



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN

COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA
DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO

CICLO XXII

COORDINATORE Prof. Arrigo Diego Manfredini

Studi sul *falsus procurator* nelle fonti giuridiche romane

Settore Scientifico Disciplinare IUS/18

Dottoranda

Dott.ssa Ondei Marina

Tutore

Chiar.mo Prof. Manfredini Arrigo Diego

Anni 2007/2009

INDICE

CAPITOLO I

LO STATO DELLA DOTTRINA IN ORDINE ALLA FIGURA DEL *FALSUS PROCURATOR*

1.	D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 <i>ad Sab.</i>) e la chiara distinzione giustiniana tra <i>verus</i> e <i>falsus procurator</i>	1
2.	Interrogativi introduttivi sui rapporti tra procura e mandato	5
3.	Questioni controverse sollevate dalla lettura delle fonti con <i>verus procurator</i> e <i>falsus procurator</i> ; le principali posizioni assunte dalla dottrina	7
3.1	La lettura interpolazionista delle fonti in cui compare l'espressione <i>falsus procurator</i>	8
3.2	La linea di demarcazione che corre tra il <i>falsus procurator</i> -simulatore e il <i>falsus procurator</i> -non mandatario	11
3.3	La posizione del Voci e il <i>falsus procurator</i> come gestore di negozi	16

CAPITOLO II

LA FIGURA DEL PROCURATORE

1.	La primigenia figura di procuratore	19
1.1	D. 43, 16, 1, 13 (Ulp. 69 <i>ad ed.</i>) e il caso del <i>falsus procurator</i> convenuto nel processo in seguito ad una <i>deiectio</i>	30
2.	Verso una tipizzazione del procuratore	32
3.	La tipicità del <i>procurator ad litem</i>	36
3.1	D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 <i>resp.</i>): il caso di un <i>falsus procurator</i> nel processo	40
4.	La complessa problematica dei rapporti intercorrenti tra procura e mandato.....	43

CAPITOLO III
DEFINIZIONE DI *FALSUS PROCURATOR*

1. Nozione di <i>falsus procurator</i>	54
2. Riferimenti lessicografici	59

CAPITOLO IV
FALSI PROCURATORES SIMULATORI

1. La simulazione mediante l'assunzione del nome altrui: un <i>unicum</i> nelle fonti	63
2. Il pagamento effettuato al <i>falsus procurator</i> di Tizio e le conseguenze della <i>ratihabito</i>	74
3. Il pagamento effettuato dal soggetto « <i>qui rem Titii agebat</i> » ad un <i>falsus procurator</i> e conseguenze della <i>ratihabito</i> del <i>dominus</i>	80

CAPITOLO V
**IL *FALSUS PROCURATOR*, QUI SE PROCURATORE ESSE
SIMULAT E IL SOGGETTO NON-PIU'-LEGITTIMATO
QUESTIONI GIURIDICHE RICORRENTI**

1. Introduzione: interrogativi e individuazione delle questioni giuridiche ricorrenti	86
2. Il <i>falsus procurator</i> in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 <i>ad Sab.</i>)	88
3. D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 <i>ad Sab.</i>). Prima parte. Delegazione e divieto di donazione tra coniugi: l'analisi dogmatica di Celso	93
3.1 D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 <i>ad Sab.</i>). Seconda parte. Applicazione per via analogica dei meccanismi della delegazione all'ipotesi di un pagamento in favore di un sedicente <i>procurator</i>	99
4. D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 <i>ad Sab.</i>) e la simulazione della qualifica di procuratore precedentemente posseduta	102
5. D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 <i>quaest.</i>) e un'ipotesi di pagamento al non-più-legittimato	109
6. Conclusioni. Un filo comune a legare i passi considerati. Dal <i>falsus procurator</i> , a <i>qui se procuratorem esse simulaverit</i> , al semplice non-più-legittimato. Un climax discendente dal punto di vista argomentativo	112

CAPITOLO VI
IL COSÌ DETTO *FALSUS PROCURATOR*
NELL'AMBITO DEL PROCESSO

1. La discussione del lemma " <i>procurator</i> " e la valenza delle espressioni <i>verus/falsus procurator</i> in ambito processuale	116
2. C.I. 2, 12, 24 e C.Th. 2, 12, 3: un'analisi comparatistica per la definizione di <i>falsus procurator</i> in età giustiniana	124

CAPITOLO VII
CONSIDERAZIONI PER UNA PROPOSTA DI
LETTURA ALTERNATIVA DELL'ESPRESSIONE
***FALSUS PROCURATOR* IN ETA' CLASSICA**

1. D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 <i>ad Sab.</i>) e la definizione di <i>falsus creditor</i>	130
2. D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 <i>ad Sab.</i>) e la <i>distinctio</i> di Nerazio come alternativa in materia di buona e di mala fede.....	134
3. D. 12, 4, 14 (Paul. 3 <i>ad Sab.</i>) e l'importanza della sua collocazione palinogenetica al fine di ricostruire la figura del <i>falsus procurator</i> nei suoi tratti caratteristici	144
3.1 Ipotesi di pagamento a favore di un <i>procurator</i>	148
3.2 Pagamento al <i>falsus procurator</i>	152
4. <i>Falsus procurator</i> e <i>condictio indebiti</i> in C.I. 4, 5, 8. La chiave di lettura rappresentata da D. 46, 8, 22 pr. (Iul. 56 <i>dig.</i>).....	154

CAPITOLO VIII
***VERUS PROCURATOR* E *NON PROCURATOR* O**
NON VERUS PROCURATOR

1. <i>Verus e non verus procurator</i> : ulteriori considerazioni sulla connessione tra il contratto di mandato e la figura giuridica del procuratore.....	160
2. D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 <i>ad Sab.</i>): un'ipotesi di <i>solutio</i> a favore del così detto <i>non verus procurator</i> e la liberazione del <i>solvens</i> come conseguenza della <i>ratihabitio</i> del creditore.....	163

2.1	D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 <i>ad Sab.</i>) e la sua collocazione a livello palinogenetico	167
3.	D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 <i>ad ed.</i>) e gli effetti della ratifica del <i>dominus</i> nell'ipotesi di pagamento a favore di un generico <i>procurator</i>	173
4.	Risultanze del confronto tra D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 <i>ad Sab.</i>) e D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 <i>ad ed.</i>). L'intervento del <i>dominus</i> e la ratifica di un pagamento attuato a favore di un soggetto non incaricato	176
5.	Gli altri passi in cui è attestato l'impiego della terminologia <i>verus</i> e <i>non verus procurator</i>	180
 CONCLUSIONI		184
 <i>Bibliografia</i>		190

CAPITOLO I

LO STATO DELLA DOTTRINA IN ORDINE ALLA FIGURA DEL *FALSUS PROCURATOR*

SOMMARIO: 1. *D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 ad Sab.)* e la chiara distinzione giustiniana tra *verus* e *falsus procurator*. - 2. Interrogativi introduttivi sui rapporti tra procura e mandato. - 3. *Questioni controverse sollevate dalla lettura delle fonti con verus procurator e falsus procurator*; le principali posizioni assunte dalla dottrina. - 3.1 *La lettura interpolazionista delle fonti in cui compare l'espressione falsus procurator*. - 3.2 *La linea di demarcazione che corre tra il falsus procurator-simulatore e il falsus procurator-non mandatario*. - 3.3 *La posizione del Voci e il falsus procurator come gestore di negozi*.

1. *D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 ad Sab.)* e la chiara distinzione giustiniana tra *verus* e *falsus procurator*.

La raccolta e la successiva indagine condotta sulle fonti relative alla figura del *falsus procurator* deve immancabilmente prendere avvio da una suddivisione delle medesime secondo un metodo già suggerito dal DONATUTI, in seguito alla considerazione del fatto che la lettura e la conseguente analisi di esse «... non ce le rivela tutte come applicazione di un unico concetto»¹.

Al fine di delineare i tratti fondamentali di tale figura giuridica, risulta necessario interrogarsi preventivamente sul ruolo giocato, in rapporto ad essa, dal contratto di mandato². A tal proposito l'indagine da condursi sulla figura del

¹ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*. II. *Verus et falsus procurator*, in *Ann. Perugia*, XXXIII, 1921. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, p. 136 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo).

² Per ciò che concerne la necessità di delineare i tratti fondamentali di tale contratto in età classica si veda S. RANDAZZO, *Mandare: radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 159 ss.

falsus procurator si intreccia necessariamente con quella avente ad oggetto *procurator* in generale, nel tentativo di stabilire, in prima battuta, se il contratto di mandato costituisca o meno elemento essenziale del concetto di *procurator*³. Se così fosse, la terminologia *falsus procurator* potrebbe stare ad indicare nelle fonti un soggetto che, di propria iniziativa, intervenga a gestire affari altrui senza averne ricevuto incarico mediante mandato. Qualora, invece, si pervenisse ad escludere l'essenzialità del mandato per il procuratore romano, si potrebbe sostenere che la terminologia *falsus procurator* fosse impiegata nelle fonti esclusivamente ad indicare un soggetto che simulasse una legittimazione o la propria identità.

Per quanto concerne la definitiva concezione del *procurator*, giunta a compiuta elaborazione in età giustiniana, non si pongono ostacoli di rilievo a chi voglia enucleare i caratteri distintivi, propri di tale figura giuridica: per i giustiniani il *procurator* è un mandatario⁴. Non v'è dubbio che per costoro il

³ Proprio sull'estensione della sovrapposizione degli istituti di mandato e procura in età classica si interrogò V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, (rist. anast. Napoli, 1965), p. 48. Per ciò che concerne la questione giuridica relativa ai rapporti intercorrenti tra mandato e procura si veda M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, Milano, 2008, p. 233 ss. L'Autrice, dopo aver sottolineato la problematicità della ricerca, interviene ad enucleare alcuni punti fermi: apparirebbe ormai superata l'opinione in forza della quale, ancora in tarda età classica, il procuratore non avrebbe ripetuto da un contratto di mandato le proprie funzioni. D'altra parte, pur riconoscendo un avvicinamento tra le due figure giuridiche, l'Autrice ritiene opportuno escludere una totale coincidenza tra *procurator* e mandatario. La studiosa si discosta inoltre dalla concezione per cui il mandato sarebbe stato funzionale all'ingresso del *procurator* nel mondo del diritto e, dunque, creato proprio per il *procurator omnium bonorum*. «Si tratta, dunque,» dichiara la Miceli, «non tanto di seguire l'affacciarsi al mondo giuridico della figura del *procurator omnium bonorum*, attraverso la sussunzione della stessa nell'ambito di applicazione del mandato, quanto piuttosto di individuare i principali momenti del graduale processo di avvicinamento dei regimi giuridici dei due istituti, già fortemente caratterizzati nella loro individualità specifica».

⁴ Sull'evoluzione di tale figura giuridica si veda A. GUARINO, *Il mandato e la procura (rec. a V. Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano)*, in «RISG», III, 1949. Ora in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, p. 186 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). Prendendo in considerazione l'esemplare lavoro di V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, l'Autore enuclea in maniera molto limpida quelli che sono i momenti salienti dell'evolvere degli istituti di procura e mandato e, di conseguenza, dei rapporti tra questi intercorrenti, secondo una prospettiva diacronica. Ritengo opportuno premettere la fondamentale considerazione alla quale Guarino perviene sottolineando il fatto che: «In conclusione, come ottimamente ha visto l'a., l'argomento dei rapporti tra procura e mandato è uno di quelli in ordine a cui maggiormente bisogna guardarsi dall'adottare il solito e grossolano schema del «classico-postclassico» (cfr. A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 195). Secondo l'Autore, in periodo preclassico, parlando di *procurator* ci si sarebbe riferiti solo al *procurator omnium rerum* e i rapporti reciproci tra procuratore e *dominus negotii* sarebbero stati regolati mediante l'impiego della sola *actio negotiorum gestorum*. Figura a sé sarebbe stata quella del *procurator ad litem*, che in seguito alla *praepositio* sarebbe stato visto già originariamente quale mandatario, con conseguente applicazione dell'*actio mandati* per la regolamentazione dei rapporti con il mandante. A partire dal periodo classico, a vedere dell'Autore, si sarebbe innescato

procurator praepositus fosse il *verus procurator*, da distinguere dall'altra specie di procuratore, ossia *qui ultro se offert*, che sarebbe stato, invece, un *falsus procurator*⁵. Secondo la concezione propria dei giuristi d'età giustiniana⁶ sarebbe, dunque, risultato fondamentale indagare l'esistenza o meno di un mandato, concluso tra procuratore e principale; infatti solo nel primo caso essi avrebbero ritenuto di aver a che fare con un *verus procurator*: il *procurator* propriamente detto.

Esemplare riprova dell'intervento compilatorio sui testi in tale direzione è considerato il passo di Ulpiano contenuto in D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 *ad Sab.*)⁷:

un processo evolutivo interessante gli istituti in questione che avrebbe condotto alla progressiva introduzione del mandato generale e, conseguentemente, alla regressione dell'*actio negotiorum gestorum* quanto alla regolamentazione dei rapporti intercorrenti tra un *dominus negotii* ed un *procurator praepositus omnium rerum*. L'Autore, in questa prospettiva, in chiusura dell'articolo, giunge ad ammettere anche la possibilità «che sia stato proprio e di già Ulpiano (9 *ad ed.*), giurista dell'ultima età classica, a definire il *procurator* solo come mandatario, a quanto risulta da D. 3, 3, 1 pr.» (cfr. A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 196). La terminologia *verus/falsus procurator* è considerata dall'Autore di matrice giustiniana; dicotomia terminologica, la cui nascita egli giustifica sulla base della convinzione che «[...] la terminologia *procurator* applicata al gestore volontario di negozi, se pur non fu unanime nei giuristi classici, tuttavia corse in periodo classico piuttosto diffusamente e forse ancor più diffusamente fu usata dalla precedente giurisprudenza preclassica. La dicotomia postclassico-giustiniana del *verus* e del *falsus procurator* non avrebbe avuto occasione di nascere se i testi classici avessero, già per conto loro, omesso di chiamare *procurator* colui che *negotiis alienis gerendis ultro se offert*» (cfr. A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 192). Concezione questa, in particolare al punto in cui l'Autore sostiene che la terminologia *procurator* fosse ad indicare il gestore di negozi in età classica, in contrasto (come il Guarino stesso mette in luce) con quella propria di VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 65 ss. Benché quest'ultimo suggerisca di considerare il passo riportato in Gai. IV, 84 quale prova dell'impiego della terminologia *procurator* ad indicare il gestore spontaneo («*sunt qui putant eum quoque procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum*»), non sembra disposto a dare per assodato che «[...] quest'uso, attribuito da Gaio ad una minoranza, abbia mai preso radici profonde nella terminologia giuridica corrente». Su tale controversa tematica, proprio in relazione alla considerazione della prospettiva evolutiva dell'istituto della procura in diritto romano, si vedano inoltre: E. ALBERTARIO, *Ancora del verus e falsus procurator*, in «SDHI», II, 1936, p. 167 ss. Ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, p. 447 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, in «RIL», LVI, 1923. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 557 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo).

⁵ Sul punto aveva già chiaramente preso posizione S. SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, in «RIL», LVI, 1923. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 570 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo).

⁶ Ciò è messo limpidamente in luce da E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in «SIGP», VI, 1921. Ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 509 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo).

⁷ Di recente il passo è stato oggetto di un'ulteriore, attenta analisi condotta da M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., p. 190 ss. L'Autrice, nel procedere all'esegesi del frammento, si è soffermata a sottolineare l'intento dei giustiniani di sussumere definitivamente la procura nel mandato. Viene, dunque, ribadita l'opinione che, per impiegare le parole della studiosa, «ha ricevuto piena adesione presso la dottrina successiva» e in forza della quale i compilatori

«Vero procuratori recte solvitur. verum procuratorem autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.»

Tr: «Al vero procuratore si adempie validamente; ora, dobbiamo considerare vero procuratore colui al quale è stato conferito mandato speciale o colui al quale è stata affidata, mediante mandato, la gestione di tutti gli affari».

I compilatori sarebbero intervenuti sul testo⁸ introducendo il concetto di *verus procurator* da contrapporre a quello di *procurator falsus*; il procuratore «vero» sarebbe dunque, come si specifica immediatamente dopo, colui che ha ricevuto mandato speciale, ma, nondimeno, colui al quale sia stata affidata mediante mandato «*omnium negotiorum administratio*». In origine l'autore del passo in esame, più precisamente, avrebbe sostenuto il fatto che «*recte solvitur*» al *procurator* che avesse ricevuto mandato speciale ed anche, d'altro canto, al *procurator* a cui fosse stata semplicemente affidata l'amministrazione di tutti i beni del *dominus*.

Già per l'età classica avanzata, secondo il parere di VINCENZO ARANGIO-RUIZ, «le testimonianze relative alla spettanza dell'azione *negotiorum gestorum* vanno intese, quando i testi parlano di procuratori, come sopravvivenze della antica definizione del rapporto»⁹. La concorrenza tra le due azioni non sarebbe quasi mai ravvisabile nel contesto dei passi giustiniani¹⁰, se non a causa di quelle che

avrebbero chiamato *verus procurator* colui che è parte di un contratto di mandato e avrebbero contrapposto ad esso colui che mandato non ha, ossia il *falsus procurator*.

⁸ Risulta concorde sull'intervento interpolazionistico in tale direzione buona parte della dottrina, tra cui: S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig, 1881, p. 117; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, Milano, 1971, p. 133 ss.; E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 507, nt. 3; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 201 ss.

⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 68.

¹⁰ Probante, a parere dell'Autore, sarebbe il passo di Ulpiano contenuto in D. 17, 1, 6, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*): «*Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac cautione erit conveniendus, nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset*». L'interrogativo che permane riguardo al passo è, secondo l'Autore, soltanto quello concernente l'opportunità di riferirlo già ad Ulpiano e non invece ad un intervento di mano giustiniana. Dal contesto di esso si può, tuttavia, desumere chiaramente che, di certo in età giustiniana, il *procurator* «*cui fuerit mandatum, ut negotia administraret*» doveva essere convenuto attraverso l'impiego dell'*actio mandati*.

l'Autore considera sviste dei compilatori che si accinsero a ritoccare i testi classici.

2. *Interrogativi introduttivi sui rapporti tra procura e mandato.*

Sono, d'altra parte, tuttora numerosi gli interrogativi rispetto ai rapporti che intercorsero tra procura e mandato per tutta l'età classica. Sarà, dunque, utile tracciare perlomeno i contorni principali di tale problematica ancora irrisolta, descrivendo le tappe fondamentali dell'evoluzione della figura del procuratore romano secondo una linea diacronica, con il sussidio di fonti giuridiche ed extra-giuridiche, ponendo l'accento, di volta in volta, sui rapporti intercorrenti tra tale figura ed il contratto consensuale di mandato¹¹.

Proprio in relazione a tale complessa questione, leggiamo il BONFANTE: «Per quel che concerne il mandato, il vincolo contrattuale del *procurator* col *dominus* mi par certo già una classica alterazione del concetto primitivo del *procurator*»¹².

L'Autore riconosce, dunque, l'esistenza, per l'età classica, di un vincolo contrattuale tra *dominus* e *procurator*, da interpretarsi, tuttavia, quale alterazione rispetto alla regola più risalente.

Fu lo SCHLOSSMANN¹³, nel suo scritto dal titolo *Der Besitzerwerb durch Dritte*, a rendere conto delle caratteristiche distintive proprie del procuratore romano. Tali caratteri, una volta enucleati, ci inducono necessariamente, almeno per l'epoca più risalente, a tenere distinto il *procurator* dal mandatario. Il procuratore è, infatti, descritto come un *factotum* legato al principale da un vincolo di fiducia e non invece quale mandatario, parte di un contratto consensuale di mandato. Ciò che è messo in luce dall'Autore è proprio la connotazione economico-sociale del rapporto, non risultando ancora il procuratore assunto a concetto giuridico.

¹¹ Per un'analisi più approfondita di tale complesso processo evolutivo si veda, *infra*, cap. II.

¹² P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, I, Torino, 1898. Ora in *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1926, p. 259 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo).

¹³ S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 12 ss.

Anche lo SCIALOJA descrive il *procurator* come un *factotum*, per lo più un liberto, il quale, sottolinea l'Autore, «si trova in un puro rapporto di fatto con il patrimonio, pel quale egli si adopera»¹⁴.

Per l'epoca più risalente, il *procurator* risulta essere un soggetto chiaramente distinto dal mandatario¹⁵. Dunque, per taluni, un procuratore schiavo¹⁶, per i più un liberto¹⁷, in ogni caso, si sarebbe trattato di un procuratore legato al proprio *dominus* da un vincolo personale e patrimoniale¹⁸.

La figura del *libertus-procurator* si sarebbe andata affermando nel periodo classico; questi sarebbe stato una sorta di *factotum*, sostituto del *patronus*, al quale sarebbe stato legato essenzialmente da un rapporto di fiducia. Il rapporto interno non sarebbe stato, dunque, immediatamente inquadrabile sulla base di uno schema giuridico preordinato; si sarebbe bensì trattato, di volta in volta, o di un intervento fondato su di una *praepositio procuratoria* da parte del patrono, o di un agire

¹⁴ V. SCIALOJA, *L'acquisto del possesso dei terzi secondo il diritto romano e l'attuale di S. Schlossmann*, in *La Cultura*, I, 1882. Ora in *Studi*, I, Roma, 1934, p. 99 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo).

¹⁵ Tale è il pensiero di P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 269 ss. L'Autore, tuttavia, conduce tale concezione alle estreme conseguenze, arrivando ad ammettere l'esistenza del mandato sotteso alla procura soltanto a partire dall'età giustiniana. A tal proposito scrive, infatti, il Bonfante: «[...] il *procurator* balza fuori dalle fonti classiche, letterarie e giuridiche, quale una figura schiettamente nazionale e distinta dal mandatario». Mentre solo nella realtà della società romano-ellenica sarebbe ravvisabile un ricollegarsi della figura del procuratore al contratto di mandato.

¹⁶ In questo senso si veda P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 260, nt. 2.

¹⁷ In questo senso si veda A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, (a proposito del volume di Piero Angelini), in «SDHI», XXXVII, 1971, p. 319 s.

¹⁸ L'ipotesi del procuratore schiavo è avversata da B. FRESE, *Prokurator und negotiorum gestio im romischen Recht*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Geroges Cornil*, I, Grand-Paris, 1926, p. 358. Nel senso di un procuratore-liberto, astretto al patrono da vincoli di natura personale e patrimoniale, comunque, si orienta la maggior parte della dottrina. In tal senso si consideri: B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 31; P. ANGELINI, Il «*procurator*», cit., p. 13, nt. 50; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 321; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, I, *Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997, pp. 112, 117, 139; F. DE ROBERTIS, «*Invitus procurator*». *Appunti sul «procurator» nel diritto classico romano*, in «Ann. Bari», I, 1934. Ora in *Scritti varii di diritto romano*. I: diritto privato, Bari, 1987, p. 9 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); M.L. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, p. 114; G. NICOSIA, s.v. *Gestione di affari altrui* (storia), in «ED», XVIII, 1969, p. 630; R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza* (dir. rom.), in «ED», XXXVIII, 1987, p. 424; H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im Römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, p. 105; S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 105 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 173; V. SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., p. 101.

spontaneo da parte del *libertus-procurator*, a ciò indotto dagli obblighi su di lui gravanti, discendenti dal vincolo di patronato¹⁹.

3. *Questioni controverse sollevate dalla lettura delle fonti con verus procurator e falsus procurator; le principali posizioni assunte dalla dottrina.*

Se non è facile, pur in seguito alle numerose ed approfondite indagini condotte dalla dottrina, delineare con certezza tutti i tratti che caratterizzarono la figura del procuratore in età classica e non è ancora dimostrabile la sussistenza di un nesso indissolubile tra questo soggetto e il contratto di mandato, ben si comprende quanto arduo possa risultare il tentativo di definire entro rigidi schemi i caratteri distintivi di quel soggetto che, molto probabilmente già in età classica, ma sicuramente in quella giustiniana, i giuristi denominarono *falsus procurator*.

Proprio a proposito di quest'ultima figura giuridica, il DONATUTI ha affermato quanto segue: «Ora la lettura delle fonti con *verus* e *falsus procurator* non ce le rivela tutte come applicazioni di un unico concetto. Infatti mentre talvolta *verus* e *falsus procurator* designano rispettivamente il procuratore e chi non lo è, ma si finge tale per ingannare la controparte, ed il mandato non appare affatto elemento essenziale del concetto di *procurator*, in altri testi, più numerosi, *verus procurator* corrisponde a procuratore mandatario, e *falsus procurator* a procuratore non mandatario²⁰».

Le fonti giuridiche stesse non permettono di indirizzarsi con sicurezza in una direzione predefinita.

Un interrogativo imprescindibile ha ad oggetto l'essenzialità del mandato ai fini dell'elaborazione del concetto di *procurator*; è inoltre dubbio il grado di alterazione che interessa le fonti giuridiche relative a tale materia. Non è sempre semplice, e talora può apparire riduttivo, il tentativo di tracciare una netta linea di demarcazione tra concezione classica e concezione giustiniana; sarebbe bensì

¹⁹ Si veda sul punto O. MILELLA, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in «Ann. Bari», II, 1966-67, p. 406 ss.

²⁰ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 136.

opportuno considerare la fluidità di una materia che, rispecchiando esigenze concrete del quotidiano, è in costante, problematico, divenire.

A voler considerare le principali posizioni assunte dalla dottrina in ordine ai rapporti procura/mandato e alla conseguente lettura dell'espressione *falsus procurator*, è utile prendere le mosse da due principali orientamenti, enucleati e distinti, corrispondenti ad altrettanti, diversi, momenti storici e aventi ad oggetto l'interpretazione dell'espressione *falsus procurator* che così spesso ricorre nelle fonti giuridiche romane.

3.1 La lettura interpolazionista delle fonti in cui compare l'espressione *falsus procurator*.

Secondo un primo, più risalente, orientamento²¹, l'espressione *falsus procurator* sarebbe ovunque frutto di interpolazione e, quale aggiunta di mano giustiniana, sarebbe atta ad indicare un soggetto che, *sua sponte*, interviene a gerire affari altrui e che, come tale, non può essere definito procuratore, proprio perché difetta di quella che, certamente in età giustiniana, è qualità essenziale del *procurator*, ovvero l'aver ricevuto incarico mediante il contratto consensuale di mandato.

Riflettendo sulla valenza del termine *falsus*, l'ARANGIO-RUIZ²² ha sottolineato il fatto che l'aggettivo, nel contesto delle fonti che a noi interessano, conserva l'accezione che gli è propria sia a livello di linguaggio giuridico che di lingua latina in generale. Esso avrebbe infatti valore privativo e ciò condurrebbe, secondo il parere dello studioso, ad escludere la possibilità di intravedere nelle figure del *verus* e del *falsus procurator* due distinte *species* appartenenti al medesimo genere.

Muovendo da una riflessione più ad ampio respiro, l'Autore riflette sulla possibilità di un concorso tra *actio mandati* e *negotiorum gestorum* per tutta

²¹ E' posizione condivisa dalla letteratura più risalente. Così per: E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 509; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78; S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, in *Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche*, LIX, 1939. Ora in *Scritti di diritto romano*, IV, 1963, p. 159.

²² V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78.

l'epoca classica e l'età classica avanzata. Egli perviene alla conclusione che sarebbe stato ammissibile tale concorso. Lo testimonierebbero due fonti risalenti a Pomponio: D. 27, 3, 3 (Pomp. 5 *ad Sab.*) e D. 34, 3, 8, 6 (Pomp. 6 *ad Sab.*)²³.

In seguito ad un'approfondita analisi di passi²⁴ concernenti la tematica in questione, l'ARANGIO-RUIZ giunge alla conclusione che le fonti di età classica inoltrata che testimoniano, ancora per tale epoca, la possibilità di impiego contro il *procurator* dell'*actio negotiorum gestorum*, sono sopravvivenze di una concezione molto più risalente nel tempo del rapporto intercorrente tra *dominus* e *procurator*. L'Autore individua una semplice riluttanza²⁵, in età classica, a denominare *procurator* il gestore di negozi altrui, ma il naturale sviluppo di questo atteggiamento e di questa nuova concezione (ancora a livello embrionale) del procuratore, avrebbe condotto i compilatori giustiniani a denominare il gestore spontaneo *falsus procurator*. Proprio tale terminologia, secondo l'ARANGIO-RUIZ e gran parte della dottrina più risalente che si è interessata al problema, sarebbe ovunque, nelle fonti, frutto di interpolazione di matrice compilatoria.

Ancor prima di ARANGIO-RUIZ, l'ALBERTARIO si era schierato a sostegno della teoria interpolazionistica, sulla base dei risultati a cui era pervenuto in seguito all'analisi di tutti i riferimenti al *falsus procurator* rintracciabili nelle fonti²⁶.

²³ D. 27, 3, 3 (Pomp. 5 *ad Sab.*): «*Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitrato iudicis cavendum est, quod eo nomine eis absit*». D. 34, 3, 8, 6 (Pomp. 6 *ad Sab.*): «*Si heres vetitus sit agere cum eo, qui negotia defuncti gesserit, non videtur obligatio ei praelegata, quae dolo vel ex fraude eius qui negotia gesserit commissa sit, et testator id videtur sensitisse. ideo si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator ex testamento incerti doli mali exceptione excludi potest*». In entrambi i passi il *procurator* è convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*.

²⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 58 ss. Nell'ordine, lo studioso analizza: D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 47, 10, 17, 16 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 3, 3, 41, 2 (Paul. 8 *ad ed.*); D. 17, 1, 10 § 1-3 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17, 1, 55 (Pap. 1 *resp.*); C. 4, 35, 9; D. 17, 1, 6, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 15, 3, 3, 2 (Ulp. 29 *ad ed.*); Consult. 3, 6; D. 46, 3, 34, 4 (Iul. 54 *dig.*); D. 47, 2, 54, 3 (Paul. 39 *ad ed.*); Quintiliano, *Inst. orat.* 7, 4, 35; D. 44, 2, 5 (Ulp. 74 *ad ed.*); D. 3, 5, 16 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 17, 1, 31 (Iul. 14 *dig.*).

²⁵ Così si possono interpretare le parole di Gaio contenute in Gai. IV, 84 - che ho già avuto modo di citare - laddove il giurista, riferendosi, nel caso di specie, ad un *procurator ad litem*, con una certa riluttanza dichiara: «[...] *sunt qui putant eum quoque procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum*».

²⁶ In questa connessione, sono rilevanti i seguenti frammenti: D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 12, 2, 17, 2-3 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 14, 3, 6 (Paul. 30 *ad ed.*); D. 17, 1, 12, 7 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17, 2, 65, 7 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 21, 1, 25 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.*); D. 46, 7, 3, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*); D. 40, 12, 17 (Paul. 51 *ad ed.*); D. 44, 6, 2 (Ulp. 6 *fideic.*); D. 46, 3, 12 pr.-4 (Ulp. 30 *ad ed.*).

Focalizzando la figura del procuratore romano, l'indagine dell'ALBERTARIO prende avvio da due fondamentali momenti di riflessione: il primo concerne la sussunzione di procura e mandato²⁷ nell'unica categoria unificante del contratto di mandato, attuata, secondo l'Autore, ad opera dei giustinianeï; il secondo spunto di riflessione riguarda, invece, proprio la nascita della figura del *procurator unius rei*; ciò che, per usare le parole dello stesso Autore, «sarebbe stato un non senso per un giurista classico»²⁸. L'analisi dello studioso è volta, infatti, a negare l'esistenza stessa del *procurator unius rei* per l'età classica sulla base del fatto che, a monte, sarebbe da negarsi la fusione degli istituti di mandato e procura e sarebbero state, conseguentemente, da tenere ben distinte le due figure di mandatario e procuratore.

La critica prende avvio dall'indagine condotta sulla fonte che occupa il primo posto nella tematica in questione, ovvero il passo di Ulpiano, escerpito in D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*):

«*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*».

Tr.: «Procuratore è colui che amministra affari altrui sulla base del mandato del principale».

L'Autore ritiene inammissibile leggere il passo come genuino. In particolare, l'interpolazione interesserebbe l'espressione «*mandatu domini*»²⁹. Il *procurator* infatti, secondo il suo parere, mai in epoca classica, avrebbe potuto ripetere da un mandato le proprie funzioni, in quanto «era il *dominus* di fatto, in assenza e per l'assenza del *dominus* di diritto. Il mandato, quando sorse, sorse come un incarico di una missione, giuridica o non giuridica, isolata e definita»³⁰.

Sab.); D. 47, 10, 17, 16 (Ulp. 57 *ad ed.*); P.S. 1, 3, 2. Risulta utile leggere anche D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 *ad Sab.*). Cfr. E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 501.

²⁷ Riguardo a tale problematica lo studio dell'Albertario rappresenta uno sviluppo ed un approfondimento prezioso di un principio precedentemente elaborato e messo in luce da P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 250.

²⁸ E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 500 ss. Il contributo è interamente volto a dimostrare la non classicità della figura del *procurator unius rei*; ciò a partire dalla convinzione della distinzione tra gli istituti di mandato e procura e dalla dimostrazione delle molteplici interpolazioni che avrebbero interessato le fonti considerate.

²⁹ E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 502.

³⁰ E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 517. Le parole dell'Autore ci permettono di cogliere appieno la sua concezione del procuratore romano classico, quale soggetto in tutto e per

Una volta analizzato il pensiero dello studioso, ben si comprende come per l'ALBERTARIO (e, ugualmente, per quella parte della dottrina che si schierò con questo Autore) non avrebbe avuto motivo di porsi l'interrogativo sul significato della terminologia *falsus procurator* nell'ambito delle fonti classiche: egli, infatti, sostiene con sicurezza che tale terminologia sarebbe ovunque risultato di interpolazione.

Più precisamente, l'Autore ammette l'uso classico della terminologia *verus procurator* ad indicare il procuratore contro colui che simula di esserlo (in particolare egli richiama il passo contenuto in D. 17, 1, 26, 5)³¹. Questa interessante precisazione apre la strada ai numerosi rappresentanti della dottrina che sposteranno tale posizione, ma indurrebbe necessariamente ad eliminare in radice la possibilità di interrogarsi sulle connessioni eventualmente intercorrenti tra la figura del *falsus procurator* e il contratto di mandato. Dichiarò infatti l'Autore: «Dal tempo di Cicerone al tempo di Paolo - il che è dire per tutta l'epoca classica - il *procurator* si distingueva nettamente dal mandatario»³².

