozio, quando, per ragioni che Papiniano non specifica, la somma versata al mandatario era scomparsa per la strada, senza passare neanche un istante per le mani del mandante. Stante che il *neg. gestor* ha diritto soltanto al rimborso delle spese utili, la cui utilità si apprezza in concreto, e stante che, sia pure per circostanze non dipendenti dalla sua volontà, *pecunia non est in rem domini versa*, la più logica risposta dovrebbe essere quella negativa, e cioè che nel caso in questione l'azione non può venir concessa. Il concederla sotto forma di *a. institoria utilis* avrebbe permesso a Papiniano di evitare lo scoglio costituito dalla mancanza di una effettiva gestione utile di affari altrui?

È noto (63) che, perchè si avesse *neg. g.*, non era necessario che il gestore conoscesse con esattezza l'identità della persona, nel cui interesse geriva l'affare, chè anzi, o che egli la ignorasse del tutto, o che si ingannasse sulla sua identità e, credendo di gerire nell'interesse dell'uno, gerisce invece nell'interesse dell'altro, l'ipotesi di *neg. g.* si concretava egualmente, sempre che questa utile gestione vi era stata, col risultato che egli avrebbe potuto convenire con l'azione contraria chi si era effettivamente avvantaggiato del negozio, anche se questi era persona diversa da quella, che egli aveva creduto avvantaggiare col suo intervento.

Posto ciò possiamo provare a capovolgere il caso preso in esame da Papiniano: a) il fideiussore presta la sua garanzia ignorando di prestarla per una obbligazione che il liberto si era assunto per mandato del patrono; b) la somma dal liberto mutuata giunge regolarmente nelle mani del mandante. Quando, giunta la scadenza, il fideiussore è convenuto dal creditore e costretto a pagare, è pacifico che egli è titolare di un'*a.n.g.*, ma contro chi? La risposta è ovvia: contro chi si è effettivamente avvantaggiato del negozio, per conseguenza non contro il liberto mandatario, ma contro il patrono mandante e destinatario effettivo della somma mutuata. Siccome poi l'inganno, in cui era caduto il fideiussore circa l'identità della persona, nel cui interesse aveva prestato la fideiussione,

(63) Cfr. per tutti RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, etc., 201 segg.

non costituiva circostanza rilevante, l'azione che egli avrebbe potuto sperimentare contro costui, sarebbe stata precisamente l'azione diretta, senza alcuna necessità di dover ricorrere all'*utilis institoria*.

Invece nel caso prospettato a Papiniano la valida gestione era venuta a mancare, in compenso il fideiussore si era dichiarato disposto a prestare la garanzia solo dopo che il liberto gli aveva dato visione della lettera, con la quale il patrono lo invitava a procurargli la somma. Se su questo punto Papiniano può non apparire molto chiaro, Ulpiano è in compenso esplicito: *ideo fideiussit, quia dominus... mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet*. Il problema, che si pone Papiniano, diventa quindi di una chiarezza cristallina: l'aver il liberto esibito al fideiussore la lettera del patrono, l'avergli in tal modo documentato che il destinatario della somma era costui, l'essersi il fideiussore deciso a prestare la sua garanzia solo dopo che era stato posto in chiaro questo punto potevano essere considerate circostanze valide a sostituire l'*utiliter coeptum*, quando per ragioni indipendenti dalla volontà dei quattro, la somma non era più giunta nelle mani del suo destinatario?

A questa domanda Papiniano *stricto iure* avrebbe dovuto dare risposta negativa, ma ove egli avesse ritenuto, come risulta dalla redazione attuale del testo, di poter dare *aequitatis ratione suadente*, una risposta affermativa, vengono ancora ad aversi due possibilità: a) integrare con una *fictio* corrispondente alla circostanza di fatto la *formula vulgaris* dell'*a.n.g.*, concedendola in tal modo come azione utile; b) ammettere addirittura che nel caso concreto un *utiliter coeptum* vi sia stato (peggio per il patrono se non ha saputo prendere tutte le precauzioni necessarie a che la somma giungesse nelle sue mani), e concedere in tal modo l'azione come *a. directa*. Fra le due ipotesi, a mio avviso, la più probabile è la seconda, ma, anche se si accetti la prima, rimane sempre fermo che questa *a. utilis* è un'*a. utilis ficticia* non un'*a. utilis adiecticia*, e che per conseguenza, in ordine al problema della trasposizione dei soggetti, essa è concessa *directe* e non *institorio nomine*.

Se però, interpretato in tal modo il testo, la concessione dell'*a.n.g.* non presenta più difficoltà, questo risultato si è raggiunto soltanto rinunciando ad ammettere che questa azione venisse concessa come *quasi institoria*, così da doversi necessariamente concludere per l'origine emblematica della frase « *scilicet... actionis* » (64). In tal modo l'interesse

(64) In sostanza è il risultato cui giunge il BONFANTE, *opp. cit.* e pagg. cit.; cfr. anche MITTEIS, *R.P.R.*, I, 227, n. 3; DE FRANCISCI, *Synallagma*, II, 409 (inesattamente riportato)

del testo si porta tutto sugli estremi di concedibilità dell'*a.n.g.*, mentre, in ordine al nostro, diventa, per lo meno nei confronti del diritto classico, irrilevante.

La critica minuziosa, cui abbiamo creduto dover sottoporre l'ipotesi conservatrice del Solazzi, se ci ha permesso di giungere a risultati diametralmente opposti, ci fornisce dall'altro gli estremi per respingere l'ipotesi eccessivamente critica avanzata dall'Albertario. Questi infatti non si limita a sopprimere i richiami all'*a. quasi institoria*, ma, tanto nel testo di Papiniano, quanto in quello di Ulpiano, capovolge addirittura le conclusioni, ricostruendo il primo: « *si pecunia non sit in rem eius versa, non dabitur in eum negotiorum gestorum actio* » (65), mentre per il secondo opina che vi si dovesse negare la possibilità di esperire la vera e propria institoria (66).

Nei confronti del primo di questi testi, abbiamo già visto come non possano essere accolte le riserve del Solazzi, che, riconoscendo all'Albertario la non classicità della costruzione *quasi institoria* si limita ad espungere il *quasi*, lasciando così sopravvivere l'*utilis institoria*; non mi sembra però che si possa giungere ad ammettere la risposta negativa, che l'Albertario propone, e cioè per due ragioni: a) che il testo nell'originale non doveva trattare dell'*a. institoria*; b) che una azione in realtà poteva essere sperimentata, e proprio come azione utile, e Papiniano non poteva non farne cenno.

Il testo, il punto è pacifico (67), è ricavato da una trattazione dedicata al mandato: è quindi, fra tutte le ipotesi, la più probabile che in questo testo Papiniano concedesse un'*a. utilis*, ma che questa azione non fosse una *a. utilis institoria*, ma un'*a. utilis mandati*. A tale risultato era possibile giungere in due modi: a) ove Papiniano avesse preferito prendere la via più rapida e incontestabilmente la più sicura, gli sarebbe bastato, senza nulla innovare, ricordare all'interrogante che in nessun momento gli era stata preclusa la possibilità di convenire il liberto con l'*a. mandati*, se vi era stato mandato di fideiussione, o, se non, con l'*a.n.g.*, e costringerlo in tal modo o a pagare, o a cedergli l'*a. mandati contraria*

nell'Index); ARANGIO RUIZ, *Studi formulari*, *Bidr* 25, 1912, 161, n. 1 (non riportato nell'Index).

(65) ALBERTARIO, *op. cit.*, 29 segg.

(66) ALBERTARIO, *op. cit.*, 26.

(67) Cfr. LENEL, *Pal.*, Ulp. 908; II, 662; il l. 31 *ad edictum* di Ulpiano è dedicato alle *aa. mandati* e *pro socio*, mentre un titolo del l. 3 *responsorum* di Papiniano è dedicato al mandato.

da sperimentare contro il mandante; con la quale azione egli si sarebbe potuto rivolgere contro costui in qualità di *cognitor in rem suam*, quindi precisamente con un'*a. utilis mandati*; b) ove poi Papiniano fosse stato disposto a procedere oltre sul terreno dell'*aequitas* (ciò che da parte di questo giurista meno di ogni altro potrebbe impressionarci), avrebbe potuto utilizzare come punto di partenza la lettera indirizzata al liberto, con la quale il patrono dava disposizioni circa la somma da mutuare, e nella quale quindi doveva ovviamente anche dare disposizioni circa l'eventuale fideiussore, indicando le persone cui rivolgersi, lettera della quale il fideiussore aveva preso visione, e in conseguenza della quale si era dichiarato disposto a prestare la sua garanzia. Non sarebbe stato infatti difficile vedere in tutto ciò gli estremi di un mandato di fideiussione a favore del debito, che il liberto si apprestava a contrarre, mandato rivolto direttamente dal patrono al fideiussore. Data però l'irregolarità costituita dal fatto che la lettera non era indirizzata al fideiussore, ma al liberto, Papiniano avrebbe creduto opportuno concedere l'azione come *a. utilis*, e non come *a. directa*, modificandone opportunamente l'*intentio*, in modo da far risultare che l'incarico di prestare la garanzia era stato dato sì dal patrono al fideiussore, non però direttamente, ma bensì attraverso l'interposta persona del servo (68).

Che tale dovesse essere la risposta di Papiniano lo si può ricavare anche da altri dati: tre azioni, come si è visto, potevano essere prese in considerazione e cioè: a) l'*a. quasi institoria* (ammessane le classicità); b) l'*a.n.g.*; c) l'*a. utilis mandati*. Esclusa la prima per le ragioni sopra esposte, esclusa la seconda, perchè, essendo il fr. ricavato da una trattazione dedicata al mandato e riportandovisi una decisione di Papiniano tratta da un libro dedicato in parte al mandato, non è ammissibile che in sede di mandato si parlasse soltanto dell'*a.n.g.*, rimane per conseguenza la sola terza. Per questa poi una risposta assolutamente negativa non poteva in nessun modo darsi, in quanto la possibilità almeno da parte del fideiussore di costringere il liberto mandatario a fargli la *cessio actionis*, e conseguentemente di sperimentare l'*a. mandati utilis* come *cognitor in rem suam* contro il patrono scaturiva dai principî, nè poteva essere contestata. Ciò, anche senza voler ricorrere all'altra ipotesi sopra

(68) In tal caso però è da ritenere che l'originale fosse: « *ut pecunia mutuum acciperet et fideiussorem daret* ». La prima delle due interpretazioni per essere la semplice, urta però contro una difficoltà: l'impossibilità di fatto, in cui talvolta si sarebbe potuto venire a trovare il fideiussore, di convenire il mandatario e farsi cedere l'azione.

fatta, sarebbe già di per sè sufficiente ad autorizzarci a ricostruire il testo « *Idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus (liberto) mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet (et fideiussorem daret), utilem (mandati) actionem dandam* ».

Riguardo al fr. di Papiniano e alla ricostruzione che l'Albertario ne da, non può non tenersi conto di un rilievo del Solazzi: è mai possibile che per, insegnarci che, senza utile gestione, non compete l'*a.n.g. contraria*, Papiniano abbia sentito bisogno di diffondersi in tanti particolari? L'aver insistito su circostanze quali l'esistenza di un mandato, il *litteras sequi*, è comprensibile solo se Papiniano avesse voluto giungere, proprio sulla base di queste circostanze, ad una risposta affermativa, ma la necessità di insistervi non sarebbe stata certo sentita, specie da uno scrittore quanto mai breviloquente, quale era Papiniano, se poi avesse creduto egualmente dover giungere alla conclusione che, non essendo stata *pecunia in rem patroni versa*, era mancata l'utile gestione e l'*a.n.g.* non poteva quindi venir concessa (69).