3.2 *La linea di demarcazione che corre tra il falsus procurator-simulatore e il falsus procurator-non mandatario.*

Altra parte della dottrina opera un distinguo pervenendo a tracciare una linea di demarcazione tra i passi nei quali l'espressione *falsus procurator* avrebbe indicato un soggetto simulatore di legittimazione o identità, e passi nei quali, invece, con l'uso di tale locuzione si sarebbe fatto riferimento al procuratore privo di mandato. Soltanto in quest'ultimo gruppo di fonti la dottrina che sposa questo

tutto distinto dal mandatario. L'Autore motiva ulteriormente la propria concezione suggerendo uno studio tecnico della terminologia impiegata, facendo notare il fatto che le espressioni «*specialiter mandare*» o «*nominatim mandare*», spesso adoperate nelle fonti, non potrebbero essere classiche, in quanto il verbo *mandare* e il sostantivo *mandatum* indicano già di per sé, tecnicamente, un incarico circoscritto e definito. Sul punto, si veda E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 517, in particolare nt. 1.

³¹ Si veda in particolare E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 507, nt. 1. D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*): «*Mandatu tuo fideiussi decem et procuratori creditoris solvi: si verus procurator fuit, statim mandati agam: quod si procurator non est, repetam ab eo*».

³² E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 502.

secondo orientamento ravvisa una costante alterazione attuata per mano giustiniana.

Di quest'opinione è senza dubbio DONATUTI³³. L'Autore, nel contesto della propria ricerca, procede in maniera sistematica allo spoglio dei testi concernenti la tematica *de qua*³⁴.

Nell'accingersi all'esegesi del gruppo di passi che, nel suo scritto, occupa la terza posizione³⁵, l'Autore già prende posizione esplicitando i propri dubbi sulla classicità dei testi presi in esame; si tratta, infatti, di tutti quei passi, nel contesto dei quali un soggetto viene denominato vero procuratore in quanto parte di un contratto di mandato. Tali dubbi sorgerebbero proprio dal ruolo che nel contesto di essi è rivestito dal contratto di mandato. Il dato che tale contratto appaia quale elemento essenziale della procura renderebbe *a priori* i testi sospetti, secondo il parere dello studioso. Il sospetto risulta confermato dall'analisi esegetica che egli conduce su ciascuno di essi.

³³ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 137 ss.

³⁴ Di un primo gruppo fanno parte tutti quei passi in cui il *falsus procurator* è contrapposto al *procurator* in quanto simulatore: D. 39, 1, 13, 2 (Iul. 41 *dig.*); D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 *resp.*); D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*); D. 47, 2, 81, 5 (Pap. 12 *quaest.*); D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*); C. 4, 5, 8. Soltanto in questi testi, a vedere dell'Autore, la terminologia *falsus procurator* conserverebbe il suo significato di non procuratore, in quanto simulatore. In un secondo gruppo rientrano i passi seguenti: Consult. 3, 6 *Ex Pauli Sententiarum* lib. 1; D. 15, 3, 17 pr. (Afr. 8 *quaest.*); D. 17, 1, 50 pr. (Cels. 38 *dig.*); D. 21, 1, 51, 1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 27, 3, 3 (Pomp. 5 *ad Sab.*); D. 34, 3, 8, 6 (Pomp. 6 *ad Sab.*); D. 46, 3, 34, 4 (Iul. 54 *dig.*); D. 46, 3, 58 pr.-1-2 (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 46, 8, 12, 2 (Ulp. 80 *ad ed.*). Tutti i passi riportati sono presi in considerazione dall'Autore in quanto conferme della supposta indifferenza del mandato per la procura, essendo, nel contesto di ciascuno di essi, denominati *procuratores* dei semplici gestori di negozi. Un terzo gruppo comprende i passi seguenti: D. 3, 3, 40, 2 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 5, 1, 56 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 39, 1, 5, 18 (Ulp. 52 *ad ed.*); D. 43, 16, 1, 13 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 46, 8, 12, 1 (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 46, 8, 22, 8 (Iul. 56 *dig.*); D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*); C. 2, 12, 24; C. 6, 2, 19. Si tratta di testi - tutti ritenuti interpolati - nel contesto dei quali l'espressione *falsus procurator* si considera impiegata ad indicare il non mandatario e, specularmente, l'espressione *verus procurator* si ritiene idonea a designare il soggetto munito di mandato. Sono infine considerati tutti i numerosi frammenti nel contesto dei quali il *procurator* è un mandatario; si tratta dei testi seguenti: Vat. Fragm. 132; D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3, 3, 68 (Pap. 3 *respons.*); D. 4, 4, 25, 1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*); D. 15, 3, 3, 2 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 17, 1, 10, 10 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17, 1, 12, 7 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17, 2, 65, 7 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 41, 2, 49, 2 (Pap. 2 *definit.*); D. 46, 7, 3, 1-2 (Ulp. 77 *ad ed.*); D. 47, 2, 62, 5 (Afr. 8 *quaest.*); D. 47, 10, 17, 16 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 2, 13, 9 pr. (Paul. 3 *ad ed.*); D. 3, 3, 46, 4 (Gai. 3 *ad ed. prov.*); D. 3, 3, 47 (Iul. 4 *ad Urs. Feroc.*); D. 6, 2, 14 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 17, 1, 34 pr. (Afr. 8 *quaest.*); D. 17, 1, 55 (Pap. 1 *respons.*); D. 17, 1, 56, 4 (Pap. 3 *respons.*); D. 34, 3, 23 (Pap. 7 *respons.*); C. 4, 35, 1; C. 4, 35, 11.

³⁵ Si tratta di testi nei quali il procuratore mandatario è denominato *verus procurator* e il procuratore non mandatario, invece, *falsus procurator*.

Nella sua recensione ad ANGELINI, BURDESE si trova a riflettere sulla medesima problematica e giunge a sostenere che, usualmente, in età classica, era designato mediante l'espressione *falsus procurator* un soggetto che si fingesse tale per ingannare la controparte³⁶. Ciò «almeno di regola»³⁷, per usare le parole dell'Autore stesso. E' dunque sottinteso che si riconosca, da parte dell'Autore, l'impiego dell'espressione già per l'età classica; espressione che, d'altra parte, come lo studioso sostiene, sarebbe stata nelle fonti classiche, prima di qualsivoglia interpolazione, esclusivamente ad indicare un soggetto simulatore.

In un recente lavoro, la FARGNOLI fa cenno alla posizione attualmente condivisa da una folta schiera di studiosi³⁸ in ordine alla valenza dell'espressione durante l'età classica. Allo stato attuale della dottrina, è generalmente recepita l'opinione in forza della quale il *falsus procurator* è un soggetto che ha solo l'apparenza del procuratore, senza essere tale, in sostanza.

³⁶ A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327. Sentiamolo direttamente dall'Autore: «E' altresì vero che i compilatori giustiniani sono intervenuti in numerosi testi per degradare il *procurator*, spontaneo gestore di negozi, a *falsus procurator* o non *verus procurator*, in armonia con siffatta definizione legislativa del *procurator* come mandatario, mentre i classici parlavano di *falsus*, in contrapposto a *verus*, *procurator* con riferimento, almeno di regola, a chi si finge tale per ingannare la controparte». A supporto di questa lettura è tralazio l'argomento ex C. 2, 12, 24: «*Licet in principio quaestionis persona debet inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat, tamen si falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium*» * grat. valentin. et theodos. aaa. pancratio pu. * <a 382 d. prid. non. april. constantinopoli antonio et syagrio cons.> comparato con C.Th. 2, 12, 3: «*In principio quaestionis persona debet inquiri, et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. quibus rite et solemniter constitutis, potest esse sententia: praeteritis autem his, nec dici controversiae solent, nec potest esse iudicium*» * grat. valentin. et theodos. aaa. pancratio pu. * <a 382 d. prid. non. april. constantinopoli antonio et syagrio cons.>. Nel passo contenuto nel Codice Giustiniano si fa riferimento ad un procuratore definito *falsus* perché privo di mandato «*ad agendum negotium*», mentre non riscontriamo l'impiego di una simile terminologia all'interno del corrispondente frammento contenuto nel Codice Teodosiano. Tenendo a mente il fatto che il riferimento, nello specifico, è ad un *procurator ad litem*, ciò è comunque indicativo dell'utilizzo dell'espressione *falsus procurator* nel senso di procuratore non mandatario. Da tale confronto, tuttavia, non è possibile desumere nulla *a contrario*; sebbene infatti i giustiniani si siano premurati di inserire nelle fonti l'attributo *falsus* accanto al termine *procurator* tutte le volte che quest'ultimo fosse privo di mandato, ciò tuttavia non è sufficiente per dedurre che mai prima d'allora, nelle fonti, tale terminologia fosse stata impiegata. Questa non è, d'altro canto, la concezione condivisa dall'attuale dottrina, i rappresentanti della quale riconoscono la classicità dell'espressione. Per un'analisi fondata sulla lettura comparatistica dei due passi richiamati si veda, *infra*, cap. VI, § 2.

³⁷ A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327.

³⁸ I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006, p. 22, in particolare, nt. 60, laddove l'Autrice fa esplicito riferimento alla: «[...] ormai comunemente condivisa classicità del *falsus procurator* nella sua accezione di chi appariva essere *procurator* senza in realtà esserlo».

Una simile visione, di portata così generale, induce a riflettere sul fatto che, se così stanno le cose, l'espressione *falsus procurator*, almeno per il periodo classico, può ben designare un soggetto che simula legittimazione o identità, ma, con pari verosimiglianza, anche colui che appare esecutore di un mandato in realtà inesistente o che, per finire, operi esorbitando dal mandato ricevuto.

Ad oggi, come si è anticipato richiamando le posizioni di DONATUTI e BURDESE, risulta comunemente condivisa la classicità dell'espressione *falsus procurator* riferita al simulatore. Sulla stessa linea appare KASER, il quale indica una netta differenza di significato nell'impiego del sintagma a seconda che si faccia riferimento a fonti classiche, ovvero a passi che abbiano subito rimaneggiamenti in età post-classica. A proposito di ciò dichiara, infatti, lo studioso: «[...] die Kompilatoren jeden nicht mandierten *procurator* als *falsus* bezeichnet hätten. *Falsus* ist offenbar nach wie vor der, *qui simulabat se procuratorem esse*»³⁹.

Egli, dunque, premette il fatto che i compilatori giustinianeï, facendo uso dell'espressione, avrebbero voluto indicare colui che mandato non ha, ma precisa, immediatamente dopo, che l'espressione avrebbe originariamente indicato solo il simulatore, e questo dato viene fornito come fosse non solo molto chiaro ed evidente, ma addirittura noto, risaputo, in quanto lettura interpretativa ormai recepita dalla dottrina prevalente.

La concezione è condivisa da FINAZZI, il quale, nell'ambito delle sue ricerche sulla *negotiorum gestio*⁴⁰, si vede chiamato ad assumere una posizione proprio in ordine a tale irrisolta problematica.

La riflessione dell'Autore ha occasione di nascere all'interno del paragrafo dedicato all'esazione di un indebito da parte di un gestore d'affari.

In questa connessione FINAZZI si sofferma sul punto di vista adottato in proposito da Sesto Pedio e documentato da D. 3, 5, 5, 11 (Ulp. 10 *ad ed.*)⁴¹,

³⁹ M. KASER, *Das römische Privatrecht. 2. Das nachklassischen Entwicklungen*², München, 1975, p. 100 s., nt. 7. L'Autore richiama, a sostegno della propria posizione, il passo di Pomponio contenuto in D. 47, 2, 76 (Pomp. 21 *ad Q. Muc.*).

⁴⁰ G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II. 1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003, p. 395 ss.

⁴¹ Riportiamo di seguito il testo del passo. D. 3, 5, 5, 11 (Ulp. 10 *ad ed.*): «*Item quaeritur apud pedium libro septimo, si titium quasi debitorem tuum extra iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris: an negotiorum*

corroborandolo con l'argomentazione ulpiana di D. 47, 2, 81 (80), 5 (Pap. 12 *quaest.*):

«*Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur*».

Tr.: «Se Tizio, in nome del quale un *falsus procurator* ha preso del denaro erroneamente, ratifichi (il suo operato), lo stesso Tizio certamente avrà a disposizione *l'actio negotiorum gestorum*; d'altra parte, colui che abbia pagato l'indebito avrà a disposizione contro Tizio la *condictio indebiti* e contro il *falsus procurator* la *condictio furtiva*: scelto Tizio, qualora si eserciti contro di lui la *condictio furtiva*, essa verrà meno non ingiustamente in forza dell'eccezione di dolo. Ma se il denaro era dovuto o avendo Tizio ratificato, l'*actio furti* scompare, poichè il debitore è liberato».

In tale frammento compare un riferimento ad un *falsus procurator* e tale riferimento induce necessariamente ad interrogarsi sulla valenza della terminologia impiegata, sul ruolo del *falsus procurator* e, soprattutto, sulla classicità o meno di tale espressione.

L'Autore non tralascia di ricordare il fatto che, a lungo, i riferimenti al *falsus* e, ugualmente, quelli al *verus procurator* sono stati considerati sospetti in dottrina.

Egli, tuttavia, si fa portavoce della più recente corrente di pensiero, che sembra attualmente essersi sostituita all'orientamento risalente. Scrive infatti FINAZZI: «Il sintagma *falsus procurator*, la genuinità del quale era un tempo oggetto di dubbi,

gestorum actione me possis convenire. et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit. sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debeat post ratihabitionem adversus me competere actio. sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum».

sembrerebbe aver indicato, in epoca classica, non ogni gestore di affari, ma unicamente chi simulava di essere *procurator* autorizzato».

Ciò che desta un particolare interesse, nonché una certa curiosità, è il fatto che, stando alle parole dell'Autore, la questione possa, per certi aspetti, apparire «ancora aperta»⁴². Sebbene, infatti, egli sottolinei il mutamento di posizioni rispetto alla dottrina precedente, mutamento conseguente, tra le altre cose, a nuovi e più recenti orientamenti circa i rapporti tra mandato e procura⁴³, pur tuttavia non esita a dichiarare ancora aperta la questione concernente l'impiego delle terminologie *verus* e *falsus procurator* da parte dei giuristi classici e l'interrogativo si pone, va precisato, non solo sull'*an*, ma anche e soprattutto sul *quomodo* di un tale, supposto, utilizzo.

L'Autore, infatti, definendo «ancora soddisfacente»⁴⁴ la concezione del *falsus procurator* come soggetto simulatore, sembra suggerire la possibilità che vi siano, per l'interprete, altre strade, magari alternative, da percorrere.

3.3 La posizione del Voci e il *falsus procurator* come gestore di negozi.

E', d'altra parte, indispensabile riflettere su tali questioni ricordando che uno studioso attento come il VOCI⁴⁵ non escludeva che il *falsus procurator* in genere potesse essere un gestore di negozi privo di mandato.

L'Autore analizza la problematica in questione in seguito all'esegesi⁴⁶ condotta su un passo di particolare interesse per chi si avvicini alla tematica concernente la figura del *falsus procurator*.

⁴² G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1, cit., p. 405; in particolare si veda nt. 141. Scrive, infatti, l'Autore: «[...] rimane aperta la questione dei limiti in cui le terminologie *verus procurator* e *falsus procurator* provengano dai giuristi classici».

⁴³ G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio, azione pretoria ed azione civile*, I, Napoli, 1999, p. 215 ss.

⁴⁴ G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1, cit., p. 405, nt. 141.

⁴⁵ P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Corso di diritto romano), Milano, 1952, p. 150.

⁴⁶ L'analisi del Voci si inserisce nel contesto di una più generale indagine avente ad oggetto gli effetti di dolo e buona fede dell'*accipiens* sulla *traditio*. L'Autore, supportato dal dettato delle fonti, muove dalla considerazione del fatto che il *falsus procurator*, come tale, non commette necessariamente furto: «[...] Chi riceve per altri può ben ricevere per il vantaggio di quest'altri». Dichiarò il Voci: «Il *falsus creditor*, al contrario, commette furto». La massima, che non dà adito a

Si tratta di D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁴⁷:

«*Falsus procurator furtum quidem facere videtur. sed Neratius ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo*».

Tr.: «Il falso procuratore, certamente, sembra commettere furto. Ma Nerazio dice che bisogna stabilire se questo punto di vista sia vero con una distinzione, così, se il debitore gli abbia consegnato il denaro con quest'intenzione, cioè affinché esso pervenga al creditore e invece il procuratore se ne appropri, è vero: e infatti il denaro rimane in proprietà del debitore, dal momento che il procuratore non lo ha preso a nome di colui del quale il debitore vuole che diventi, ed essendosene appropriato contro il volere del proprietario, senza dubbio commette furto. Che se il debitore abbia consegnato il denaro affinché diventi del procuratore, allora (Nerazio) dice che in nessun modo commette furto, poiché prende il denaro secondo il volere del proprietario».

Nel descrivere le posizioni assunte dai diversi giuristi che compaiono nel passo, il VOCI si pone, in prima battuta, ad osservare la fattispecie dalla prospettiva di Sabino, per concludere che costui avrebbe inteso il *falsus procurator* alla stregua dell'interpretazione poche righe sopra riservata al *falsus creditor*, ossia quale soggetto simulatore e, di conseguenza, *sine dubio*, quale soggetto che avrebbe commesso furto.

Ciò è dichiarato in maniera limpida e molto concisa nel contesto della prima frase di questo frammento.

Segue la celebre *dinstinctio* di Nerazio, approvata da Ulpiano.

dubbi, è di paternità di Sabino e la si può leggere in D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Falsus creditor, hoc est qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient*».

⁴⁷ Per un esame approfondito di tale fonte si veda, *infra*, cap. VII, §§ 1 e 2.

In forza di tale distinzione si aprirebbero due strade interpretative: la prima legata ad una figura di *falsus procurator* quale simulatore, quindi quale soggetto che, essendo in dolo, «*furtum facit*»⁴⁸; la seconda, quella che porta ad intendere, per usare le parole del VOCI, «[...] il *falsus procurator* in genere come colui che non è *procurator*, cioè come il gestore di negozi [...]» e proprio questa sarebbe l'interpretazione idonea a giustificare «[...] la distinzione esposta da Nerazio e approvata da Ulpiano»⁴⁹.

Sulla base di questa chiara ed essenziale analisi del VOCI potremmo, dunque, essere indotti almeno ad interrogarci nuovamente sull'ammissibilità dell'impiego dell'espressione *falsus procurator* con il significato di procuratore senza mandato già per i giuristi di età classica⁵⁰.

⁴⁸ La prima frase di questo frammento apparterebbe a Sabino. Il passo prosegue descrivendo la celebre *distinctio* di paternità di Nerazio, approvata e ripresa da Ulpiano.

⁴⁹ P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 150.

⁵⁰ Proprio al fine di escludere l'esigenza di intendere il *falsus procurator* come procuratore che mandato non ha, esigenza che nasce dalla lettura dell'analisi condotta dal Voci, si legga R. ASTOLFI, nella sua opera dal titolo *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova, 2001, pp. 163 s.; l'Autore propone una lettura alternativa della medesima *distinctio*. Scrive, infatti, lo studioso: «Il significato di *falsus procurator* è analogo a quello di *falsus creditor: is qui simulat se procuratorem esse* (D. 47, 2, 76). Se con questo inganno il *falsus procurator* induce il debitore a pagare a lui, secondo Sabino commette sempre furto. Secondo Nerazio e Ulpiano, qualche volta no. Ad esempio, Tizio è creditore di Caio e debitore di Sempronio. Sempronio induce Caio in inganno e gli fa credere di essere stato incaricato da Tizio a riscuotere il debito e a trattenere il ricavato a soddisfazione del credito che egli vanta nei confronti di Tizio. Sempronio non commette furto: riscuote ciò che nella realtà gli spetta e tale è la volontà di Caio che paga». Recependo tale interpretazione della fonte classica si potrebbe arrivare ad ammettere, in contrasto con la teoria enunciata dal Voci, l'insussistenza, in talune ipotesi specifiche, del *furtum* del *falsus procurator*, pur intendendo, in condivisione con buona parte della recente dottrina, tale figura come quella di un soggetto simulatore e non invece come figura di un gestore privo di incarico conferito mediante mandato.

CAPITOLO II

LA FIGURA DEL PROCURATORE

SOMMARIO: 1. *La primigenia figura di procuratore.* - 1.1 *D. 43, 16, 1, 13 (Ulp. 69 ad ed.) e il caso del falsus procurator convenuto nel processo in seguito ad una deiectio.* - 2. *Verso una tipizzazione del procuratore.* - 3. *La tipicità del procurator ad litem.* - 3.1 *D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 resp.): il caso di un falsus procurator nel processo.* - 4. *La complessa problematica dei rapporti intercorrenti tra procura e mandato.*

1. *La primigenia figura di procuratore.*

Una riflessione del BONFANTE¹, concisa e pregena di significato, condensa e ci permette di focalizzare alcune delle complesse problematiche inerenti alla figura del *procurator*, le quali emergono lungo la direttrice di una linea evolutiva che potrà dirsi definitivamente compiuta solo in età giustiniana.

Scrivendo l'Autore: «Il *procurator*, se non si confonde col mandatario (e negli scrittori ciò avviene quasi costantemente), emerge dal mandato quale una varietà difficile da determinare, ed è ridotto, come il precario, da istituto sociale a mero concetto legale; e anche concetto oscuro ed evanescente, le cui superstite specialità non interamente si spiegano a lume della mera logica giuridica».

Le parole dello studioso, con cui si chiude il contributo dedicato proprio a *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, instillano una certa curiosità in ordine a diversi aspetti della figura stessa e, al contempo, ci rendono edotti del fatto che il concetto di procuratore rimanga comunque, per ripetere le eloquenti parole del BONFANTE, «oscuro ed evanescente».

Appare, dunque, indispensabile trattare preliminarmente la tematica dell'origine storica del procuratore muovendo dall'indagine dei passi nei quali per

¹ P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 261.

la prima volta fu fatta menzione di tale figura, per procedere a considerare solo in un secondo momento il processo di avvicinamento della procura al contratto di mandato.

E', anzitutto, necessario definire i contorni originari di tale soggetto con riguardo all'epoca più risalente e ciò è possibile solo dopo aver compreso a fondo quale fosse l'ambito in cui un procuratore operava e quali fossero, in tale arcaico contesto economico-sociale, le esigenze che costui, con la propria opera, avrebbe potuto soddisfare.

A questo proposito è utile considerare l'approfondita indagine condotta dall'ANGELINI all'interno del suo lavoro dedicato interamente alla figura del procuratore².

Prima di procedere in questa direzione lo stesso Autore ricorda la più antica testimonianza dell'esistenza del *procurator*, testimonianza contenuta nella l. 69 della *lex agraria* riguardante l'*ager Africanus*³. A tal proposito egli mette in evidenza il fatto che prima della seconda metà del II sec. d.C., prima dunque del processo di accaparramento, da parte dei romani, di terre estese e lontane da Roma stessa, perciò prima che si facesse sentire un'esigenza forte di gestione dei latifondi da parte di agenti fidati, sarebbero mancate le condizioni stesse per la nascita e lo sviluppo della figura del procuratore.

² P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 1 ss.

³ *FIRA I*, 115-116= *CIL I*, 200 (79-80): «*tum tantundem modum agri ei, quoi ita emptum esse comperietur emptorive eius pro curatoreve eius heredive. Il vir reddito*». Proprio tale antica testimonianza è stata oggetto di diverse interpretazioni. In particolare, A. PERNICE, *Labo: Romisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*², I, Halle, 1895, p. 490 ss., definisce il procuratore come colui che sta al posto del curatore, «an Stelle eines Curators», da intendere come amministratore dotato di tutti i poteri proprio sull'esempio del *curator*. *Contra* P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 1, nt. 2, il quale esclude, comunque, che la derivazione di *procurator* da *curator* possa dar prova dei pieni poteri; ciò in quanto il termine *curator*, come sostiene l'Autore, non sempre indica nelle fonti l'istituto giuridico. S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 91 ss., considerò inaccettabile la lettura del passo proposta dal Pernice. La contestazione della dottrina del Pernice si fonda primariamente su elementi testuali, sulla considerazione del fatto che la lezione del frammento (*pro curatoreve*) proposta da Angelini all'interno della monografia dedicata al *procurator*, sulla base della lezione di Mommsen (già ripresa dal Pernice), sarebbe di per sé inaccettabile, perchè se l'espressione *pro curatore* fosse stata usata alla stregua dell'espressione *pro consule, pro praetore*, la particella 've' avrebbe dovuto trovarsi subito dopo 'pro' e non invece dopo la parola 'procuratore'. L'Autore esclude dunque la coincidenza tra *procurator* e *curator* proposta dal Pernice, suggerendo invece la derivazione del termine *procurator* dal verbo *procurare*. La sua critica lo conduce ad escludere, di conseguenza, che il procuratore potesse coincidere con il curatore o con il mandatario o con il gestore di negozi altrui e, nella *pars construens* della sua indagine, lo porta ad elaborare un punto di vista per alcuni aspetti rivoluzionario; egli giunge infatti a concludere che il procuratore sarebbe stato «was wir einen Factor oder eine Factotum nennen».

Al tempo di Catone non era dunque, ancora, avvertita la necessità di creare una figura che si sovrapponesse e si sostituisse al *vilicus* ed anzi, per la concezione tradizionale, il *dominus* avrebbe dovuto occuparsi in prima persona della gestione della propria azienda agricola⁴.

Nel *De agricultura* di Catone non si ravvisa infatti alcuna citazione di procuratori.

Procedendo con ordine, va detto che la menzione del *procurator* si trova per la prima volta in Plauto⁵ e, proprio tale menzione, ci permette di circoscrivere un'epoca a partire dalla quale, sicuramente, un soggetto denominato procuratore sarebbe esistito ed avrebbe operato in qualità di *servus* preposto alla dispensa della casa. La fonte tuttavia non ci dà l'opportunità di desumere ulteriori informazioni in ordine all'originaria configurazione del procuratore.

Se, come si è sottolineato, al tempo di Catone mancavano i presupposti stessi per l'operare del *procurator* ed è perciò impossibile rinvenire qualsiasi riferimento allo stesso, d'altra parte, come ha sottolineato l'ANGELINI, risultano ricche di interessanti spunti di riflessione le testimonianze lasciateci dai così detti *scriptores rei rusticae*⁶, quali Varrone, Columella e Palladio, i quali si occuparono di

⁴ Cato, 2, 1: «*Pater familias ubi ad villam venit... vilicum vocet, roget, quid operis siet factum, quid restet... possitne quae reliqua sient conficere, et quid factum vini, frumenti aliarumque rerum omnium. Ubi ea cognovit, rationem inire oportet operarum, dierum.*»

⁵ Plaut. *Pseud.* 607 ss.: «*Tune es Ballio? Immo vero ego eius sum Sub-ballio. / Quid istuc verbist? Conduis promus sum, procurator peni. / Quasi te dicas atriensem. Immo atriensi ego impero. / Quid tu, servon es an liber? Nunc quidem etiam servio.*». A tal proposito si veda G. LE BRAS, *L'évolution générale du procurateur en droit privé romain des origines au III siècle*, Paris, 1922, pp. 52 s., secondo il quale «il est impossible de connaître la date précise de la naissance du *procurator*»; altra notazione interessante dell'Autore ha ad oggetto il fatto che «il est notable que les comédies de Plaute et de Térence, qui présentent un tableau si complet des familiers de la maison romaine, ne contiennent pas un seul rôle de *procurator*». Si consideri inoltre P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 55 ss. L'Autore sottolinea il fatto che la testimonianza, in quanto isolata, non sia sufficiente per indirizzarci in una direzione che conduca a conclusioni certe. Tale testimonianza viene definita, infatti, dallo stesso, «oscura ed arcaica». Sul punto è tornata più di recente M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in «IURA», LIII, 2002, p. 92, ribadendo il fatto che la testimonianza plautina sarebbe di per sé idonea a documentare «più sull'origine del nome, che su quella dell'istituto».

⁶ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 56 s. L'Autore espone i risultati delle proprie ricerche in proposito mettendo in luce, come primo passo, il fatto che non si trovi alcun accenno alla figura del procuratore nel contesto del *De agricultura* di Catone; segue l'esegesi di altri passi: Varr., *libri r. r.* III, 6, 3: «*Pascuntur omne genus obircto frumento, maxime hordeo. Itaque Seius iis dat in menses singulos hordei singulos modios, ita ut in fetura det uberius, antequam salire incipiant. In has a procuratore ternos pullos exigit eosque, cum creverunt, quinquagenis denariis vendit, ut nulla avis hunc assequatur fructum.*». Colum., *libri r. r.* I, 6, 7: «*Vilico iuxta ianuam fiat habitatio, ut intrantium exeuntiumque conspectum habeat, procuratori supra ianuam ob easdem causas; et is tamen vilicum observet ex vicino, sitque utriusque proximum horreum, quo conferatur*

analizzare e descrivere le strutture economiche esistenti nel contesto della società romana della loro epoca. L'Autore sottolinea, *in primis*, l'opportunità di considerare i diversi testi, di paternità degli *scriptores rei rusticae*, in connessione l'uno con l'altro⁷.

La primigenia figura di procuratore, che emerge dall'esame congiunto dei passi posti sotto la lente d'ingrandimento dallo studioso, è quella di un soggetto che certamente aveva, nella realtà socio-economica dell'epoca, un ben preciso ruolo ed, in particolare, un ruolo tecnico funzionale all'organizzazione, alla gestione ed alla conduzione di una proprietà estesa, rappresentata dal latifondo; la testimonianza di ciò sarebbe costituita dalla disorganicità della trattazione concernente il *procurator* nel contesto di tali fonti, in forza del fatto che costui avrebbe trovato una propria funzione stabile soltanto all'interno di una proprietà composta da più tenute, in posizione sovraordinata rispetto al *vilicus*⁸. L'esito a cui l'approfondita analisi dell'ANGELINI conduce consiste nell'individuazione di una

*omne rusticum instrumentum, et intra id ipsum clausus locus, quo ferramenta recondantur». Colum., libri r. r. I, 6, 23: «Area, si competit, ita constituenda est, ut vel a domino vel certe a procuratore despici possit». Colum., libri r. r. IX, 9, 2: «Itaque novi duces procedunt cum sua iuventute, quae uno aut altero die in ipso domicilii vestibulo glomerata consistens, egressu suo propriae desiderium sedis ostendit; eaque tanquam patria contenta est, si a procuratore protinus assignetur. Sin autem defuit custos, velut iniuria repulsa peregrinam regionem petit». Pallad., libri r. r. I, 36: «Area longe a villa esse non debet et propter exportandi facilitatem et ut fraus timeatur domini vel procuratoris vicinitate suspecta». Sulla base dell'esame congiunto di tali fonti l'Autore elabora un concetto tecnico di *procurator*, quale gestore di proprietà estese e sovrapposto al *vilicus*. Il passo di Columella, contenuto in r. r. I, 6, 7 è stato analizzato precedentemente da G. LE BRAS, *L'évolution général du procureur*, cit., p. 75, nt. 8; l'Autore dichiara a tal proposito quanto segue: «Varron, dans un passage parallèle (*de re rustica*, I, 13) ne parle que du *villicus*», sottintendendo, in tal modo, che a Varrone fosse sconosciuto il procuratore. Il medesimo passo è stato successivamente considerato da R. QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, in «Ann. Bari», 1963, pp. 15-16, ove viene posto a sostegno della tesi per la quale il procuratore, per quanto attiene al suo *status* personale, sarebbe stato sempre un liberto.*

⁷ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 58, descrive le diverse funzioni di questa antica figura di procuratore, ricavabili dalle fonti non giuridiche appena esaminate, come «frammenti di un ruolo socio-economico».

⁸ Ulteriore prova dell'operare del procuratore in un tale contesto si ottiene in base all'analisi di un passo dell'epistolario di Plinio, in particolare *ep. III, 19, 1-2*: «*Adsumo te in consilium rei familiaris, ut soleo. Praedia agris meis vicina atque etiam inserta venalia sunt. In his me multa sollicitant, aliqua nec minora deterrent. Sollicitat primum ipsa pulchritudo iungendi; deinde, quod non minus utile quam voluptuosum, posse utraque aedem opera eodem viatico invisere, sub eodem procuratore ac paene isdem actoribus habere, unam villam colere et ornare, alteram tantum tueri*». Plinio, all'interno della propria lettera, riflette rivolgendosi, com'è solito fare, all'amico Rufo sull'opportunità di acquistare un podere e, tra le varie motivazioni che egli adduce a favore di tale acquisto, menziona anche l'aver già alle proprie dipendenze un *procurator* che si occupava delle proprietà esistenti; un unico procuratore che, secondo tradizione, era impiegato nella gestione e nell'organizzazione di tutti i possedimenti che, nella zona dell'Italia centrale, facevano allora capo allo scrittore e che, come tale, coadiuvato dagli stessi *actores* già esistenti, avrebbe esteso la propria attività gestionale anche al nuovo *ager*.

figura primigenia di procuratore, quale figura economico-sociale, con funzioni squisitamente tecniche, ma separate dalla sfera giuridica.

Sul punto, ci sentiamo di condividere le considerazioni della MICELI, espresse in un recente contributo, laddove l'Autrice, riferendosi proprio alle conclusioni a cui pervenne l'ANGELINI, dichiara: «Ebbene queste testimonianze sono preziose e, quindi, dobbiamo certamente essere grati a chi le ha poste in luce. Ciò non significa, però, che dobbiamo necessariamente accettare le conseguenze estreme che lo stesso Autore vuole trarne, relativamente all'esistenza di una figura di *procurator* con una rilevanza esclusivamente economica e sociale, e non anche giuridica»⁹.

Tali meticolose indagini ci permettono, infatti, di individuare le più antiche ricorrenze del termine *procurator* in fonti non giuridiche e di circoscrivere l'originario ambito di svolgimento dell'attività di tale soggetto¹⁰.