A ciò si aggiunga che una risposta senz'altro negativa da parte di Papiniano, quale la vorrebbe l'Albertario nelle circostanze indicate, sarebbe stata in moltissimi casi talmente iniqua da diventare inconcepibile. Il testo infatti non ci dà luce su di una circostanza particolarmente preziosa e cioè sulle ragioni per cui la somma non era giunta nelle mani del destinatario; è chiaro che le circostanze, che avevano accompagnato ciò, potevano avere valore affatto decisivo agli effetti della risposta di Papiniano. Valgano degli esempi:

a) il patrono scrive al liberto, incaricandolo di rivolgersi ad A e chiedergli in prestito una somma X; ove A sollevi delle difficoltà, di rivolgersi a B, pregandolo a suo nome di intervenire come fideiussore. Il liberto da visione della lettera a costoro e ne ottiene quanto il patrono desidera, dopo di che, appena riscossa la somma, prende il largo;

b) il patrono, il quale risiede in altra città che il liberto (il fatto che il mandato sia conferito per lettera ne è la prova) scrive a costui nel senso sopra indicato, dicendogli inoltre di consegnare la somma al

(69) SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 118 segg.; arbitrario però è quanto egli aggiunge che il diffondersi su queste circostanze ha importanza per accordare l'*a. utilis institoria*, o almeno per indagare se essa competa, ma che per decidere sull'esistenza dell'*a.n.g.* sono irrilevanti. È vero precisamente l'opposto: il mancato versamento del denaro sarebbe irrilevante, ammessa l'esistenza di una *praepositio quasi institoria*, mentre costituisce il *punctum dolens* nei confronti della concedibilità dell'*a.n.g.*

latore della lettera; (70) il liberto esegue le varie disposizioni, ma la somma non giunge nelle mani del destinatario, in quanto il latore pensa bene di non farsi più vivo.

È chiaro come in questi casi, e in tutti gli altri simili a questi, che potrebbero ipotizzarsi, l'utile gestione di affari altrui da parte del fideiussore è venuta a mancare, ma ciò in conseguenza della scarsa oculatezza nella scelta degli intermediari da parte del patrono, mentre il fideiussore, che della lettera aveva preso visione, e che per conseguenza era legittimato a trattare col liberto e col latore come con persone cui il mandante dichiarava porre la sua fiducia, aveva diritto a pretendere di non diventar lui la vittima della dabbennaggine di chi a lui si era rivolto per un favore. Se quindi Papiniano, risalendo alle responsabilità, è giunto alla conclusione che l'utile gestione di affari altrui da parte del fideiussore vi era stata, e che per conseguenza, quali che poi fossero state le sorti ultime della somma, e quale che fosse stato quindi il vantaggio, che dal negozio aveva ricavato il mandante, l'*a.n.g.* poteva essere sperimentata efficacemente contro costui, la risposta non è poi in verità tale da dovercene meravigliare troppo, trattandosi in sostanza di una interpretazione alquanto lata, ma equitativamente e giuridicamente ben fondata del concetto di *utilis gestio*.

L'esame delle varie ipotesi (71) nei confronti di questi due testi, se ci ha permesso di ricostruire una risposta sostanzialmente affermativa, in ordine al problema della responsabilità del mandante (*a. utilis mandati* nel primo testo, *a.n.g.* nel secondo), ci ha portato però a concludere in modo recisamente negativo in ordine al problema della classicità dell'*a. quasi institoria*: se il fr. di Papiniano ha in sostanza subito pochi ritocchi (*vel amico, creditorum vel, scilicet . . . actionis*), e del resto il richiamo a que-

(70) In questo caso si deve supporre però che il latore della lettera non sia un servo del mandante, poichè nel caso contrario la somma sarebbe stata *in rem eius versa* sin dal momento in cui il liberto ne faceva la consegna al servo.

(71) Il KRUEGER, *Digesto*, h. l. avanza un'ipotesi a sè; secondo questo A. D. 17, 1, 10, 5 sarebbe intp. nel modo indicato dall'ALBERTARIO, ma in D. 3, 5, 30 i compilatori avrebbero sostituito a *utilis actio negotiorum gestorum*. Data la sede dove il KRUEGER avanza questa sua ipotesi, non da nè potrebbe dare una dimostrazione del suo assunto. È però da rilevarsi: a) che non si capisce perchè i compilatori, che hanno completamente rifatto il testo di Ulpiano per inserirvi l'*a. quasi institoria*, l'abbiano poi tolta via da quello di Papiniano per sostituirvi l'*a.n.g.*; b) che in un responso ricavato dal 1, 3 *responsorum*, dove appunto si trattava della *negotiorum gestio*, è impossibile che Papiniano si riferisse ad altro che a questa, almeno per negarne l'esistenza, mentre invece, con la ricostruzione del KRUEGER, ne scompare qualsiasi traccia.

sta azione vi viene fatto quasi di sfuggita e in modo quanto mai infelice, il fr. di Ulpiano è stato invece letteralmente sconvolto in tutta la sua seconda parte, allo scopo di sostituire l'*a. mandati utilis*, di cui il fideiussore poteva diventare titolare, o costringendo il liberto a fargliene la cessione, o nell'altro modo sopra indicato, con l'*a. (mandati o n.g.) quasi institoria*, che, secondo i nuovi principî, spettava al fideiussore (o l'*a.c.c.p.* al creditore) in base alla regola per cui il liberto mandatario doveva essere considerato come un *praepositus mutuae pecuniae accipiendae*.

V. — b) Rimangono così da esaminare i soli testi trattanti del *procurator*, nei confronti dei quali la situazione della critica è ancora più incerta, in quanto gli autori, i quali sono disposti a concedere l'origine emblematica di tutti gli altri precedentemente esaminati, si rifiutano di ammetterlo nei confronti di questi, ritenendo in sostanza che la pretesa innovazione di Papiniano sarebbe appunto consistita nella concessione di un'*a. utilis* nel solo caso di obbligazione contratta dal *procurator*, mentre l'estensione al mandato e al gruppetto dei casi anomali esaminati al principio sarebbe opera dei compilatori (72). In sostanza il caso del *procurator*, e appunto per questo abbiamo ritenuto opportuno esaminarlo per ultimo, può essere considerato l'estrema linea di resistenza, cui, di ritirata in ritirata, è andata ad aggrapparsi la dottrina favorevole alla classicità dell'*a. quasi institoria*.

È però conservato nella compilazione un testo nel quale si è vista contenuta l'affermazione di un principio diametralmente opposto, l'impossibilità cioè di convenire il *dominus* per l'obbligazione contratta dal *procurator*, testo che, appartenendo a giurista posteriore a Papiniano, autorizzerebbe a concludere che la concessione dell'*a. quasi institoria* non possa essere attribuita a costui. È facile quindi comprendere l'importanza che questo testo ha assunto in ordine al nostro problema e la vivacità delle discussioni, che su di esso sono sorte.

D. 14, 3, 5, 10 (Ulpiano 28 *ad edictum*): «*Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam traderat, imperaret, post cuius projectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuerit relictus: sin vero*

(72) Così il RABEL, *op. cit.*, seguito dal LENEL, *E. P.*, 263, n. 2; dal WLISSAK, *Prozessformel*, 43, n. 10; dal PEROZZI, *Ist.*, II, 307, n. 3.

quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur».

La letteratura su questo testo è ormai imponente (73) e i tentativi di conciliare l'esplicita dichiarazione di irresponsabilità del *fullo*, nel caso che affidi la direzione della sua *taberna* a un *procurator*, con i testi, nei quali si concede invece l'*a. quasi institoria* contro il *dominus* per l'obbligazione contratta dal *procurator*, sono stati infiniti e tutti per le più varie ragioni caduchi (74), nè più brillante risultato ha avuto la critica interpolazionistica, la quale ha tentato di risolvere il problema mettendo in dubbio la classicità di questo testo (75).

In sostanza i tre, che si sono criticamente occupati del fr. ora in esame, sono giunti alla conclusione di ritenerlo emblematico per lo meno da *si quasi* sino alla fine, e ciò in base a indizi prevalentemente formali, e cioè la mancanza di un complemento oggetto a *rogasset*, e conseguentemente un soggetto a *imperaret* e a «*si quasi . . . relictus*», e infine l'esistenza di costruzioni tipicamente compilatorie (*si quasi . . . sin vero; plane*) in tutta la sua seconda parte (76).

A una parte di queste critiche è stato già da altri indirettamente risposto, supponendosi che fra *proficiscens* e *rogasset* sia caduta, per errore di amanuense, una parola (*aliquem* suppone il Fadda), con che *rogasset* viene a ritrovare il suo complemento oggetto, *imperare* il suo soggetto ed il testo ridiventa impeccabile per lo meno fino a *teneri* (77).

Ma a difesa della classicità di quanto nel fr. è contenuto si può andare ben più oltre; si può giungere persino a concedere ai critici l'ori-

(73) Per la letteratura più antica mi limito a rinviare a WINDSCHEID, *Pandette* § 482, n. 2.

(74) Cfr. sulle varie ipotesi SCHLOSSMANN, *Nochmal ecc.*, *Archiv. f. C. P.* 63, 1878, 208 segg.

(75) Cfr. su questo testo anche *supra* § III.

(76) Prescindo dagli argomenti che il SOLAZZI ricava dal confronto con Pauli, *Sent.*, II 8, 3, in quanto già si è visto sopra (§ III) il nessun valore che si può dare a questo testo per il diritto classico. Per quanto riguarda poi quel che dice il SOLAZZI, che cioè non sarebbe mai la qualità del *relictus*, ma quella dei *discipuli* a far decidere della concedibilità o meno dell'*institoria*, stante che l'*institor*, anche se nominato dal *procurator*, vincola il *dominus*, è facile rispondere che la qualità di *institor* dei *discipuli* non è dal SOLAZZI dimostrata, e che non è neanche concepibile che il *fullo* conferisse una tale qualità a tutti i suoi *discipuli*.

(77) *Supra*, § III; prescindo così anche dall'altro argomento contro il rimaneggiamento del testo, e cioè l'impossibilità di spiegare l'introduzione a opera dei compilatori di un principio opposto a quello che essi hanno introdotta in molti altri testi. L'affermata irresponsabilità del *procurator* può essere spiegata nella compilazione come una sopravvivenza storica, non come una innovazione giustiniana, cfr. *supra*, § III.

gine emblematica di tutta la seconda parte del testo, da *si quasi* in poi (naturalmente pensino poi i critici a mettere d'accordo questo emblema con quello di D. h. t. 16 e di D. h. t. 5, 8), in quanto già nella sua prima parte si possono ricavare tutti gli elementi, che poi si troveranno esplicitamente formulati nella seconda, e cioè:

a) ai *discipuli*, *quibus fullo tabernam instructam tradiderat*, non era riconosciuta la qualità di *institores*, e ciò perchè, posto che il *dominus* rispondeva del fatto dell'*institor* nominato da un suo *procurator* (78), a a maggior ragione avrebbe continuato a rispondere (quindi *fullonem teneri*), quando la nomina del *procurator* era posteriore al conferimento della qualità di *institor* ai *discipuli*, e quando per conseguenza tale funzione era stata loro conferita non dal *procurator*, ma dal *dominus*:

b) la qualità di *procurator* (e ciò in conseguenza del fatto che dovrà essere svolta per un tempo indeterminato una attività molteplice, altrimenti piuttosto di mandato si sarebbe dovuto parlare, in quanto non vi sono tracce nel caso concreto per configurare un incarico di amministrazione di un patrimonio) può essere ricavata dall'uso del verbo *rogare*, il quale caratterizza: a) che la persona, cui veniva conferito questo incarico, non era un impiegato dell'azienda (*unus ex discipulis*), ma un estraneo, il quale, a titolo di favore, su preghiera del *fullo*, se lo sobbarcava, β) che tale incarico era gratuito, o per lo meno non retribuito altrimenti che con quei donativi, che le costumanze sociali ammettevano nei confronti del mandato;

c) la qualità di *procurator* del *rogatus* è l'unica via per giustificare la risposta negativa data da Labeone, in quanto, solo riconoscendo una tal veste a costui, si viene a rompere la catena, altrimenti infrangibile, *dominus*-cliente, catena, che avrebbe dovuto portare ad una affermazione di responsabilità del *fullo*: se infatti il *rogatus* fosse stato *institor*, il *fullo*, che lo aveva *praepositus* alla *taberna*, sarebbe stato chiamato a rispondere *institorio nomine* delle obbligazioni da costui contratte, e siccome *si fullo polienda curandave vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, dominusiudicio locati a fullone sum consequi potest* (79), Labeone avrebbe

(78) D. 14, 3, 5, 18 (Ulpiano 28 *ad edictum*): « Sed et si procurator meus, tutor curator institorem praeposuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem ».

(79) Gai, III, 205; assolutamente inconcepibile è quanto scrive il CUGIA, *op. cit.*, 109; « L'interpolazione del passo per me incomincia da *si quasi* perchè per Labeone non vi poteva esser dubbio della irresponsabilità del *fullo* ». Se, parlando di irresponsabilità, ci si riferisce all'azione derivante dal contratto di locazione conduzione, basterà rilevare che Gajo non è della stessa opinione, e che non lo è in modo così reciso e categorico che sarebbe

dovuto concludere senza via di scampo che, *si vestimenta discipulus accepisset et fugisset*, il proprietario avrebbe potuto sperimentare l'*a. locati institoria* contro il *fullo*, il quale, per l'obbligazione contratta dal suo *institor*, era costretto a *custodiam praestare*. Viceversa, ipotizzandosi che, in luogo che un *institor*, il *fullo* avesse affidato la sua *taberna* a un *procurator*, l'impossibilità di convenire *institorio* o *quasi institorio nomine* il *fullo* per l'obbligazione contratta dal suo *procurator*, impossibilità che, per i tempi di Labeone, è pacifica, avrebbe significato che il furto delle vesti da parte del *discipulus*, avrebbe dato al cliente la possibilità di sperimentare l'*a. locati directa* contro il *procurator*, ma non contro il *fullo* l'*a. locati institoria* (80).

Concludendo: possiamo anche concedere, sulla base dei soli indizi formali (81), (*si quasi... sin vero*), che lo squarcio finale del fr. di esame non sia opera di Ulpiano, ma ci si dovrà d'altro canto riconoscere che la distinzione fra le due ipotesi dell'*institor* e del *procurator*, con le opposte conseguenze che se ne traggono, corrisponde ad *unguem* alla dottrina classica, e soltanto a questa poichè invece la distinzione diventa inspiegabile ammessa l'esistenza di una *a. quasi institoria*, dato che in tal caso, avesse il *fullo praepositus* un *institor* o un *procurator*, la responsabilità *institorio* o *quasi institorio nomine* per le obbligazioni da costoro contratte sarebbe stata fuori discussione. Rimane però legittima la domanda se, di fronte ad un testo, nel quale si notano costruzioni sospette, ma che contiene una dottrina corrispondente a quella classica e assolutamente antitetica a quella giustiniana, sia ancora lecito trincerarsi dietro questi indizi formali per asserire un dato, del quale il meno che si possa dire è che cozza con la logica e col buon senso. Mi sembra però più sicuro ammettere una volta tanto che il metodo filologico, così spesso malsicuro, ci abbia tratto in inganno, e che il testo, lungi dall'essere stato rima-

vano da parte nostra spendere altre parole; se ci si riferisce invece all'azione *ex delicto*, è per lo meno un arbitrio da parte del CUGIA andare a pensare a questa azione, quando l'intero fr. tratta dell'*a. institoria*. In ogni caso il *non teneri* sarebbe stato anche questa volta falso in quanto, normalmente almeno, una parte dei *discipuli* era costituita da servi, per il delitto dei quali, vi fosse stato o non un *institor* o un *procurator*, il *fullo* avrebbe dovuto sempre rispondere *noxali actione*.

(80) La situazione si sarebbe invertita nel caso di furto compiuto da un *discipulus* servo e di esperimento dell'*a. furti noxalis*, per la quale sarebbe stato sempre legittimato passivamente il *fullo*, come *dominus* del *discipulus*.

(81) Per i quali cfr. GUARNERI, *Indice*, sub. vv.

neggiato dai compilatori, sia anzi nella dottrina della compilazione non altro che una sopravvivenza storica. (82).

Un'ultima riserva potrebbe essere sollevata: come ha supposto il Rabel (83), e come del resto, data la traccia secondo cui è condotta la trattazione ulpiana, appare evidente, è da ritenersi che i dati, che Ulpiano ci fornisce in questo par., siano ricavati da Labeone, che in tutto il lungo fr. 5 D. h. t. è da Ulpiano messo largamente a contributo. Si potrebbe quindi pensare che la risposta recisamente negativa circa la responsabilità del *fullo* per l'obbligazione contratta dal suo *procurator* vada attribuita all'età di Labeone, per la quale può considerarsi ormai pacifico che non esisteva neanche la più vaga traccia di *a. quasi institoria*, mentre sarebbe possibile ammettere che Ulpiano, sotto l'influenza di Papiniano, sia stato di avviso completamente diverso da quello espresso in questo testo, così che la riproduzione da parte di costui del principio emesso da Labeone dovrebbe essere spiegata, in parole povere, come una svista bella e buona.

Ma neanche a questa *extrema ratio*, cui si è da qualcuno ricorso per sfuggire all'irresistibile argomento contro la classicità dell'*a. quasi institoria* (84), che questo testo fornisce, si può dare il minimo credito. Ulpiano, è vero, riproduce in tutto il lungo fr. 5 tutta una serie di opinioni emesse da Labeone in ordine al problema della concedibilità o meno dell'*a. institoria*, ma le riproduce in libera parafrasi, mescolandole talvolta anche a pareri di altri giuristi (85), così che appare evidente come il fr. non sia il prodotto di pura e semplice recezione di Labeone, ma sia il frutto del collazionamento di fonti varie (86), con inserite osservazioni personali (87).

(82) Gli argomenti sopra addotti non valgono però per l'ultimo periodo (*plane . . . tenebitur*), in quanto la distinzione fra il caso in cui l'autorizzazione di consegnare le merci agli operai sia stata data personalmente dal *fullo* o non, nel primo dei quali l'azione da sperimentarsi è l'*a. locati directa* e non l'*institoria*, vale tanto per il diritto classico, quanto per quello giustiniano. A ogni modo è da notarsi che in questo caso si tratta di *a. institoria* e non di *quasi institoria*,

(83) RABEL, *op. cit.*

(84) Ad es. dal CUGIA, *op. cit.*, 109.

(85) Così in h. l. 1 è citato Servio Sulpicio, in h. l. 2, 7, 8, 9, 10 Labeone, in h. l. 12 Cassio Longino, anche senza contare Marcello cit. sulla fine della l. h. t. 1 cui i fr. 3 e 5 facevano direttamente seguito, cfr. LENEL, *Pal.*, Ulp. 823, 824, II, 589.

(86) Non si può neanche pensare che le citazioni di altri autori siano ricavate dallo stesso Labeone, in quanto, se Servio Sulpicio è anteriore a questo giurista, Cassio Longino gli è in compenso posteriore.

(87) Così non sono indicate le fonti di h. l., § 3 a 6, II, 13 a 18.

In una trattazione condotta secondo tali criteri, rivelandoci essa tutto un lavoro di cernita, di scelta e di integrazione, le possibilità di recezione per pura svista di un principio ormai abusato possono essere considerate come assolutamente nulle, specie quando si può avanzare a fianco a questa l'ipotesi che in una tale svista siano incorsi non Ulpiano, ma i compilatori, che di colpe di tal genere non si sono resi rei soltanto questa volta.

Lo stato del problema nei confronti del *procurator* può essere definito così nel seguente modo: da un lato abbiamo un testo di Ulpiano, posteriore quindi all'introduzione a Papiniano attribuita dell'*a. quasi institoria* (88), nel quale si nega nel modo più categorico che il *dominus* potesse essere chiamato a rispondere per le obbligazioni contratte dal *procurator*, dall'altro due testi, l'uno di Papiniano, l'altro di Ulpiano stesso, ma riproducente un passo di Papiniano, nei quali si ammette la possibilità di sperimentare l'*a.c.c.p. quasi institoria*, nel caso di somma presa a mutuo dal *procurator*, l'*a. empti quasi institoria* nel caso che il *procurator* abbia venduto una cosa dal rappresentato e prestatane la garanzia di evizione.

Data l'incrollabile classicità del primo dei tre testi, e data l'impossibilità di accordare il *fullonem non teneri* di questo testo, nel quale si viene ad abbracciare ogni e possibile azione civile e pretoria che sia, con la recisa affermazione in ordine alla *quasi institoria* contenuta negli altri due, sorge legittimo il sospetto che questi ultimi abbiano subito un ampio rimaneggiamento da parte dei compilatori, nella stessa direzione degli altri sopra esaminati sul mandato. D'altro canto non solo il confronto testuale ci porta a questa conclusione, in quanto in ambedue i testi sopravvivono evidenti tracce di rimaneggiamento.

D. 14, 3, 19 pr. (Papiniano 3 *responsorum*): «*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*».

La critica è nei riguardi di questo testo quanto mai incerta: posizioni estreme assumono l'Albertario (89) e il Solazzi (90), dei quali il primo suppone il testo intp. da *utilis* in poi, ipotizzando una risposta negativa di Papiniano, il secondo invece lo ritiene interamente classico; posizioni

(88) La data di composizione del l. 38 *ad edictum* di Ulpiano si ritiene senz'altro posteriore a quella della morte di Papiniano.

(89) ALBERTARIO, *op. cit.*, 25.

(90) SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 157, 25, 116.

intermedie sono assunte dal Lenel (91) e dal Rabel (92), i quali suppongono che sia intp. da *quod aequae* in poi, mentre il primo ipotizza inoltre che i compilatori, dopo *praeposuit*, abbiano soppresso « *si is solvendo non sit* », così da ammettere la concessione dell'*a. utilis institoria* per il solo caso di insolvenza del *procurator*, ipotesi questa recisamente esclusa dall'altro. Infine il Bonfante (93) si limita ad espungere *ad exemplum institoriae*, lasciando per il resto intatto il testo.