Pur nella consapevolezza dell'importanza del riesame delle fonti storiche, non prettamente giuridiche, operato dall'ANGELINI, si ritiene tuttavia, attualmente, indispensabile evitare una visione separata di realtà economico-sociale da un lato e realtà giuridica d'altro lato, nella convinzione che sussista, in generale, un'esigenza di ricerca storico-giuridica che non si isoli dal contesto sociale ed economico di cui l'ordinamento giuridico fa parte e in cui lo stesso ordinamento nasce e si sviluppa¹¹.

⁹ M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., p. 98.

¹⁰ Prima di Angelini fu S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 12 ss., ad individuare l'ambito di operatività del procuratore.

¹¹ Si consideri in tal senso M. BARTOŠEK, *Come si deve studiare attualmente il diritto romano*, in *Studi in onore di Arangio-Ruiz nel 45. anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1953, p. 317 ss. e, in particolare, p. 324, a proposito dello studio del diritto in generale, laddove l'Autore, dopo aver messo in luce la necessità di concepire il diritto (come ogni altro fenomeno sociale) quale processo complicato da disparati ed innumerevoli influssi, consiglia di studiare tale «processo complicatissimo» in quattro direzioni. A tal proposito, per noi è interessante il fatto che il Bartošek ritenga fondamentale considerare e studiare il diritto «nella evoluzione complessiva della base economico-sociale insieme con tutta la sovrastruttura ideologica», ribadendo quindi il fatto che «studiando i nostri fenomeni da vari punti di vista non dobbiamo mai perdere una visuale generale, complessiva, cioè il fatto che in ogni momento si sviluppa e progredisce non solo ogni lato del fenomeno studiato, ma nello stesso tempo anche ogni condizione 'esteriore' dei fenomeni in questione». Sull'inopportunità di procedere sulla base di una visione separata della realtà economico-sociale dalla realtà giuridica si veda, inoltre, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 34 ss.

Tutto ciò premesso, non si ritiene, dunque, possibile definire il procuratore soltanto quale realtà sociale¹²; al contrario, la rilevanza giuridica di quest'ultimo è facilmente individuabile sulla base del dettato delle fonti giuridiche a nostra disposizione. A tal proposito, al fine di dar conto della realtà del procuratore per quanto attiene all'età preclassica, può risultare interessante soffermarsi su due fonti giuridiche, di paternità ciceroniana, nelle quali si fa chiaramente riferimento ai due interdetti *de vi* e *de vi armata*: Cic., pro Tull., 19, 44 e Cic., pro Caec., 19, 55. Vediamo, allora, la ricostruzione degli interdetti menzionati. La formula dell'*interdictum de vi* sarebbe stata la seguente: «*unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecesti...*»; quella dell'*interdictum de vi armata*: «*unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius vi hominibus coactis armatisve deiecesti...*»¹³.

Mediante il ricorso a tali interdetti si voleva reprimere il sempre più frequente spoglio del possesso attuato con la violenza o addirittura mediante il ricorso a bande armate.

Dall'esame del disposto degli interdetti emerge immediatamente il fatto che gli strumenti giuridici in questione avrebbero avuto effetto contro il *dominus*, autore

¹² Contro tale concezione si esprime chiaramente A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 319, precisando che «si è trattato di una realtà sociale presa in considerazione dal diritto a determinati fini, così come *ab origine* in ordine alle clausole edittali menzionanti il *procurator*, il che implica già - mi pare - una concettualizzazione giuridica non diversa da quella per cui i giuristi classici hanno considerato, chiamandolo *procurator*, anche chi, in base a incarico ricevuto o per taluni pur senza incarico, si presenti a sostituire altri in giudizio, e i giustinianeî hanno considerato *procurator* chi abbia accettato da altri l'incarico di compiere atti negoziali o processuali; la diversità starebbe semmai soltanto nel fatto che si sarebbe passati dal designare col termine *procurator* una persona che svolge mansioni essenzialmente tecnico-economiche a designare con lo stesso termine una persona che svolge attività processuali o negoziali, indipendentemente da una sua particolare applicazione allo svolgimento di funzioni tecnico-economiche». Ciò che all'Autore preme di escludere è il fatto che il procuratore possa essere inteso come una sorta di esperto tecnico che, in quanto tale, intraprenda di propria iniziativa attività di gestione di fondi, nonché di patrimoni appartenenti ad altro soggetto. Si torna dunque a riflettere sulle problematiche connesse all'esistenza o meno di un contratto di mandato che regolamenti i rapporti tra *dominus* e *procurator*. D'altra parte, secondo il parere del Burdese, la figura socio-economica di *procurator* (che è poi quella considerata dall'Angelini nel contesto della propria opera) «si risolve pur sempre in una persona che ha ricevuto dal *dominus* l'incarico generico (comunque lo si voglia qualificare: *iussum*, *praepositio*, *Vollmacht*, autorizzazione, o altro) di svolgere mansioni tecnico-economiche o amministrative in ordine al fondo o più genericamente al patrimonio del *dominus*». Secondo l'Autore insomma non è chiara la distinzione, proposta e sostenuta dall'Angelini, tra procuratore quale figura socio-economica e procuratore quale concetto giuridico.

¹³ Per tale ricostruzione degli interdetti si veda G. NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, Milano, 1965, p. 88.

dello spoglio, sia che egli stesso, in prima persona, avesse commesso tale atto ai danni di un terzo soggetto, sia che la *deiectio* fosse stata perpetrata dalla sua così detta *familia*, ovvero dal suo *procurator*; specularmente, l'ordine restitutorio emesso dal pretore sarebbe andato a reintegrare il *dominus* nel possesso anche in seguito ad uno spoglio posto in essere a danno di uno dei suoi servi o anche a danno del suo procuratore¹⁴.

La dottrina è, inoltre, attualmente concorde nel ritenere che il *dominus* fosse da considerarsi assoggettabile alla responsabilità *ex interdicto* anche qualora la *familia* avesse operato a sua insaputa e, dal momento che dal contesto delle fonti si desume un'equiparazione del *procurator* alla *familia*¹⁵ stessa, si ritiene che il *dominus* fosse direttamente, ugualmente, responsabile anche in conseguenza ad azioni addebitabili al procuratore ed attuate, anche in tal caso, a sua insaputa¹⁶.

Sul presupposto della tipologia di controversie che motivano l'elaborazione di interdetti del tipo dell'*interdictum de vi* e *de vi armata* possiamo cercare di individuare i tratti fondamentali del *procurator* in essi richiamato.

Colui che poteva subire la *deiectio* e che sarebbe stato, di conseguenza, legittimato ad esperire l'interdetto è soltanto il possessore. Dal punto di vista del contesto in cui tali eventi si sarebbero potuti verificare si ha riguardo alla proprietà fondiaria, al latifondo; il procuratore di cui si fa menzione nel passo sarebbe allora quel soggetto posto al sommo vertice dell'organizzazione produttiva fondiaria che sembrerebbe coincidere con il soggetto di cui trattano, nelle loro opere, gli *scriptores rei rusticae*¹⁷.

¹⁴ Sul punto si considerino le riflessioni di M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., p. 100, laddove l'Autrice, a proposito di tale procuratore, dichiara: «Siamo in presenza di un *procurator*, soggetto libero, che pone in essere atti che hanno diretta ed immediata efficacia nella sfera giuridica del *dominus*, alla stregua dei soggetti *alieni iuris* facenti parte della *familia*».

¹⁵ Sul concetto di *familia* può essere chiarificatrice la presa di posizione dello stesso Cicerone desumibile dal passo contenuto in Cic., *pro Caec.*, 20, 55: «*Neque enim dubium est quin, si ad rem iudicandam verbo ducimur, non re, familiam intellegamus quae constet ex servis pluribus; quis unus homos familia non sit*». Si sarebbe trattato di un termine atto ad indicare una pluralità di schiavi posseduti da uno stesso *dominus*; d'altro canto, precisa Cicerone stesso, «*servos non numero distinguant sed appellent uno familiae nomine*»; gli schiavi, cioè, non si sarebbero dovuti distinguere in base al loro numero, ai fini di individuare una responsabilità del padrone in conseguenza ad una *deiectio*.

¹⁶ Si consideri, in questo senso, G. NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, cit., p. 96. Le posizioni dell'Autore sono riprese e riconfermate da M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., p. 100.

¹⁷ M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., p. 100. Nel concludere l'analisi condotta sui passi ciceroniani contenuti in Cic., *pro Tull.*, 19, 44 e Cic., *pro Caec.*, 19, 55, e con attenzione rivolta alla figura del procuratore, l'Autrice ravvisa il fatto che essi attesterebbero, per impiegare le sue

Documento di fondamentale importanza e fonte pre-classica di primario rilievo allo scopo di fornire una prima definizione della figura del procuratore e di fissarne i caratteri principali, è il brano ciceroniano della *pro Caecina* 20, 57, dal contesto del quale Cicerone ci permette di cogliere la matrice potestativa del ruolo del *procurator*, laddove costui viene definito: «*quasi quidam paene dominus*». Pertanto, ci accingiamo ad analizzare più da vicino e in maniera compiuta il lungo passo della *pro Caecina*:

Cic., *pro Caec.* 20, 57: «*De liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur; non quo omnes sint aut appellentur procuratores qui negoti nostri aliquid gerant, sed in hac re cognita sententia interdicti verba subtiliter exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in plurius, non alia ratio iuris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius, an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque*».

Tr.: «Un libero poi, chi sia non ha importanza, viene designato col nome di procuratore; e non già perchè tutti coloro che si occupano di qualche nostro affare siano procuratori o abbiano tale qualifica, ma perchè nel caso di specie, stante la piena evidenza del significato dell'interdetto, non vollero che ogni singola parola venisse analizzata in maniera troppo puntuale. Infatti, per la giustizia, non fa differenza che si tratti di un solo schiavo o di più e, nel caso di specie, dal punto di vista della *ratio iuris* non fa differenza se a saccheggiarmi sia stato il tuo procuratore, quello cioè che per legge si definisce procuratore e che si occupa di tutti gli affari di colui che non vive in Italia o che è all'estero per ragioni di stato, quasi un secondo padrone, e costui è uno che rappresenta un altro in tutti i suoi diritti, oppure un tuo colono o un vicino o un cliente o un liberto o chiunque altro abbia attuato quell'espulsione violenta dietro tua richiesta o a tuo nome».

stesse parole: «L'esistenza di un istituto che si palesa ai nostri occhi con le stesse caratteristiche sostanziali riscontrabili nelle opere degli *scriptores rei rusticae*».

La lettera del testo ci permette di mettere in luce per prima cosa, come si è anticipato, la prospettiva potestativa per quanto concerne un procuratore che, per certi versi, viene definito «*quasi dominus*». Il procuratore che emerge da tale descrizione è un soggetto dotato di pieni poteri, che appare pacificamente riconosciuto *domini loco* in conseguenza di un rapporto forte con lo stesso *dominus*, basato essenzialmente sulla *fides*, sull'*obsequium* e sull'*amicitia*¹⁸.

Bisogna anzitutto tenere presenti le circostanze e le esigenze concrete che spinsero l'abile retore a trattare tali questioni. E' indispensabile considerare come, da un lato, il giurista avesse ben chiari i termini della questione e non avesse dubbi su chi fosse il soggetto denominato procuratore dal punto di vista strettamente giuridico¹⁹ (nel passo della *pro Caecina* Cicerone menziona «*is qui*

¹⁸ P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 250 ss. Ciò che emerge è la concezione tradizionale del procuratore; soggetto dotato di pieni poteri e, almeno originariamente, legato al *dominus* non tanto in forza di incarichi specifici, quanto in virtù di un rapporto personale e sociale basato sulla *fides*. Sul punto, di recente, ha concentrato la propria attenzione O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del procurator ad litem*, in «Labeo», XLVIII, 2002, p. 63. L'Autore si sofferma a considerare tipologie di rapporti non giuridicamente vincolanti, ma, per citare le sue stesse parole, «da collocarsi nel contesto dell'universo delle relazioni e dei legami etico-sociali che caratterizza la società romana del tempo e che dà luogo, in capo a familiari ed *amici*, a tutta una gamma di doveri *ex officio* fondati sulla *fides*». Il fatto che il rispetto dei doveri di lealtà e correttezza fosse, in Roma, garantito al punto che era riconosciuta specifica tutela processuale è sottolineato da L. LABRUNA, *Il diritto mercantile dei romani e l'espansionismo*, in *Tradere ed altri studii*, Napoli, 1998, pp. 102 s. Sul punto risulta importante sottolineare come la particolare connotazione economico-sociale dell'originaria *procuratio* abbia giocato un ruolo fondamentale fino al momento in cui si fece sentire un'esigenza di regolamentazione di tali doveri connessi all'*amicitia*, alla *fides*; in tal senso si veda F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, *l'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano, 2007, p. 13 ss. e, in particolare, p. 15, nt. 31, per un'esauritiva bibliografia sul tema della giuridificazione di tali obblighi di carattere etico. Interessanti riflessioni sul processo di regolamentazione giuridica di alcuni dei rapporti di amicizia, originariamente disciplinati da norme etico-sociali, sono offerte da D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, in «SDHI», LX, 1994, p. 374 ss.; l'Autore sottolinea il fatto che l'istituto giuridico del mandato troverebbe la sua «base primaria» nell'*amicitia* e nei doveri ad essa legati; il presupposto di tale processo è individuato nella giuridificazione della *fides*. L'analisi dello studioso è incentrata sulla nascita del mandato. Il presupposto è che molte delle prestazioni, la cui assunzione e il cui svolgimento in età classica saranno garantiti in forza delle previsioni contenute in un mandato, rientrassero, in epoca risalente, nell'ambito degli *officia* degli amici. Tra i soggetti che l'Autore richiama quali figure che, già in epoca risalente, a Roma, si sarebbero impegnate nello svolgimento di prestazioni di servizi, incontriamo il *procurator*. Si ribadisce, dunque, l'originaria caratterizzazione etica degli obblighi gravanti sul procuratore da un lato, ma anche la successiva sussunzione di tali obbligazioni nel contratto di mandato. Date tali premesse, l'Autore si propone di prendere le mosse dalla tesi per cui: «La nascita dell'istituto giuridico *mandatum* - considerata dal punto di vista evolutivo - rappresenta un avvenimento inaspettato ed improbabile e che quindi si tratta più di chiarire la sua esistenza che la sua non esistenza».

¹⁹ Esclude la possibilità che con il termine «*legitime*» Cicerone potesse alludere ad una definizione legale di *procurator* S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 94. Per quanto attiene a specifici riferimenti a quella parte di dottrina che non ammette un'ipotesi di provenienza legislativa del termine si consideri G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, cit., p.

legitime procurator dicitur»), senza dimenticare, d'altro lato, che costui, nelle vesti dell'oratore, avrebbe avvertito la concreta necessità di proporre una lettura ed un'interpretazione estensive dell'editto *de vi armata*²⁰ (puntualizza infatti l'oratore: «*sed in hac re, cognita sententia interdicti, verba subtiliter exquiri omnia noluerunt*»). Così come gli schiavi sarebbero stati descritti col nome generico e complessivo di *familia*, ugualmente ogni uomo libero sarebbe stato denominato *procurator*. Dalla riflessione ciceroniana, mediante la quale egli giustifica l'interpretazione che propone del passo, si coglie quanto la nozione giuridica di procuratore fosse chiara e condivisa: si tratta della nozione del *procurator paene dominus*²¹.

Si considerava, dunque, *procurator omnium rerum* colui che fosse stato preposto da un principale, precisamente da un *dominus* assente, a svolgere un'attività di amministrazione di tutti i suoi beni²².

182. E' lo stesso Autore a proporre una lettura alternativa del «*legitime*» suggerendo che l'avverbio fosse stato impiegato come sinonimo di «*proprie*».

²⁰ Lo stesso Cicerone, nei paragrafi che precedono quello da noi ripreso, mette in guardia da un'interpretazione eccessivamente rigida e letterale dell'editto, facendo anche un esempio concreto laddove egli dichiara: «... *Si me vilicus tuus solus deiecisset, non familia deiecisset, ut opinor, sed aliquis de familia*». L'attenersi alla lettera del testo avrebbe potuto condurre all'assurda conseguenza per cui una *deiectio* attuata da un *vilicus* avrebbe comportato l'esclusione della possibilità di ricorso all'interdetto, in quanto, sulla base di un'interpretazione rigidamente letterale, si sarebbe potuto opporre il fatto che costui non sarebbe risultato sovrapponibile alla *familia* menzionata nel testo dell'interdetto stesso, essendo più precisamente *aliquis de familia*. D'altro canto, non vi erano dubbi sul fatto che un solo servo, singolarmente considerato, non costituisse *familia*; tuttavia, nella consapevolezza di ciò, era altrettanto indubbio, che una lettura troppo rigida del testo editto ed una sua, conseguente, rigida applicazione avrebbero tradito la *ratio* dell'editto stesso. Si considerino sul punto le riflessioni condotte da M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., pp. 106 s.

²¹ A proposito della prospettiva che permette di mettere in luce l'identificazione del *procurator* col *procurator paene dominus* e di distinguere costui da chi risulta essere preposto ad una *negotatio* appare degna di particolare attenzione la riflessione condotta da M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., pp. 112-113. Muovendo dall'analisi di alcuni passi, in particolare D. 14, 3, 5, 18 (Ulp. 28 *ad ed.*), l'Autrice evidenzia il fatto che il procuratore menzionato nel frammento, al pari del tutore e del curatore, ponendo in essere atti giuridici (tra i quali può rientrare addirittura la preposizione di un *institor* alla gestione di un'attività commerciale) determina il prodursi di effetti giuridici automaticamente entro la sfera del *dominus*, con la conseguenza che costui risponderà delle obbligazioni assunte dall'*institor* come si sarebbe verificato nel caso in cui fosse stato lui stesso, in prima persona, a preporlo all'esercizio di tale attività. L'analisi procede con attenzione rivolta al passo contenuto in D. 14, 3, 6 (Paul. 30 *ad ed.*); il frammento risulta particolarmente utile al fine di evidenziare la posizione paritaria rivestita da *dominus* e *procurator*. Appurato che il procuratore non risulta incontrare limiti nello svolgimento di attività nell'interesse del *dominus*, la conseguenza è quella per cui contro il procuratore, il quale sia intervenuto a preporre un *institor*, sia senza dubbio possibile esercitare l'*actio institoria* (l'azione esperibile contro l'*institor* appare invece essere quella nascente dal negozio concluso nel caso concreto).

²² Sul punto risulta interessante ricordare la precisazione suggerita da F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 12. L'Autore considera assai probabile che già all'epoca in cui scrisse

Ma facciamo un piccolo passo indietro. Ai fini dell'applicazione dell'editto, Cicerone, che pure aveva chiara la nozione giuridica di *procurator*, riteneva che l'esigenza primaria fosse quella di "non sottilizzare"; di poco avrebbe modificato le cose e poco diverse sarebbero state le conseguenze che la *deiectio* fosse stata compiuta per mano di colui che «*legitime*» si fosse chiamato procuratore, cioè un «*quasi dominus*», oppure da parte di un «*alieni iuris vicarius*», o da un «*colonus*», «*vicinus*», «*cliens*», «*libertus*», o, ancora, da qualsiasi altro soggetto lo avesse fatto «*tuo rogatu aut tuo nomine*». L'attenzione dell'oratore è tutta concentrata a sottolineare la *ratio aequitatis* al fine, quanto mai concreto, di ottenere la reintegrazione nel possesso a favore di colui che, nel caso di specie, avesse subito lo spossessamento violento. L'esigenza forte di raggiungere questo scopo induce a sorvolare sulle parole, sul valore tecnico delle singole espressioni usate, per non rischiare di perdere d'occhio la *ratio* della regola di diritto e l'obiettivo di tutelare chi avesse sofferto lo spoglio; ma le conoscenze certe del giurista lo inducono a ribadire l'esistenza di un concetto tecnico-giuridico di procuratore; è pur vero che ai fini di reintegrare nel possesso chi sia stato violentemente ed ingiustamente estromesso, non rileva stabilire chi fossero i procuratori da una prospettiva *stricto sensu* giuridica, è altrettanto vero che per un giurista di tale levatura, nel contesto di una riflessione più generale, esisteva chiaramente un concetto tecnico e sussistevano senza dubbio elementi distintivi specifici, idonei a definire la figura del procuratore: il *procurator quasi dominus*.

Tutto ciò considerato, appare difficile condividere l'interpretazione del passo così come viene proposta da ANGELINI, il quale ritiene di dover escludere che Cicerone ci abbia fornito, nel contesto del passo 20, 57 della *pro Caecina*, una definizione di procuratore.

L'Autore, infatti, mette in luce il fatto che, all'interno del passo, Cicerone, motivando l'interpretazione estensiva che egli propone dell'editto e spiegando, sulla base della *ratio iuris*, il fatto che non avrebbe fatto differenza che la *deiectio* fosse stata attuata dall'uno o dall'altro soggetto, non avrebbe in alcun modo offerto

Cicerone fossero ammessi casi in cui il *procurator* fosse anche il soggetto incaricato dal principale di gestire un singolo affare o di occuparsi della gestione ed amministrazione di una parte individuata del patrimonio del *dominus*; a ciò aggiunge che si sarebbe potuto prescindere anche dall'elemento dell'*absentia domini*, pur precisando che tale ipotesi sarebbe stata quella, in concreto, più diffusa.

una nozione di procuratore, proponendo bensì un esempio particolare, funzionale soltanto, per impiegare le parole dello stesso ANGELINI, «a mettere ancora più in risalto le ragioni che avevano indotto la giurisprudenza a dare un'interpretazione tanto estensiva dei *verba* dell'editto e che egli desiderava invocare anche per la causa che difendeva»²³.

E' certo che proprio per il fatto, cioè, che esisteva una nozione tecnica di procuratore, individuato rispetto ad altri soggetti che avrebbero potuto agire per conto di un *dominus* (una pluralità di altri soggetti, «*quivis*», dice Cicerone, riferendosi genericamente ad essi), si sarebbe reso necessario riprendere tale nozione per spiegare come e perchè mai essa non fosse rilevante in relazione all'applicazione dell'editto.

Se tale era la concezione del procuratore in età pre-classica è necessario procedere spostando l'attenzione sulle epoche a venire.

1.1 *D. 43, 16, 1, 13 (Ulp. 69 ad ed.) e il caso del falsus procurator convenuto nel processo in seguito ad una deiectio.*

Date queste premesse, ci proponiamo ora di spostare lo sguardo verso l'età classica soffermando, brevemente, l'attenzione su di un frammento ulpiano dedicato proprio alla trattazione del ruolo del procuratore quale convenuto nel processo in seguito ad una *deiectio*. Il criterio di individuazione del convenuto sembra variare a seconda che si tratti di un *verus* o di un *falsus procurator*.

Sia il *verus* che il *falsus procurator*, infatti, sono menzionati in D. 43, 16, 1, 13 (Ulp. 69 ad ed.):

«*Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri eximi, sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita (non enim excusatus est, qui iussu alicuius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit): cum autem falsus*

²³ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 34.

est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est».

Tr.: «Ogni qualvolta il *verus procurator* abbia espropriato, Sabino dice che può essere esperita un'azione contro l'uno o l'altro di loro, cioè sia contro il principale, sia contro il procuratore e che può essere eccettuato uno in nome dell'altro, a condizione tuttavia che da parte di uno di essi sia stata effettuata la stima della lite (infatti chi espropri su ordine di qualcuno non è scusato più di quanto lo sia chi uccida su ordine di qualcuno): d'altra parte, quando c'è un *falsus procurator* si deve ricorrere all'interdetto solo nei confronti dello stesso procuratore».

Il passo ha ad oggetto la tematica del concorso fra la legittimazione passiva del *dominus* e quella del *procurator*. Si ritiene che esso sia da leggersi in linea con una tendenza giurisprudenziale che avrebbe condotto a limitare la responsabilità del convenuto alle sole ipotesi di esecuzione materiale o partecipazione morale alla *deiectio*, cosicché nel caso di intervento spontaneo del procuratore l'ordine restitutorio sarebbe stato diretto soltanto contro di lui e non più contro il *dominus* («[...] *cum autem falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est*»).

Tuttavia, in riferimento a tale ipotesi, la terminologia è stata usualmente giudicata interpolata. Richiamo, sul punto, la posizione del QUADRATO che, soffermandosi a riflettere proprio sulla valenza di tale espressione, dichiara quanto segue: «[...] ai più è sembrata estranea a tutto l'ambiente "classico" [...]»²⁴.

D'altra parte, come si è visto, l'esclusione della possibilità di impartire al *dominus* l'ordine restitutorio si ha soltanto nell'ipotesi in cui la *deiectio* sia stata compiuta da un non incaricato.

La locuzione *falsus procurator*, in questo caso, sembra da leggersi come descrittiva della posizione di un soggetto non mandatario.

Il passo ulpiano sembra, dunque, in linea con la concezione del procuratore-mandatario affermatasi già in epoca classica, come sostiene VINCENZO ARANGIO-

²⁴ R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr. e la definizione di procurator*, in «Labeo», XX, 1974, cit., p. 219.

RUIZ, sulla base della testimonianza fornita da una nutrita serie di passi relativi alla figura del procuratore²⁵.

Nell'ipotesi ora analizzata la distinzione tra incaricato mediante mandato e non mandatario, determinante ai fini dell'individuazione del legittimato passivo all'interdetto, sarebbe esplicitata mediante l'impiego degli attributi *verus* e *falsus* a precedere il sostantivo *procurator*.

2. Verso una tipizzazione del procuratore.

In età classica continua ad esistere la figura del *procurator quasi dominus*²⁶, ma compaiono, al suo fianco, procuratori chiamati ad assumere singoli incarichi, i cui atti, talvolta, richiedono un'apposita autorizzazione per intervento del *dominus*.

E' indispensabile allora, *in primis*, considerare quale sia la posizione dei terzi che con tale soggetto vengono in contatto; in tale epoca, infatti, i poteri del procuratore sono spesso determinati e circoscritti in base a specifici, idonei, atti di preposizione. Si assiste ad un avvicinamento al contratto di mandato. I terzi contraenti saranno chiamati ad accertarsi dei poteri effettivamente conferiti e riconosciuti al procuratore, della loro estensione e dei loro limiti.

Un passo significativo in tal senso è rappresentato da D. 16, 3, 13 pr. (Paul. 31 *ad ed.*):

«*Si quis infitatus sit non adversus dominum, sed quod eum qui rem depositam petebat verum procuratorem non putaret aut eius qui deposuisset heredem, nihil dolo malo fecit: postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult*».

²⁵ Si richiamano, di seguito, i passi delle fonti relativi alla generica figura del procuratore, che provano che, almeno al tempo di Ulpiano, l'incarico attribuito al procuratore e da questi accettato, altro non era che un mandato. Si tratta delle testimonianze contenute in: D. 17, 1, 10 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17, 1, 10, 8 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17, 1, 10, 10 (Ulp. 31 *ad ed.*).

²⁶ E' questa la concezione di P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 250 ss., secondo il quale ancora in età classica sarebbe esistito un procuratore dotato di tutti i poteri e al quale non sarebbe stato necessario un mandato specifico per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Tr.: «Se uno abbia disconosciuto il deposito non verso il proprietario, ma perchè riteneva che colui che chiedeva la cosa depositata non fosse il vero procuratore o l'erede di colui che aveva depositato, non ha fatto nulla con dolo: successivamente, d'altra parte, se ne fosse venuto a conoscenza, contro di lui si sarebbe potuto agire in giudizio, poiché, a quel punto, se non l'avesse voluta restituire, avrebbe iniziato ad agire con dolo».

Nel passo, Paolo descrive l'atteggiamento di un depositario dubbioso di fronte ad una richiesta di restituzione, avanzata da parte di un estraneo. Il dubbio ha ad oggetto proprio l'esistenza della qualifica di procuratore in capo al richiedente. Il depositario, infatti, si chiede se si tratti di un *verus procurator*. Date le circostanze e il contesto descritto, ci sembra plausibile considerare questo procuratore, così detto *verus*, come l'opposto di colui che simuli una qualifica che non ha e che agisca al fine, presumibilmente, di ingannare il depositario²⁷. Originariamente, pertanto, è possibile che il passo fosse idoneo a sottolineare la differenza intercorrente tra il procuratore che agisse in buona fede e il simulatore.

Ciò detto, bisogna tuttavia precisare che, a partire dall'età classica, il terzo avrebbe dovuto, di norma, interrogarsi sull'estensione dei poteri del procuratore, anche a prescindere dai casi di simulazione. Al contrario, un problema di questo tipo non si sarebbe posto in epoca più risalente, in quanto il particolare ruolo del procuratore, con tutte le conseguenze che da esso discendevano, derivava dai peculiari rapporti potestativi esistenti all'interno della *familia* romana. Come dice, molto significativamente, la MICELI: «Era, forse, impossibile concepire una titolarità che non coincidesse con l'esercizio effettivo del diritto»²⁸.

²⁷ Sul punto ci proponiamo di riprendere il ragionamento di G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 137, il quale ritiene che il frammento potè ben servire, nella sua dizione originaria, ad esprimere le tendenze dell'età giustiniana, appartenendo ai Bizantini la regola che la facoltà di esigere spetta solo al procuratore munito di mandato.

²⁸ M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., p. 130. L'Autrice sottolinea il fatto che figure quali il *procurator*, ma, ugualmente, il *tutor* e il *curator*, ciascuno entro il proprio ambito di operatività, non avrebbero costituito figure di rappresentanti in senso proprio, in senso tecnico, ma, per citare le parole dell'Autrice stessa, «erano manifestazione concreta della inscindibilità tra titolarità e capacità di esercizio del diritto, riscontrabile ogni volta che l'attribuzione del diritto avvenisse in funzione dell'effettiva capacità di esercitarlo, perchè altri non potessero farlo, per ragioni di incapacità (*curator, tutor*) o anche di semplice lontananza o impossibilità materiale (*procurator*)».

Si sarebbe insomma trattato, in origine, di un soggetto che non avrebbe incontrato limiti nell'esercizio delle proprie funzioni e che, per quanto attiene alla conclusione di atti nell'interesse della *familia*, si sarebbe trovato nella stessa posizione del proprio *dominus* di riferimento. Sebbene l'antica figura del procuratore, nata nel contesto familiare, continui a condizionare la disciplina di esso anche in epoca successiva²⁹, non può comunque essere sottovalutato il fatto che, col passare del tempo, si sia immancabilmente andati incontro ad una tipizzazione del *procurator* stesso, dei compiti che esso può essere chiamato ad assumere, delle conseguenze che dall'esercizio delle attività ad esso attribuite possono derivare a livello giuridico.

L'evoluzione dei caratteri propri del procuratore si determina in maniera spontanea, come conseguenza dei cambiamenti che si attuano a livello economico e sociale. L'adeguamento è graduale ed avviene, per così dire, sorretto e guidato dall'incessante opera della giurisprudenza classica.

L'istituto in questione è complesso e ricco di sfumature³⁰. Non è possibile rinvenire definizioni precostituite all'interno delle quali siano stati distillati i caratteri salienti di esso. La disciplina è quella originaria, ma l'adeguamento di

²⁹ Appare, a tal proposito, significativa e particolarmente suggestiva la riflessione condotta da P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., pp. 260 s.: «Nella società romana, che nonostante il suo ricco svolgimento, non si svela mai dalla sua base patriarcale, come l'Inghilterra non la ruppe con le sue vecchie feudali origini, la giuridica fisionomia del procuratore, i suoi tratti caratteristici non erano che la riflessa e parziale immagine di un tipo reale e organicamente perfetto esistente nella coscienza e nella vita del popolo. Istituzione di fatto prima di esser di diritto; come le più genuine e tenaci istituzioni romane nata nel consorzio familiare, e indi riconosciuta e assunta nel *ius civile*; costituente un ufficio a carattere personale più che un mero subietto passivo del vincolo obbligatorio, il *procurator* balza fuori dalle fonti classiche, letterarie e giuridiche, quale una figura schiettamente nazionale e distinta dal mandatario. Devoto liberto ove era già schiavo obbediente, egli continua le stesse funzioni di prima, né si considera assolutamente estraneo alla famiglia, cui lo legano i vincoli, anche essi familiari prima di essere in parte giuridici, del patronato e della clientela: e se il diritto in proposito regola per certi riguardi i suoi atti come se fosse ancora effettivamente membro della famiglia, non compie quindi un'assoluta finzione».

³⁰ Si rifletta, a tal proposito, sulle eloquenti parole di R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza* (dir. rom.), cit., pp. 425-426: «Sono disarmonie, incertezze, aporie legate alla “storia” complessa di questa istituzione che, “derivata dalla struttura assolutistica della famiglia romana” si è andata via via trasformando per varie cause, non tutte chiaramente decifrabili. Una istituzione dunque, ambigua e complessa, nella quale si incontrano, come nella trama di un tessuto, presenze, *status*, apporti diversi, interni ed esterni al mondo domestico. Questa varietà si manifesta nella diversa rilevanza giuridica che l'attività svolta dal *procurator* produce nella disciplina dei suoi atti, segnata da linee, tendenze normative non omogenee, a volte contrastanti, e dalle quali affiora il profilo di una figura ora appiattita sulle posizioni di semplice gestore, dai poteri contenuti, solo limitatamente capace di alienare (D. 3, 3, 63) e *rem pignori dare* (D. 13, 7, 11, 7), ora investita di un ruolo più efficace, più ricco di incidenza nella sfera giuridica del rappresentato, in sintonia con l'immagine del *procurator* “quasi padrone di tutte le cose” (D. 17, 1, 60, 4), in grado come tale di disporre liberamente, di vendere e dare in pegno, di comprare e di fare qualsiasi altra cosa».

essa alle esigenze del concreto avviene in maniera spontanea, naturale; il risultato, dunque, non può che essere quello di trovarsi di fronte ad una figura dai diversi profili, sfaccettata, difficile da definire secondo schemi precostituiti.

Si ritiene ancora esistente ed operante in età classica la figura del *procurator* «quasi padrone di tutte le cose». Tale soggetto si sarebbe visto riconoscere quel complesso di facoltà che, stando alle conclusioni del BONFANTE³¹, sarebbero quelle «naturalmente ricomprese nel concetto di *procurator omnium bonorum*»³².

Egli sarebbe risultato ancora detentore di ampi poteri senza la necessità di dover ricercare un fondamento di essi all'interno di uno speciale mandato.