Nei riguardi dell'ipotesi dell'Albertario, mi sembra che si possa rilevare come, per lo meno nei confronti del caso di insolvenza del *procurator*, una risposta recisamente negativa da parte di Papiniano non sia ammissibile, tenendo conto del fatto che proprio per questa ipotesi funzionava il meccanismo della *cessio actionis*, in conseguenza della quale il *procurator* veniva ad essere messo fuori gioco, ma il creditore poteva convenire il *dominus*, sperimentando come *cognitor in rem suam* l'*a. mandati contraria* cedutagli dal *procurator*. Si veniva in sostanza a ripetere la stessa situazione che abbiamo visto nel testo di Ulpiano trattante del mandato, situazione che dava adito a una possibilità di convenire il *dominus*, che, dinanzi alla insolvenza del *procurator*, specie se si tiene conto che ci troviamo di fronte a un responso, Papiniano non poteva trascurare.

Come non è accettabile il capovolgimento della massima papiniana proposto dall'Albertario, così non è accettabile la tesi dell'integrale classicità del testo proposta dal Solazzi, e ciò per una grave ragione: la costruzione *utilem ad exemplum institoriae actionem dare* non appartiene alla giurisprudenza classica. Classiche sono tanto la costruzione *utilem institoriam actionem dare*, tanto la costruzione *actionem ad exemplum institoriae dare* (94), ma la costruzione pleonastica, che si nota in questo testo,

(91) LENEL, cit. in RABEL, *op. cit.*, 22, n. 1.

(92) RABEL, *op. cit.*, 22, seguito dal WLAŠAK, *Prozessformel*, 43, n. 10.

(93) BONFANTE, *opp. cit.* e pagg. citt.

(94) Dissento quindi da quanto scrive l'ARANGIO RUIZ, *Studi formulari, Bidr.* 25, 161, n. 1, il quale ritiene in ogni caso sospette le costruzioni *exemplo* e *ad exemplum*; ciò non toglie però che gli esempi addotti da questo A. e ricavati dall'*Handlexicon* dell'HEUMAN e SECKEL, e cioè i tre testi sull'*a. utilis institoria* (D. 3, 5, 30 pr.; D. 14, 3, 19 pr.; D. 19, 1, 13, 25) siano bene scelti, trattandosi di testi in cui si nota la costruzione *utilis actio ad exemplum*. Non si può dire così per il testo cit. a β) e cioè D. 14, 3, 5, 1 (... *nam et si mulier praeposuit competet institoria exemplo exercitoriae actionis*...), pur essendo esso probabilmente intp., in quanto *exemplo* qui non è usato in senso tecnico (*utilis institoria*), ma nel senso che l'*a. institoria* potrà esser nel caso concreto concessa, così come è concessa l'*exercitoria*.

denota una confusione di concetti, che non può essere attribuita nè a Papiniano nè ad altro giurista classico (95). Questi infatti sapevano benissimo che *a. utilis* è l'azione concessa *ad exemplum* di un'altra azione (*a. directa*) e la cui formula è redatta *ad exemplum* della formula della prima, e che reciprocamente l'*a.* concessa *ad exemplum* di un'altra azione è un'*a. utilis*: Papiniano quindi non avrebbe avuto bisogno di cumulare due asserzioni per precisare la posizione dell'azione, che intendeva concedere a chi aveva contratto col *procurator*, rispetto all'azione che spettava a chi aveva contratto con l'*institor* (96).

(95) Non calzano gli esempi addotti dal SOLAZZI, *op. cit.*, 25, 114, n. 1, in quanto in questi testi si nota sì *actionem ad exemplum dare*, ma non *actionem utilem ad exemplum... dare*.

(96) Il punto merita una più ampia dimostrazione, ciò che può soltanto farsi prendendo in esame la massa, abbastanza imponente, di testi in cui si notano le costruzioni *ad exemplum (exemplo)*, *ad instar*, *ad similitudinem*. Di questi possono essere senz'altro posti da parte tutti quelli in cui queste costruzioni non stanno ad indicare che l'azione (o il mezzo in genere) viene concessa *ad exemplum* di un'altra azione, per un caso in cui questa azione non sarebbe stata sperimentabile, e con opportune modificazioni della formula di quest'ultima (*fictiones*, trasposizioni di soggetti), ma stanno ad indicare che l'azione è nel caso concreto sperimentabile, così come (*ad exemplum*) lo è, in un caso analogo un'altra. In questi casi la formula *ad exemplum* è usata nel suo significato volgare e non in quello tecnico. A questo punto è forse opportuno notare che lo stesso fenomeno avviene per le formule *utilis* e *utiliter*, che anch'esse sono usate in una massa imponente di testi nel significato volgare di efficace, efficacemente.

Le formule indicate sono usate sicuramente nel loro significato tecnico nei seguenti testi, nei quali però, come si è detto, si nota l'assenza dell'altra formula *utilis*: Ulp. L.S.R. 25, 15 (... *interpositis stipulationibus ad exemplum partis et pro parte stipulationum*); Vat. Fr. 92 (... *et ideo necessario ad exemplum interdicti « quem fundum » proponi etiam ei interdictum quem usumfructum vindicare velit de restituendo usufructu.*); Vat. Fr. 271 (... *non ignorans... plerisque constitutionibus huiusmodi commentis ad exemplum inofficiosi querellae esse occursum*); Vat. Fr. 293 (... *ne exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare*); Coll. XII, 7, 6 (... *ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio actura...*); Coll. XII, 7, 7 (... *ad exemplum legis Aquiliae dandam actionem...*); C. Th. 2, 21, 1 (= C. 3, 30, 1) (... *ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam excedat actionis copia tribuatur...*); D. 4, 6, 28, 5 (*Exemplo rescissoriae actionis etiam exceptio... competit...*); D. 9, 2, 12 (*danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio...*); D. 9, 3, 5, 12 (... *Servius respondit ad exemplum huius actionis dare oportere actionem...*); D. 27, 6, 9 pr. (... *huius actionis exemplo Pomponius scribit... dandam actionem...*); D. 23, 2, 58 (... *ad exemplum praetoris edicti dandam in eam actionem...*); D. 37, 9, 1, 14 (... *decretum interponit praetor ad exemplum Carboniani edicti...*); D. 39, 5, 27 (... *ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit...*); D. 43, 4, 3, 3 (... *ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem.*); D. 44, 7, 35 pr. (... *item Publiciana quae ad exemplum vindicationis da ur.*); C. 3, 29, 2 (... *iuxta constitutiones is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi querellae auxilium tibi aequitatis impertiet.*); C. 3, 9, 29, 6 (*de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae iurisdictionis suae partes exhibebit.*);

Questa costruzione pleonastica si spiega invece facilmente partendo dall'ipotesi che il testo parlasse sì di una *a. utilis*, ma che i compilatori,

C. 3, 29, 8 (... *quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur.*); C. 3, 29, 9 (*Non convenit dubitari quod immodicarum donationum omnis querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta.*); C. 3, 30, 1 (cfr. *supra*); C. 8, 1, 1 (... *praeses ad exemplum interdicatorum, quae in albo proposita habet.*); C. 8, 8, 3 (*Si ad instar interdicti... eum conveniendum putaveris.*).

Nei testi sopra esaminati le formule *ad exemplum, exemplo, ad instar, ad similitudinem* non possono essere considerate sospette; vi è poi invece un altro gruppetto di testi, nei quali si nota la formula *utilem ad exemplum... actionem dare*: a nostro avviso questi testi sono tutti intp., del che si può dare facile dimostrazione.

Per due di essi, e cioè C. 3, 29, 4 (*impp. Diocl. et Max. Calpurniae Aristaenetae* 286) e C. 8 15, 5 (*impp. Diocl. et Max. Eutycho* 286), la dimostrazione è stata già data, per cui mi limito ai rinvii (per il primo ARANGIO RUIZ. *Ist.*, 550, n. 2; DONATUTI, *L'origine della querella inoff. don. St. Riccobono* III, 482; CARRELLI, *Sul beneficium restitutionis Sdhi.* 4, 1938, 41, n. 97; cfr. anche Vat. Fr. 282, ove lo squarcio «*ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donatione sauxilium ad instar inofficiosi testamenti*» manca; per il secondo lo squarcio «*aequitatem facere ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae actionis daretur*» è stato già sospettato dal BIONDI, *La convalidazione del codicillo*, etc., 17, e dal BONFANTE, *Successioni*, 150, n. 1).

Rimangono così i seguenti testi:

D. 9, 2, 53 (Nerazio 1 *Membranarum*): «*Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio*».

Nerazio (come Gaio in D. 47, 2, 51, 13 ad *edictum provinciale*) doveva parlare di *agere ad exemplum legis Aquiliae*. La differenza di terminologia, che si nota nelle fonti, dovuta, secondo alcuni, a divergenze di scuole, contrappone per le lesioni *non corpore* un'*a. utilis legis Aquiliae* a un'*a. in factum*. Nerazio e Gaio si riferivano all'*a. utilis*, che dal primo viene qualificata come *ad exemplum legis Aquiliae*, dal secondo *damni iniuriae*; i compilatori, che sulla trama delle varie *aa. in factum*, che i giuristi classici concedevano caso per caso nei confronti di ipotesi, che non rientravano nella *lex Aquilia*, hanno costruito la nuova *a. in factum generalis* ἡν φαινομένου γενική ἀγωγή εἰς τὸ ἀζημίον, in ordine a questi nuovi criteri, hanno ritenuto qui di dover inserire *in factum*, col risultato di far diventare *in factum* una azione che, con ogni probabilità, doveva per Nerazio essere un'*a. utilis ficticia*.

D. 7, 1, 17, 3 (Ulpiano 18 ad *edictum*): «*Si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam nunquam dubitavi*».

Il testo è con ogni probabilità nella sua sostanza classico (contro le critiche del BAVIERA e del DE MEDIO cfr. la mia *Legittimazione attiva dell'A. l. Aqu.*, *Risg.*, 9, 1934, 14 segg. estr.), ma l'inciso *exemplo Aquiliae* è da ritenersi invece una glossa, come è indicato dal fatto che l'azione sul cui schema è modellata l'*utilis actio* concessa all'usufruttuario è indicata non come, *exemplo legis Aquiliae*, così come avviene in D. 9, 2, 11, 10 e in D. h. t. 12, ma con la formula abbreviata e scorretta *exemplo Aquiliae*.

C. 8, 9, 1 (*imp. Gordianus Aristoni* a. 238): «*Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit) sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda*».

L'originale probabilmente si arrestava a *persequi*; in ogni caso è sicuramente intp., lo squarcio finale da *vel quae* in poi, come è indicato: a) dalla frase *adversus emptorem*

i quali volevano far rientrare il caso nel quadro dell'*a. quasi institoria* di loro creazione, abbiano soppresso l'indicazione della prima (fra *utilem* e *dandam*), sostituendola con le parole «*ad exemplum institoriae*», senza notare che, in tal modo, si veniva a dare due volte la qualifica di *a. utilis* all'azione da loro inserita nel testo. A conferma di quanto si è detto si può anche osservare che un identico fenomeno, su scala però ancor più grave, si è potuto constatare in D. 17, 1, 10, 5, ove i compilatori, soppressa la menzione dell'*a. utilis mandati*, hanno lasciato sopravvivere *utilis*, aggiungendovi un *quasi institoria*, senza neanche lì accorgersi che, quando si era già una volta qualificata come *utilis* l'azione concessa contro il mandante, era assolutamente pleonastico chiamarla ancora *quasi institoria* (97).

A nostro avviso, l'azione concessa contro il *dominus* doveva essere anche in questo testo l'*a. utilis mandati*, concessa precisamente in base alla cessione fattane dal mandatario al creditore, dopo che questi lo aveva convenuto in giudizio, perchè rispondesse del debito da lui contratto. Si spiega in tal modo l'intp. di tutta la seconda parte del testo, che in verità, sulla base della classicità dell'*a. quasi institoria*, sarebbe stata dal punto di vista sostanziale ben poco giustificabile: ammessa infatti la possibilità di chiamare in giudizio il *dominus* per l'obbligazione contratta dal *procurator*, a ragione osserva il RABEL (98), sarebbe stata affatto senza fondamento il limitarla al solo caso di insolubilità del *procurator*; viceversa nel caso di cessione di azione, è chiaro che questa poteva aver luogo soltanto se il mandatario convenuto non era in grado di fare onore ai propri obblighi, in quanto, nel caso contrario, sarebbe mancata ogni ragione plausibile di esonerarlo, costringendolo alla *cessio actionis*, e costringendo in fin dei conti il creditore ad agire prima contro il mandatario e poi contro il *dominus*.

exercenda, che nella redazione attuale del testo, è affatto campata in aria (*persequi vel interdicto Salviano... vel actione Serviana*; b) dal fatto che, rispondendo l'imperatore a un preciso quesito sottopostogli, non aveva alcuna ragione di uscire dal caso concreto su cui era stato interpellato.

Nessun affidamento può anche dare Pauli Sent. V, 8, 5 (*De navi vi deiectus hoc interdicto experiri non potest, sed utilis ei actio de rebus recuperandis exemplo vi bonorum raptorum datur.*); l'azione classica *b.v.r.* era in *quadruplum* e non era *de rebus recuperandis*, in quanto, dopo l'anno, veniva sostituita da una azione *in factum* per il semplice valore della cosa: esse del resto non escludevano, per la dottrina prevalsa specie ad opera di Giuliano, le stesse azioni reipersecutorie, *vindicatio* e *condictio*.

(97) Cfr. *supra* § V.

(98) RABEL, *op. cit.*, 24.

Si può in tal modo ricostruire la genesi del testo, quale esso ci è pervenuto: l'originale papiniano doveva essere presso a poco il seguente: « *In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, si solvendo non sit, utilis mandati dabitur actio* ». I compilatori vi hanno soppresso l'inciso riferentesi all'insolubilità del *procurator* e il richiamo al mandato, sostituendo quest'ultimo con « *ad exemplum institoriae* ». Successivamente hanno ritenuto opportuno precisare che la possibilità di sperimentare quest'azione si verificava anche in caso di solubilità del *procurator* e conseguentemente hanno redatto lo squarcio finale, senza però accorgersi: a) che, soppresso « *si is solvendo non sit* », l'estensione ad ambedue i casi derivava dallo stesso silenzio del testo; b) che l'*aeque*, la cui presenza può essere spiegata solo psicologicamente, supponendo nell'originale l'esistenza di uno squarcio, in cui si teneva presente uno solo dei due casi, soppresso ad opera loro questo squarcio, veniva a trovarsi campato in aria (99).

D. 19, 1, 13, 25 (Ulpiano 32 *ad edictum*): « *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 et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere* ».

Su questo testo si è accumulata nell'ultimo trentennio una imponente letteratura. In sostanza i vari studiosi, che lo hanno preso in esame, sono concordi nell'ammettervi l'esistenza di intp., salvo naturalmente il dissentire nel precisarne l'estensione e la portata.

Su un punto la dottrina è concorde: il problema della concedibilità dell'azione (quale poi questa fosse lasciamo per ora in sospenso) Papiniano se lo era prospettato (come poi lo avesse risolto lasciamo anche in sospenso) solo nei confronti dell'obbligazione contratta dal *procurator* in conseguenza della vendita da lui compiuta della cosa del *dominus*, non nei confronti dell'obbligazione contratta dall'acquirente, cosicché la domanda *an actio dari debeat* veniva ad essere posta solo *adversus dominum*, non a favore del *dominus*. Conseguentemente la dottrina è concorde nel ritenere intp. tanto *domino vel*, quanto « *ergo et . . . competere* » (100).

(99) Ciò ci autorizza a supporre che lo squarcio finale non sia di mano dei compilatori, ma che essi lo abbiano trovato sotto forma di glossa al testo papiniano, o forse addirittura di due glosse (*ad exemplum institoriae, quod aeque . . .*), che essi avrebbero transfuse nel testo, rabberciandolo poi con la soppressione dei brani sopra indicati.

(100) Data la massa imponente di autori, che occorrerebbe richiamare, mi limito a rinviare a Index, h. l.

Su ogni rimanente parte del testo le opinioni sono però quanto mai discordi: la posizione critica estrema è assunta anche qui dall'Albertario (101) il quale, in base alla considerazione che Papiniano ha messo ben in chiaro che il procuratore non soltanto ha venduto, ma ha prestato anche la garanzia di evizione, opina che il giurista si domandasse se l'acquirente potesse sperimentare l'*a. ex stipulatu* contro il *dominus* e che a questa domanda desse risposta negativa; la risposta sarebbe poi stata soppressa dai compilatori, i quali avrebbero sconciato il testo, introducendovi l'*a. ex empto utilis ad exemplum institoriae*.

All'intp. dell'inciso « *si modo rem vendendam mandavit* », già precedentemente sospettata dal Bonfante (102), il quale nega la classicità della regola, per la quale il *procurator omnium bonorum* non può, senza mandato speciale, compiere alcuni atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, e principalmente non ha facoltà di alienare, aderisce anche il Rabel (103), il quale però ritiene recisamente classico lo squarcio « *cum domino . . . actionis* » e per conseguenza ammette la classicità dell'*a. utilis ex empto ad exemplum institoriae*.

Viceversa il Solazzi (104) ammette soltanto l'origine emblematica degli squarci sopra indicati, negando l'intp. dell'inciso « *si modo . . . mandavit* », che egli, pur accettando in linea di principio la tesi del Bonfante, spiega avanzando l'ipotesi che, proprio a causa della illimitatezza delle facoltà del *procurator*, Papiniano avesse ritenuto necessario richiedere il mandato speciale, appunto per potersi raffigurare una *praepositio* relativamente a un negozio o a una cerchia di negozi ben determinata, evitando di riguardare il *procurator omnium bonorum* come investito del potere di stringere contratti obbligatori per il suo principale, il che avrebbe significato il pieno riconoscimento della rappresentanza diretta, sia pure nella forma adietizia.

Non mi sembra che il Solazzi abbia considerato come, ammessosi quanto egli qui scrive, rimanga travolta una gran parte della sua stessa tesi sulla classicità dell'*a. quasi institoria*: la necessità di richiedere un mandato speciale per la vendita, evitando in tal modo di riguardare il

(101) ALBERTARIO, *op. cit.*, 26 segg.

(102) BONFANTE, *Facoltà e decadenza* etc. S. G. V., III, 253.

(103) RABEL, *op. cit.*, 19 e segg.; cfr. anche WLAŠAK, *op. cit.*, 43, n. 9.

(104) SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 158 segg., particolarmente 162; altro argomento addotto dal SOLAZZI (*op. cit.*, 159) e che il mandato qui non è richiesto per l'efficacia della vendita, ma per poter concedere l'*a. ex empto quasi institoria*, vale a dire per poter dirigere contro il principale gli effetti del contratto.

procurator omnium bonorum come investito del potere di stringere contratti obbligatori per il suo principale viene a significare in sostanza che l'*a. quasi institoria* è sì classica, ma che nessuno dei testi ove la si concede per l'obbligazione contratta dal *procurator*, senza esplicito richiamo a un mandato speciale, può essere considerato classico. In altri termini, ammessa la tesi affermata con tanta energia dal Solazzi in ordine a questo testo, diventa indifendibile la classicità di D. 14, 3, 19 pr. con altrettanta energia dal Solazzi difesa.

A ciò si aggiunga che il Solazzi nulla risponde all'argomento principale dell'Albertario: il quesito sottoposto a Papiniano era *an adversus dominum actio dari debeat, si procurator vendiderit et caverit emptori*. La vendita e la garanzia di evizione facevano sorgere due diverse azioni contro il *procurator*, e cioè l'*a. empti* e l'*a. ex stipulatu*, a quale delle due intendeva riferirsi Papiniano? La risposta dell'Albertario è ovvia: se Papiniano non ha parlato soltanto della vendita, ma ha messo in evidenza la garanzia di evizione, un qualche motivo doveva pure avere e, siccome unico motivo plausibile è che il problema vertesse sull'*a. ex stipulatu*, di questa, o per lo meno anche di questa e non della sola *a. empti*, doveva parlare nella risposta; viceversa, nella redazione attuale del testo, se ne tace nel modo più assoluto (105).

Al rilievo dell'Albertario tenta invece di sfuggire il Rabel (106), supponendo che Papiniano abbia fatto il passo verso l'*a. empti institoria utilis*, ma non verso la corrispondente *a. ex stipulatu*, e ciò perchè, di fronte alla natura formale dell'impegno, non si sarebbe potuto indagare sino a qual punto questo si richiamasse a una *causa debendi*, e a sostegno di ciò adduce: a) che in caso di obbligazione contratta da tutore o curatore, è data al terzo, sulla base della gestione di negozi di costoro, un'*a. utilis* contro il rappresentato, ma che questa azione viene negata quando il tutore o curatore si è obbligato con *stipulatio* (107); b) che in nessun caso la giurisprudenza romana ha mostrato tanta ripugnanza verso la rap-

(105) Il fatto era parso così strano che si era tentato di spiegarlo pensando che Papiniano si riferisse se non alla garanzia di evizione, ma alla *cautio dominum rem ratam habiturum*, cfr. contro di ciò RABEL, *op. cit.*, 20. Secondo l'JHERING (*Gesamm. Aufsätze*, II, 418 segg.), l'*a. ex stipulatu* non si sarebbe potuta concedere in quanto la *cautio* eccedeva i limiti del mandato, cfr. contro ALBERTARIO, *op. cit.*, 27 segg.

(106) RABEL, *op. cit.*, 20 segg.

(107) D. 26, 7, 43, 1 (Paolo 7 *Quaestionum*) per un caso di *dotis promissio*; D. 26, 9, 5 pr. (Papiniano 5 *Responsorum*), *obligatio novata et in curatorem furiosi translata*; D. 50, 8, 5, 1 (Papiniano 1 *Responsorum*), *cautio* rilasciata dal *curator rei publicae*.

presentanza diretta, quanto proprio in materia di *stipulatio*, al punto che ancora Diocleziano ripete che, *si creditor personam curatorem secutus, cum ipsis contractum habuit et ab ipsis stipulatus est, nullam ei prorsus actionem competere* contro il minore (108).

Quanto scrive il Rabel risponde indiscutibilmente a verità, ma non spiega le difficoltà del testo: se nel quesito si poneva in evidenza che era stata prestata la garanzia di evizione, ciò non può essere spiegato altrimenti che supponendo che la domanda *an actio dari debeat* si riferisse non all'*a. empti*, ma all'*a. ex stipulatu*. Per conseguenza è logico che, per quanto breviloquente, Papiniano, salvo a non voler riuscire incomprensibile, avrebbe dovuto spendere qualche parola intorno a questa azione, per precisare che essa non poteva venir concessa, ma che in suo luogo si poteva sperimentare l'*a. empti utilis institoria*.