L'Autore riflette, in particolare, sulla valenza delle parole *administrare* e *gerere*, facendo rilevare che esse non avrebbero avuto, nell'esperienza romana dell'età classica, uno specifico valore tecnico. Con esse, cioè, non si sarebbe fatto riferimento ad un tipo di amministrazione, affidata al procuratore, con funzione meramente conservativa, bensì ad una amministrazione come «concetto economico nella sua piena virtualità». Non sembra da escludere che, in tale epoca, si avvertissero ancora quei legami così peculiari che, ponendo il procuratore all'interno della famiglia, rendendolo parte integrante di una realtà circoscritta ed astringendolo al *dominus* in nome della *fides*, dell'*obsequium* e dell'*amicitia* sarebbero stati di per sé idonei a fondare l'affidamento dei terzi contraenti.

Tutto ciò è ammesso senza tuttavia vedersi costretti ad escludere, su altro versante, il progressivo avvicinamento della procura al contratto di mandato³³.

L'accordo e l'elemento del consenso appaiono quali caratteri distintivi della nuova figura che, via via, si sta progressivamente plasmando nel contesto di una mutata realtà economico-sociale³⁴. A tal proposito, il QUADRATO si sofferma ad evidenziare l'elemento dell'incontro delle volontà delle parti, ritenendo che esso

³¹ P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 255.

³² Contro tali posizioni si veda P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 18 ss.

³³ Quanto all'estensione dei poteri del procuratore che, in epoca classica, si trovava preposto all'amministrazione di un patrimonio, sulla base di un mandato generale, si considerino le seguenti testimonianze: D. 20, 6, 7, 1 (Gai. *l. sing. Ad form. hyp.*); D. 3, 3, 63 (Mod. 6 *different.*); D. 41, 1, 9, 4 (Gai. 2 *rerum cott.*); Inst. 2, 1, 42-43; D. 13, 7, 11, 7 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13, 7, 12 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 46, 3, 87 (Cels. 20 *dig.*); D. 12, 6, 6 pr. (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 3, 3, 58 (Paul. 71 *ad ed.*); D. 12, 6, 6, 2 (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 13, 7, 11, 5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 46, 3, 49 (Marc. *l. sing. ad hypothec. form.*); D. 46, 3, 12 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 46, 4, 13, 10 (Ulp. 50 *Sab.*); D. 46, 2, 20, 1 (Paul. 72 *ad ed.*); P.S. 5, 8.

³⁴ A partire dalla seconda metà del II sec. d.C. In particolare, sul punto, si veda, *supra*, § I.

costituisca proprio il «fondamento»³⁵, quindi la radice su cui si regge il nuovo concetto di *procurator*.

3. La tipicità del *procurator ad litem*.

L'unica figura di procuratore che trova una compiuta disciplina grazie all'intervento dei magistrati giurisdicenti è quella del *procurator ad litem*³⁶.

La classicità del *procurator ad litem*³⁷ è provata dal noto testo delle Istituzioni di Gaio, che richiamiamo, di seguito, per esteso:

Gai. 4, 84: «*Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille cui mandatum est plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur*».

Tr.: «Certamente il procuratore funge da sostituto nel processo senza alcuna determinata parola, ma lo si costituisce col semplice mandato, anche in assenza e all'insaputa della controparte. Anzi vi è chi ritiene che sia da considerarsi procuratore anche colui al quale non è stato conferito mandato, se solo si accosti alla lite in buona fede e garantisca che il *dominus* ratificherà; sebbene generalmente anche quello a cui è stato conferito mandato debba prestare garanzia, poiché spesso al principio della lite il mandato non appare e viene mostrato al giudice successivamente».

³⁵ R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza* (dir. rom.), cit., p. 425. E', comunque, necessario precisare il fatto che l'Autore prosegue specificando che, sebbene l'elemento contrattuale sia destinato a rappresentare lo schema proprio del rapporto procuratorio, pur tuttavia rilevano ancora molti altri elementi che si ritrovano affiancati e, talora, mescolati all'interno delle fonti. Si parla così di *voluntas* accanto al *mandatum*, talvolta richiamata addirittura in alternativa ad esso. Sono questi esempi di quelle che l'Autore riconosce e definisce quali disarmonie giustificabili in base al complesso processo storico che ha interessato l'evoluzione dell'istituto *de quo*.

³⁶ Per un'analisi dei passi in cui si tratta del *procurator ad litem*, con impiego della terminologia *verus/falsus procurator*, si veda, *infra*, cap. VI.

³⁷ Un altro testo gaiano costituisce prova della classicità di tale istituto giuridico. Si tratta del passo contenuto in Gai. 4, 182: «[...] *qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitório nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur*». Nel passo si esprime il concetto per cui l'editto non proibiva a nessuno di avere un procuratore per la gestione dei propri beni; a taluni, invece, era proibito avere rappresentanti in giudizio; si accenna, dunque, alla categoria degli *ignominiosi* e il procuratore a cui si fa riferimento in questo caso è il *procurator ad litem*.

E' necessario, *in limine*, ancor prima di addentrarci a tracciare almeno quelli che sono i caratteri principali di tale rappresentante processuale, ricordare il fatto che, per lungo tempo, è stata messa fortemente in dubbio la classicità di tale figura giuridica. Ciò fondamentalmente sulla base della considerazione che l'attività di rappresentanza processuale avrebbe costituito semplicemente l'esplicazione di una delle tante facoltà riconosciute al *procurator paene dominus*³⁸.

Per quanto concerne il *procurator ad litem* si può, dunque, parlare di tipicità.

L'aspetto che maggiormente risalta è il fatto che il ruolo è assunto nell'esclusivo interesse del *dominus*. La prospettiva da cui considerare tale soggetto è quella dell'*officium*³⁹.

La definizione contenuta in D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*): «*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*», occupa una posizione di primo piano nel contesto del titolo «*de procuratoribus et defensoribus*» e svolge una funzione programmatica.

Proprio a partire da questo passo è possibile mettere in luce la relazione che si viene man mano a determinare, e poi a rinsaldare, tra soggetto procuratore e

³⁸ Questo orientamento, che si può ad oggi considerare superato, si fonda essenzialmente su analisi che tendono ad accentuare l'intervento interpolazionistico attuato sulle fonti concernenti la materia della rappresentanza processuale. Si considerino in tal senso: E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 497 ss.; B. FRESE, *Prokurator und negotiorum gestio*, cit., p. 332; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 42 ss. L'attenzione della dottrina era concentrata a documentare il fatto che nelle fonti si fosse proceduto (in età giustiniana) ad una sistematica soppressione della figura del *cognitor* che, di volta in volta, sarebbe stata sostituita con quella del *procurator*. Pur ammettendo questo tipo di intervento va precisato che ciò non implica come necessaria conseguenza l'inesistenza del *procurator ad litem* per l'età classica. Si considerino le riflessioni di S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem»*, in *Atti Acc. Napoli*, LXII, 1940. Ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 116 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo), laddove l'Autore ribadisce la propria posizione dichiarando: «Altre volte ho detto "certissima" la classicità del *procurator ad litem*. Mantengo l'asserzione e la provo con l'analisi delle fonti». Segue una meticolosa analisi finalizzata a dimostrare come l'intervento giustiniano volto ad eliminare la figura del *cognitor*, seppure ammesso e riconosciuto, non sia di per sé idoneo ad escludere l'esistenza, in epoca precedente, della figura del *procurator ad litem*. Dello stesso Autore si veda, inoltre, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 601 ss., p. 601 ss.

³⁹ Si veda, per ciò che concerne la considerazione delle due opposte prospettive di *potestas* e *officium*, prospettive compresenti nella complessità della figura del procuratore, la considerazione di M. MICELI, *Institor e procurator*, cit., p. 120, laddove la studiosa, dopo alcune riflessioni sull'artificio della trasposizione di soggetti a livello processuale volta all'imputazione degli effetti del giudizio in capo a soggetti diversi dagli originari titolari del diritto, sottolinea l'importanza dell'emersione del carattere dell'*officium*, che essa ritiene «già presente *ab origine* nella figura del *procurator*», ma «che prende il sopravvento, e che ora si conforma perfettamente alla natura e funzione del *procurator* come 'rappresentante processuale'».

contratto consensuale di mandato. Appare invece, oggi, superata la concezione della dottrina più risalente⁴⁰ secondo la quale le funzioni e i singoli compiti sarebbero stati attribuiti al procuratore non mediante mandato, ma in forza di un atto unilaterale.

Quanto al *procurator ad litem*⁴¹ va subito detto che si ritiene concordemente che la sostanza⁴² del testo originale contenuto in D. 3, 3, 1 pr.-1 sia riferibile ad esso.

⁴⁰ Esponenti di tale risalente dottrina sono: E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 87 ss.; B. FRESE, *Procurator und negotiorum gestio*, cit., p. 327; F. SERRAO, *Il procurator* cit., p. 1 ss. *Contra* P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 95, il quale mette in luce il fatto che le categorie di *Auftrag* (mandato in senso tecnico) e *Vollmacht* (atto unilaterale) impiegate dai succitati Autori nel tentativo di tracciare una forte linea di demarcazione tra procuratore e mandatario, sono categorie moderne elaborate per giustificare il ricorso alla rappresentanza diretta, ma di per sé inidonee a giustificare compiutamente la presunta distinzione tra due figure i cui contorni, nell'esperienza giuridica romana, appaiono invece talora sfumati. Una netta distinzione tra mandato e procura sembra esclusa anche da V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 53, laddove egli, acutamente, rileva: «Chi parla di procura si mette di solito da un punto di vista diverso da chi parla di mandato: mentre il nome della procura fa convergere l'attenzione sul potere attribuito a qualcuno di agire in rappresentanza di un altro, quello del mandato mette piuttosto in luce il dovere assunto dal rappresentato verso il suo principale. Il mandato è perciò la causa della procura, il rapporto sottostante ad essa, altrimenti detto il rapporto interno di cui la procura è l'esplicazione all'esterno». Non dunque due istituti distinti, bensì due facce di una stessa medaglia che possiamo, entrambe, cogliere ponendoci ad osservare da due distinte prospettive la figura del procuratore.

⁴¹ Si sono occupati della figura del *procurator ad litem*: F. EISELE, *Cognitur und Prokurator. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Freiburg-Tübingen, 1881, p. 58 ss.; B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in «SDHI», XXVIII, 1962, p. 100 ss.; G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in «Index», IX, 1980, p. 193 ss.; S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, cit., p. 601 ss.; IDEM, «*Procurator» ed «institor» in D. 14.3.5.10*, in «SDHI», IX, 1943. Ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, p. 548 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). Si vedano ulteriori riferimenti alla dottrina in ordine alla figura *de qua* in O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del «procurator ad litem»*, cit., p. 37 ss. In particolare, nell'ambito di tale contributo, si sottolinea il fatto che, secondo parte della dottrina, il solo *procurator* legittimato a sostituire il *dominus* nel processo fosse, in origine, il *procurator omnium bonorum* preposto alla generale amministrazione e gestione di un patrimonio; il concetto di *procurator ad litem* si sarebbe formato progressivamente nel corso dell'epoca classica. Si veda in tal senso: P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 181 ss.; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 325; B. MECKE, *Die Entwicklung*, cit., p. 106; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, Milano, 1963, p. 329 ss. *Contra* B. FRESE, *Procurator und negotiorum gestio*, cit., p. 339, secondo l'opinione del quale il procuratore processuale costituito mediante mandato non sarebbe esistito in epoca classica. La classicità del *procurator* è infine ribadita da S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, cit., pp. 601 s., in particolare nel contesto della nt. 2, alla stessa pagina, all'interno della quale l'Autore riprende la critica condotta dal Frese a proposito del passo di P.S. 1, 3, 2 per discostarsi motivatamente dalla posizione assunta da quest'ultimo rispetto a tale figura.

⁴² Si consideri in particolare A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 325 ss. L'Autore sottolinea l'originaria derivazione del *procurator ad litem* dal *procurator* così detto amministratore, ma precisa la propria volontà di discostarsi dalla concezione propugnata dall'Angelini, il quale avrebbe distinto le due figure, considerando soltanto il primo quale concetto tecnico-giuridico, per ribadire il carattere puramente economico-sociale del secondo.

E' fuor di dubbio il fatto che il medesimo testo risulterà quanto mai adatto a riassumere la concezione giustiniana in forza della quale il procuratore propriamente detto sarebbe stato solo il soggetto munito di mandato; tuttavia, già in epoca classica, si ritrova una definizione di tale figura giuridica, anche se, inizialmente, riferita quasi certamente solo al procuratore che agisse in veste di rappresentante processuale⁴³.

Numerose indagini condotte dalla dottrina romanistica hanno avuto ad oggetto tale passo; esso è stato, da più parti, considerato sospetto, in quanto possibile oggetto di interpolazione⁴⁴, tuttavia una nutrita schiera di studiosi appare attualmente sposare l'orientamento della sostanziale genuinità della fonte⁴⁵.

⁴³ Proprio in materia di rappresentanza processuale e per ciò che concerne il necessario avvicinarsi del *cognitor* al *procurator* è utile considerare le interessanti riflessioni di O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del «procurator ad litem»*, cit., p. 38 ss. Già il *cognitor* aveva costituito un'importante deroga al divieto di *agere alterius nomine*, ma, come fa notare lo studioso, l'investitura di tale soggetto era subordinata ad un rigido formalismo e richiedeva necessariamente la presenza del *dominus*. Se ciò poteva soddisfare pienamente le esigenze connesse alla rappresentanza in epoca più risalente, le nuove condizioni legate ad un quadro economico-sociale in via di sviluppo, in connessione con il consolidarsi del dominio di Roma nel Mediterraneo, danno luogo a mutate esigenze e costituiscono il primo impulso per la nascita di una figura diversa dal *cognitor*, che possa rappresentare in processo un attore impossibilitato a presenziare al giudizio e a procedere alla nomina del *cognitor* stesso e che abbia, inoltre, la necessità di vedersi garantita una rappresentanza per la durata dell'intero processo. Il rappresentante che potrà rispondere alle nuove esigenze non potrà essere che il *procurator ad litem*.

⁴⁴ Propende per l'interpolazione dell'espressione «*mandatu domini*» una parte della dottrina. In questo senso: E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 502; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 51 ss.; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 150; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 12 ss.; G. PROVERA, s.v. *Mandato* (storia), cit., p. 313; O. BEHREND, *Die Prokurator*, cit., p. 292.

⁴⁵ Si veda sul punto la presa di posizione di V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 58, laddove l'Autore riporta le opinioni di paternità dei maggiori rappresentanti della dottrina sul passo considerato. In particolare egli sottolinea il fatto che non sarebbe condivisibile la tesi propugnata dall'Albertario, secondo la quale le parole «*mandatu domini*», presenti nel passo, sarebbero interpolate; tale interpretazione, come l'Autore ricorda, venne successivamente confutata dal Solazzi. Egli conclude dicendosi del parere che l'opinione più convincente sia quella attribuita al Frese, secondo il quale il concetto di *mandare* contenuto nella fonte si sarebbe dovuto intendere «in un senso largo d'incaricare o di permettere». Si schierano, dunque, a favore dell'originalità del passo contenuto in D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 ad ed.): S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., p. 227 ss.; B. FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, p. 401, nt. 10; IDEM, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel 40. anno del suo insegnamento*, IV, Palermo, 1936, p. 400, nt. 4; lo studioso, come si è messo in luce poche righe più sopra, concorda con l'Arangio-Ruiz sull'opportunità di attribuire al termine «*mandatu*» una valenza atecnica. Risultano concordi su tale interpretazione del termine: L. VACCA, *Ancora sul problema del «procurator» e della rappresentanza nell'acquisto del possesso*, in «RISG», XVII, 1973, p. 280 s.; M. KASER, *Stellvertretung und «notwendige Entgeltlichkeit»*, in «ZSS», XCI, 1974, p. 188, nt. 152; A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 186 ss.; A. WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, 1961, p. 51 ss.; O. MILELLA, *Il libertus procurator*, cit., p. 378 ss.; R. ORESTANO, s.v. *Rappresentanza* (diritto romano), in «NNDI», XIV, Torino, 1967, p. 798; H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, cit., p. 109; J. H. MICHEL, *Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, cit., p. 516; A.

L'istituto del *procurator ad litem* si sarebbe affermato in connessione con lo sviluppo del processo formulare; in tale contesto sarebbe stata garantita, infatti, l'estensione della tutela processuale a situazioni a cui non era offerta alcuna protezione nel rigido processo per *legis actiones*.

Il soggetto descritto da Gaio⁴⁶ come incaricato per il processo e denominato concordemente *procurator ad litem*, si sarebbe dunque venuto ad affermare in età classica per esplicare funzioni specificamente individuate che, in origine, sarebbero state svolte, presumibilmente, dal *procurator omnium bonorum*, quale persona incaricata della generale amministrazione di tutti gli affari facenti capo ad un *dominus*. Come Gaio insegna, tale soggetto, per lo più, veniva costituito con mandato. E' probabile che, in epoca precedente, non fosse escluso dalla rappresentanza il gestore spontaneo, ma successivamente la regola sarebbe andata incontro ad una restrizione, per doversi riconoscere, infine, il potere di rappresentanza solo a chi risultasse munito di mandato⁴⁷.

3.1 D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 resp.): *il caso di un falsus procurator nel processo.*

In un testo di paternità di Papiniano, concernente proprio la figura di un *procurator ad litem*, è possibile leggere un interessante punto di vista sulle conseguenze dell'agire in giudizio da parte del procuratore di un minore di venticinque anni. In particolare, il giureconsulto sottolinea la diversità delle conseguenze che scaturiscono sul piano del diritto, a seconda che si tratti di un

BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327; R. QUADRATO, *D. 3, 3, 1 pr.*, cit., p. 210 ss.; ID., s.v. *Rappresentanza* (dir. rom.), cit., p. 425.

⁴⁶ Ci si riferisce proprio all'insegnamento desumibile da Gai. 4, 84, che ci offre una descrizione di incaricato *ad hoc* in vista di un processo.

⁴⁷ Si consideri sul punto O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del «procurator ad litem»*, cit., p. 53. L'Autore ritiene dimostrabile il fatto che il mandato sia divenuto, in età classica, uno dei presupposti della legittimazione del *procurator ad litem*, riflettendo sul costante ricorso all'*exceptio procuratoria* per carenza di mandato che, di fatto, avrebbe azzerato ogni possibilità di agire e, *a fortiori*, ogni speranza di successo per il semplice *negotiorum gestor*. A riprova di ciò lo studioso richiama il principio propugnato da Ulpiano, il quale afferma che il gestore di negozi altrui: «*nullam actionem intendere potest*».

verus o di un *falsus procurator*. Più precisamente, in tal caso, il *falsus procurator* è contrapposto al *procurator*.

Procediamo, quindi, a riportare di seguito il passo papiniano:

D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 *resp.*): «*Cum minor viginti quinque annis creditor pecuniam recipere vellet, interpositus procurator debitori de rato habendo cavet: restitutione in integrum data neque indebiti conditionem neque stipulationem committi constabat. idemque eveniret, si falsi procuratoris actum minor annis ratum habuerit. et ideo ita cavendum erit praecedente mandato: "si ille in integrum restitutus fuerit heresve eius aut is, ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari". mandato vero non interveniente vulgaribus verbis de rato habendo haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur: alioquin si non conveniat nec creditor minus consentiat, actionem dari oportebit*».

Tr.: «Se il creditore minore di venticinque anni vuole recuperare il danaro, il procuratore interposto garantisce al debitore *de rato habendo*: concessa la *restitutio in integrum*, era pacifico che non si desse né la *condictio indebiti* né l'*actio ex stipulatu* e lo stesso accadeva nel caso in cui il minore avesse ratificato l'atto del *falsus procurator*; e così allora bisognerà prestare garanzia nel caso in cui vi sia l'incarico: "se abbia ottenuto la *restitutio in integrum* lui, o il suo erede o colui al quale spetterà la cosa sulla quale si controverte, sia dia tanto danaro, quanto sarà stimata la lite". Nel caso in cui non vi sia mandato si aggiungeranno anche queste parole della *cautio de rato habendo* ai *verba* usuali, più prudentemente, tra consenzienti: altrimenti, se non convenga e il creditore non acconsenta, bisognerà dare l'azione».

Il frammento si inserisce tra quelli dai quali si ricava un insegnamento sull'intervento diretto dei giuristi nella composizione dei formulari⁴⁸.

Nel caso in questione Papiniano interviene "*supplendi iuris causa*", suggerendo un'aggiunta ai *vulgaria verba* della formula della *cautio de rato habendo*. La fattispecie, piuttosto complessa, è quella di un procuratore che si

⁴⁸ Sul punto si consideri P. FREZZA, *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti di giuristi romani*, in «SDHI», XLII, 1976, p. 232.

interpone per avanzare una richiesta di pagamento al debitore del minore di venticinque anni.

Nel frammento si tratta del consiglio di Papiniano finalizzato a ricomprendere nella formula anche la *restituito in integrum* concessa dal pretore.

In tale ipotesi, si precisa che il procuratore sarà chiamato ad accollarsi l'onere ulteriore di garantire la controparte mediante un'aggiunta al tradizionale contenuto della *cautio de rato habendo*, che preveda il risarcimento della stessa, qualora il minore decida di intervenire nuovamente, agendo mediante il ricorso ad un'*actio ex stipulatu* o ad una *condictio indebiti* (in tal caso sarà, comunque, riconosciuta la possibilità di regresso del procuratore nei confronti del minore).

Papiniano sottolinea una diversità di posizione tra il procuratore munito di mandato e il *negotiorum gestor*, conducendo un parallelo tra il *procurator* menzionato alla seconda riga del testo e il *falsus procurator* richiamato successivamente. Si specifica, infatti, che la posizione del procuratore è identica a quella del procuratore così detto *falsus* solo nel caso di una successiva ratifica dell'operato di quest'ultimo da parte del *dominus*. In seguito l'elemento di discriminazione tra questi due soggetti viene precisato, esplicitando il fatto che si deve distinguere l'ipotesi del procuratore che agisca su mandato, da quella che si verifica «*mandato non interveniente*. L'aggiunta di un'ulteriore garanzia ai *vulgaria verba* della *cautio*, come suggerito dal giureconsulto, non potrà essere rifiutata dal procuratore-mandatario; nel caso, invece, di un gestore di negozi privo di mandato, si ritiene opportuno evitare di addossargli rischi maggiori di quelli che già gli derivano dall'aver avviato un processo nell'interesse altrui («*mandato vero non interveniente vulgaribus verbis de rato habendo haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur*»); in tale ipotesi, quindi, il debitore non potrà pretendere la prestazione della promessa *de rato habendo*, che aggravi la responsabilità del non mandatario.

Nel passo si tratta, dapprima, di un *procurator* contrapposto al *falsus procurator*; successivamente, il parallelo viene ripreso e le posizioni dei due soggetti sono precisate, specificando il fatto che, nell'un caso, «[...] *cavendum erit praecedente mandato: "si ille in integrum restitutus fuerit heresve eius aut is, ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam*

dari”», nell'altro, «*mandato vero non interveniente vulgaribus verbis de rato habendo haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur: alioquin si non conveniat nec creditor minus consentiat, actionem dari oportebit*».

Si viene, dunque, ad esplicitare chi sia il *falsus procurator*: si tratta, evidentemente, del gestore senza mandato, in contrapposizione al *procurator* che, per impiegare le parole di Gaio, così come si leggono in Gai. 4, 84⁴⁹, « [...] *ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur*».

Il *falsus procurator* del passo di Papiniano non sembra davvero un simulatore, al punto che il giureconsulto si preoccupa di tutelarne il più possibile, suggerendo una maggiore prudenza nell'aggiunta di una garanzia ulteriore, sulla base del presupposto che questi agisca nell'interesse altrui, senza nemmeno godere di una tutela fondata sulla conclusione di un contratto di mandato con il creditore.

In tal caso, quindi, «[...] *vulgaribus verbis de rato habendo haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur* [...]».

4. *La complessa problematica dei rapporti intercorrenti tra procura e mandato.*

Un problema sempre vivo è quello dei rapporti tra procura e mandato.

Pur riconoscendo che le definizioni del procuratore rinvenibili nelle opere della giurisprudenza tardo classica richiedano generalmente la presenza del mandato perchè il termine *procurator* abbia effettivamente valore tecnico, è innegabile che talora si rilevi, ancora in tale periodo, l'esistenza del così detto procuratore-gestore. A tal proposito si può ricordare la concezione di PAPERI, il quale precisa che in tali ipotesi: «la terminologia procuratoria pare assumere, in funzione del contesto, un “semplice valore di riferimento”, potendosi attribuire, attraverso piccoli spostamenti semantici, tanto al *procurator praepositus* quanto all'interventore spontaneo»⁵⁰.

⁴⁹ Per una lettura completa del passo gaiano si veda, *supra*, § 3, nt. 42.

⁵⁰ O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del «procurator ad litem»*, cit., pp. 56 s. In tale prospettiva si consideri anche R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 213.

Senza dubbio la materia è complicata, in quanto arricchita di molteplici sfumature, anche in virtù del modo di procedere tipico della giurisprudenza classica, che volutamente rigetta le semplificazioni da attuarsi mediante schemi e definizioni, per calarsi ad analizzare la realtà sociale, assorbendo e dando conto di tutte le complesse vicende che in essa hanno luogo.

Attualmente si ritiene diffusamente che, già in diritto classico, il procuratore, come stabile organo di un *dominus* preposto alla gestione ed amministrazione del patrimonio di quest'ultimo, fosse considerato suo mandatario⁵¹.

Con il passare del tempo e l'evolvere della realtà economico-sociale si fece viva l'esigenza di procedere ad una regolamentazione squisitamente giuridica dei rapporti sussistenti tra il *dominus* e il suo *procurator*. Sarebbe tuttavia semplicistico ritenere che essa sia avvenuta, immediatamente, riconducendo la procura nell'orbita del contratto consensuale di mandato. Quella dei rapporti tra procura e mandato continua, infatti, ad essere una delle problematiche maggiormente dibattute in dottrina⁵².

Ad oggi, si può considerare maggioritaria la corrente dottrinale secondo la quale la contrapposizione tra procura e mandato si sarebbe andata via via affievolendo⁵³. I contorni distintivi dei due istituti sarebbero diventati meno netti già a partire dal II sec. d.C.: avrebbe insomma operato una sorta di forza di attrazione, la cui nascita fu evidentemente determinata dalle esigenze economico-

⁵¹ Si consideri sul punto la presa di posizione di F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 23 ss., il quale precisa: «Indipendentemente dal problema inerente alla genuinità delle fonti classiche che affermano *ex professo* la sussunzione della procura nel mandato - questione che implica *ex necesse* anche un'analisi del rapporto fra *praepositio* e mandato - credo debba ritenersi che in diritto classico il *procurator*, stabile organo economico del *dominus negotii* e da questi preposto all'amministrazione del proprio patrimonio, fosse considerato mandatario di quest'ultimo».

⁵² A sostegno di tale assunto si consideri quanto si può desumere dal passo di Cicerone in Top. 10, 42. Così recita il brano: «*Sunt enim similitudines quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt hoc modo: Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator*». Procedendo all'esegesi del passo si può mettere in luce il fatto che l'oratore osserva, servendosi dell'*argumentum a similitudine*, che, così come il tutore, il mandatario, il socio e il fiduciario devono «*fidem praestare*», altrettanto deve fare il procuratore («*debet etiam procurator*»). E' dunque evidente che la figura del *procurator*, proprio in quanto affiancata a quella del mandatario ai fini dell'argomentazione analogica, non può ancora dirsi ad essa perfettamente sovrapponibile e con essa totalmente identificabile.

⁵³ Per ciò che concerne i maggiori rappresentanti di tale orientamento si considerino le posizioni di: V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 55 ss.; A. WATSON, *Contract of mandate*, cit., p. 60.

sociali, la quale avrebbe condotto a ricomprendere l'originario atto unilaterale di preposizione - quale era la procura - entro la sfera consensualistica del mandato.

La contrapposizione iniziale era connessa soprattutto al carattere generale della procura, quale atto di preposizione da parte di un *dominus* attributivo di ampi poteri al procuratore, e specialità del contratto consensuale di mandato, impiegato da principio per l'attribuzione di incarichi di carattere speciale.

Sul punto è necessario ricordare quanto messo in luce da GUARINO⁵⁴, il quale sottolinea il fatto che si sarebbe determinato un trasferimento dell'ipotesi di *procurator praepositus omnium rerum* dalla sfera di applicazione della *negotiorum gestio* a quella del mandato, in forza del progressivo emergere del mandato generale, proprio in età classica. Un primo passo verso il superamento della contrapposizione si ha con l'introduzione di figure quali il *procurator ad litem*, ma un'importante svolta si determina, appunto, nel momento in cui anche incarichi di carattere generale iniziano ad essere conferiti mediante il contratto consensuale *de quo*⁵⁵.

D'altra parte, è necessario menzionare l'esistenza di differenti orientamenti dottrinali sul punto, benchè, ad oggi, ritenuti minoritari.

In base ad una prima impostazione si sarebbe dovuta escludere l'ipotesi di un avvicinamento della procura al mandato per tutta l'età classica; la sussunzione di essa nell'ambito del mandato sarebbe stata, *in toto*, opera dei compilatori giustiniani⁵⁶.

⁵⁴ A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 192.

⁵⁵ In questo senso V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 52. L'Autore mette in luce un momento saliente del processo di avvicinamento dei due istituti, precisando che, benchè venisse impiegata la medesima denominazione di *procurator* sia per il procuratore generale, tradizionalmente investito di tutti i poteri mediante l'atto della procura, che per il *procurator ad litem*, non era possibile discostare il secondo dall'area del contratto consensuale di mandato.

⁵⁶ Tale impostazione ha come massimo rappresentante E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 518; IDEM, *Ancora del verus e falsus procurator*, cit., p. 447, laddove l'Autore richiama le posizioni assunte rispetto al procuratore romano da lui stesso e, con lui, dal Solazzi e dal Frese, definendole «note». Si tratta appunto della concezione in forza della quale il *procurator* avrebbe visto discendere i propri poteri da un atto unilaterale di investitura posto in essere dal *dominus*, non invece da un contratto di mandato. Lo studioso apre il proprio contributo con una riflessione sul noto passo di Ulpiano contenuto in D. 3, 3, 1 pr. L'esegesi fornisce l'occasione per mettere in luce la vicinanza tra la sua concezione e quella di B. FRESE, *Prokuratur und negotiorum gestio*, cit., p. 340 ss., perché, come spiega l'Autore stesso: «Io e il Frese riteniamo che la figura del procuratore romano non è confondibile con quella del mandatario anche quando agisce *voluntate domini*». La concezione di fondo è la medesima; risulta tuttavia di fondamentale importanza

Secondo una diversa tesi sarebbe, al contrario, da escludersi qualunque contrapposizione tra procura e mandato; ciò sarebbe stato possibile sulla base della particolare concezione, di cui si è detto, del procuratore come figura sociale, tesi elaborata dall'ANGELINI, sulla scia dello SCHLOSSMANN. L'Autore sostiene infatti l'impiego, *ab origine*, dell'*actio mandati* al fine di regolamentare i rapporti e le contestazioni eventualmente sorte tra *dominus negotii* e *procurator*⁵⁷.

Non è escluso che già in un'età relativamente risalente, presumibilmente già in epoca giuliana, si fosse riconosciuta la possibilità di impiego di tale azione, come naturale conseguenza derivante dalla riconduzione al contratto di mandato di incarichi di amministrazione e gestione di affari con portata non speciale, ma generale⁵⁸.

sottolineare una differenza sostanziale di particolare rilievo tra le tesi propugnate dai due studiosi. Per il Frese, infatti, l'elemento distintivo su cui concentrare l'attenzione sarebbe stato lo stesso termine *mandare*, che, a suo parere, sarebbe stato impiegato per la definizione del procuratore nella sua accezione atecnica, in un senso molto ampio, col generale significato di «conferire un incarico» o di «permettere». La teoria descritta e contenuta in tale contributo appare chiaramente non condivisa dall'Albertario. La visione per cui la sussunzione della procura nell'area del mandato si sarebbe avuta solo in età giustiniana è condivisa inoltre da F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 107 ss.

⁵⁷ In tal senso P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 87 ss.; le teorie elaborate dall'Autore si pongono lungo la scia delle tesi elaborate da S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 89 ss.

⁵⁸ D. 17, 1, 31 (Iul. 14 dig.): «*Si negotia mea mandavero gerenda ei, qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, etsi post annum cum eo mandati agam, praestare mihi quadruplum debet: nam qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum*». Nel passo Giuliano si riferisce ad un procuratore generale, il quale risulta passibile di un'azione *in quadruplum*, che, dopo un anno, di norma muterebbe in un'azione nei limiti del danno sofferto. Benchè esperita dopo l'anno, essa dà diritto al principale al *quadruplum*, in quanto il procuratore avrebbe dovuto esigere da se stesso come dagli altri; viene dunque affermato il principio del *semetipso exigere*. Tale fonte viene letta come testimonianza del ricorso, in epoca giuliana, all'*actio mandati*. In tal senso G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, cit., p. 243 s. Tuttavia la lettura proposta dal citato studioso non appare unanimemente condivisa dalla dottrina. Non sposa tale visione V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 75 s. Lo studioso ritiene che il giurista avesse fatto riferimento all'*actio negotiorum gestorum*, non all'*actio mandati*. Egli si sofferma a riflettere sul fatto che l'obbligo di *exigere a semetipso* fosse caratteristico dei *iudicia bonae fidei generalia* e che, ciò nonostante, in contrasto con quanto stabilito da Sabino in D. 17, 2, 38 pr., nel caso considerato Giuliano facesse esplicito riferimento all'*actio mandati* (che sarebbe risultata ricompresa tra gli *specialia*) e non all'*actio negotiorum gestorum*. L'Arangio-Ruiz prende in considerazione il fatto che la classificazione fosse risalente a Sabino, ma fa subito notare il fatto che essa sarebbe stata successivamente riportata da Paolo, giurista di molto posteriore. Sulla base di tali considerazioni egli addiuviene alla conclusione che questo «farebbe supporre che nessun mutamento fosse intervenuto in proposito fra il primo e l'ultimo corifeo della scuola sabiniana». Continua lo studioso: «Certo la sede in cui la decisione è collocata, non solo nella compilazione giustiniana ma anche nell'opera originale di Giuliano, era quella del mandato; ma ciò non esclude che Giuliano abbia potuto escludere, ai fini dell'assorbimento dell'azione *in quadruplum* originaria, l'applicazione dell'*actio mandati*, e rinviato al principale la *negotiorum gestio*».