Ammesso però che nell'originale si trattasse tanto dell'*a. ex stipulatu*, quanto dell'*a. empti*, si ha tutto il diritto di chiedere perchè mai la prima sia stata soppressa: la posizione dei compilatori rispetto a questa azione poteva essere o contraria, e in tal caso avevano tutte le ragioni per conservare quanto aveva scritto Papiniano in ordine alla sua inconcedibilità, o favorevole, e in tal caso l'esistenza nell'originale di uno squarcio, ove essa veniva negata, doveva indurli a capovolgere piuttosto che a sopprimere la massima. Ma, si accetti l'una o l'altra ipotesi, la giustificazione del Rabel appare in tutta la sua insufficienza.

Se sotto l'aspetto sostanziale il testo presenta incongruenze affatto ingiustificabili, anche sotto quello formale non può essere considerato *sine labe*: la frase «*cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis*» è sotto molti aspetti sospetta: oltre la costruzione *utilis ad exemplum*, di cui abbiamo già ampiamente parlato sopra, e per cui quindi non occorre spendere altre parole, è ancora da notarsi *ex empto*, in luogo di *empti*, e fuori posto (*ex empto agi posse utili actione*, in luogo *agi posse utili empti actione*), e la ripetizione «*actione... actionis*».

Si ha per conseguenza tutto il diritto di supporre che nell'originale Papiniano rispondesse negando l'*a. ex stipulatu* (*ex stipulatu agi non posse*),

(108) C. 2, 24, 4 (*Diocl. et Max. Isidoro* 293); il RABEL, cita anche C. 4, 26, 7, 3, è però da notare che in questo testo non si parla affatto di *stipulare* ma soltanto di *contrahere*, nè quindi risulta che l'obbligazione avesse assunto la veste della *stipulatio*; conseguentemente il testo viene ad avere il torto di provare troppo, in quanto rivelerebbe la ripugnanza della giurisprudenza romana alla rappresentanza diretta sopravvivenne, fino all'età di Diocleziano, non soltanto in ordine alla *stipulatio*, ma in ordine a qualsiasi altro genere di contratto, cfr. *infra* § VI.

in quanto il quesito era precisamente impostato sulla concedibilità o meno di questa azione. Non è però probabile che, come pensa l'Albertario, il responso si arrestasse a questo punto, ma esso doveva continuare indicando che il creditore poteva farsi cedere dal mandatario l'*a. mandati contraria*, sperimentandola come *a. utilis* contro il mandante.

Se negli altri testi solo sulla base di indizi indiretti si era potuto sospettare che Papiniano non si fosse limitato a dare risposta negativa in ordine al problema della concedibilità dell'azione contro il mandante, ma avesse accennato alla possibilità di costringere il mandatario a fare la cessione dell'*a. mandati contraria* (109), in questo testo invece un qualche indizio diretto di tutto ciò può essere ritrovato, e precisamente nell'inciso « *si modo... mandavit* ». Come si è visto, è merito del Bonfante l'aver posto in luce la non classicità della regola per la quale il *procurator omnium bonorum* non può compiere, senza mandato speciale, atti di alienazione: di qui l'origine emblematica dello squarcio su indicato. Vi è però un punto che non è stato fino a ora osservato: una tale limitazione noi la troviamo posta nei confronti del *procurator* e non dell'*institor*, il quale, se *praepositus* a una azienda commerciale, può, anche senza mandato speciale, compiere tutti gli atti di alienazione rientranti nell'attività commerciale, cui dal *dominus* è stato *praepositus*. Per conseguenza, se, nel caso preso in esame da Papiniano, avesse venduto e prestato la garanzia di evizione un *institor*, non sarebbe stato necessario un mandato speciale perchè la vendita e la *stipulatio* fosse valida e perchè l'acquirente potesse sperimentare *institorio nomine* contro il *dominus* l'*a. empti* e l'*a. ex stipulatu* (110).

Dal momento però che, con l'introduzione dell'*a. ex utilis institoria*, il *procurator omnium bonorum* viene considerato *perinde ac si institor esset*, era necessario il mandato speciale per la validità degli atti di alienazione compiuti da costui, ma che avrebbe potuto compiere efficacemente anche un *institor*?

Prima di dare risposta a questa domanda occorre fare due osser-

(109) Prescindendo dall'indizio indiretto fornitoci dai testi nei quali si notano le costruzioni *utilis actio quasi institoria* e *utilis actio ad exemplum institoriae*, costruzioni la cui presenza non può essere spiegata altrimenti che supponendo che i compilatori abbiano trovato in questi testi una *utilis actio* da essi soppressa e sostituita con quella di loro creazione, *utilis actio* che, per esclusione, non può essere altra che l'*utilis actio mandati del cognitor in rem suam*.

(110) D. 3, 3, 63 (Modestino, 6 *Differentiarum*), per l'intp. cfr. BONFANTE, *op. cit.*, 250 segg.

vazioni: a) il mandato speciale non era richiesto per ogni atto di alienazione, in quanto rimaneggiatissimo testo di Modestino, ove si pone la regola, per cui *procurator... cui res administrandae mandatae sunt, res domini... sine speciali domini mandatu alienare (non) potest* (111), fa però eccezione per i frutti e per le *aliae res, quae facile corrumpi possunt* (112); b) nel testo di Ulpiano non è in alcun modo precisato di qual natura fosse la cosa alienata dal *procurator*, così che questa avrebbe anche potuto essere una di quelle che dal testo di Modestino risultano validamente alienabili anche senza mandato speciale.

Da ciò si deve dedurre: a) la negata facoltà di compiere atti di alienazione non era illimitata, essendone eccettuati tutti quegli atti di alienazione rientranti nell'amministrazione ordinaria, per i quali, introdotta l'*a. quasi institoria*, l'acquirente avrebbe potuto agire *quasi institorio nomine* contro il *dominus*, anche senza che vi fosse stato un mandato speciale; b) questa facoltà in tal modo limitata di compiere atti di alienazione nei confronti del *procurator* viene sostanzialmente a coincidere con la facoltà di compiere atti di alienazione limitata alle attività commerciali, cui si è *praepositus*, dell'*institor*. L'inciso « *si modo... mandavit* » viene in tal modo a trovarsi, anche per diritto giustiniano, fuori posto, in quanto fondamento dell'*a. empti institoria* era la *praepositio*.

Per conseguenza non è da ritenersi che l'inciso in questione sia opera dei compilatori; la sua presenza deve essere invece spiegata supponendo che nell'originale papiniano si parlasse di una *a. utilis mandati*, e che un annotatore, dinanzi a questa risposta, con la quale, sia pure indirettamente si veniva a chiamare in causa il *dominus* per l'operato del suo *procurator*, abbia ritenuto opportuno precisare che in tanto ciò era possibile, in quanto il *procurator* era stato autorizzato dal *dominus* alla vendita con mandato speciale; precisazione questa quanto mai infelice, stante che Papiniano non aveva indicato di qual genere fosse la cosa alienata, nè quindi risultava se fosse effettivamente necessario il mandato speciale:

(111) Cfr. D. 14, 3, 17 pr. (Paolo 30 *ad edictum*), ove per le obbligazioni contratte dal *praepositus mancipiis vel iumentis pecoribusve emendis vendendisque* si concedono *institorio nomine* l'*a. empti*, l'*a. redhibitoria*, l'*a. ex stipulatu*.

(112) Il divieto di alienare, *nisi specialiter mandatum est*, si trova ancora in D. 20, 6, 7, 1 (Gaio l. s. *ad form. hypoth.*) trattante del consenso dato dal creditore pignoratizio alla vendita del pegno, per il quale è anche necessario, se dato dal *procurator*, un mandato speciale, e in D. 13, 7, 11, 7 (Ulpiano 28 *ad edictum*) per la *pignoris datio*; per l'intp. cfr. BONFANTE, *op. cit.*, 253.

essa avrebbe per lo meno richiesto di essere a sua volta limitata, inserendo nella *quaestio* le parole « *rem, quae alienari non poterat* » (II3).

Con l'introduzione dell'*a. quasi institoria* i compilatori hanno finito di sconvolgere il testo, sopprimendo tanto l'*a. ex stipulatu* negata, quanto l'*a. mandati utilis* concessa da Papiniano, e sostituendo quest'ultima con l'altra di loro creazione, senza però toccare l'inciso « *si modo... mandavit* », che, anche nella loro dottrina, avrebbe richiesto una formulazione meno generica (II4).

VI. — Le conclusioni, cui ci ha permesso di giungere l'esame dei passi trattanti del *procurator*, coincidono con quelle cui si era giunti negli altri casi: di una *a. utilis institoria*, anche limitatamente alla sola ipotesi del *procurator*, non è possibile parlare. In sostanza la giurisprudenza classica è rimasta ferma al principio della rappresentanza indiretta, anche se da un lato, moltiplicando le ipotesi di *praepositio institoria*, è venuta in sostanza a tal punto ad estendere il concetto di *institor*, da farvi rientrare attività che, con l'attività commerciale, per cui questa figura era sorta, nulla più avevano a che vedere, dall'altro insistendo, come fa Papiniano, sulla possibilità per il creditore di ricorrere alla *cessio actionis* e di utilizzare in tal modo l'azione di mandato, che il mandatario aveva contro il mandante, ci rivela che ormai la vita economica si muoveva con una certa difficoltà negli schemi della rappresentanza indiretta, così da ricorrersi ad ogni scappatoia pur di permettere al creditore di chiamare in causa il *dominus*.

Data però la presenza nel *Codex* di un gruppetto di costituzioni, tutte di Diocleziano, nelle quale troviamo concessa un'*a. ad exemplum institoriae, ad instar institoriae, ad similitudinem institoriae*, può sorgere il dubbio che l'introduzione dell'*a. utilis institoria*, pur non potendo essere attribuita a Papiniano o ad altro giurista classico, risalga però a età anteriore, o per lo meno coeva a Diocleziano, così da poter essere ancora considerata come classica.

Di uno di questi rescritti però si è già chiaramente notato come

(II3) L'originale potrebbe essere ricostruito nel seguente modo: « *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur an adversus dominum actio dari debeat; et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex stipulatu agi non posse, sed si procurator solvendo non sit, utili mandati actione* ».

(II4) Si noti che per questi atti di alienazione compiuti dal *procurator* in seguito a mandato speciale, costui non alienava in base ai poteri di amministrazione, ma in base al mandato, per conseguenza non come *procurator omnium bonorum*, ma come *procurator unius rei*.

l'*ad similitudinem institoriae teneri* ivi contenuta non sia usato in senso tecnico, nè stia a indicare un'*a. utilis institoria*, che nel caso specifico (*magister navis a muliere praepositus*) sarebbe stata per lo meno oziosa, ma soltanto la *similitudo* esistente fra *exercitoria* e *institoria*, e quindi può essere senz'altro posto da parte (II5).

Meno concorde è la dottrina nei confronti di C. 4, 25, 6 (*impp. Diocletianus et Maximianus Onesimae* 294): « *Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte de solido dominum convenit* ».

Mentre tanto il Solazzi (II6), quanto l'Albertario (II7), sulle tracce del Bonfante (II8), in base alla considerazione che chi, *secutus domini voluntatem*, contratta col servo ha già l'*a. quod iussu* e non ha quindi bisogno che gli venga concessa un'*a. utilis institoria*, ritengono il testo rimaneggiato, il Rabel (II9) tenta salvarne la classicità, richiamandosi a Gai IV, 70 e a D. 15, 4, 1, 1 (Ulpiano 29 *ad edictum*), ove si precisa che per *iussus* si intende un invito che il padre o padrone fa al terzo, perchè tratti col figlio o col servo, e non un ordine interno, che costui dà al suo sottoposto, mentre invece nel testo in esame ci troveremmo proprio di fronte a questo secondo caso. È facile rilevare come di questo tentativo di salvataggio il meno che si possa dire è che esso è altrettanto artificioso che arbitrario; il caso prospettato a Diocleziano era precisamente quello in cui il *dominus* aveva invitato il terzo a contrarre col servo: sarebbe stato infatti un po' ostico scrivere di costui che aveva contratto *secutus domini voluntatem*, quando poi questa *voluntas* non era stata portata a sua conoscenza ed era rimasta una semplice istruzione data dal *dominus* al servo.

Eliminati questi due rescritti, rimane isolato a testimoniare l'esistenza

(II5) C. 4, 25, 4 (*impp. Diocl. et Max. Antigonae*, 293): « *Et si a muliere magister navis praepositus fuerit, ex contractibus eius ea exercitoria actione ad similitudinem institoriae tenetur* ». Cfr. SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 157, il quale nota come la cancelleria di Diocleziano professi uno strano e, potremmo anche aggiungere, inopportuno culto per l'*institoria*, cui andava paragonando altre azioni del tutto distinte e indipendenti. Con ogni probabilità le parole *ad similitudinem institoriae* non sono altro che una malcauta glossa.

(II6) SOLAZZI, *op. cit.*, 23, 166, 167; 25, 120, il quale avanza due ipotesi: a) che l'originale fosse « *actione quod iussu ad instar etc.* », sulla traccia di C. h. t. 4; b) che fosse « *actione quod iussu recte de solido etc.* » e che « *ad instar... institoriae* » sia stato aggiunto per equivoco dai compilatori o da un glossatore; a nostro avviso è più probabile la seconda ipotesi.

(II7) ALBERTARIO, *op. cit.*, 28, intp. « *ad instar... institoriae* ».

(II8) BONFANTE, *Contronote al Gluek*, XIV, 53 n. t.

(II9) RABEL, *op. cit.*, 23.

di una *a. ad exemplum institoriae* all'età di Diocleziano C. h. t. 5 (*Diocletianus et Maximianus Gaio* 294): «*Si mutuum pecuniam accipere Demetrianus Domitianus mandavit et hoc posse probare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competentem iudicem potes convenire*».

L'ipotesi che anche questo testo abbia subito rimaneggiamenti è stata avanzata dall'Albertario (120), ma in sostanza solo sulla base del rimaneggiamento di tutti gli altri del Digesto e del Codex, ove si nota l'*a. quasi institoria*, così che apparentemente hanno avuto buon gioco il Solazzi e il Rabel (121) a obiettare che in mancanza di un qualsiasi concreto indizio di intp., il testo deve essere ritenuto classico. Il Rabel (122) però, il quale negava la classicità della estensione al mandato dell'*a. quasi institoria*, dinanzi a questo rescritto, ove si parla categoricamente di mandato, è stato costretto a supporre che l'estensione dell'azione dal *procurator* al mandatario, ignota a Papiniano, sia avvenuta fra l'età di di costui e quella di Diocleziano.

Vi è però un rescritto, egualmente di Diocleziano, che nè l'Albertario, nè il Solazzi, nè il Rabel hanno preso in considerazione (123), nel quale si trova sancito un principio precisamente opposto a quello che leggiamo nel rescritto sopra riportato:

C. 4, 26, 7, 3 (*Diocletianus et Maximianus Crescenti* 293): «*Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit*».

È evidente l'assoluta inconciliabilità fra i due testi: da un lato si ammette che il mandato di *mutuum pecuniam accipere* dia al creditore la possibilità di agire contro il mandante *ad exemplum institoriae*, dall'altro, in un caso in cui non solo vi era mandato, ma vi era anche stato *iussus* del mandante al creditore, si risponde che, se l'obbligazione è stata contratta col mandatario, *pervides contra dominum nullam te habuisse actionem*, prendendosi l'imperatore persino la briga di precisare che fanno eccezione i casi della *ratihabitio* del *dominus* e della *utilis gestio*, nel

(120) ALBERTARIO, *op. cit.*; unico indizio sarebbe «*ad exemplum institoriae . . . convenire*», in luogo di «*ad exemplum institoriae actionis*».

(121) SOLAZZI, *op. cit.* e pag. cit.; RABEL, *op. cit.* e pag. cit.

(122) RABEL, *op. cit.*, 23, 24.

(123) Il testo non è assolutamente ricordato nè dall'ALBERTARIO, nè dal SOLAZZI; o cita il RABEL una volta (senza riportarlo) *op. cit.*, 23, fra i testi trattanti della *stipulatio*, cfr. *supra* pag. 189, n. 108.

primo dei quali la legittimazione passiva si trasferisce dal mandatario al *dominus*, mentre nel secondo potrà essere efficacemente sperimentata l'*a.n.g.* (124); è chiaro che in una risposta di tal genere non vi è assolutamente posto per l'*a. quasi institoria* (125).

Nè è possibile sfuggire alla contraddizione supponendo, come fa il Rabel (126), che, nel caso trattato nel secondo rescritto, l'obbligazione fosse stata contratta mediante *stipulatio*, e non nel primo, cosicché la decisa ostilità della giurisprudenza classica ad ammettere la rappresentanza diretta, ormai attenuatasi, sarebbe stata superata nel primo caso, mentre sarebbe rimasta rigida nel secondo, trovandosi di fronte a una *obligatio* contratta *verbis*. Non è possibile per varie ragioni: a) perchè in nessun parte del secondo rescritto troviamo il più vago accenno alla *stipulatio* (127), ed è arbitrario inserirla, in quanto l'obbligazione poteva essere anche stata contratta in altro modo; b) perchè il fatto che ci si trovi di fronte a un *mandatum pecuniae accipiendae* nulla prova a favore dell'*obligatio* contratta *verbis* nei confronti di C. 4, 26, 7, 3, in quanto, neanche a farlo apposta, anche in C. 4, 25, 5 *Demetrianus mandavit mutuum pecuniam accipere*; c) perchè trovandoci noi di fronte a due fattispecie assolutamente identiche, non abbiamo alcuna ragione plausibile per supporre la *stipulatio* nell'un caso e non nell'altro.

È evidente che da questa situazione non si può uscire se non sup-

(124) Si noti però che la classicità di «*nisi vel . . . habuit*» è stata sospettata dal LÉNEL, *Zur sog. a. de in rem verso utilis*, in *Arch. für C. P.* 78, 1892, 355 segg.; e dal MANCALEONI, *La in rem versio* etc., in *Fil.*, 5, 1899, LXXVI segg.

(125) È facile rispondere alla possibile obiezione che il rescritto trattava soltanto di un caso di concedibilità o meno dell'*a. quod iussu: rem agens* non può essere altro che un mandatario o un *procurator* (trattandosi di un servo o di un liberto, più probabilmente il secondo) e per conseguenza vi era stato in questo caso contemporaneamente *iussus* e mandato; la frase *nullam te habuisse actionem* non si riferisce alla sola *a. quod iussu*, non potendo questa frase essere tradotta, salvo forzare il significato dei termini, «non hai l'azione di cui sopra»; ma «non hai alcuna azione», quindi neanche l'*a. quasi institoria* derivante dal mandato.

(126) RABEL, *op. cit.*, 23.

(127) Può essere opportuno riportare l'intero rescritto: «*Ei, qui servo alieno dat mutuum pecuniam, quamdiu superest servus, item post mortem eius intra annum de peculio contra dominum competere actionem vel, si in rem domini haec versa sit quantitas, post annum etiam esse honorariam non est ambigui iuris.* (1) *Quapropter si quidem in rem domini versa pecunia est heredes eius convenire potes de ea summa, quae in rem ipsius processit.* (2) *Si hoc vero probari non potest, consequens est, ut superstite quidem servo de peculio convenias vel, si iam servus rebus humanis exemptus est vel distractus seu manumissus nec annus excessit, de peculio quondam adversus eum experiri possis.* (3) . . . ». L'intero § 2 è con ogni probabilità intp. cfr. MANCALEONI, *op. cit.* e lett. *ivi cit.*

ponendo l'intp. di uno dei due rescritti; che questo però non possa essere C. 4, 26, 7, 3 risulta da varie considerazioni: a) non possono essere stati i compilatori a negare l'esperibilità dell'*a. quasi institoria*, quando in tutti i testi fino a ora presi in esame, salvo per il momento C. 4, 25, 5, sono stati essi a introdurla; b) il principio così categoricamente sancito, per cui il creditore non ha alcuna azione contro il mandante (*nullam te habuisse actionem*), è per diritto giustiniano senz'altro falso, dato che ormai l'*a. quasi institoria* è concessa per i più vari casi, non escluso quello della *stipulatio*; c) dei due rescritti, quello in cui si trova affermata la dottrina tradizionale della rappresentanza indiretta, è precisamente il rescritto che sta fuori dalla *sedes materiae*, criterio questo che, anche in mancanza di altri indizi, ci costringerebbe a far gravare i sospetti sull'altro, tanto più che l'impossibilità di convenire il *dominus* per l'obbligazione contratta dal mandatario non è nel passo esplicitamente dichiarata, ma risulta da una formula comprensiva, che involge ogni e qualsiasi azione, così da giustificare completamente i compilatori se non hanno pensato a rettificarla, inserendovi l'*a. quasi institoria* (128).

La testimonianza di C. 4, 26, 7, 3, se ci è già riuscita preziosa, permettendoci di dimostrare, attraverso il confronto testuale, l'intp. di un testo, che altrimenti avrebbe avuto tutta l'apparenza di inoppugnabilità, non si limita a renderci questo solo servizio, in quanto dal rescritto risulta confermato quanto era stato detto nei confronti di tutti gli altri testi sopra esaminati: se effettivamente l'introduzione dell'*a. quasi insti-*

(128) Dimostrata in tal modo l'intp. di C. 4, 25, 5, se ne può tentare la ricostruzione dell'originale: la ricostruzione dell'ALBERTARIO (*Si mutuam pecuniam accipere Demetriano Domitianus mandavit, eundem Domitianum non potes convenire*) in verità mi convince poco, anche perchè unico indizio di sospetto è la mancanza di *actio* (*apud competentem iudicem* è sicuramente emblematico, ma potrebbe anche essere una intp. isolata) e non tale da autorizzarci a sconvolgere l'intero rescritto. Mi sembra che sia meno azzardato supporre che esso abbia subito l'identica sorte di C. h. t. 4 e di C. h. t. 6 (*a. quod iussu* e *a. exercitoria*), cosicchè *ad exemplum institoriae* avrebbe significato non tecnico, ma puramente esemplificativo, così come lo hanno *ad instar* e *ad similitudinem* negli altri due. La risposta affermativa (*convenire potes*) sarebbe quindi da conservarsi, ma in ordine a una fattispecie più complessa, di cui non ci è pervenuta altro che l'ultima parte della risposta e per la cui ricostruzione mancano gli elementi. A titolo di pura ipotesi si potrebbe fare il caso di un *magister navis*, che, per necessità del suo traffico, si sia rivolto, per ordine del proprietario a un terzo allo scopo di *mutuam pecuniam accipere*. In questo caso l'azione da sperimentarsi sarebbe stata l'*a. exercitoria*, che dagli imperatori viene concessa *ad exemplum* di quanto avviene per l'*institoria*. Anche ammettendo una tale ricostruzione, è però da ritenersi che l'inciso « *ad exemplum institoriae* » sia una glossa, così come lo è « *ad instar institoriae actionis* » in C. h. t. 4.

toria fosse opera di Papiniano, sarebbe a dir poco inconcepibile che, quasi a un secolo di distanza dalla morte di questo giurista, quando la breccia da costui aperta nei principi della rappresentanza indiretta avrebbe dovuto assumere, per il logico sviluppo degli eventi, proporzioni paurose, Diocleziano potesse ancora scrivere, come se nulla di ciò fosse accaduto, *pervides contra dominum nulla te habuisse actionem*. Se questo imperatore, allo spirare dell'età classica, ci risulta ancora fermamente ancorato ai principi della rappresentanza indiretta, ciò può essere spiegato soltanto ammettendo che in nessun momento la giurisprudenza classica abbia avuto dubbi in proposito, e che per conseguenza i divergenti principi, che troviamo affermati in alcuni testi, debbano essere spiegati supponendo il rimaneggiamento. Si noti inoltre che, dinanzi alla testimonianza di questo testo, perde ogni attendibilità persino la più ristretta ipotesi del Rabel, in quanto se C. 4, 25, 5 parla di *mandatum pecuniae accipiendae*, non così C. 4, 26, 7, 3, ove non è affatto specificato se il libero, col quale l'interrogante *contractum habuit*, era un mandatario o un procuratore, cosicchè il reciso diniego contenuto nelle parole « *nullam te habuisse actionem* » vale tanto per l'obbligazione contratta dall'uno, quanto per l'obbligazione contratta dall'altro.