In età classica si può ritenere affermata la possibilità di conferire incarichi di amministrazione generale attraverso un contratto di mandato.

A sostegno della classicità del mandato è interessante considerare il passo di Gaio con cui il giurista apre, nelle Istituzioni, la trattazione relativa al contratto stesso⁵⁹:

Gai 3, 155: «*Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*».

Tr.: «Si ha mandato sia che diamo incarico in favore nostro che in favore altrui. Pertanto sia che ti abbia incaricato di amministrare i negozi miei, sia quelli di un altro, si contrae l'obbligazione di mandato, e saremo tenuti reciprocamente l'uno all'altro per ciò che, o io a te, o tu a me, debba prestare secondo buona fede».

Secondo l'interessante impostazione adottata da VINCENZO ARANGIO-RUIZ il paragrafo rivelerebbe che, già da parte di Gaio, il *procurator omnium rerum*, fosse, in taluni casi, considerato un mandatario. A testimonianza di ciò appare utile riflettere su quanto suggerito da tale Autore, ovvero, sull'opportunità di considerare la complessa classificazione attinta direttamente dalle *Res Cottidianae* e riportata in *Iust. Inst.* al titolo 3, 26: in tali frammenti più volte è impiegata l'espressione «*negotia gerere*», ma, in ciascuno di questi casi l'intenzione del giurista di alludere ad un'ipotesi di mandato generale sembra palesata dal fatto che vengono affiancate, di volta in volta, ipotesi di mandato speciale⁶⁰.

⁵⁹ L'analisi del frammento è suggerita e condotta da V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., pp. 57 s. Il passo è, a detta dell'Autore, ancor più interessante rispetto a Gai 4, 84, in quanto esso ci induce a riflettere su una figura giuridica che non è quella del *procurator ad litem*, bensì quella del *procurator omnium rerum*. A tali conclusioni egli approda in seguito all'esegesi condotta sul brano e all'esclusione della possibilità di ravvisare alterazioni nel testo. A tal proposito l'Arangio-Ruiz richiama l'opinione di F. BOSSOWSKI, *Die Abgrenzung des mandatum und der negotiorum gestio in dem klassischen und justinianischen Recht*, in «BIDR», XXXVII, 1929, p. 203, il quale avrebbe proposto una lettura alternativa del secondo periodo del passo gaiano, suggerendo di sostituire l'«*itaque*» con un «*sed*» e giustificando ciò sulla base di una, a suo parere, errata *consecutio temporum* rispetto alla frase successiva: «*contrahitur mandati obligatio*». La lettura, negata fermamente dall'Arangio-Ruiz, fornisce lo spunto a quest'ultimo per poter concludere, sia pure molto cautamente, che «allo spirito di Gaio non ripugnasse, sia pure senza darsene pieno conto, che il *p. o. r.* fosse considerato come un mandatario».

⁶⁰ I passi contenuti nel titolo XXVI *De mandato* sono, nell'ordine: I. 3, 26 pr.: «*Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena*

tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur». Il titolo sul mandato si apre genericamente con la descrizione dei modi in cui il contratto si contrae; inoltre, già in apertura, è avvertita l'esigenza di mettere in luce il fatto che è esclusa l'ipotesi di un mandato concluso nell'interesse del solo mandatario; da questo infatti non scaturirebbe alcuna *obligatio*; I. 3, 26, 1: «*Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet ut negotia eius gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes*». Seguono l'ipotesi generica di gestione di affari, con cui si apre il *principium* del frammento, i due casi speciali di acquisto di un fondo o di intervento a garanzia; I. 3, 26, 2: «*Tua et mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutuaretur, aut si, volente te agere cum eo ex fideiussoria causa, mandet tibi ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat*». I casi di mandato descritti, tutti nell'interesse del mandatario e del mandante, appaiono tutte ipotesi di mandato speciale; I. 3, 26, 3: «*Aliena tantum causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes*». Nel contesto del terzo paragrafo viene descritta l'ipotesi del mandato concluso nell'interesse altrui; l'allusione al mandato generale è affiancata da due ipotesi di mandato speciale; I. 3, 26, 4: «*Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emereres, vel ut pro eo et Titio sponderes*». Il quarto paragrafo riprende pari pari il primo, la differenza risiede nel fatto che, nel caso da ultimo prospettato, l'interesse non è solo del mandante, ma anche di un terzo soggetto Tizio; gli esempi riportati sono tuttavia i medesimi: seguono l'ipotesi generica di gestione di affari i due casi speciali di acquisto di un fondo o di intervento a garanzia; I. 3, 26, 5: «*Tua et aliena, veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. quodsi ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum*». Il paragrafo tratta del mandato posto in essere per il vantaggio del mandatario e di un terzo soggetto Tizio; il caso descritto è soltanto quello di un mandato speciale; I. 3, 26, 6: «*Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius quem in emptiones praediorum colloques. cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emereres vel eum crederes, quamvis non expedierit tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset*». Questo paragrafo, più esteso rispetto ai precedenti, permette di cogliere la differenza intercorrente tra il *mandatum tua gratia*, mero consiglio, inidoneo a generare obbligazioni, e un'ipotesi di mandato *tua et aliena gratia*: in tale, ultimo, caso un mandante incarica un mandatario di prestar denaro a frutto ad un terzo soggetto; il risultato è che l'interesse del mandatario si cumula a quello di Tizio e, rientrando la fattispecie nella regola, il contratto è fonte di *obligatio*; dal tenore del frammento è possibile cogliere la motivazione suggerita da Sabino; traduciamo: «Perché», avrebbe sostenuto il giurista «non avresti prestato a Tizio se non te ne fosse stato dato incarico»; I. 3, 26, 7: «*Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandet. licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem*». Il paragrafo 7 esemplifica casi di mandato contrario al buon costume. Si tratta di ipotesi, tutte, di mandato speciale; I. 3, 26, 8: «*Is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati. ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emereres vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes neque in ampliorem pecuniam fideiubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum. diversae scholae auctores recte te usque ad centum aureos acturum existimant: quae sententia sane benignior est. quod si minoris emereres, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur, ut minoris, si possit, emeretur*». La problematica prospettata nel passo e per la quale vengono proposte le specifiche soluzioni è quella concernente l'eccesso dai limiti del mandato. La complessa tematica è affrontata proponendo anche le diverse posizioni delle due scuole, proculiana e sabiniana. Sulla più rigorosa teoria sabiniana risulta, infine, prevalente il parere dei rappresentanti della scuola opposta definito, nel frammento stesso, «certo più liberale»;

Per essere più precisi, nonché più cauti, pur sostenendo che in epoca classica e in epoca classica avanzata fosse data l'applicazione dell'*actio mandati* a favore e contro i procuratori (*ad litem ed omnium rerum*), bisogna interrogarsi sul possibile concorso tra quest'ultima e l'*actio negotiorum gestorum*⁶¹. Probante in tale direzione sarebbe il passo di Pomponio contenuto in:

D. 34, 3, 8, 6 (Pomp. 6 *ad Sab.*): «*Si heres vetitus sit agere cum eo, qui negotia defuncti gesserit, non videtur obligatio ei praelegata, quae dolo vel ex fraude eius qui negotia gesserit commissa sit, et testator id videtur sensisse. ideo si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator ex testamento incerti doli mali exceptione excludi potest*».

Tr.: «Se all'erede è stato vietato di agire contro colui che abbia amministrato gli affari del *de cuius*, non sembra che l'obbligazione trasmessa tramite

I. 3, 26, 9: «*Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*». I. 3, 26, 10: «*Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est eius qui mandaverit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo qui tibi mandaverit, tu ignorans eum decessisse exsecutus fueras mandatum, posse te agere mandati actione: alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum tibi afferat. et huic simile est quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii per ignorantiam liberti solverint, liberari eos: cum alioquin stricta iuris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere deberent*». I. 3, 26, 11: «*Mandatum non suscipere liberum est: susceptum autem consummandum aut quam primum renuntiandum est, ut aut per semet ipsum aut per alium eandem rem mandator exsequatur. nam nisi ita renuntiat ut integra causa mandatari reservetur eandem rem explicandi, nihilo minus mandati actio locum habet, nisi si iusta causa intercessit aut non renuntiandi aut intempestive renuntiandi*». I. 3, 26, 12: «*Mandatum et in diem differri et sub condicione fieri potest*». I paragrafi 9, 10, 11, 12 trattano nell'ordine di: revoca del contratto; ipotesi di estinzione di esso; rinuncia e sue conseguenze; differimento del mandato e possibilità di apporvi una condizione; I. 3, 26, 13: «*In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. et ut generaliter dixerimus: quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intellegitur. et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio*» Il paragrafo 13, con cui si chiude la trattazione, precisa, attraverso il ricorso ad esempi concreti, il fatto che la gratuità è elemento essenziale del contratto *de quo*. Laddove sia prevista una mercede il mandato «degenera in un altro tipo di negozio» e la conseguenza principale che ne deriva è l'impossibilità di ricorso all'*actio mandati*.

⁶¹ Sulla probabile coesistenza della disciplina di *negotiorum gestio* e *mandatum* a regolamentazione del rapporto intercorrente tra *patronus* e *procurator* si consideri la tesi sostenuta da G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza*, cit., p. 209; riflettendo sulla *negotiorum gestio* (che avrebbe rappresentato, a partire dal II sec. a.C., il primo riconoscimento della natura negoziale del rapporto *procurator/dominus negotii*), l'Autore espone la tesi che segue: «E' pensabile che per un certo periodo essa coesistesse col *mandatum*, sicchè quest'ultimo non assunse improvvisamente, e senza premesse, un ruolo esclusivo. A nostro parere, la procura basata sul mandato affermò il suo predominio nel caso del procuratore di condizione sociale inferiore rispetto al mandato; solo la trasformazione verificatasi nella situazione socio-economica del libertus condusse al suo uso esclusivo come "contratto"».

testamento rappresenti per lui un ostacolo rispetto all'agire contro le attività poste in essere con dolo o frode da parte di colui che aveva amministrato gli affari e sembra che il testatore avesse avuto tale intenzione. Per questa ragione se l'erede abbia esercitato *l'actio negotiorum gestorum*, un *procurator* che esperisca un'azione *ex testamenti incerti* può essere respinto mediante l'eccezione di dolo».

Il soggetto denominato procuratore appare, dunque, in tal caso, convenuto in giudizio mediante *l'actio negotiorum gestorum*, eppure, come fa notare VINCENZO ARANGIO-RUIZ, «non ha davvero l'aria di essere una persona spontaneamente intervenuta a difendere gl'interessi di un assente, e nemmeno un procuratore *ad litem*, ma proprio un *proc. omnium rerum*»⁶².

La decisa esclusione della possibilità di ricorrere all'*actio negotiorum gestorum* contro il procuratore si desume dal contesto di un passo di Ulpiano contenuto in:

D. 17, 1, 6, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*): «*Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum suscepit: denique tenetur et si non gessisset*».

Tr.: «Se a qualcuno è stato conferito mandato di amministrare degli affari, dovrà essere convenuto in giudizio con questa azione e non si agirà rettamente contro di lui con *l'actio negotiorum gestorum*: non è infatti tenuto per questa ragione, cioè perché ha gestito degli affari, bensì perché fu investito mediante mandato: infine è tenuto anche se non abbia adempiuto».

In seguito ad una semplice lettura è possibile trovare la risposta all'interrogativo che ci stiamo ponendo: non è, infatti, ammesso l'esercizio dell'*actio negotiorum gestorum* contro colui che sia stato incaricato

⁶² V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 63. Il passo è considerato congiuntamente a D. 27, 3, 3 (Pomp. 5 *ad Sab.*): «*Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitrato iudicis cavendum est, quod eo nomine eis absit*». Anche in tale frammento infatti è possibile riscontrare la presenza di un soggetto che, pur essendo definito *procurator* e pur non avendo le caratteristiche di una persona spontaneamente intervenuta a gestire affari altrui è convenuto con un'*actio negotiorum gestorum*.

dell'amministrazione di negozi altrui mediante contratto di mandato. Se ciò risalta in maniera piana ed evidente, il passo successivo consisterà nell'interrogarsi sull'originalità del brano analizzato⁶³. «Il solo problema», fa notare ARANGIO-RUIZ⁶⁴ «è di vedere se questa decisa esclusione dell'*a. negotiorum gestorum* risalga davvero ad Ulpiano, o se sia l'effetto di un rabberciamento operato dai compilatori di Giustiniano». La risposta più convincente appare, a ben vedere, quella proposta dall'Autore stesso⁶⁵. Lo studioso suggerisce di considerare, ancora una volta il passo di Gaio, contenuto in Gai. 4, 84, in particolare al punto in cui

⁶³ Non si ravvisano indagini che abbiano condotto a risultati che inducano a sospettare fortemente del passo considerato. E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 519, dichiara genericamente di considerare il testo «fortemente rimaneggiato»; S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem»*, cit., p. 622, nt. 79, ritiene non rispettata la *consecutio temporum* all'interno del passo; si consideri sul punto LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1883, p. 102, nt. 2, il quale avrebbe sospettato che la frase «*verum idcirco, quod mandatum susceperit*» fosse un glossema e, aggiunge il Solazzi, «forse è un commento postclassico tutta la seconda parte *nec enim ideo...*». Ciò, tuttavia, proverebbe poco ai nostri fini, in quanto lascia immutata la parte iniziale del passo. Lo stesso V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 63, si dichiara, con una certa convinzione, a favore dell'originalità del frammento, così scrivendo: «In verità, nessuno fra gli scrittori che, come abbiamo visto, hanno radicalmente combattuto la guerra al mandato, ha portato elementi critici notevoli contro la genuinità del passo citato; e l'essere il passo tutto impostato sulla negazione di un'azione che non è quella commentata a questo punto da Ulpiano si potrebbe assai bene spiegare come indicazione di un progresso che la scienza giuridica avesse compiuto, respingendo la dottrina già professata da Sabino».

⁶⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 63. Dopo aver sollevato tale problema, lo studioso ribadisce il proprio punto di vista, in forza del quale, nessuno degli scrittori che hanno «combattuto la guerra contro il mandato» sarebbe, di fatto, riuscito nel proposito di dimostrare, con l'apporto di «elementi critici notevoli», la non genuinità del passo.

⁶⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 64 ss. L'Autore suggerisce di testare la genuinità del passo ulpiano in seguito ad un'indagine da condursi su altri brani della stessa epoca, al fine di accertare se in essi si possano rinvenire soluzioni analoghe, una volta escluso l'intervento interpolazionistico sugli stessi. I passi posti sotto la lente d'ingrandimento dello studioso sono quelli che lui stesso definisce come «i più significativi»: D. 15, 3, 3, 2 (Ulp. 29 *ad ed.*), considerato interpolato; segue la ripresa di Gai 4, 84, con attenzione concentrata sulla portata della frase «*sunt qui putant*»; Cons. 3, 6 (=Paul. *Sent.* 1, 3, 3) e D. 46, 3, 34, 4 (Iul. 54 *dig.*), citati usualmente quali prove dell'impiego della terminologia di procuratore ad indicare il gestore di negozi altrui e considerati entrambi sospetti; D. 47, 2, 54, 3 (Paul. 39 *ad ed.*), riguardo al quale l'Autore esclude fermamente la possibilità di premettere la parola *procurator* (intervento suggerito dal Solazzi). Deporrebbero a favore di una concorrenza delle due azioni (*actio mandati* e *negotiorum gestorum*) i seguenti brani: il passo di Quintiliano in *Inst. orat.* 7, 4, 35; D. 15, 3, 3, 2 (Ulp. 29 *ad ed.*), proprio in quanto interpolato; e infine, in tema di processo, in quanto idonei a suggerire egualmente competenti le due azioni (*actio mandati* e *negotiorum gestorum*), i frammenti contenuti in D. 44, 2, 5 (Ulp. 74 *ad ed.*) e in D. 3, 5, 16 (Ulp. 35 *ad ed.*). La riflessione conduce l'Autore a concludere di ritenere molto probabile la tesi per cui l'introduzione e l'impiego dell'*actio mandati* in età classica non abbia comportato l'automatica esclusione del ricorso all'*actio negotiorum gestorum*; sembra infatti sopravvivere in alcuni casi l'antica regolamentazione del rapporto, benché destinata certamente ad ottenebrarsi, per andare progressivamente incontro ad un definitivo superamento in favore di una disciplina totalmente nuova. D'altra parte, conclude lo studioso: «Anche dove non è usata l'espressione tradizionale relativa al *se offerre*, l'interventore spontaneo negli affari di un assente è di solito indicato con una frase descrittiva del suo atteggiamento, senza dargli il nome di *procurator*».

recita: «*sunt qui putant*» e poi continua «*eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum*». Questo uso, proprio dallo stesso stesso Gaio, viene, dunque, attribuito ad una minoranza. Che, in taluni casi, nel concreto della realtà quotidiana, si potesse ravvisare, ancora in età classica, l'impiego del termine *procurator* anche ad indicare un soggetto «*cui non sit mandatum*», appare ammissibile e giustificabile sulla base della sopravvivenza dell'antica definizione del rapporto; essa infatti non è destinata ad una cancellazione netta ed improvvisa, bensì ad un superamento graduale e senza strappi, nel contesto di un ordinamento in cui opera il metodo casistico e che appare incessantemente plasmato dall'opera della giurisprudenza, qual è il tipico ordinamento dell'esperienza giuridica romana. Dunque, la giurisprudenza, con sua tendenza amalgamatrice sarebbe intervenuta operando per un avvicinamento degli istituti di procura e mandato, in quanto contigui sia da un punto di vista sociale, sia da un punto di vista economico e ciò, precisa l'Autore, «certo con qualche fatica ed esitazione nell'atto del distaccarsi dai vecchi schemi, ma senza esserne eccessivamente aduggiata»⁶⁶.

Dato per assodato che, nell'esperienza dell'ordinamento romano, sono da escludersi cambiamenti repentini e mutamenti radicali di regime nel breve periodo e ammessa la sopravvivenza, in talune ipotesi, dell'*actio negotiorum gestorum* in età classica, è tuttavia indispensabile sottolineare che, proprio in tale epoca, anche in ragione del venir meno del contrasto tra procura (da intendersi come atto di portata generale) e mandato (da leggersi quale mezzo di conferimento di incarichi a carattere speciale) si sarebbe venuto progressivamente ad affermare il ricorso a tale contratto ai fini del conferimento di tutti i compiti connessi all'amministrazione generale del patrimonio e degli affari altrui⁶⁷.

⁶⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 55.

⁶⁷ Si considerino in tal senso le riflessioni condotte da F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 22 ss. Dichiara infatti lo studioso: «Certamente, se da un lato si deve riconoscere un'origine sociale e quasi metagiuridica del *procurator*, dall'altro va altresì riconosciuto che in età classica - anche per il progressivo venire meno del contrasto fra generalità della procura e specialità del mandato - si sia progressivamente affermata la possibilità di compiere il conferimento di incarichi di amministrazione generale attraverso un semplice contratto di mandato». In particolare si consideri la nt. 52 (e la bibliografia in essa riportata), densa di nozioni fondamentali, nel contesto della quale vengono delineati e riassunti i tratti essenziali della figura del procuratore così come è stata interpretata dagli esponenti di due distinti orientamenti dottrinali; l'Autore parla a tal proposito di un «dualismo dottrinale» in base al quale, da un lato, il procuratore sarebbe stato visto come una figura sociale, non riconducibile ad un concetto

Infine rileviamo il fatto che, nelle fonti giustinianee, gli esempi di procuratori-gestori sono davvero molti rari⁶⁸.

Sulla base di tutte le considerazioni riportate si ritiene ad oggi piuttosto concordemente che il soggetto denominato procuratore, di cui parlano le fonti di epoca classica, possa essere considerato, nella maggior parte dei casi, un incaricato dell'amministrazione degli affari di un *dominus negotii*, legato a quest'ultimo in forza di un vincolo giuridico discendente dal contratto consensuale di mandato.

giuridico; dall'altro, secondo una visione diametralmente opposta, sarebbe stato considerato come una figura giuridica unitaria.

⁶⁸ In tal senso si esprime P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 164. A conferma di tale affermazione, l'Autore richiama un fondamentale passo ulpiano concernente la valenza della ratifica in ordine all'attività posta in essere da un procuratore non mandatario. D. 46, 8, 12, 1 (Ulp. 80 *ad ed.*): «*Rem haberi ratam hoc est comprobare adgnoscerique quod actum est a falso procuratore*». Secondo lo studioso l'impiego dell'attributo *falsus* da parte dei compilatori rende evidente quanto sarebbero fuori luogo nella compilazione giustiniana le fattispecie classiche concernenti procuratori-gestori. Testimonierebbero la sopravvivenza, in alcuni casi, in età classica, del procuratore-gestore, i seguenti passi: D. 46, 3, 34, 4 (Iul. 54 *dig.*); Cons. 3, 6; D. 46, 3, 58 pr. (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 47, 2, 54 (53), 3 (Paul. 39 *ad ed.*); D. 46, 3, 71, 1 (Cels. 27 *dig.*).

CAPITOLO III

DEFINIZIONE DI *FALSUS PROCURATOR*

SOMMARIO: 1. *Nozione di falsus procurator.* - 2. *Riferimenti lessicografici.*

1. *Nozione di falsus procurator.*

Il sintagma *falsus procurator* ricorre più volte nelle fonti giuridiche romane: tenendo presente che il metodo impiegato dai *prudentes* romani è un metodo casistico, può non creare eccessivo stupore il fatto che tale espressione risulti impiegata nelle fonti con significati non sempre coincidenti. Rilievo, quest'ultimo, che si giustifica *a fortiori* in un ordinamento ispirato al *ius controversum* e per ciò stesso, talvolta, aperto a fenomenologie addirittura contraddittorie.

E', in particolare, acceso il dibattito sulla considerazione della figura del *falsus procurator*¹ in relazione agli istituti della *negotiorum gestio*² e del mandato³.

¹ Si veda, per quanto concerne la tematica relativa al *falsus procurator*: G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 60 ss; P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 258 ss.; O. MILELLA, *Il libertus procurator*, cit., p. 377 ss.; E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 509; F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, p. 98 ss; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78; A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, p. 37 ss.; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952 p. 52; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 148 ss.; V. SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., p. 101 ss.; P. MEYLAN, *Per procuratorem possessio nobis adquiri potest*, in *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 105 ss.; M. BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, in «Labeo», I, 1955, p. 280; F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in «BIDR», LIX-LX, 1956, p. 15; S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., p. 557 ss.; IDEM, *Procuratori senza mandato*, cit., p. 569 ss; IDEM, *L'errore nella "condictio indebiti"*, cit., p. 159; G. NICOSIA, *Acquisto del possesso «per procuratorem» e «reversio in potestatem domini» delle «res furtivae»*, in «IURA», XI, 1960, p. 189 ss.; A. WATSON, *Contract of mandate*, cit., p. 36 ss.; F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, p. 411; J.A.C. THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, p. 409 ss.; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 225; O. BEHREND, *Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts*, in «ZSS», LXXXVIII, 1971, p. 215 ss.; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327; R. QUADRATO, *D. 3, 3, 1 pr.* p. 210 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², cit., p. 100 ss.; G. MAC CORMACK, *Nomination: Slaves and procurators*, in «RIDA», XXIII, 1976, p. 191 ss.; P. APATHY, *Procurator*

Se si intende prendere le mosse dalla principale e maggiormente nota definizione di *procurator*, quella contenuta in D. 3, 3, 1 pr.⁴ (Ulp. 9 *ad ed.*), con cui si apre il titolo «*de procuratoribus et defensoribus*» e punto di partenza imprescindibile nella prospettiva di condurre un'indagine in tale direzione, la problematicità della figura si palesa *ictu oculi*.

und solutio, in «ZSS», XCVI, 1979, p. 65 ss.; M. KASER, *Stellvertretung*, cit., p. 146 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II, cit., p. 404 ss.; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*. I. *Dell'obbligo di dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in «AG», LXXXIX, 1923. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, p. 103 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 135 ss.; A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 186 ss.

² Per una vasta ed accurata bibliografia in materia, si veda A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio*, cit., p. 227 ss.

³ Per un'esauritiva bibliografia su tale tematica, si veda S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., p. 4 s. e, in particolare, nt. 11.

⁴ Il passo è stato oggetto di approfondite ricerche. L'interrogativo che costituisce il fulcro attorno al quale le indagini ruotano è quello relativo alla genuinità del frammento. Parte della dottrina propende per la genuinità di esso; si veda in questo senso: V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 58; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327; B. FRESE, *Defensio, solutio, expromissio*, cit., p. 401, nt. 10; A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 186 ss.; M. KASER, *Stellvertretung*, cit., p. 188, nt. 152; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 334; J.H. MICHEL, *Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, in *Études offertes à Jean Maqueron*, Aix-en Provence, 1970, p. 516; O. MILELLA, *Il libertus procurator*, cit., p. 378 ss.; R. ORESTANO, s.v. *Rappresentanza* (diritto romano), cit., p. 798; R. QUADRATO, *D. 3, 3, 1*, cit., p. 210; R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza* (dir. rom.), cit., p. 425; H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, cit., p. 109; S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., p. 227 ss.; L. VACCA, *Ancora sul problema*, cit., p. 280 s. Contro la genuinità del frammento, si sono, invece, schierati: E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 502; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 51 ss.; O. BEHREND, *Die Prokurator*, cit., 292; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 150; O. PAPERI, *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in «SDHI», LXIII, 1997, p. 412, nt. 43; G. PROVERA, s.v. *Mandato (storia)*, in «E.D.», XXV, [Varese], 1975, p. 313; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 15. In base alla lettera di tale frammento, il procuratore propriamente detto risulterebbe essere soltanto il soggetto che si occupa di gestire affari altrui sulla base delle previsioni contenute in un contratto di mandato. Può essere interessante sottolineare il fatto che una concezione di questo tipo permetterebbe di supporre, sulla base di un ragionamento *a contrario*, che i giuristi, i quali avessero denominato procuratore il mandatario, potessero essere indotti ad affiancare l'aggettivo *falsus* al sostantivo *procurator* laddove, mancando il contratto consensuale di mandato, il soggetto agisse per la gestione di affari altrui *sua sponte*. Una concezione di questo tipo è fermamente respinta da E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 501 s. L'Autore si premura anzitutto di negare la genuinità del passo. Precisamente l'interpolazione riguarderebbe l'espressione "*mandatu domini*". Il frammento sarebbe, secondo l'Albertario, chiara testimonianza di una fusione tra procura e mandato, fusione che si sarebbe verificata non prima dell'epoca postclassica. Viene dunque ribadito dall'Autore il fatto che il procuratore, in origine, si sarebbe visto riconoscere ampie facoltà sulla base, per lo più, della sua posizione di fatto, non invece in virtù un rapporto contrattualmente regolamentato. L'essenza della figura del procuratore (quale soggetto distinto dal mandatario) viene ulteriormente ribadita richiamando due importanti fonti, ovvero un noto passo di Cicerone, contenuto in Top. 10, 42 ed uno di Paolo, tratto da Consult. 3, 6, che danno forza alla distinzione suggerita dall'Autore. Per quanto poi concerne, nello specifico, la dicotomia *verus/falsus procurator*, l'Albertario ritiene che si tratti di terminologia di matrice postclassico-giustiniana, la quale avrebbe rispecchiato una concezione profondamente mutata del rapporto procura/mandato. Egli tuttavia ammette (e sarà seguito in questa direzione da buona parte della dottrina) l'uso dell'aggettivo *verus* ad indicare il procuratore contrapposto al simulatore, già per l'epoca classica.

Può essere dunque utile riportarne il tenore:

D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 ad ed.): «*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*».

Tr.: «Procuratore è colui che amministra gli affari altrui sulla base del mandato del *dominus* ».

E' necessario sottolineare il fatto che, nel caso di specie, il giurista severiano si riferisce ad un *procurator ad litem*⁵ e, su questo presupposto, sorge la necessità di ricordare la differenza intercorrente tra il *procurator*⁶ in generale e il *procurator*

⁵ A proposito della figura del *procurator ad litem* e delle tematiche ad essa connesse si vedano tra gli altri: B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in «SDHI», XXVIII, 1962, p. 100 ss.; G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in «Index», IX, 1980, p. 193 ss.; S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem»*, cit., p. 115 ss. Si vedano ulteriori riferimenti alla dottrina in ordine alla figura *de qua* in O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del «procurator ad litem»*, cit., p. 37 ss. In particolare, nell'ambito di tale contributo si sottolinea il fatto che, secondo parte della dottrina, il solo *procurator* legittimato a sostituire il *dominus* nel processo fosse, in origine, il *procurator omnium bonorum* preposto alla generale amministrazione e gestione di un patrimonio; il concetto di *procurator ad litem* si sarebbe formato progressivamente nel corso dell'epoca classica. Si veda in tal senso: P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 181 ss.; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 325; MECKE, *Die Entwicklung*, cit., p. 106; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., p. 329 ss. *Contra* B. FRESE, *Procurator und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mèlanges Cornil*, I, 1926. Ora in *Studi Bonfante*, IV, 1930, p. 402., secondo l'opinione del quale il procuratore processuale costituito mediante mandato non sarebbe esistito in epoca classica. La classicità di tale figura è infine ribadita da S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, cit., p. 601 s., in particolare nel contesto della nt. 2, alla stessa pagina, all'interno della quale l'Autore riprende la critica condotta dal Frese a proposito del passo contenuto in P.S. 1, 3, 2, per discostarsi motivatamente dalla posizione assunta da quest'ultimo rispetto a tale figura.

⁶ Davvero abbondante la dottrina che affronta la tematica relativa alla figura del procuratore. Si veda: F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 1 ss.; S. SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 1 ss.; E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 495 ss.; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 103 ss.; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 135 ss.; S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., p. 557 ss.; IDEM, *Procuratori senza mandato*, cit., p. 569 ss.; IDEM, *Ancora procuratori senza mandato*, in «RIL», LVII, 1924. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1960, p. 609 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); B. FRESE, *Procurator und negotiorum gestio*, cit., p. 325 ss.; IDEM, *Das Mandat in seiner Beziehung*, cit., p. 399 ss.; F. DE ROBERTIS, «*Invitus procurator*», cit., p. 9 ss.; S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, cit., p. 601 ss.; IDEM, *Il «procurator ad litem»*, cit., p. 115 ss.; IDEM, *C. 8, 15, 1 e le facoltà del 'procurator omnium bonorum'*, in «SDHI», XXIII, 1957, p. 297 ss.; F. SERRAO, *Il procuratore*, Milano, 1947; R. QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, cit., p. 3 ss.; M. BREONE, *Adquisitio per procuratorem?*, cit., p. 280 ss.; O. MILELLA, *Il libertus procurator*, cit., p. 377 ss.; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 215; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 307 ss.; R. QUADRATO, *D. 3, 3, 1 pr.*, cit., p. 210 ss.; G. NICOSIA, s.v. *Possesso* (diritto romano), in «Dig. IV», XIV, Torino, 1966, p. 83 ss.; A. CENDRELLI, *La negotiorum gestio*, cit., p. 103 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, cit., p. 215 ss.; J. AMANN, *Über den Begriff des procurator und des mandatarius nach römischem Recht*, Heidelberg, 1879; F. EISELE, *Cognitur und Prokuratur. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Freiburg-Tübingen, 1881, p. 1 ss.; M. WLISSAK, *Zur Geschichte der*

ad litem nello specifico, in relazione al legame esistente tra queste figure giuridiche e il contratto consensuale di mandato⁷.

Secondo la tesi sostenuta da GUARINO⁸, mentre con riferimento alla prima figura, si sarebbe giunti, in epoca classica, ad ammettere l'applicazione, alternativamente, di un'*actio negotiorum gestorum* e di un'*actio mandati*, a seconda che si trattasse o meno di un procuratore mandatario, la seconda figura sarebbe risultata, invece, sin dal principio, quella di un procuratore necessariamente munito di mandato.

Il punto di vista del maestro napoletano trova un addentellato in alcune considerazioni espresse, sul punto, da ARANGIO-RUIZ⁹. Questi ritiene, infatti, che, in primo luogo, proprio l'esistenza di una figura come quella del *procurator ad litem* fosse idonea a mettere in luce un'esigenza di avvicinamento della procura al mandato e, in secondo luogo, che, di fatto, procura e mandato si distinguano in base alla differente prospettiva dell'osservatore di tali fenomeni¹⁰.

Gli interrogativi suscitati dalla considerazione dei rapporti intercorrenti tra procura-mandato-gestione di negozi altrui si intersecano immancabilmente con le problematiche connesse alla dicotomia *verus/falsus procurator*.

Cognitur, in *Festgabe Jhering*, Breslau, 1892, p. 1 ss.; M. BING, *Verhältnis des Auftrages zur Vollmacht vom Standpunkte des modernen wie des römischen Recht, unter Beurteilung der Laband'schen Theorie*, Erlangen, 1897, p. 1 ss.; G. LE BRAS, *L'évolution général du procureur*, cit., p. 1 ss.; R. DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung im frührepublikanischen römischen Recht*, «ZSS», LVII, 1950, p. 162 ss.; H. KRELLER, *Das Rechtsinstitut der Stellvertretung. Historische und theoretische Gedanken*, in *Juristische Blätter*, LXX, 1948, p. 221 ss.; P. MEYLAN, *Per procuratorem*, cit., p. 105 ss.; G. NICOSIA, *Acquisto del possesso «per procuratorem» e «reversio in potestatem domini» delle «res furtivae»*, in «IURA», XI, 1960, p. 189 ss.; B. MECKE, *Die Entwicklung*, cit., p. 100 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Darlehensgewährung durch den Prokurator*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 1, Milano, p. 149 ss.; J.H. MICHEL, *Quelques observations*, cit., p. 515 ss.; O. BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in «ZSS», LXXXVIII, 1971, p. 215 ss.; G. PROVERA, *Mandato (storia)*, in «ED», XXV, 1975, p. 103 ss.; P. APATHY, *Procurator und solutio*, in «ZSS», XCVI, 1979, p. 65 ss.; U. KRENZ, *Der Besitzerwerb «per procuratorem»*, in «Labeo», XLIII, 1997, p. 401 ss.; A. LOVATO, *Traditio e conventio nel settimo libro delle Disputationes ulpianee*, in «SDHI», LXVII, 2001, p. 79 ss.; C. SCHÄFER, *Spitzenmanagement in Republic und Kaiserzeit. Die Prokuratoren von Privatpersonen im Imperium Romanum von 2. Jh v. Chr. Bis zum 3. Jh. N. Chr.*, St. Katharinen, 1998. Sempre esaustivo sulla valenza del termine il FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, III, Patavini, 1805, p. 882.

⁷ Su tale connessione si consideri, *supra*, cap. II, §§ 3 e 4.

⁸ A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 192. Si tratta di limpide chiose al più volte citato lavoro di Vincenzo Arangio-Ruiz sul mandato.

⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 52 ss.

¹⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 53.

Facendo riferimento alle due espressioni *verus procurator* e *falsus procurator*, si è detto che esse, nelle fonti, non sembrano esprimere costantemente un identico concetto. Mentre, in alcuni passi, l'espressione *falsus procurator* indica colui che procuratore non è, ma, simulando, si finge tale al fine di ingannare la controparte¹¹, in modo che l'atteggiamento psicologico del soggetto diventa carattere rilevante nella definizione della figura giuridica, in altre fonti e da un diverso punto di vista, l'elemento essenziale di discriminazione tra il *falsus* e il *verus procurator* sembra essere la presenza o l'assenza di un mandato: il *falsus procurator* sarebbe colui che agisce privo di tale contratto¹². Così si potrebbe essere indotti a ritenere con DONATUTI che, nel contesto di quest'ultimo gruppo di fonti, «*verus e falsus procurator* appaiono non come termini che rispettivamente affermano o negano il concetto di *procurator*, ma soltanto come specie di questo, in modo che il *falsus procurator*, invece di essere la negazione di ogni procura, ne diviene un esempio»¹³.

Su tale problematica si è soffermato ARANGIO-RUIZ, il quale, muovendo dalla constatazione che talvolta, nelle fonti, l'interpolazione apparirebbe mal eseguita, rileva che, proprio tale fatto, avrebbe indotto ad intravedere nella dogmatica giustiniana due categorie di procuratori: i veri distinti dai falsi. Secondo l'Autore non si può disconoscere il fatto che «in verità, l'aggettivo *falsus* ha anche in questa occasione, come in tutte le altre che si conoscono dal linguaggio giuridico e dalla lingua in generale, valore privativo [...]»¹⁴. L'aggettivo *falsus*, a precedere il termine *procurator*, non starebbe dunque, secondo lo studioso, ad indicare una

¹¹ Fonti di riferimento, in questo senso, sono: D. 16, 3, 13 pr. (Paul. 31 *ad ed.*); D. 39, 1, 13, 2 (Iul. 41 *dig.*); D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 *resp.*); D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*); D. 47, 2, 81, 5 (Pap. 12 *quaest.*); D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*); C. 4, 5, 8. In tutti questi passi *verus* e *falsus procurator* conservano il significato, rispettivamente, di procuratore e non procuratore. Ulteriori passi sarebbero idonei a confermare l'indifferenza del mandato per la procura; in essi si parla di *procuratores* quali semplici *negotiorum gestores*. Fonti di riferimento in questo senso sono: D. 15, 3, 17 pr. (Afr. 8 *quaest.*); D. 17, 1, 50 pr. (Cels. 38 *dig.*); D. 21, 1, 51, 1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 27, 3, 3 (Pomp. 5 *ad Sab.*); D. 34, 3, 8, 6 (Pomp. 6 *ad Sab.*); D. 46, 3, 34, 4 (Iul. 54 *dig.*); D. 46, 8, 12, 2 (Ulp. 80 *ad ed.*); Consult. 3, 6 *Ex Pauli Sententiarum* lib. 1.

¹² Fonti di riferimento in questo senso sono: D. 3, 3, 40, 2 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 5, 1, 56 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 39, 1, 5, 18 (Ulp. 52 *ad ed.*); D. 43, 16, 1, 13 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 46, 8, 12, 1 (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 46, 8, 22, 8 (Iul. 56 *dig.*); D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*); C. 2, 12, 24; C. 6, 2, 19.

¹³ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., pp. 136 s.

¹⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78.

specie di procuratore (quello privo di un mandato che lo leghi al suo *dominus*), ma sarebbe idoneo a privarlo della qualità stessa di *procurator*.

2. Riferimenti lessicografici.

Per quanto concerne la valenza dell'espressione *falsus*¹⁵ *procurator*¹⁶, è indispensabile prendere le mosse dall'analisi delle più note raccolte lessicografiche.

Nel Manuale di DIRKSEN¹⁷, la descrizione delle valenze del termine *procurator* ha inizio sottolineando la stretta connessione con il *curator*.

Al secondo significato del termine offerto dal Manuale, quello di soggetto incaricato di gestire ed amministrare affari alle dipendenze di un *dominus*, si contrappone l'accezione di *procurator* quale soggetto «*qui rebus alienis tuendis sine mandato se obtulit*»: si tratterebbe, cioè, di un *voluntarius procurator*; ma vi figura anche colui «*qui, mandatis ab alio actionibus, proprii comodi gratia experitur*», quale *procurator in rem suam*.

All'interno dello stesso Manuale, all'attributo *falsus* viene dato il significato di *commenticius*, *simulatus*, *erroneus* e, in particolare, viene richiamata la figura del creditore quale *falsus creditor* («*qui se simulat creditorem*»)¹⁸, mentre non risulta un esplicito riferimento al *falsus procurator*.

Tuttavia, alla voce *verus* del DIRKSEN¹⁹ compare il richiamo al *verus procurator*, quale opposto di *falsus*. All'attributo *verus* viene attribuita la valenza di «*veritate subnixus. Non simulatus*»; in secondo luogo, esso ha il significato di *iustus*, *conveniens*. Il suo opposto è *falsus*, come nell'espressione «*falsus tutor*».

¹⁵ Per ciò che attiene alla valenza tecnica *stricto sensu* dell'attributo *falsus* si veda A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1985, s.v. *fallō* e A. WALDE-J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch I-II*, Heidelberg, 1982, s.v. *fallō*. Il FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, cit., p. 600, allude, invece, all'attributo *falsus* solo come derivativo da *fallax*.

¹⁶ Sulla valenza del termine *procurator* si veda FORCELLINI, s.v. *Procurator*, *Lexicon totius latinitatis* cit., p. 882.

¹⁷ H.E. DIRKSEN, s.v. *Falsus*, in *Manuale Latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini, 1837, p. 366.

¹⁸ D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*).

¹⁹ H.E. DIRKSEN, s.v. *Verus*, in *Manuale Latinitatis*, cit., p. 994.

Di particolare utilità, soprattutto in virtù della ricchezza delle fonti elencate, risulta l'analisi del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*²⁰.

Sotto la voce «*Procurator ad litem*»²¹, alla definizione: «*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus*»²² segue, dopo una prima elencazione di passi che fanno riferimento alla nozione privatistica della figura del *procurator*²³, una seconda elencazione di testi nei quali compare proprio la qualificazione di tale figura giuridica in termini di *falsus*²⁴ e di *verus*²⁵ *procurator*. Infine, viene ricordato un unico passo nel quale il procuratore è definito con una litote, e cioè *non verus*²⁶.

Alla generica voce *Procurator*, nell'*Encyclopedic Dictionary of Roman Law*²⁷ di ADOLF BERGER, non è possibile leggere alcun riferimento esplicito alla figura del *falsus procurator*.

La definizione che viene data è quella tradizionale desunta da D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*), dalla quale sembra potersi inferire il ruolo fondamentale del mandato, quale elemento essenziale del concetto di *procurator*. Il *procurator* (in

²⁰ *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, IV/1, (N-P), Editus per B. Kübler (nam-per/1) et M. Meinhart (per/2-pyxis), Berlin-New York, 1914- 1936- 1985.

²¹ VIR, s.v. *Procurator ad litem*, IV/1, cit., col. 1190 ss.

²² D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*).

²³ Si tratta dei seguenti passi: D. 12, 6, 67 (Scaev. 5 *dig.*); D. 16, 2, 18 (Pap. 3 *resp.*); D. 21, 2, 64 (Pap. 28 *quaest.*); D. 26, 7, 42 (Pap. 1 *def.*); D. 2, 2, 3 (Ulp. 3 *ad ed.*); D. 3, 3, 8 (Ulp. 8 *ad ed.*); D. 3, 3, 25 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3, 3, 27 (Ulp. 1 *disp.*); D. 3, 3, 29 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3, 3, 33 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3, 3, 55 (Ulp. 65 *ad ed.*); D. 10, 2, 2 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 17, 1, 8 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 42, 1, 4 (Ulp. 58 *ad ed.*); D. 44, 4, 4 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 49, 4, 1 (Ulp. 1 *de app.*); D. 2, 14, 13 (Paul. 3 *ad ed.*); D. 3, 3, 30 (Paul. 1 *sent.*); D. 3, 3, 61 (Paul. 4 *resp.*); D. 4, 4, 24 (Paul. 1 *sent.*); D. 12, 2, 17 (Paul. 18 *ad ed.*); I. 2, 3; I. 3, 9; D. 20, 6, 8 (Marcian. *Lib. Sing. Ad form. Hyp.*); D. 49, 1, 20 (Mod. *lib. Sing. de praescri.*); Vat. Frag. 339; D. 20, 6, 7 (Gai. *lib. sing. ad form. Hyp.*); D. 46, 7, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*); D. 46, 2, 20 (Paul. 72 *ad ed.*); D. 46, 3, 87 (Cels. 20 *dig.*); D. 3, 3, 47 (Iul. 4 *ad Urs. Fer.*); D. 2, 14, 12 (Ulp. 4 *ad ed.*); D. 3, 3, 1 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 44, 4, 4 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 47, 10, 17 (Ulp. 57 *ad ed.*); D. 3, 6, 7 (Paul. 10 *ad ed.*); D. 14, 3, 6 (Paul. 30 *ad ed.*); D. 12, 6, 6 (Paul. 3 *ad Sab.*).

²⁴ Il termine ricorre nei passi che richiamiamo di seguito: D. 39, 1, 13 (Iul. 41 *dig.*); D. 47, 2, 44 (Pomp. 19 *ad Sab.*); D. 46, 8, 3 (Pap. 12 *resp.*); D. 47, 2, 81 (5) (Pap. 12 *quaest.*); D. 43, 16, 1 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 46, 8, 12 (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 47, 2, 43 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*).

²⁵ Il termine ricorre nei passi che richiamiamo di seguito: D. 46, 8, 22 (Iul. 56 *dig.*); D. 47, 2, 81 (80) (Pap. 12 *quaest.*); D. 3, 3, 40 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 5, 1, 56 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 15, 4, 1 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 49, 1, 5 (Ulp. 52 *ad ed.*); D. 43, 16, 1 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 16, 3, 13 (Paul. 31 *ad ed.*); D. 17, 1, 26 (Paul. 32 *ad ed.*).

²⁶ D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 *ad Sab.*).

²⁷ A. BERGER, s.v. *Procurator*, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 654.

private law) è, infatti, definito come segue: «*One who administers another's affairs under his authorization (mandatu)*»²⁸.

Ivi, si precisa che la procura sarebbe stata distinta dal mandato in senso tecnico: il *procurator omnium bonorum* «acted either under a general authorization or, at times, as a *negotiorum gestor* and for an absent principal»²⁹.

Il *procurator unius rei*³⁰ risulterebbe, invece, di creazione più tarda.

E', dunque, opportuno considerare, alla voce *falsus*, nel medesimo dizionario, la definizione dedicata specificamente al *falsus procurator*, descritto come «one who falsely assumes the role of another's representative (mandatary)»³¹. Dall'esame di questa definizione, il *falsus procurator* sembrerebbe essere colui che falsamente assume il ruolo di rappresentante; colui, dunque, che simula di essere rappresentante o, *rectius*, colui che simula di essere mandatario pur risultando privo di mandato. In tal modo la presenza di un mandato tornerebbe ad essere elemento essenziale nel definire il concetto di *falsus procurator*.

Ancora nell' *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* si trova la specifica definizione del termine *verus*, quale opposto di *falsus*.

Di questo attributo si legge: «It is opposed to *falsus*»³²; esso è reso come «Real, true, authentic»³³ e viene descritto come aggettivo «also used to indicate the real (not simulated or fictitious) legal quality of a transaction or personal situation (e.g., *verus emptor, debtor, heres, dominus, vera donatio, verum divortium*)»³⁴.

Innumerevoli rimangono le difficoltà per chi si proponga di circoscrivere la realtà di una figura così sfaccettata in una rigida definizione.

Tuttavia, da un lato, si può tenere in considerazione la conclusione alla quale, nel suo contributo sul *procurator*³⁵, perviene QUADRATO; L'Autore infatti, dopo aver ribadito l'autenticità di D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*), sostiene che non vi sarebbe inconciliabilità tra un *procurator* che agisca *mandatu domini* e

²⁸ A. BERGER, s.v. *Procurator*, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 654.

²⁹ A. BERGER, s.v. *Procurator*, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 654.

³⁰ Per un'approfondita riflessione su tale figura giuridica si veda E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 497 ss.

³¹ A. BERGER, s.v. *Falsus Procurator*, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 467.

³² A. BERGER, s.v. *Verus*, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p. 762.

³³ A. BERGER, s.v. *Verus*, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p.762.

³⁴ A. BERGER, s.v. *Verus*, *Encyclopedic Dictionary*, cit., p.762.

³⁵ R. QUADRATO, *D. 3, 3, 1 pr.*, cit., p. 223.

l'esistenza, ancora in epoca classica, di un *procurator* interventore spontaneo. D'altra parte, nonostante la dimostrata originalità del passo, non è possibile, *a contrario*, sostenere che il *falsus procurator* fosse costantemente, nelle fonti classiche, un soggetto privo di mandato.

Secondo buona parte degli studiosi³⁶ l'attributo *falsus* sarebbe un'alterazione di paternità dei compilatori giustinianeï. Esso, in maniera più o meno riuscita, sarebbe stato inserito nelle fonti classiche ogniqualvolta in esse si fosse rinvenuto un riferimento ad un *procurator* gestore spontaneo; secondo tale prospettiva, per l'età giustiniana, il testo di Ulpiano contenuto in D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*) avrebbe potuto svolgere una funzione programmatica rispetto alla successiva trattazione concernente i procuratori.

Sulla scorta della letteratura più recente³⁷, si sostiene, con maggiore circostanziazione, che, con ogni probabilità, l'attributo *falsus* riferito a *procurator* fosse impiegato già in età classica, ma che, in quell'epoca, con esso ci si riferisse ad un soggetto che, non avendo ricevuto alcuna investitura formale dal proprio *dominus* simulasse, fingesse di avere una legittimazione che in realtà non sussisteva³⁸.

Si è dunque voluta sottolineare, da parte dei più recenti studiosi, una linea di demarcazione a dividere due epoche (quella classica e quella giustiniana) e, parallelamente, due diversi modi di impiego dell'espressione *falsus procurator*: *falsus* in quanto simulatore e *falsus* in quanto privo di mandato.

³⁶ Così, senza dubbio, per V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78.

³⁷ La terminologia tecnica è ritenuta frutto di interpolazione riconducibile a mano giustiniana solo quando il riferimento non sia al simulatore, bensì al *negotiorum gestor*. Si veda in questo senso I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., pp. 21 s., nt. 60. In particolare, a p. 22 l'Autrice parla di una: «[...] ormai comunemente condivisa classicità del *falsus procurator* nella sua accezione di chi appariva essere *procurator* senza in realtà esserlo». Ritengono genuino l'impiego dell'attributo *falsus* quando con esso si intenda indicare il simulatore: G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 135 ss.; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 225; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327.; P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 258 ss.; R. QUADRATO, *D. 3, 3, 1 pr.*, cit., p. 210 ss.

³⁸ Sul punto si veda, *supra*, quanto già precisato all'interno del cap. I del presente lavoro, in particolare al § 3.2.

CAPITOLO IV

FALSI PROCURATORES SIMULATORI

SOMMARIO: 1. *La simulazione mediante l'assunzione del nome altrui: un unicum nelle fonti.* - 2. *Il pagamento effettuato al falsus procurator di Tizio e le conseguenze della ratihabitio.* - 3. *Il pagamento effettuato dal soggetto «qui rem Titii agebat» ad un falsus procurator e conseguenze della ratihabitio del dominus.*

1. *La simulazione mediante l'assunzione del nome altrui: un unicum nelle fonti.*

A differenza dell'espressione *falsus creditor*, di cui si rileva un'unica, isolata, ricorrenza nelle fonti¹, la locuzione *falsus procurator* si trova ripetuta in svariate testimonianze².

In limine, nell'intento di considerare tale espressione nell'accezione di soggetto che simulasse di essere procuratore, ritengo significativo prendere le mosse da una particolare ipotesi, molto specifica, in cui si individua un caso di simulazione d'identità, tramite assunzione di un falso nome, da parte del così detto *falsus procurator* richiamato nel frammento.

In tale prospettiva prendiamo, dunque, in considerazione il passo contenuto in:

D. 47, 2, 81, 6 (Pap. 12 *quaest.*): «*Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine, quoque veri procuratoris, quem creditor habuit,*

¹ Si veda, in tal senso, il passo contenuto in D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*).

² Per quanto attiene agli esempi di impiego della locuzione *falsus procurator* si considerino, tra gli altri, i seguenti passi: D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*); D. 47, 2, 81(80) (Pap. 12 *quaest.*) ai §§ 5, 6, 7.

adsumpto debitorem alienum circumvenerit. quod aequè probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius».

Tr.: «D'altra parte il *falsus procurator* così certamente commetterà furto del denaro, se abbia raggirato il debitore altrui, assunto anche il nome del vero procuratore che il creditore avesse avuto. Ciò che, ugualmente, deve essere detto anche nei confronti di chi ha affermato che a lui si debba del denaro in quanto erede del creditore Sempronio, benché fosse un altro».

Nel frammento viene descritta la condotta di un soggetto che, «*nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto*» e proprio servendosi dolosamente di tale artificio, quindi agendo scientemente in tal senso, interviene per frodare il malcapitato debitore.

Per maggior precisione si ritiene di dover sottolineare il fatto che nel passo sono riportate due distinte ipotesi di frode a danno di un inconsapevole debitore, le quali vengono analizzate l'una dopo l'altra in virtù, evidentemente, di una coincidenza sostanziale delle conseguenze che da tali differenti condotte discendono sul piano del diritto.

Vediamo in che senso: in entrambi i casi viene descritto un raggio che si attua mediante l'assunzione dell'identità di altri; ciò si realizza attraverso l'usurpazione del nome altrui o dello *status* di erede appartenente ad altro soggetto (nella prima fattispecie si fa riferimento al nome del vero procuratore che altri abbia; nella seconda si esplicita che si tratta dell'identità dell'erede del creditore). Ne consegue, in entrambi i casi, un adempimento da parte del debitore che, immancabilmente, si ritrova a cadere nella trappola predisposta dall'impostore.

L'esito, conseguenza dell'inganno, non potrà che consistere nell'individuazione di una fattispecie di furto, con possibile esperimento, contro colui che è indebitamente apparso quale legittimato alla riscossione del credito, dell'*actio furti*.

Il frammento, dunque, come si è messo in luce, sembra costituire un *unicum*; in esso, infatti, si affronta e si descrive il solo caso rinvenibile nelle fonti in cui l'apparenza di una presunta legittimazione non discende dall'assunzione indebita

di un titolo, ma, addirittura, dall'appropriazione di un'altrui identità, attuata mediante l'usurpazione del nome di altri.

In entrambe le situazioni descritte i soggetti sfruttano l'identità altrui: quella del vero procuratore, che Papiniano ha premura di confermare «*quem creditor habuit*» e quella dell'erede di tal Sempronio, evidentemente realmente esistente; tutto ciò al fine di addivenire alla riscossione di un credito.

Riflettendo sul significato di questo frammento, soprattutto in seguito al necessario confronto col disposto di altri passi, in particolare con il testo contenuto in D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)³, può stupire il fatto che esso individui un caso molto circoscritto di responsabilità di chi riceve l'indebito⁴. Soffermandosi a considerare quanto statuito in questa sede si potrebbe, infatti, essere indotti ad ipotizzare il furto del falso procuratore solo in relazione al caso in cui sia individuabile una menzogna che interessi l'identità di costui⁵.

Questo rilievo ci induce immancabilmente ad interrogarci sui caratteri distintivi del così detto falso procuratore e sulle conseguenze del suo agire, dato il proposito di delineare i tratti fondamentali propri di tale figura giuridica.

La seconda fattispecie disciplinata nel contesto del passo non tratta la tematica del *falsus procurator*, descrive bensì il comportamento di un erede apparente, il quale interviene ad usurpare l'identità del reale erede di tal Sempronio, oramai deceduto, al fine di intascare un pagamento evidentemente oggettivamente dovuto al *de cuius*. Proprio tale, seconda, ipotesi di furto risulta fortemente sospetta di rimaneggiamento⁶. L'indagine da condursi su questa porzione del passo risulta,

³ Per un'approfondita esegesi di tale passo si veda, *infra*, cap. VII, § 1.

⁴ Si consideri, sul punto, quanto evidenziato da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 125. L'Autrice sottolinea proprio l'esigenza di indagare il motivo per cui Papiniano avrebbe espresso, nel passo, un'opinione che la studiosa stessa definisce «apparentemente distante da quella del resto della giurisprudenza», con inevitabili conseguenze sulla configurabilità del reato di furto. La possibilità di individuare una responsabilità solo limitatamente a tali ipotesi, ossia ai casi di simulazione di identità, escluderebbe, infatti, necessariamente la configurabilità del furto in tutti i molteplici casi di presa in consegna di denaro da parte di un accipiente semplicemente consapevole della propria carenza di legittimazione a riscuotere.

⁵ Per maggior precisione è necessario segnalare che i dubbi sull'autenticità del brano hanno interessato la testimonianza nel suo complesso. Proprio in ragione di ciò vi è chi, in dottrina, è giunto a stigmatizzare il testo come un «enigma». Sulle ragioni che hanno indotto ad esprimersi in questi termini si veda P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 231.

⁶ Ha ritenuto insiticia la frase finale «*quod... alius*», descrittiva della condotta di colui che assume falsamente lo *status* di erede appartenente ad altri, S. SOLAZZI, *L'errore nella «condictio*

tuttavia, interessante, oltre che per soddisfare un'esigenza di completezza e coerenza sistematica, proprio al fine di individuare l'anello di congiunzione tra le due distinte fattispecie descritte, per soffermarsi brevemente su alcuni rilievi interessanti la condotta dei soggetti richiamati.

Tale anello di congiunzione è costituito dall'elemento dell'inganno⁷ posto in essere attraverso l'indebita assunzione dell'identità altrui: comportamento fraudolento che accomuna il *falsus procurator* richiamato nel primo periodo e il finto erede menzionato nel periodo seguente.

Il passo, inoltre, andrà letto in un ancor più completo contesto e da un'ulteriore, più ampia, prospettiva, una volta considerati, rispettivamente, i paragrafi precedente e seguente del medesimo titolo⁸.

Sebbene si sia ritenuto in dottrina maggiormente plausibile che l'alterazione riguardasse la parte del frammento descrittiva della condotta del finto erede, tale periodo non ha destato particolare interesse; le indagini si sono, infatti, venute a concentrare sull'*incipit* del passo stesso.

Spicca, in esso, la descrizione di un *falsus procurator* come soggetto che si attribuisce un'identità che non gli appartiene, usurpando il nome di altri⁹; eppure

indebiti”, in *Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche*, LIX, 1939. Ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, cit., p. 159 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). Si considerino inoltre le posizioni assunte da quella parte di dottrina che ha rilevato l'esigenza di avanzare dei sospetti di alterazione sull'intero frammento; si veda in tal senso: G. VON BESELER, *Unklassische Wörter*, in «ZSS», LVII, 1937, p. 2; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 231; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in «AUPA», XXV, 1957, p. 184 ss.; J.A.C THOMAS, *A Note on “falsus procurator”*, cit., p. 418; F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 18.

⁷ Si consideri in tal senso quanto sottolineato da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 119 s. L'Autrice parla di un «denominatore comune delle due fattispecie», individuandolo proprio nell'inganno «posto in essere tramite assunzione di un falso nome e quindi la menzogna sulla propria identità».

⁸ Tale imprescindibile esigenza è messa in luce da J.A.C THOMAS, *A note on “falsus procurator”*, cit., p. 417 s., laddove l'Autore sottolinea il fatto che: «81, 6 cannot really be considered separately from the other passages between which it appears». Riteniamo, dunque, utile, ai fini di una più esauriente visione d'insieme, riportare anche i paragrafi precedente e seguente, facenti parte del medesimo titolo per l'analisi dei quali si veda, *infra*, §§ 2 e 3 di questo capitolo. D. 47, 2, 81, 5 (Pap. 12 *quaest.*): «*Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur*». D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*): «*Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed conditionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur*».

non ci siamo trovati a confrontarci con altre fonti che ci descrivano una condotta di questo tipo¹⁰. Ancor più essenziale è rilevare il fatto che tale condotta risulta stridente anche rispetto ai comportamenti assunti dai falsi procuratori dei quali si tratta nei §§ 5 e 7 del medesimo titolo, nel contesto dei quali sono linearmente descritti due casi di furto in ipotesi rientranti nella regola del procuratore che simula una legittimazione che non ha.

Anche in conseguenza delle considerazioni discendenti dall'analisi di questi due casi, parte della dottrina si è schierata per la totale non classicità dell'intero paragrafo¹¹.

⁹ Così P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 231, lo definisce un «enigma»; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 184, ne contesta addirittura da un punto di vista logico la collocazione, in quanto posto a ripartire, nell'ambito di uno stesso brano, due ipotesi tra loro molto affini dal punto di vista della logica giuridica. L'Autore, in conseguenza ai detti rilievi, giunge a stigmatizzare la regola di diritto in esso contenuta come «fuori luogo». I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 120, riferendosi a tale frammento riflette su quello che definisce il «suo singolare contenuto».

¹⁰ L'apparente contrasto è fatto oggetto di indagine da parte di P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 152. L'Autore ritiene che la particolare ipotesi considerata e descritta nel passo papiniano costituisca un *unicum* nel contesto delle fonti a nostra disposizione e che essa non sia mai stata ripresa nemmeno dalla giurisprudenza post-papiniana. Sentiamolo direttamente dalle parole dello studioso, il quale, dopo aver riprodotto il testo dei paragrafi 5 e 6 di D. 47, 2, 81, si esprime come segue: «Da questo passo si desume che il *falsus procurator* commette furto solo quando induce il debitore in un *error in persona*, spacciandosi per il *verus procurator*, che il creditore in effetti abbia. L'opinione di Papiniano sembra veramente eccessiva nella sua ristrettezza» e sul presupposto di tali considerazioni egli conclude: «Si giudichi il testo espressione di una opinione personale del giurista, o altrimenti, certo è che la tesi in esso contenuta è un *unicum* nelle Pandette, né prevale nella giurisprudenza postpapiniana». Il Voci richiama quindi una nota ipotesi di *contractatio* attuata da un così detto *falsus procurator* quale è quella disciplinata nel celebre, e più volte richiamato, passo contenuto in D. 47, 2, 43, 1. Dopo aver ricordato quella porzione di passo che interessa ai fini dell'analisi *de qua* («*invito domino nummos contractando sine dubio furtum facit*»), egli avanza una proposta interpretativa idonea a mettere in correlazione i due testi e si chiede: «Che il *sine dubio* sia in qualche modo una risposta alla tesi papiniana?». Il medesimo contrasto che, come si è visto, emerge rispetto alla maggior parte dei casi individuati e descritti in altre fonti, è stato preso in considerazione in tutta la sua complessità e giustificato nel senso di una non sostanziale diversità da P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 232. L'Autore, riflettendo sui caratteri del *falsus procurator*, traccia una linea di demarcazione tra due distinte ipotesi di simulazione: in un caso infatti (che è poi l'ipotesi maggiormente diffusa e testimoniata dalle fonti) il soggetto simula genericamente di essere un procuratore, attribuendosi una qualifica che, in verità, non gli appartiene; nel secondo caso, più gravemente, egli giunge ad attribuirsi il nome stesso di un *verus procurator*, che il creditore effettivamente abbia, assumendo dunque l'altrui identità. L'Angelini si esprime, certo, per una maggiore gravità del secondo atteggiamento, ma ribadisce il fatto che esso non muterebbe la sostanza delle cose e, conseguentemente, dei successivi risvolti sul piano del diritto. Quella di Papiniano potrebbe apparire né più né meno che una precisazione, descritta a titolo esemplificativo, relativa alle modalità secondo le quali la simulazione si può attuare.

¹¹ Sposa la posizione J.A.C THOMAS, *A note on «falsus procurator»*, cit., pp. 417 s. Riportiamo per intero la sua riflessione sul punto. L'Autore procede richiamando, dapprima, i rilievi di altri eminenti studiosi: «*Medicus is ultimately of opinion that the passage may represent a garbled version of Papinian but cannot be accepted as showing that great jurist to have held views divergent from the general approach of classical law on the topic. As already mentioned, Albanese*

L'ALBANESE¹² giustifica tale presa di posizione credendo di intravedere, piuttosto, una glossa, aggiunta per mano di uno studioso, nell'intento di introdurre una regola molto restrittiva, ma, si potrebbe essere indotti a sospettare, troppo restrittiva rispetto alle posizioni assunte da Papiniano. Il giureconsulto si sarebbe, infatti, limitato ad esporre, in maniera limpida e lineare, due casi pratici concernenti la possibilità di impiego di azioni contro un falso procuratore o contro un falso erede, anche se, certo, non è impiegata tale espressione, parlandosi nel testo, per quanto attiene a questo secondo soggetto, di un generico *heres Sempronii creditoris*, il quale «*adseveravit sibi deberi pecuniam*», in una particolare situazione, in quanto costui avrebbe asserito che gli fosse dovuto del denaro, «*cum esset alius*», come esplicita Papiniano. La falsità dei suoi assunti e la conseguente simulazione sembrano, dunque, palesati piuttosto dall'impiego del verbo *adseveravit* e dalla frase concessiva a chiudere il frammento. Si tratta comunque, certamente, di un presunto legittimato, nozione semplicemente e genericamente riferibile a qualsiasi soggetto che simuli la sussistenza di una legittimazione non realmente posseduta.

Se il passo ha destato, nel suo complesso, l'attenzione della critica, va tuttavia precisato che i maggiori interrogativi si sono posti, specificamente, sulla valenza del verbo *circumvenit*, che segna la chiusura del primo periodo in esso contenuto, descrittivo della condotta del procuratore che si attribuisce il nome di altri. La letteratura che si è orientata in tal senso ha intravvisto una possibilità di lettura alternativa a partire dall'analisi del contenuto di uno scolio di Stefano a D. 13, 1, 18 (Scaev. 4 *quaest.*). Vediamo allora da vicino il testo greco:

regards it as post-classical». In conclusione addivene a prospettare la propria concezione: «In fact, I think, the trio of passages present a convenient picture of the late classical position on the taking of an *indebitum*».

¹² B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 184. L'Autore trae ulteriori conferme a sostegno delle proprie opinioni dalla considerazione di D. 19, 5, 17, 2 (Ulp. 28 *ad ed.*), nel contesto del quale, come egli si premura di precisare, probabilmente il pensiero Papiniano, dunque classico, è sostituito da una soluzione compilatoria. In esso, comunque, si prospetta il caso concreto di consegna di una *res ad inspiciendum* da parte di un soggetto a favore un altro. Sebbene colui che l'ha ricevuta l'abbia semplicemente perduta, qualora il tradente non sia a conoscenza di tale circostanza, il primo potrebbe trovarsi addirittura, in tale ipotesi limite, ad essere convenuto mediante *l'actio furti*. Questa ipotesi si configura come uno tra quelli che l'Autore definisce: «gravissimi motivi che fanno condannare integralmente il testo».