VII. — L'esame sistematico dei testi trattanti di *a. quasi institoria*, di *a. utilis institoria*, di *a. ad exemplum institoriae* ci ha portato in ogni caso a concludere per il rimaneggiamento di questi testi, mentre ci ha permesso di mettere in evidenza altre fonti, che ci indicano come non soltanto Papiniano, ma persino Diocleziano ignorasse l'esistenza di questa azione. Dobbiamo per conseguenza concludere che il diritto classico non sia in nessun caso uscito dagli schemi della rappresentanza indiretta, e che la concessione di questa *a. utilis*, con la quale, come si è detto all'inizio della presente indagine, si otteneva il completo capovolgimento della dottrina tradizionale sulla rappresentanza e l'introduzione nel sistema delle obbligazioni romane del principio della rappresentanza diretta, non sia opera della giurisprudenza classica, neanche della più tarda giurisprudenza classica, ma dei giuristi bizantini.

L'Albertario, il quale per primo ha battuto in breccia la classicità dell'*a. quasi institoria* (il Bonfante in sostanza si è limitato ad avanzarne l'ipotesi, senza però dimostrarla), identifica per causa di questa riforma l'influenza dei diritti provinciali, anzi, richiamandosi al Kuebler (129), il

(129) KUEBLER, *Griech. Tatbestände etc.*, ZSSr., 29, 1908, 207.

quale aveva espresso il convincimento che le necessità delle relazioni bancarie e commerciali avessero indotto Papiniano ad attingere alle dottrine ellenistiche, precisa il proprio consenso per quanto si riferisce alle influenze ellenistiche nel campo su indicato, salvo rinviarne gli effetti di tre secoli, in quanto queste sarebbero penetrate nei testi romani solo ad opera dei greci compilatori (130).

Nulla ho da eccepire a quanto scrive l'Albertario su questo punto, tanto più che non ci troviamo certo di fronte a un fenomeno isolato, ma a una delle tante manifestazioni di un più vasto fenomeno, la degenerazione degli istituti romani a contatto delle costumanze dei paesi ellenistici. In sostanza questi si sono ribellati al sistema della rappresentanza indiretta allo stesso modo e per le stesse ragioni per cui, ancora in materia di obbligazioni, si sono ribellati al principio della *stipulatio* contratto verbale; in materia di diritti reali, alla necessità, per il trasferimento della proprietà, di un negozio giuridico apposito, in luogo del documento redatto dal notaio e servente a un tempo a fissare le condizioni della alienazione e a attuarla, ed infine, in materia di diritti di famiglia e successori, alla concezione patriarcale dalla quale i Romani erano tuttora dominati.

Dove però non mi sembra poter essere d'accordo con l'Albertario è nell'identificare nella reazione delle dottrine in materia bancaria e commerciale dei paesi ellenistici l'unica causa di questo fenomeno di degenerazione, al quale, a mio avviso, hanno invece contribuito cause varie e complesse.

Infatti non meno energicamente, a che si giungesse a questi risultati, doveva influire la degenerazione subita dalla fisionomia classica del *procurator* romano: questa, riproduco liberamente le parole del Bonfante (131), era una situazione nata nel consorzio familiare e indi riconosciuta e assunta dall'*ius civile*, costituente un ufficio a carattere personale, più che un mero soggetto passivo del vincolo obbligatorio: nella sua qualità di liberto, il *procurator* non si considera assolutamente estraneo alla famiglia, cui lo legano i vincoli del patronato e della clientela. Si comprende quindi la definizione datane da Cicerone (132), *alieni iuris vicarius*. Ma appunto per la sua assoluta romanità, l'istituto era tra quelli destinati a

(130) ALBERTARIO, *op. cit.*, 35.

(131) BONFANTE, *op. cit.*, 260 e *passim*.

(132) CICERONE, *pro Caecina*, 57.

subire le maggiori deformazioni nell'età romano ellenica (133), col duplice fenomeno del ricollegarsi via via più intimo del *procurator* al mandato e del restringersi delle facoltà normali del *procurator* tipico alla mera amministrazione ordinaria, in senso conservativo.

Giunti però a questo punto e uscito già da tempo l'*institor* dal ristretto campo delle persone *alienis iuris subiectae* e dell'azienda commerciale, per cui era sorto (134), veniva a confondersi la netta linea di demarcazione fra *procurator* e *institor*: estesa per il secondo la possibilità di una *praepositio institoria* a qualsiasi azienda patrimoniale (amministrazione di una tenuta, di uno stabile, ecc.), limitato il primo all'amministrazione ordinaria di una azienda patrimoniale, diventava sostanzialmente indifferente il proporre all'amministrazione ordinaria dell'azienda l'uno o l'altro: di qui la logica necessità di identificare anche sul terreno della rappresentanza la posizione dei due. Se è innegabile, salvo la determinazione del momento in cui ciò è avvenuto, che sulla introduzione dell'*a. quasi institoria* die griechische Praxis und griechische Rechtsanschauungen von grössten Einfluss waren (135), queste Rechtsanschauungen, per giungere al risultato descritto, hanno agito in una duplice direzione: da un lato hanno lavorato in senso positivo le necessità delle relazioni bancarie e commerciali, ove i diritti orientali, ormai da secoli educati ai principi della rappresentanza diretta, non potevano non ribellarsi al sistema romano indubbiamente meno evoluto, dall'altro in senso negativo ha lavorato la degenerazione dell'istituto del *procurator* e il suo progressivo riavvicinamento all'*institor*. Il risultato finale è stato il rimaneggiamento dei testi e l'introduzione in essi dell'*a. quasi institoria*.

L'esistenza e la relativamente maggiore appariscenza di queste forze esogene non deve però farci dimenticare che, perchè si giungesse a questo risultato, hanno notevolmente contribuito anche forze endogene. Che ormai la vita economica romana si muovesse a fatica negli schemi della rappresentanza indiretta può essere facilmente dimostrato in base a vari dati: a) l'esistenza di una serie di responsi di Papiniano (e il fatto che Ulpiano abbia ritenuto opportuno inserirli nei suoi commentari), responsi nei quali Papiniano insisteva su un dato apparentemente così ovvio, quale era il principio della rappresentanza indiretta, ci rivela come gli stessi Romani, che le necessità della vita bancaria e commerciale mette-

(133) BONFANTE, *op. cit.*, 261, di cui riproduco le parole.

(134) Cfr. *supra* § II.

(135) Riproduco le parole del KUEBLER, *op. cit.*, 207.

vano giornalmente a contatto con i sistemi più pratici e snelli dei paesi orientali, cominciarono a recalcitrarvi, così da costringere la giurisprudenza a reagire, insistendo a difesa dei principî tradizionali romani; *b*) il fatto, che si è potuto ricavare da varî indizi, che Papiniano non si limitava a dare risposta negativa al quesito sottopostogli, ma poneva in evidenza la circostanza che, sia pure per via indiretta, un mezzo per rivolgersi contro il *dominus* l'ordinamento giuridico romano lo forniva, ed era il mezzo della *cessio actionis*, col quale il creditore poteva chiamare in giudizio il mandante con l'*a. mandati contraria*, che sarebbe spettata al mandatario; indubbiamente questa via presentava inconvenienti gravissimi: *a*) la necessità di chiamare in giudizio il mandatario; *β*) tutti gli inconvenienti specifici di questo artificio (136); *γ*) il fatto che, sperimentandosi l'*a. mandati mandata*, si deduceva in giudizio non la pretesa derivante dall'obbligazione contratta dal mandatario, ma quella derivante dal contratto di mandato, che anche nel contenuto economico poteva differire dalla prima; è chiaro come, dinanzi a tali inconvenienti, la soluzione prospettata da Papiniano non doveva apparire altro che un palliativo; *c*) ultimo e più di ogni altro appariscente l'enorme sviluppo preso già in età classica dall'istituto della *praepositio institoria*, che, nato nel quadro della famiglia romana, e nel più ristretto campo dell'attività commerciale, rompe rapidamente ogni barriera, invadendo territori che sarebbero rientrati nell'orbita del mandato e della procura; ciò può essere spiegato soltanto col fatto che la possibilità di giungere per questa via alla rappresentanza diretta aveva orientato verso di essa le simpatie del mondo romano (137), costringendo la giurisprudenza, spinta dalle necessità della vita economica, a utilizzarlo al massimo, ai danni degli istituti dell'*ius civile*. Ciò del resto trova una conferma nel fatto stesso che, quando i compilatori hanno voluto introdurre i principî della rappresentanza diretta, sono andati ad agganciarsi, con la creazione dell'*a. quasi institoria*, all'istituto di diritto onorario.

È chiaro però che, mentre ora *post eventum* sarebbe impossibile determinare quale sia stato il contributo di ognuna di queste cause sul ri-

(136) La cessione infatti cadeva *a*) se, prima della *l. c.*, il cedente ritirava il mandato al cessionario, *b*) se veniva a morire uno dei due, *c*) se il cedente, che conservava il diritto di disporre del credito, agiva, lo riscuoteva, lo condonava, lo novava.

(137) Si comprende facilmente come il terzo fosse più disposto a trattare con l'*institor*, l'obbligazione contratta dal quale impegnava senz'altro il *dominus*, piuttosto che col mandatario o col *procurator*, che potevano essere da costui sconfessati.

sultato finale, sarebbe d'altra parte arbitrario asserire che abbia maggiormente influito il complesso delle cause esterne, reazione dei diritti orientali sul diritto romano (azione diretta con l'introduzione di istituti ellenistici nel sistema romano, azione indiretta con la degenerazione degli istituti romani), o il complesso delle cause interne, sviluppo degli istituti di creazione pretoria ai danni di quelli dell'*ius civile*. Rimane però sempre la possibilità di precisare che, anche in questo campo, complexe Probleme fordern complexe Lösungen (138), e che sarebbe troppo semplicistico e troppo aprioristico l'attribuire soltanto all'uno o all'altro di questi ordini di fenomeni l'introduzione nel sistema del diritto romano giustiniano del principio della rappresentanza diretta.

(138) LEVY, ZSSZ, 49, 1929, 259.



REV15

UK PrF MU



3129S04767