Sc. IX ad B. 60. 10. 18: Σημείωσαι, ὅτι ὁ ἰνδέβιτον ἐν εἰδήσει λαβῶν κλοπὴν ἁμαρτάνει. Ἐλαβῶν εἶπον· εἰ γὰρ μὴ λάβῃ, ἀλλὰ δελεγατεύσει τὸν μέλλοντα αὐτῷ καταβαλεῖν τὸ ἰνδέβιτον, οὐχ ἁμαρτάνει κλοπὴν, εἰ μὴ ἄρα παρόντος αὐτοῦ κατεβλήθη τὸ ἰνδέβιτον. Οὕτως ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ μζ'. Βιβ. Τιτ. β' διγ. μγ'. ωεμ. γ'. ἦτοι τιτ. ιβ' φησιν. Σεμείωσαι δέ, ὅτι οὐ γίνεται τοῦ ληφθέντος δεσπότης ὁ ἐν εἰδήσει λαβῶν τὸ ἰνδέβιτον· ἢ γὰρ ἂν οὐκ ἐνήγετο τῷ φουρτίβῳ κονδικτικίῳ· κατὰ μὴ δεσπότην γὰρ πέφυκεν ὁ φούρτιβος κινεῖσθαι κονδικτικίως. Τὸ αὐτὸ φεσι καὶ ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ μζ'. Βιβ. Τιτ. β'. Διγ. με'. (46pr.). Ἴσθι δέ, ὅτι ἐάν τις μὴ ὦν προκουράτωρ εἴπη ἑαυτὸν προκουράτωρα εἶναι Τιτίου καὶ λάβῃ παρά τινος τῶν αὐτοῦ δεβιτόρων, τότε τῇ φούρτι κατέχεται, ὅτε τὸ ὄνομα τῷ ἀληθοῦς προκουράτωρος Τιτίου πλασάμενος καὶ περιθεὶς ἑαυτῷ τὴν 'conuerit' ἐμεθόδευσε τὸν ἀληθῆ Τιτίου δεβίτορα, τοτέστιν ὑπομνήσας ἔλαβεν, ἔξω μέντοι δικαστηρίου, ὡς ὁ Παπιανὸς πολλάκις φθάσας ἐδίδαξεν, ὅτι 'conbenéret' δηλοῖ καὶ τὴν ἔξω δικαστηρίου γενομένην ὑπόμνησιν. Καὶ ἡ τοιαύτη διάστιξις κρατεῖ καὶ ἐπὶ τῶν πλασαμένων ἑαυτοῦ εἶναι Τιτίου κληρονόμους, ὡς ὁ Παπιανὸς ἐν τῷ μζ'. Βιβ. Τιτ. β'. Διγ. πγ'. (81?) φησὶ θεμ. Τελ. ἦγουν τιτ. ιβ'. [τὸν ἀληθῆ Τιτίον δεβίτορα] Θαλέλαιος μέντοι ὁ μακαρίτης τῇ αὐτῇ κέχρεται διαστίζει ἐπὶ παντὸς ἐν εἰδήσει λαβόντος ἰνδέβιτον, ἐμφαντικῶς¹³ δεξάμενος τὸ conuenerit. Γένει γὰρ, ὅτι εἰ μὲν προσενεχθῆ τινι τὸ ἰνδέβιτον καὶ σιωπήσας ἐκεῖνο λαύβῃ οὐκ ἄγνοῶν εἶναι ἰνδέβιτον, οὐχ ἁμαρτάνει κλοπὴν· γὰρ κατὰ γνώμην δεσπότην ψηλαφᾶν τὸ καταβληθέν. Εἰ δέ μὴ προσηνέχθη αὐτῷ, ἀλλ' αὐτὸς ἐκίνησε καὶ ἀπήτησε, τότε ὡς δοκῶν παρὰ γνώμην δεσπότην ψηλαφᾶν τὸ ἀλλότριον κλοπὴν ἁμαρτάνει. Ἀλλ' εἰ τις ἐμφαντικῶς χρήσεται τῷ 'κουνοενερίτ', ἕτερος αὐτῷ ἀνθίσταται λόγος: RES γὰρ PRO IUDICATA PRUERITATE. Καὶ ἐπὶ αὐτοῦ γὰρ τοῦ πειθέντος ἑαυτῷ τὴν τοῦ ἀληθοῦς προκουράτωρος προσηγορίαν, εἰ δέξεται τις

¹³ Cfr. SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX. Series B. Volumen VIII. Scholia in libros LVII-LX*, p. 3327 ss.

ἐμφαντικῶς τὸ ἴκονουενέρετ', διὰ τοῦτο καὶ ἀποφάσεως ἐξενεχθείσης Χώρα τῆ φούρτι, ἐπειδὴ πλαστὴν ἑαυτῶ προκουράτωρος περιτέθεικε προσηγορίαν. Ὁ δὲ ἀπὸ πλαστοῦ τινος νικήσας ἀσύστατον τὴν ἰουδικάτι ποιεῖ, ὡς ἀνήνεκται βιβ. ζ'. τοῦ Κώδικος τιτ. νη'. ἐν ταῖς ὑποκειμέναις τῶ τίτλῳ διατάξεσιν.

Dalla lettera dello scolio si desume che la convinzione sarebbe stata quella relativa all'impiego del verbo *convenerit*, in luogo di *circumvenerit*, da parte di Papiniano¹⁴.

Non risulta per noi troppo ardua l'indagine da condursi sul significato del verbo in questione se si considera che la riflessione dello scoliaste e il commento che da essa scaturisce sono incentrati proprio sull'accezione del verbo che si ritenne impiegato dall'antico giureconsulto. Il significato recepito sarebbe duplice, in conseguenza di un'interpretazione in senso lato di esso: il falso procuratore, infatti, si sarebbe rivolto al debitore («*debitor alienum convenerit*») con l'intento di farsi consegnare la *pecunia*, ma, laddove ciò non avesse condotto al risultato sperato, egli si sarebbe spinto addirittura a citarlo in giudizio («*debitor alienum*

¹⁴ Z. VON LINGENTHAL, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, in «ZSS», X, 1889, p. 287. L'Autore, con attenzione al passo contenuto in D. 47, 2, 81, 6 (Pap. 12 *quaest.*), avanza l'ipotesi di una «sehr beachtenswerte Variante» proprio sulla base dello scolio di Stefano, dal quale si apprende come dato di fatto l'uso del verbo *convenerit* in luogo di *circumvenerit* nel contesto della fonte. La lettura proposta è condivisa da S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, cit., p. 160, nt. 140. *Contra* J. CUIACIUS, *Commentarius ad librum quartum quaestionum Paoli*, in *Opera omnia*, V, Neapoli, 1722, p. 346. Lo studioso, riflettendo sui molteplici significati attribuiti alla lettura del testo con *convenerit*, mette un punto fermo alla questione, prendendo posizione contro l'uso stesso del verbo, dichiarando: «*Mala autem legunt, convenerit*». Così anche P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 25, che si esprime a sostegno della genuinità della lettura del passo con *circumvenerit*. Sorgono, certamente, degli interrogativi sulle modalità in base alle quali si sarebbe sovrapposta e imposta questa differente tradizione testuale (ciò è testimoniato dallo scolio stesso, alla fine del quale è riportata anche una considerazione di Taleleo che si fonda, senza dubbio, sulla tradizione del frammento con *convenerit*). Considerata la dottrina sul punto, possiamo enucleare, fondamentalmente, due distinti orientamenti in ordine all'epoca in cui la nuova lettura sarebbe succeduta alla precedente, finendo di fatto per scaltarla. Secondo H. LANGE, *Das kausale Element in Tatbestand klassischer Eigentumstradition*, Leipzig, 1930, p. 90, sul presupposto di un accertato impiego di entrambe le forme verbali per l'età classica, la sostituzione potrebbe essersi verificata già in quest'epoca. Altra parte della dottrina sembra, invece, propendere per un intervento riconducibile ad epoca successiva. In tal senso P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 232, nt. 226. L'Autore avanza delle congetture, prendendo in considerazione sia l'ipotesi di un'alterazione non voluta e determinata da un errore di trascrizione del testo, sia quella di un rimaneggiamento scientemente attuato, al fine di aggiungere un ulteriore significato (quello della citazione in giudizio) al passo, che fosse più vicino alle esigenze di una nuova concezione condivisa in età giustiniana. Tra le due ipotesi, così distanti l'una dall'altra, tuttavia, egli non prende espressamente posizione.

convenerit»), pur nella consapevolezza della totale mancanza di titolarità del diritto di agire in tale direzione, in quanto si desume dal tenore della fonte che costui avrebbe agito «[...] *nomine, quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto* [...]».

Il termine *circumvenire* ben si presta a rappresentare gli artifizii e i raggiri che l'impostore avrebbe orchestrato e messo in atto pur di ottenere un pagamento non dovuto.

D'altro canto il verbo *convenerit*, che Stefano ritiene impiegato *ab origine* dallo stesso Papiniano, includerebbe certamente nel suo significato la condotta del *falsus procurator* che agisce per riscuotere denaro non dovuto, ma lascerebbe spazio ad un'ulteriore interpretazione, prestandosi a descrivere l'intervento del falso procuratore che, giovandosi, per poter agire in tal senso, di una falsa identità, giungesse persino a convenire in giudizio il debitore, qualora questi fosse risultato insolvente¹⁵.

Una volta analizzati i dubbi concernenti la forma verbale impiegata, instillati dalle previsioni contenute nel contesto dello scolio di Stefano, appare ulteriormente necessario, proseguendo nell'indagine del frammento, prendere in considerazione un altro interrogativo che ha destato l'interesse degli studiosi: si tratta del valore da attribuire al *quoque*¹⁶, così come compare nella porzione

¹⁵ Sulla base di tale lettura del testo, nella parte conclusiva di esso, Stefano riflette sull'eventualità di instaurazione di un giudizio, supponendo, in tale ipotesi, che si potesse giungere fino all'emanazione di una sentenza. In tal caso, egli ritiene doveroso sottolineare il fatto che un falso procuratore, che avesse convenuto lo sventurato debitore, sia per la riscossione del pagamento, che per l'instaurazione di un tal giudizio, sarebbe immancabilmente incorso in una condanna, sia per furto, che per fraudolenta condotta processuale. Si consideri, sul punto, la riflessione condotta da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 122. L'Autrice non sembra schierarsi a sostegno dell'ipotesi di attribuzione a Papiniano della modifica testuale ispirata allo scolio di Stefano, benché, come la stessa studiosa mette chiaramente in luce, «il testo con la variante *convenerit*, almeno per come Stefano interpreta tale verbo, non farebbe altro che prevedere un'ipotesi ulteriore e più grave di responsabilità del falso procuratore, senza peraltro escludere affatto la *circumventio* del debitore».

¹⁶ La dottrina ha elaborato e avanzato varie ed interessanti teorie sulla valenza dell'utilizzo del termine. Consideriamo le principali. Complessa e ricca di spunti di riflessione è certamente la posizione di D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme durch den «falsus procurator»*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, pp. 115 s., il quale ci permette di seguire, passo dopo passo, l'evoluzione del proprio ragionamento sul punto. L'Autore prende le mosse, infatti, dalla supposizione che l'inganno del falso procuratore potesse consistere anche nella spendita di un nome altrui, ma diverso da quello del vero procuratore; egli ritorna quindi, immediatamente, sui suoi passi ritenendo abbastanza ovvio che si dovesse partire da un inganno fondato sull'identità, per concludere che tale identità «rubata» si dovrebbe supporre essere stata quella del vero legittimato a riscuotere il pagamento per conto d'altri. H. FITTING, *Sciens indebitum accipere. Études de jurisprudence romaine classique*, Lausanne, 1926, p. 26, legge la congiunzione come

seguito del passo: «*si nomine, quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitor alienum circumvenerit*».

Il termine sembrerebbe idoneo a palesare il fatto che, nel caso considerato, è possibile individuare una delle ipotesi in cui il falso procuratore, da intendersi come colui che simula, si sia attivato per ingannare altri; in questo caso, egli avrebbe realizzato una condotta fraudolenta, in particolare falsando la propria identità. La simulazione si attua, dunque, nell'ipotesi descritta, attraverso l'usurpazione del nome di altri; l'impiego del *quoque*, tuttavia, potrebbe stare ad indicare il fatto che si sarebbero potute percorrere anche altre vie allo scopo di raggiungere lo stesso fine, da individuarsi nell'inganno quale conseguenza dell'agire del simulatore, nonché obiettivo individuato in origine dallo stesso.

Il *falsus procurator* del passo è dunque un soggetto simulatore.

Ciò che ha richiamato, sul punto, l'attenzione della dottrina è quella sorta di restrizione che Papiniano sembra operare¹⁷. Il celebre giureconsulto ci parla, infatti, di un falso procuratore che, allo scopo di ingannare un soggetto, addiuvato all'assunzione di una falsa identità personale: l'identità appartenente, evidentemente, ad altro soggetto, ossia al *verus procurator* del creditore.

indicativa dell'essenzialità del ricorrere di due elementi concomitanti perché si potesse parlare di un furto del falso procuratore: non solo lo stato di malafede, ma anche la condotta attiva, concretantesi nella simulazione. E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, Padova, 1930, p. 50, proponendo un'anticipazione della congiunzione a precedere la parola *furtum*, leggerebbe il passo come un'esemplificazione di un caso di furto tra gli altri, attuato, ovviamente, in forza di un inganno basato sull'impiego di un'identità altrui. Non appare molto lontana da quella del Betti la proposta interpretativa di K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, Marburg, 1851, p. 415. Anche tale Autore sembra intendere il caso descritto nel frammento come un esempio, tra altri, di furto e propone una traduzione della congiunzione in questi termini: «Unter anderem auch». Per una più recente proposta interpretativa si consideri quanto sostenuto da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., pp. 124 s., che, muovendo da una più ampia prospettiva, avanza le seguenti considerazioni: «Per dare al *quoque* un significato adeguato senza volere necessariamente congetturare un intervento dei compilatori, né generico né volto a spostare altrove nel testo la congiunzione, si può invero, a mio parere, insistere sull'intuizione di Medicus in relazione alla spendita di un nome diverso da quello del vero procuratore. In effetti è logico credere - non lo si può negare - che il falso procuratore avesse fatto in modo di apparire al debitore come il vero legittimato, ma ciò ammette sia l'ipotesi in cui il *falsus procurator* si sostituisse al vero procuratore sia quella in cui si sostituisse al vero creditore».

¹⁷ La peculiarità dell'ipotesi esaminata è messa in evidenza da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 133. L'Autrice, infatti, fa notare il fatto che «in tale passo, contrariamente a quanto desumibile nel § 5 e nel § 7 dello stesso frammento, Papiniano formula una diversa ipotesi, ammettendo la responsabilità del falso procuratore nel solo caso di assunzione del nome altrui da parte dello stesso, che con tale condotta poneva in essere una vera e propria *circumventio* del debitore».

Il problema sollevato si interseca inevitabilmente con la tematica del *furtum*.

La soluzione prospettata dal giureconsulto appare palesemente in contrasto con gli altri casi disciplinati nelle fonti nei quali l'attenzione è concentrata sulla simulazione del titolo di procuratore in capo al soggetto accipiente e sulla volontà del *tradens* in ordine al trasferimento.

Dalla nostra prospettiva si rileva che, certamente, il soggetto il cui agire è descritto nel passo e che viene denominato *falsus procurator* è un simulatore; d'altro canto è utile ribadire la portata generica dell'accezione sia dell'attributo *falsus* sia del verbo *simulare*. Il *falsus procurator* risulta, anche in questa particolare ipotesi, un apparente legittimato alla riscossione di un debito; questa apparenza è attuata attraverso un artificio, a cui si ricollega un agire ingannevole.

Peraltro, il caso prospettato e descritto da Papiniano appare in tutta la sua particolarità: esso risulta infatti, è opportuno ribadirlo, l'unico previsto nelle fonti nel quale la simulazione si attua mediante assunzione dell'altrui identità, più precisamente per mezzo dell'usurpazione del nome altrui.

Tutto ciò, tuttavia, non conduce a modificare i tratti mediante i quali delineare la figura del *falsus procurator*, perlomeno quando e se con tale espressione ci riferiamo al soggetto simulatore, quale è, senza meno, il falso procuratore dell'esempio papiniano.

Certo, la tipologia di simulazione descritta nel frammento e i limiti di essa sono stati oggetto di aspre critiche soprattutto in considerazione delle ripercussioni che la limitata concezione di *falsus procurator* che ne scaturisce ha sulla possibile individuazione di un reato di furto¹⁸.

¹⁸ Per ciò che concerne gli interrogativi che derivano dalla peculiare e ristretta tipologia di simulazione presa in considerazione nel passo papiniano si rifletta sui dubbi prospettati, in particolare in seguito al raffronto con i §§ precedente e successivo del medesimo frammento, da B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., pp. 181 s. Dopo aver riprodotto il § 6 del passo, l'Autore avanza le seguenti considerazioni: «Da questo testo dovrebbe dedursi che Papiniano non considerava furto l'atto del falso procuratore, se non nel caso in cui si fosse verificata l'assunzione di una falsa identità. Ora, questa limitazione, che contrasta con tutte le testimonianze già viste a riguardo del furto del *falsus procurator* per le quali basta la simulazione della qualità di procuratore, è, in se, oltretutto, così irragionevole che si stenta a credere che essa possa effettivamente provenire da Papiniano. Non si capisce per nulla, in verità, perchè il giurista si sarebbe inclinato ad una soluzione del genere: che differenza ci può esser mai, sia ai fini della realizzazione della fattispecie del *furtum*, sia, e più, ai fini generici del giudizio di responsabilità, tra chi simula l'identità di un altro (vero procuratore) e chi simula il titolo di procuratore?».

2. Il pagamento effettuato al falsus procurator di Tizio e le conseguenze della ratihabitio.

Il frammento analizzato occupa, come si è precisato, una posizione intermedia all'interno di un brano¹⁹, nel quale sono richiamati altri due casi pratici, aventi ad oggetto la problematica relativa alla titolarità di azioni contro il soggetto falso procuratore, in seguito all'intervento di un preteso rappresentato, volto alla ratifica di quanto attuato dal sedicente *procurator*²⁰. Vediamo dunque quali risultano essere i caratteri distintivi del falso procuratore, la cui attività è descritta in tali passi, a cominciare dal § 5²¹:

¹⁹ La necessità di considerare il passaggio nel suo complesso è dichiarata da J.A.C THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 417. L'Autore così si esprime a tal proposito: «81, 6 cannot really be considered separately from the other passages between which it appears».

²⁰ Si interroga, contrariato, sulla posizione logica del frammento contenuto in D. 47, 2, 81, 6, anche B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 184. L'Autore, dal proprio punto di vista, dunque con attenzione rivolta alle problematiche connesse al *furtum* addebitabile a tale soggetto, fa rilevare l'illogicità della regola. Come egli sottolinea, all'interno dei frammenti precedente e seguente non vengono sollevati dubbi sul comportamento specifico del falso procuratore; atteggiamento, come l'Autore si premura di precisare: «considerato senz'altro *furtum*». Nella nostra diversa prospettiva interessa il fatto che l'Autore dichiarò, in riferimento al disposto di tali paragrafi: «in entrambi i casi pratici dei fr. 81, 5 e 81, 7, si parla *tout court* di *falsus procurator* come di nozione certa», l'Albanese prosegue, dunque, nel proprio ragionamento, ma focalizzando l'attenzione sul reato di furto, esprimendosi sulle specifiche conseguenze derivanti dal comportamento tenuto dal soggetto in questione.

²¹ Il frammento è stato considerato, in passato, dai più, rimaneggiato. In tal senso si veda quanto sostenuto da B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 182. L'Autore sconsiglia infatti di affidarsi al disposto di tale passo quale prova del pensiero papiniano, evidenziando che: «da tutti gli studiosi che se ne sono occupati, D. 47, 2, 81, 5 è stato, sia pur variamente, giudicato alterato». L'Albanese, in particolare, si sofferma a far rilevare la non genuinità del periodo «*Quod si- liberatur*», come conseguenza dei dubbi determinati dalla contrapposizione del periodo al precedente. Essa appare certamente sussistente se analizziamo i due distinti verbi impiegati: il *durabit* nel primo periodo, contrapposto all'*evanescit*, nel secondo; ciò rilevato dobbiamo, tuttavia, fare un passo indietro per riconsiderare quali siano i soggetti di tali verbi ed essi, effettivamente, appaiono diversi: prima si tratta di *condictio furtiva*, in seguito di *actio furti*. Ciò rilevato, si comprende anche la conclusione del succitato Autore, che scrive: «La contrapposizione rappresentata dal nostro periodo avrebbe senso solo se, nella parte precedente del testo si fosse parlato della concedibilità dell'*a. furti*. Senonchè, nella parte precedente si parla di *condictio furtiva*, e in una forma anch'essa assai sospetta (*furtiva durabit*)». Egli approda, dunque, alla conclusione in forza della quale: «E' chiaro che non si può assumere il fr. 81, 5 come una testimonianza sicura». Con attenzione rivolta a tale, specifico, problema, l'Albanese formula la congettura in base alla quale Papiniano, probabilmente, avrebbe parlato di *condictio furtiva* anziché di *actio furti*; ciò permetterebbe di garantire, pianamente, un senso alla parte conclusiva del frammento. *Contra* I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 90. L'Autrice, infatti, dopo aver ricordato l'esistenza di sospetti sulla genuinità dell'inciso, si schiera, invece, a favore di essa, giustificando la propria presa di posizione nei termini seguenti: «Se l'accipiente era un *fur*, si rivelava inevitabile che si agisse nei suoi confronti, oltre che ai fini risarcitori con la *condictio furtiva*, ai fini riparatori con l'*actio furti*. Quindi la circostanza che la menzione dell'azione per il furto compaia solo alla fine del passo, non obbliga affatto, a mio parere, a sostenere che un copista

D. 47, 2, 81, 5 (Pap. 12 quaest.): «*Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur.*».

Tr.: «Se Tizio, in nome del quale un *falsus procurator* ha preso del denaro a torto, abbia ratificato (il suo operato), lo stesso Tizio certamente avrà a disposizione l'*actio negotiorum gestorum*, d'altra parte colui che ha pagato l'indebito avrà a disposizione avverso Tizio la *condictio indebiti* e contro il *falsus procurator* la *condictio furtiva*: scelto Tizio, non iniquamente si pretenderà per mezzo dell'eccezione di dolo che ceda a lui (scil.: a Tizio) la *condictio furtiva*. Ma se il denaro era dovuto, avendo Tizio ratificato (l'operato del procuratore), l'*actio furti* scompare, poiché il debitore è liberato».

Il passo da ultimo richiamato, a sua volta, affronta due distinti casi.

La prima porzione del testo tratta di un pagamento non dovuto, effettuato dal presunto debitore al *falsus procurator* del presunto creditore, il quale, pur consapevole della malafede del procuratore al momento della riscossione, sarebbe tuttavia successivamente intervenuto a ratificare tale pagamento. Nel prosieguo del brano si precisa che il creditore apparente dispone di un'*actio negotiorum*

distratto abbia sostituito *furti actio* ad una originaria *condictio furtiva*, ma si giustifica alla luce della circostanza che, anche nel caso di pagamento non dovuto, si applicava l'*actio furti*, sottointesa da Papiniano anche nella prima parte del passo». Diversamente G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in «ZSS», LII, 1932, p. 56, il quale congettura una differente, più semplice, originaria formulazione della parte conclusiva del frammento, proponendo la versione che riproduciamo di seguito: «*Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio, debitor liberabitur*». Per gli ulteriori interrogativi sollevati dall'esegesi del passo si considerino inoltre: S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, cit., p. 80 ss.; P. VOCI, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in «SDHI», XV, 1949. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 68 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); IDEM, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 152; G. DONATUTI, *Le cause delle condictiones*, in *Studi Parmensi*, Milano, 1950 (volume in onore di T. Marchi). Ora in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, p. 703 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). Si sono inoltre confrontati con il frammento: A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., pp. 315 s.; IDEM, *Rec. a W. Pika Ex causa furtiva condicere im Klassischen römischen Recht*, in «SDHI», LV, 1989, p. 473; J.A.C THOMAS, *A Note on "falsus procurator"*, cit., p. 417 ss.; M. TALAMANCA, *La fattispecie dell'«actio negotiorum gestorum»*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 217.

gestorum esercitabile nei confronti del falso procuratore, mentre il presunto debitore, sul presupposto di un pagamento non dovuto, si vede riconoscere sia la *condictio indebiti* avverso Tizio (*dominus*, presunto creditore), che la *condictio furtiva* contro il *falsus procurator*. Il creditore si viene, dunque, a trovare, apparentemente, in una situazione complicata dal fatto di aver ricevuto un indebitto e di essere, conseguentemente, legittimato passivo alla *condictio indebiti*, senza avere alcuna responsabilità in tale direzione; ciò si risolve considerando il fatto che, come Papiniano precisa: «*ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget*». Esercitando tale azione il *dominus* avrebbe, infatti, evitato di subire il danno da cattiva gestione che sarebbe scaturito dall'esercizio, contro di lui, della *condictio indebiti*.

Nel caso in cui fosse stato convenuto in giudizio in forza della *condictio indebiti* vi sarebbe stata, comunque, la possibilità di procedere all'opposizione dell'*exceptio doli*: opposizione funzionale alla cessione da parte del presunto debitore della *condictio furtiva*²², strumento di tutela di cui certamente il *solvens* disponeva (recita infatti il passo: «*non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio*»).

Segue, in parallelo, un caso di pagamento, al contrario realmente dovuto, con successiva, corrispondente, ratifica del creditore. Data la genuinità del debito, la ratifica da parte del creditore ne determinerà l'estinzione. Perciò, in relazione a tale fattispecie, non avrebbe avuto senso parlare di alcuna azione, al punto che il giurista menziona l'*actio furti* (della quale, bisogna tuttavia rilevare, manca qualsivoglia menzione in tutto il resto del passo), proprio per sottolineare il fatto che essa svanisca.

Peraltro, potrebbe stupire il fatto che dell'*actio furti* non sia stata fatta menzione nella parte iniziale del passo. Parte della dottrina ha avanzato dei sospetti proprio sulla genuinità della frase conclusiva: «*furti actio evanescit*»²³.

²² Il ricorso ad un'*actio stricti iuris* sarebbe stato più vantaggioso per il gerito, sia perché in tal caso non avrebbe operato il meccanismo della compensazione, sia per la maggiore rigidità dei criteri decisionali. Vedi in tal senso I. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit: studi in tema di indebitum condicere*, Milano, 2001, pp. 122 s.

²³ In tal senso vedi: G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 56; F. SCHWARZ, *Die Grundlauge*, cit., p. 54.; F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 18; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 182.

Secondo una recente lettura, suggerita dalla FARGNOLI, l'inaspettato mutamento di prospettiva non induce necessariamente a supporre la sostituzione della *condictio furtiva* della prima parte del frammento, con l'*actio furti* della parte successiva²⁴, ma si potrebbe giustificare supponendo che Papiniano avesse sottinteso l'applicabilità dell'*actio furti* anche in relazione al percepimento dell'indebito, descritto in apertura del passo²⁵. Pur dovendosi rilevare la particolarità di tale, inatteso, richiamo all'*actio furti* in chiusura del passo, si ritiene ad oggi, nel complesso, attendibile il giudizio di sostanziale genuinità del passo, originariamente formulato dal LEVY²⁶.

Appare, d'altro canto, innegabile il fatto che l'attenzione del giurista sia concentrata a descrivere la problematica concernente la legittimazione passiva alla *condictio* e non invece all'*actio furti*. Il ricorrere del delitto di furto sembra quasi un presupposto sul quale il giureconsulto non avverte, in tale sede, l'esigenza di soffermarsi.

Nel frammento, complessivamente considerato, Papiniano si sofferma a valutare le conseguenze che possono discendere da una successiva *ratihabitio*²⁷ di

²⁴ Diversamente G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1, cit., pp. 406 s. L'Autore ritiene che, volendo escludere l'ipotesi di una glossa ispirata al diritto classico, si possa supporre che, nel tardo antico, quello che egli definisce un «copista distratto» abbia sostituito l'*actio furti* ad un'originaria *condictio furtiva*.

²⁵ I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 90.

²⁶ E. LEVY, *Nachtrage zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, pp. 12 ss. Secondo l'Autore il fatto che nella prima parte del passo non si parli di *actio furti* potrebbe dipendere dal fatto che, in tale sede, la questione da risolvere fosse esclusivamente quella relativa alla legittimazione passiva alla *condictio furtiva*. Si veda, in tal senso, anche P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 228. A favore della classicità dell'inciso anche P. BREMER, *Leistung an einen Nichtberechtigten im klassischen römischen Recht*, Freiburg, 1970, p. 63 ss.

²⁷ Quanto alle conseguenze di una ratifica va detto, *in primis*, che spetterebbero al presunto debitore la *condictio indebiti* verso il creditore ratificante e la *condictio furtiva* verso il *falsus procurator* di costui; salvo doversi riconoscere a vantaggio del presunto creditore, convenuto in giudizio, l'opportunità di esperire un'*exceptio doli* al fine di ottenere la cessione dall'attore (nel caso di specie il presunto debitore) della *condictio furtiva*, di cui, si è detto, egli si può giovare contro il *falsus procurator*. Detto ciò, è tuttavia necessario, in questa particolare prospettiva, riprendere un altro passo, dal quale sembrano doversi desumere differenti conseguenze. Si tratta del testo contenuto in D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*): «*Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitione non intercedente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse*». Per Paolo, infatti, una volta attuata la ratifica, benchè in ordine ad un pagamento in realtà non dovuto, non spetterebbe più al presunto debitore la *condictio* avverso il *falsus procurator*. Sull'esperibilità della *condictio* si veda P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., pp. 227 s. L'Autore delinea il funzionamento dei diversi meccanismi, a seconda che si tratti di un caso di *solutio indebiti* o di *solutio debiti*, mettendo in

quanto posto in essere dal *falsus procurator* ed effettuata dal presunto creditore, nonchè le ripercussioni che tale intervento determina in ordine alla possibilità di veder configurata un'ipotesi di *furtum*²⁸, ma l'attenzione appare principalmente rivolta a mettere in luce il doppio concorso di azioni: concorso elettivo dal lato passivo di *condictio indebiti* e *condictio furtiva*, ma anche concorso elettivo dal lato attivo di *actio negotiorum gestorum* e *actio furti*. Presupposto della sussistenza di tali strumenti processuali a tutela del presunto debitore, nonché del presunto creditore, non può che essere la commissione del delitto di furto, che appare, a sua volta, connessa alla malafede dell'accipiente.

Nella nostra, peculiare, prospettiva ciò che interessa indagare è chi sia il soggetto falso procuratore, che occupa un ruolo di primaria importanza nel contesto di tale paragrafo. In tale ipotesi egli appare come un soggetto simulatore,

luce il fatto che il regime giuridico non sarebbe stato differente in ipotesi di pagamento effettuato a favore di un non procuratore e richiamando ad esemplificare tale caso proprio D. 47, 2, 81, 5 (Pap. 12 *quaest.*), con la conseguenza che la ratifica del *dominus* avrebbe comportato, nel caso di pagamento di indebitum, l'esperibilità della *condictio* avverso il *dominus* e, trattandosi di un pagamento di un debito realmente dovuto, semplicemente la liberazione del debitore. Sulla complessa tematica del valore da attribuirsi alla ratifica si consideri quanto messo in luce da M. TALAMANCA, *La fattispecie dell'«actio negotiorum gestorum»*, cit., p. 217 ss., con attenzione particolare a quanto evidenziato dallo studioso alle pp. 230-231, alle quali viene effettuato un esplicito richiamo proprio alla fonte papiniana che si sta analizzando. L'Autore, a tale riguardo, dichiara quanto segue: «Se, infatti, si ritiene che nella prospettazione di Pedio (e degli altri giuristi che ne seguissero il pensiero) la *ratihabitio* funzionasse, anche nel caso di *solutio debiti*, come quell'elemento della fattispecie che rendesse riferibile al gerito l'atto compiuto dal gestore, riesce più comprensibile come una tale operazione si ritenesse efficace in tal senso anche nel caso di *solutio indebiti*». Uno degli effetti che dalla ratifica scaturiscono è quello, evidenziato nel passo, relativo alla problematica della cessione delle azioni. Si veda sul punto P. VOCI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in «IURA», XX, 1969. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 463, in particolare, nt. 23 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). L'Autore, infatti, richiamando, a titolo esemplificativo, tra le altre, anche la fonte *de qua*, illustra in modo conciso e pregnante, le modalità di funzionamento del meccanismo sotteso all'impiego dell'*exceptio doli*, funzionale ad ottenere la cessione di un'azione. Egli sostiene, a tal riguardo, che sarebbe la minaccia stessa dell'eccezione a produrre tale effetto.

²⁸ In ordine alla possibilità di individuare un caso di furto e di tracciare i confini di esso, nell'ambito delle fattispecie considerate nel frammento in questione una proposta interessante è quella elaborata e suggerita da J.A.C THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 419 s. L'Autore considera il passo in stretta connessione con il successivo frammento, contenuto al § 6, a proposito del quale egli spiega: «This suggests that the passage is concerned to say that, where F.P. presents himself to X as a *procurator* of a genuine *creditor* to whom a genuine *debitum* is due, he will commit *furtum* from X, if his fraud is to claim to be Y, the genuine *procurator* of the *creditor*. It is theft from the debtor with which we are concerned and 81, 6 qualifies 81, 5 in relation to a genuine *debitum*; and its content is surely reasonable». La discriminante risiederebbe, a parere dell'Autore, sull'esistenza o meno del debito, così egli conclude: «In the case of an *indebitum*, there is always *furtum* from the payer, whether the rogue claim to be the non-existent creditor or his no less fictitious representative. In the case of a *debitum*, F.C. must necessarily claim to be the genuine *creditor* and, as 81, 6 would indicate, F.P. to be the genuine *procurator* of the *creditor*».

che si finge titolare dello *status* socio-economico di procuratore, realmente non posseduto.

In epoca risalente si è, tuttavia, diffusamente dubitato in dottrina della genuinità dell'attributo *falsus*²⁹. Appare altresì interessante il fatto che si sia, in passato, avanzata l'ipotesi che esso stesse ad indicare nel frammento un gestore d'affari privo di mandato, anche se da tale lettura sarebbe derivata la supposizione di un rimaneggiamento³⁰. Peraltro, il fatto stesso che l'attività posta in essere da tale gestore venga, successivamente, fatta oggetto di ratifica, ci suggerisce di pensare all'esistenza di un rapporto pregresso con il creditore; si potrebbe giungere a supporre addirittura l'esistenza di un mandato, i cui limiti non vengono rispettati nel percepimento di questo specifico pagamento. Ciò non toglie che, anche qualora tali supposizioni fossero fondate, nel momento in cui il procuratore si presenta al debitore - o presunto tale - simulando la sussistenza di una qualifica non posseduta, o tacendo tale carenza, la malafede di colui che riceve il pagamento, cumulata al carattere indebito del medesimo, avrebbe determinato il configurarsi del *furtum*, anche laddove fosse successivamente intervenuta la ratifica da parte del presunto creditore.

Data l'attuale condivisa classicità dell'uso dell'espressione *falsus procurator*, riferita al simulatore in malafede, ad oggi risulta ampiamente diffusa la convinzione che l'espressione stesse ad indicare, nell'esempio *de quo, qui simulat se procuratorem esse*³¹.

In tale ordine di idee sembra potersi considerare il passo genuino.

Proprio lo stato di malafede dell'accipiente avrebbe concorso a determinare, come si è anticipato, il concretizzarsi di un'ipotesi di furto nel momento stesso della riscossione del pagamento: la responsabilità per furto appare infatti un presupposto imprescindibile dell'applicabilità della *condictio furtiva* richiamata nell'ipotesi del percepimento di un indebito, nonché della dichiarata

²⁹ S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, cit., p. 159; F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 18; B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, cit., p. 437.

³⁰ F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., p. 51.

³¹ Risultano sposare tale orientamento: P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 226; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 315; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico(a proposito del volume di Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken)*, in «SDHI», LVII, 1991, p. 355, nt. 75; W. PIKA, *Ex causa furtiva condictio im Klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988, p. 59 ss.; H. FITTING, *Sciens indebitum accipiens*, cit., p. 23; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 87 ss.

inapplicabilità dell'*actio furti*, la quale svanisce solo in seguito alla ratifica da parte del *dominus*-creditore nel caso di pagamento effettivamente dovuto.

3. *Il pagamento effettuato dal soggetto «qui rem Titii agebat» ad un falsus procurator e conseguenze della ratihabitio del dominus.*

Il § 6, contenuto in D. 47, 2, 81, come si è sottolineato, è seguito da un altro brano degno di nota nella nostra prospettiva di indagine. Si tratta del § 7, all'interno del quale, nuovamente, compare un richiamo alla figura di un *falsus procurator*. Vediamo più da vicino il contenuto di esso:

D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*): «*Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. Sed condictionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur*».

Tr.: «Colui che gestiva gli affari di Tizio pagò, a suo nome, al falso procuratore del creditore e Tizio ratificò: a lui (Tizio) non compete l'azione per furto, che, non appena il denaro è stato pagato, è sorta a favore di colui che pagò, poiché non c'erano stati in capo a Tizio né proprietà, né possesso del denaro. Ma di certo Tizio avrà la *condictio indebiti*, invece colui che diede il denaro avrà quella *furtiva*: che in base all'arbitrio del giudice gli sarà ceduta, qualora Tizio sia stato convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*».

Appare proficuo considerare, in una prospettiva speculare, la fattispecie descritta nel passo subito dopo quella contenuta nel § 5, per l'utilità di condurre un confronto tra i due diversi casi³².

³² Il confronto appare ancor più proficuo se viene condotto con attenzione rivolta anche al passo contenuto in D. 47, 2, 81, 6 (Pap. 12 *quaest.*) che occupa una posizione intermedia tra i due, ma che prospetta, come si è diffusamente messo in luce, un'ipotesi molto particolare. Un'indagine attenta ed esaustiva in questo senso appare quella condotta da J.A.C THOMAS, *A note on "falsus*

Nell'ipotesi da ultimo considerata si descrive un pagamento effettuato per conto altrui, da parte di una persona che, si precisa, «*rem Titii agebat*», senza che costui venga denominato *procurator* o, ancor più, *verus procurator*. Il giureconsulto ritiene necessario sottolineare soltanto il fatto che questi entri in rapporto con un *falsus procurator*: il falso procuratore del creditore, il quale interviene per ricevere il pagamento. Una volta effettuato tale pagamento ne derivano precise conseguenze rilevanti sul piano del diritto, che Papiniano si sofferma a descrivere.

L'antefatto, i cui tratti sono delineati nell'*incipit* del paragrafo, è certo più complicato rispetto a quello del caso prospettato nel precedente § 5; in tale ipotesi, infatti, entrano in gioco due soggetti che agiscono per conto altrui (semberebbe preferibile, in quanto più cauto, impiegare questa perifrasi in luogo del termine tecnico procuratore, considerato che lo stesso Papiniano parla, per il secondo di tali soggetti di *procurator*, in particolare definendolo *falsus*, ma descrive il primo semplicemente come: «colui che gestisce gli affari altrui»), l'uno procedendo ad effettuare un pagamento, l'altro intervenendo, per quanto indebitamente, a percepire il pagamento medesimo.

Pur muovendo da un diverso punto di partenza, il giureconsulto approda a conclusioni non lontane da quelle prospettate nel caso precedentemente descritto.

Il falso procuratore che percepisce il pagamento è considerato un ladro, con la conseguente spettanza della *condictio ex causa furtiva* all'esecutore del pagamento (il quale sembrerebbe aver sborsato denaro di tasca propria) e della *condictio indebiti* a Tizio, *dominus* in nome e per conto del quale il pagamento è stato effettuato, ma al quale, si precisa: «*nummorum dominium non fuerit neque possessio*». Certo l'attenzione di Papiniano si concentra sulle conseguenze

procurator», cit., p. 420. L'Autore si avvia a stilare le conclusioni della propria analisi esprimendosi come segue: «With such considerations in mind, it is thought, one need not be unduly affected by a general impersonal statement of principle in 81, 6 set between the case of Titius in 81, 5 and its virtual converse, 81, 7». L'elemento di differenziazione, che comporta l'esigenza di attribuire una diversa valenza, a monte, alla condotta del *falsus procurator* (e così, eventualmente, del *falsus creditor*) sembra essere l'esistenza di un debito ovvero di un indebitum. Conclude infatti lo studioso: «The result would thus also be a neat parallel between the positions of F.C. and F.P. In the case of an *indebitum*, there is always *furtum* from the payer, whether the rogue claim to be the non-existent *creditor* or his no less fictitious representative. In the case of a *debitum*, F.C. must necessarily claim to be the genuine *creditor* and, as 81, 6 would indicate, F.P. to be the genuine *procurator* of the *creditor*».

giuridiche³³ che derivano dalla ratifica di tale pagamento non dovuto, effettuato in mano ad un falso procuratore.

Dalla nostra, particolare, prospettiva è interessante sottolineare il fatto che Papiniano dimostri di non aver avvertito affatto la necessità di soffermarsi a descrivere quale fosse la condotta del soggetto denominato *falsus procurator*, condotta idonea ad indurre un altro soggetto ad effettuare, in suo favore, il pagamento.

E' chiaro che si assume come dato di fatto il concretizzarsi del reato di furto quale conseguenza del suo agire, in base, dunque, semplicemente, al percepimento del pagamento. Peraltro, non risulta rintracciabile, nel contesto della fonte, alcun riferimento allo stato soggettivo di costui³⁴; non è assolutamente chiaro se questi abbia tenuto un qualsiasi comportamento finalizzato a trarre in inganno altri, se abbia agito in maniera semplicemente reticente o, addirittura, se nulla di tutto ciò si sia, in concreto, verificato. Il passo non ci aiuta, dunque, nella ricerca di una definizione di chi fosse il *falsus procurator*, ma ci induce a porci ulteriori interrogativi in ordine a caratteri distintivi di tale soggetto, che così di frequente ricorre nelle fonti romane.

³³ Tale prospettiva è analiticamente considerata da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 94 ss. L'Autrice sottolinea, infatti, il fatto che, per Papiniano, in primo luogo, risultasse necessario stabilire quali fossero gli effetti della ratifica del pagamento da parte di Tizio, presunto debitore e né proprietario né possessore dei *nummi*, al fine di stabilire chi fosse autorizzato ad agire contro il *falsus procurator* e con quali strumenti si potesse procedere. Ci si chiede, pertanto, se l'azione per furto, da esercitarsi contro il *falsus procurator*, fosse esperibile da parte del tradente oppure, in seguito all'intervenuta ratifica, da parte del suo *dominus*. L'azione non viene riconosciuta a Tizio proprio sulla base di quanto già si è detto, ossia data la circostanza per cui costui non risultava essere né proprietario né possessore del denaro oggetto della consegna. E' chiaro, dunque, che il gestore d'affari aveva fatto fronte al debito con denaro proprio, con conseguente riconoscimento della titolarità della *condictio furtiva*. A Tizio si riconosce l'esperibilità della *condictio indebiti*, nonché la possibilità, se convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*, di ottenere la cessione dell'azione da parte del *negotiorum gestor*, in qualità di derubato.

³⁴ Tale circostanza è espressamente messa in luce da P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 230. L'Autore ritiene che Papiniano avrebbe dovuto fornire delle indicazioni sullo stato psicologico del soggetto in questione e appare, dunque, avvertire le difficoltà che possono derivare in ordine all'inquadramento della figura *de qua* a causa del totale silenzio del giureconsulto sul punto. Sembra, su altro versante, discostarsi dalla lettura di tale lacuna nei termini prospettati dall'Angelini, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 94. Più precisamente, l'Autrice dà certamente conto del fatto che non è possibile cogliere alcun riferimento allo stato psicologico dell'accipiente, ma muove dal presupposto che, ai fini della qualificazione dell'atteggiamento del falso procuratore in termini di furto costituisca «fatto ben noto che non ha bisogno di sviluppi particolari». Rileva di conseguenza che «non si specifica quindi in che modo l'accipiente apparisse il vero legittimato e quindi se fosse stato meramente reticente o avesse posto in essere una condotta attiva volta a trarre in inganno il tradente. Egli era da considerarsi *fur*, senza che sia possibile cogliere alcun riferimento al suo stato psicologico».

Il soggetto denominato *falsus procurator* viene richiamato nella parte iniziale del passo. Si tratta della parte di frammento di cui sembra, attualmente, concordemente riconosciuta in dottrina la genuinità³⁵.

Tale procuratore viene denominato *falsus procurator* dallo stesso Papiniano.

Seguono le considerazioni del giureconsulto in ordine alla *ratihabitio* del *dominus*³⁶ dell'autore materiale del pagamento, ma si prescinde da qualsiasi

³⁵ Così B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 183. L'Autore riproduce in testo proprio l'incipit di tale frammento («*Qui rem Titii agebat... ei qui dedit nata est*»), per dichiarare immediatamente dopo: «E' comunemente riconosciuta la genuinità della parte del fr. 81,7 che s'è riportata». L'opinione è inoltre condivisa da: P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 230 e G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II, 1, cit., pp. 409 s. La porzione di testo seguente: «*cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio... arbitrio iudicis ei praestabitur*», è stata, al contrario, da più parti, considerata oggetto di rimaneggiamento. Si considerino in tal senso le prese di posizione di: P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 126 ss.; G. DONATUTI, *Le cause delle condictiones*, cit., p. 776; IDEM, *Studi sul procurator*, II, cit, p. 139; F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 21 ss.; F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., p. 54 ss. In particolare W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 56, ha sollevato dei dubbi sulla classicità delle due qualifiche delle *condictiones* richiamate nel passo (*indebiti* ed *ex causa furtiva*); tale distinzione in due diverse tipologie risulterebbe, infatti, secondo il parere dell'Autore, in contrasto con l'ipotesi classica di un'unica *condictio*, all'esperimento della quale sarebbe stato legittimato il *negotiorum gestor* di Tizio in qualità di derubato. Tutto ciò, sul presupposto da cui muove lo studioso e, per il quale, il testo classico originario non avrebbe trattato di un caso di indebito. *Contra* A. BURDESE, *Rec. a W. Pika Ex causa furtiva condicere in klassischen römischen Recht*, in «SDHI», LV, 1989, p. 478. Infatti, quanto all'ipotesi disciplinata in D. 47, 2, 81, 7 (e ugualmente per un caso analogo in D. 13, 1, 18 di Pomponio) il Burdese considera, contrariamente al Pika, che: «L'*actio furti* come la *condictio*, qualificata *ex causa furtiva* o semplicemente *furtiva*, risultino riconosciute all'autore del pagamento effettuato con denaro proprio, ed al debitore o presunto tale, ratificante il pagamento stesso, sia data una *condictio* che ben poteva già Papiniano aver qualificata *indebiti* in contrapposto a quella *furtiva*, tenendo conto della diversità di regime sostanziale ad esse sotteso, solo in funzione della quale si giustifica l'utilità di ottenere, da chi ha effettuato il pagamento, la cessione dell'azione reipersecutoria a lui spettante in qualità di derubato, secondo la decisione prospettata da Papiniano alla fine del brano».

³⁶ Sul punto si consideri, W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, p. 93 ss. L'Autore si sofferma a riflettere sul problema di stabilire se il riconoscimento della *condictio indebiti* in capo al *dominus*, in seguito ad un adempimento del procuratore, fosse o meno subordinata alla ratifica del pagamento da attuarsi per iniziativa del primo. Sul punto si considerino, inoltre, le riflessioni di C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 357 ss. L'Autore muove dal dato certo per cui dalle fonti si desume il principio - che egli sottolinea non poter essere frutto di interpolazione - in forza del quale al *procurator* non spetta mai la *condictio indebiti*. Egli premette anche il fatto che, qualora un soggetto abbia effettuato un pagamento per conto del *dominus* con denaro appartenente a quest'ultimo, non vi sono dubbi di sorta sul fatto che lo stesso, così come avrebbe la possibilità di ricorrere alla *rei vindicatio* per i *nummi exstantes*, così disporrebbe della *condictio* in seguito ad una eventuale *consumptio*. Segue la considerazione della particolare ipotesi che interessa a noi più da vicino. Il caso, certamente più complesso, di pagamento effettuato da «*qui rem Titii agebat*», ma con denaro proprio, non di Tizio. Dopo aver rilevato l'indiscutibile complessità delle circostanze, lo studioso mette in luce il fatto che, in tal caso, la titolarità della *condictio* in capo al *dominus* sembrerebbe essere condizionata dalla sua *ratihabitio*. Ciò si verifica, tuttavia, non tanto in forza del fatto che il pagamento è attuato dal procuratore con denaro proprio, quanto, da diversa prospettiva, in virtù dello stato soggettivo di mala fede del procuratore accipiente. Il Cannata, dopo aver richiamato i passi contenuti, rispettivamente in D. 13, 1, 18 (Scaev. 4 *quaest.*) e, quel che più in questa sede interessa, ovvero D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*),

indagine sul comportamento tenuto in concreto, nonché sullo stato psicologico del *falsus procurator* che era intervenuto a percepire il denaro.

A tal proposito può, tuttavia, apparire illuminante ciò che suggerisce di tenere a mente il CANNATA³⁷, nell'ambito di una riflessione avente ad oggetto proprio le complesse problematiche connesse alla ratifica del *dominus* e alle conseguenze da essa derivanti.

Riprendiamo il ragionamento³⁸ dello studioso, ma da una prospettiva *a contrario*, che può offrire maggiori spunti, considerato l'interesse precipuo della nostra indagine.

L'Autore rileva il fatto che, generalmente, un pagamento effettuato *nomine domini*, sia esso attuato con denaro del procuratore (o *negotiorum gestor*) o del gerito, è comunque da ricondursi al *dominus*, con conseguente, naturale, riconoscimento della *condictio indebiti*, a prescindere dall'esigenza di indagare se una ratifica sia o meno intervenuta. Questa è la conclusione a cui si perviene, per impiegare le parole dello stesso Autore, «in generale»³⁹. Poco prima di tale constatazione, tuttavia, lo studioso, aveva fatto notare il fatto che la soluzione

mette in luce il fatto che, nei due testi, la titolarità della *condictio* in capo al *dominus* di colui che abbia effettuato la consegna dei *nummi* appare, effettivamente, subordinata ad una precedente ratifica. La rilevanza della *ratihabitio* è esplicitata anche da A. BURDESE, *Rec. a W. Pika Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 478. L'Autore, infatti, soffermandosi a riflettere sul disposto delle fonti appena considerate, descrittive di due ipotesi analoghe è che, in entrambe, l'autore del pagamento (*procurator* o *negotiorum gestor*) sia legittimato all'esperimento dell'*actio furti* e della *condictio furtiva* (o *ex causa furtiva*), e che, su altro versante, spetti una *condictio indebiti* al debitore, sia esso vero o presunto tale, ma, precisamente, soltanto qualora si tratti del debitore, per impiegare le parole del Burdese, «ratificante il pagamento stesso». Sulla base di tali presupposti si giustifica il rilievo fatto da Papiniano in chiusura del passo, ossia, per il soggetto denominato Tizio in D. 47, 2, 81, 7, il vantaggio derivante dall'ottenere la cessione dell'azione reipersecutoria, spettante di diritto al materiale esecutore del pagamento in qualità di derubato. Nessun rilievo dell'Autore risulta, in tale sede, in ordine allo stato soggettivo del falso procuratore accipiente. Sulla soluzione di eventuali dubbi concernenti la libertà del *dominus* di procedere alla ratifica (anche dopo averla negata) vedi M. TALAMANCA, *La fattispecie dell' «actio negotiorum gestorum»*, cit., p. 242. Proprio a tale riguardo dichiara, infatti, l'Autore: «In ogni caso va rilevato, come dato negativo, che nelle fonti non v'è traccia di alcuna limitazione della libertà del *dominus* di concedere la ratifica» e, richiamandosi proprio al passo papiniano, a ciò aggiunge la notazione in forza della quale la problematica e, di conseguenza, le soluzioni, non muterebbero anche nell'ipotesi in cui il gestore intervenisse a pagare un indebito. Dichiarò invece espressamente di non voler affrontare, perlomeno in tale sede, le questioni relative all'identificazione della figura del *falsus procurator*.

³⁷ C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., pp. 357 s.

³⁸ La riflessione è condotta su due testi, contemporaneamente considerati. Si tratta del già citato e riportato passo contenuto in D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*) e di D. 13, 1, 18 (Scaev. 4 *quaest.*), che riproduciamo di seguito: «*Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. Sed altera condictio altera tollitur*».

³⁹ C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 357.

prospettata nel passo che a noi interessa (e così pure in D. 13, 1, 18) sarebbe stata da leggersi come un'anomalia rispetto alla norma; anomalia determinata dallo stato di mala fede dell'*accipiens*, ossia, nel nostro caso, dallo stato di mala fede del *falsus procurator* destinatario del pagamento. La conseguenza che ne deriva, attraverso il passaggio intermedio per cui, dato il suo stato soggettivo di mala fede, il *procurator* accipiente non può acquisire la proprietà dei *nummi*, è quella in forza della quale il *dominus* non può ottenere la *rei vindicatio*, né, in caso di *consumptio*, la *condictio indebiti*, qualora non abbia effettivamente ratificato il pagamento attuato in mano al falso procuratore del suo presunto creditore (poiché solo in questo caso il pagamento diviene un suo pagamento).

Se è, dunque, vero che il proprietario o possessore dei *nummi* non è, nel caso considerato, Tizio, bensì il tradente, che di Tizio gestisce gli affari, ne consegue anche che la proprietà di essi si conservi in capo a costui e ciò in forza della malafede del *procurator* accipiente (*falsus procurator*), la quale impedisce il trasferimento della proprietà del denaro. Il mancato trasferimento della proprietà determina poi, immancabilmente, il configurarsi di un'ipotesi di furto⁴⁰. Pertanto, il *procurator-tradens* avrà a disposizione la *condictio furtiva*.

La complessità della situazione e delle conseguenze giuridiche che ne discendono, sembra, dunque, giustificabile esclusivamente sulla base dell'implicita considerazione dello stato di malafede che caratterizzerebbe colui che viene, nel passo, denominato *falsus procurator*, benché, come già si è avuto modo di notare, nulla di tutto ciò sia reso esplicito dal tenore del testo analizzato⁴¹.

⁴⁰ Tale stretta connessione tra mala fede, mancato passaggio della proprietà dei *nummi* e configurarsi di un'ipotesi di *furtum*, risulta ugualmente ravvisabile anche nei passi seguenti: D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*).

⁴¹ Sottolinea la mancanza di una specificazione che abbia ad oggetto il comportamento in concreto tenuto del *falsus procurator*, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 94. L'Autrice prende atto di una tale, potremmo dire, reticenza del giureconsulto, e, conseguentemente, dichiara: «La qualificazione del comportamento del falso procuratore come furto risulta qui esposta come fatto ben noto che non ha bisogno di sviluppi particolari. Non si specifica quindi in che modo l'accipiente apparisse il vero legittimato e quindi se fosse stato meramente reticente o avesse posto in essere una condotta attiva volta a trarre in inganno il tradente».

CAPITOLO V

IL *FALSUS PROCURATOR*, QUI SE PROCURATOREM ESSE SIMULAT E IL SOGGETTO NON-PIU'-LEGITTIMATO QUESTIONI GIURIDICHE RICORRENTI

SOMMARIO: 1. *Introduzione: interrogativi e individuazione delle questioni giuridiche ricorrenti.* - 2. *Il falsus procurator in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 ad Sab.). - 3. D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 ad Sab.). Prima parte. Delegazione e divieto di donazione tra coniugi: l'analisi dogmatica di Celso. - 3.1 D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 ad Sab.). Seconda parte. Applicazione per via analogica dei meccanismi della delegazione all'ipotesi di un pagamento in favore di un sedicente procurator. - 4. D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 ad Sab.) e la simulazione della qualifica di procuratore precedentemente posseduta. - 5. D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 quaest.) e un'ipotesi di pagamento al non-più-legittimato. - 6. Conclusioni. Un filo comune a legare i passi considerati. Dal falsus procurator, a qui se procuratorem esse simulaverit, al semplice non-più-legittimato. Un climax discendente dal punto di vista argomentativo.*

1. Introduzione: interrogativi e individuazione delle questioni giuridiche ricorrenti.

Nel proposito di delineare i tratti caratteristici tipici della figura del *falsus procurator*, si potrebbe essere indotti a concentrare l'attenzione sull'elemento del raggiro, eventualmente addebitabile a tale soggetto, laddove questi abbia tenuto una condotta attiva volta a trarre altri in inganno. La questione immancabilmente si complica nel momento in cui si proceda all'esegesi di passi dal tenore dei quali non risulta possibile ricavare alcun riferimento allo stato soggettivo del procuratore. Ciò che sembra, anzi, doversi sottolineare in relazione al contenuto di tali frammenti è proprio il fatto che non appaia avvertita l'esigenza stessa di condurre un'indagine volta a svelare i propositi di quest'ultimo da intendersi come il presupposto di determinate conseguenze rilevanti sul piano del diritto, che

risultano essere le problematiche giuridiche ricorrenti ogniqualvolta si richiami, nelle fonti, il falso procuratore.

Si tratta, *in primis*, della questione del mancato passaggio della proprietà di ciò che al soggetto viene consegnato (usualmente dei *nummi*) e, quindi, di quella relativa alla responsabilità per *furtum*, a cui si collegano, evidentemente, tutte le problematiche concernenti la spettanza delle azioni a tutela del proprietario.

In limine, ciò che ritengo doveroso mettere in luce è proprio la complessità della materia, a proposito della quale risulta davvero ostico individuare una regola generale. Data la fluidità di essa appare certamente riduttivo il tentativo di incasellare e irrigidire la problematica in uno schema preconstituito.

Vi sono, d'altra parte, come si è anticipato, questioni giuridiche ricorrenti, alle quali i giuristi si accostano laddove compaia la figura del *falsus procurator*. Altro punto da mettere in rilievo consiste nel fatto che le medesime problematiche tornano, poi, a convogliare su di sé l'attenzione dei giureconsulti anche in ipotesi in cui non possiamo ravvisare alcun richiamo esplicito al falso procuratore.

Tutto ciò deve spiegarsi immancabilmente alla luce delle fonti più eloquenti in tal senso, benché non sempre agevolmente conciliabili tra loro e tenendo, soprattutto, ben presente la complessa ed articolata logica che presiede al sistema quanto mai raffinato del così detto *ius controversum*.

In tale prospettiva un importante spunto di riflessione è rappresentato dalla presenza di tematiche ricorrenti in diversi brani che annoverano tra i protagonisti, nell'ordine, un falso procuratore, soggetti simulanti la qualifica di procuratore o, più genericamente, soggetti che simulano la sussistenza di una legittimazione precedentemente posseduta, della quale, tuttavia, non risultano più titolari. Non si può infatti non rilevare che in più passi¹, nel contesto dei quali si ripropongono le tematiche connesse alla questione del passaggio di proprietà dei mezzi di

¹ Si considerino, in particolare, i passi contenuti in: D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*), nel contesto del quale il soggetto responsabile di furto è denominato *falsus procurator*. D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) in cui compare, nella parte conclusiva del frammento, la perifrasi «*qui [...] se procuratorem esse simulaverit*». D. 47, 2, 67, 3 (Paul. 7 *ad Plaut.*); D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 46, 3, 38, 1 (Afric. 7 *quaest.*); in tali frammenti manca la legittimazione in capo al soggetto che riceve il pagamento, non si individua un esplicito richiamo a figure di falsi procuratori e si esula, proprio come avviene in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*), da qualsiasi approfondimento che abbia ad oggetto lo stato psicologico rispettivamente del servo oramai manomesso, del non più procuratore (che non risulta, comunque, nella fonte denominato *falsus procurator*) e di colui che, genericamente, appare essere un soggetto non più legittimato.

pagamento da un *tradens* ad un *accipiens*, la mancanza o il venir meno della legittimazione di colui che percepisce il pagamento, il ricorrere del *furtum* e quindi delle questioni processuali, che assumono un rilievo primario in conseguenza alla commissione dell'illecito in questione, i giureconsulti, che si calano a scandagliare la problematica, sembrano prescindere dall'esigenza di individuazione di una precisa ed esplicita volontà di ingannare in capo al soggetto che risulta, infine, responsabile di furto. Non solo manca la descrizione di un raggirò orchestrato *ad hoc* con l'obiettivo di indurre altri (nei casi che saranno di seguito sottoposti ad esegesi il tradente) in errore, ma sembra potersi supporre che l'esigenza di soffermarsi ad indagare lo stato soggettivo dell'accipiente non fosse assolutamente avvertita come necessaria dai giureconsulti.

Sulla base di tali rilievi preliminari si è indotti ad interrogarsi sulla rilevanza che può, eventualmente, assumere lo stato psicologico di chi percepisca il pagamento al fine di addebitargli la qualifica di *falsus*; nello specifico, certamente, ci riferiamo allo stato psicologico del procuratore.

In seguito ci si soffermerà a valutare il peso della sussistenza di un'esplicita volontà di ingannare in capo ai diversi soggetti il cui agire è descritto nei brani considerati, nonché il valore dell'attributo *falsus* nello specifico e del verbo *simulare* più in generale, da leggersi ed interpretarsi in rapporto al concetto di raggirò e di legittimazione apparente².

2. *Il falsus procurator in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 ad Sab.).*

Una fonte degna di nota nella prospettiva di considerare la figura del *falsus procurator* in connessione con le problematiche relative al passaggio di proprietà di ciò che costituisce l'oggetto della consegna (dal procuratore o al procuratore), la responsabilità per furto, nonché la rilevanza dell'atteggiamento psicologico del soggetto *de quo*, è quella contenuta nel passo pomponiano, appartenente al commentario *Ad Sabinum*. Accingiamoci ad analizzare più da vicino tale brano:

² In relazione a quest'ultima problematica cfr., *supra*, cap. IV, § 1.

D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*): «*Si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt*».

Tr.: «Se, secondo le indicazioni del debitore, il *falsus procurator* del creditore prende del denaro da una terza persona, è tenuto per furto nei confronti del debitore e il denaro sarà di proprietà del debitore».

Il *falsus procurator*, il cui agire è descritto nel testo, è un soggetto che appare procuratore del creditore. Ci troviamo di fronte ad un rapporto debitore-creditore complicato dal fatto che, da un lato il debitore non interviene ad effettuare il pagamento in prima persona, ma dà ordine ad un soggetto (evidentemente a sua volta debitore) di pagare, dall'altro a percepire il pagamento neppure interviene il creditore di persona, bensì colui che nella fonte è espressamente descritto quale «*falsus procurator creditoris*». E' chiaro che a monte di questa fattispecie, i cui tratti sono tracciati in poche righe e che, pur tuttavia, risulta molto complessa, sta un caso di delegazione³: il tradente interviene, infatti, ad attuare la materiale consegna dei *nummi* per delega del debitore.

Il testo, come si è anticipato, tocca la tematica del *furtum*, tuttavia è evidente il fatto che il giureconsulto non si soffermi ad indagare se tale delitto ricorra o meno: qualora un falso procuratore prenda del denaro per conto del presunto creditore sembra certamente commettere furto; tale soluzione appare prospettabile in maniera piana, semplicemente sulla base della lettera del testo. L'attenzione del giureconsulto risulta, piuttosto, concentrata ad indagare nei confronti di chi costui, una volta percepito indebitamente il pagamento, sarà tenuto e, in secondo luogo, in capo a quale soggetto sia da riconoscersi il diritto di proprietà sui *nummi* oggetto della consegna.

Dal punto di vista della logica giuridica proprio dalla problematica da ultimo prospettata sembra opportuno prendere le mosse, al fine di comprendere la relazione causale intercorrente tra la rilevata responsabilità per furto, con conseguente possibilità di esperimento dell'*actio furti* e il fatto che Pomponio

³ Proprio questo è il motivo in forza del quale il passo induce a richiamare il noto frammento contenuto in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), nel quale si legge il celebre insegnamento celsino in tema di delegazione, sul quale si veda, *infra*, § seguente.

chiuda il breve passo dichiarando: «*et nummi debitoris erunt*», frase che palesa la sussistenza del diritto di proprietà sui *nummi* in capo al debitore delegante⁴.

La frase che chiude il frammento, come sottolinea efficacemente la FARGNOLI nel contesto del proprio contributo, «si riferisce al nodo problematico che pare emergere sempre più nitidamente quale una costante nei testi in materia di falso procuratore, ovverosia quello della proprietà del denaro»⁵.

La studiosa prosegue nella propria indagine richiamando altri passi nel contesto dei quali tale ricorrente questione viene prospettata in termini apparentemente non molto diversi. E' utile, in quanto davvero chiarificatrice, riprendere la prospettiva suggerita dall'Autrice e idonea a svelare il fatto che, mentre in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) la problematica della proprietà dei *nummi*⁶ costituisce presupposto logico del riconoscimento dell'azione per furto in capo al debitore-delegante, in quanto proprietario del denaro e non, invece, al *solvens*-delegato; diversamente, nel contesto del noto frammento contenuto in D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) il mancato passaggio della proprietà dei *nummi*⁷ risulta presupposto della sussistenza del delitto di furto, delitto il cui ricorrere, nel caso precedentemente prospettato, appare quasi, per così dire, dato per scontato.

⁴ In relazione al rapporto tra esperimento dell'*actio furti* e acquisto della proprietà si consideri B. KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus (Ulp. D. 24,1,3,12)*, in «ZSS», XCIII, 1976, p. 83 ss. Secondo il parere del citato studioso la chiave interpretativa per intendere e risolvere la questione sarebbe rappresentata dall'uso di tempi verbali diversi nel contesto di un medesimo passo. Il giureconsulto impiega, infatti, il tempo presente per mettere in luce il fatto che il falso procuratore è tenuto per furto («*debitori iste tenetur furti*») e, invece, il tempo futuro nel momento in cui interviene ad esplicitare chi sia il titolare del diritto di proprietà sul denaro oggetto della *traditio* («*nummi debitoris erunt*»). Il debitore delegante sarebbe dunque, secondo tale opinione, diventato proprietario del denaro non nel momento stesso della consegna dal delegato al falso procuratore, bensì, in maniera molto più complessa, soltanto in seguito all'esperimento dell'azione, con conseguente condanna per furto del *falsus procurator*. Particolarmente critico su tale interpretazione M. KASER, *Durchgangserwerb*, in «Labeo», XXVI, 1980, p. 43 ss. In particolare, l'Autore si sofferma a riflettere proprio sulla scelta avente ad oggetto la *variatio* temporale presente-futuro, giungendo a rilevare che il tempo futuro potrebbe tranquillamente essere stato impiegato ad indicare una probabilità nel presente.

⁵ I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 74. L'Autrice mette in luce proprio il fatto che la proprietà del denaro non passa mai all'accipiente, falso procuratore. Tale circostanza ricorre in altri passi richiamati dalla studiosa, i quali giocano un ruolo centrale anche in questa specifica prospettiva d'indagine; si tratta in particolare dei passi contenuti in: D. 47, 2, 43 pr.-1 (Ulp. 41 *ad Sab.*), sui quali si veda., *supra*, cap. I, § 3.3 e *infra*, cap. VII, § 1.

⁶ Frase significativa in tal senso è la chiusa di D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*): «[...] *et nummi debitoris erunt*».

⁷ Ciò è esplicitato dalla frase seguente, tratta da D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): «[...] *nec nummi eius fiant*».

Il tema relativo alla proprietà del denaro riveste, dunque, un ruolo centrale e significativo sia nell'ambito del passo pomponiano, sia nel contesto di quello ulpiano; la questione inerente alla proprietà, proposta, come si è visto, in termini quasi identici, ci permette di individuare un'analogia tra i passi, ma ci induce necessariamente anche a precisare il fatto che essa costituisca il presupposto logico di differenti conseguenze.

Dalla nostra prospettiva, è tuttavia possibile rilevare un'analogia forte in quanto, in entrambi i casi, la malafede che caratterizza il soggetto definito *falsus* (creditore o procuratore che sia) determina il prodursi delle medesime conseguenze: mancato acquisto della proprietà dei *nummi* oggetto della consegna e commissione di un furto⁸.

Ulteriori interrogativi sono sorti in relazione alla posizione che la frase concernente la proprietà del danaro ha all'interno del passo in questione⁹. Essa infatti non precede, ma segue, in rapporto di coordinazione, la frase in cui si dichiara implicitamente il ricorrere del *furtum* attraverso il riconoscimento in capo al debitore-delegante dell'azione che scaturisce dalla commissione del delitto *de quo*. D'altra parte proprio la circostanza per cui la proprietà del danaro non passa e, conseguentemente, il *falsus procurator* possiede *invito domino* i *nummi* determina la sussistenza stessa del delitto e l'esperibilità dell'azione per furto¹⁰.

⁸ In tal senso si veda anche I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 74, che, sul punto, effettua i seguenti rilievi: «Ad ogni modo Ulpiano, così come Pomponio, lasciano intendere che chi incassava in malafede un indebito era colui che commetteva furto e non diventava proprietario del danaro».

⁹ Sul punto si considerino: B. KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb*, cit., p. 83 ss.; M. KASER, *Durchgangserwerb*, cit., p. 45, nt. 98; J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación. I. La doble atribución patrimonial (Primera parte)*, Santiago de Compostela, 2001, p. 223, nt. 40.

¹⁰ Il problema è affrontato da J.A.C. THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., pp. 415 s. L'Autore circoscrive a tre i possibili intenti del debitore che effettua una consegna di denaro ad un *procurator*: a) intent thereby to make *traditio* to the principal, the *creditor*; b) intent to make him a mere carrier of the coins to his principal; c) intent to give him ownership of those coins, he to deliver an equivalent sum to his principal. In relazione all'ipotesi prospettata al punto a), l'Autore suppone il caso di un rappresentante originariamente autorizzato, la cui autorizzazione sia venuta meno, in quanto revocata, all'insaputa del debitore. Tra gli altri testi a cui applica questa chiave di lettura egli richiama anche il passo contenuto in D. 47, 2, 44 pr., per concludere, a tal proposito, nel modo seguente: «For if I attempt to make *traditio* to creditor through an intermediary and because of lack of any effective authorisation (present or past) of the latter, this be impossible, the intermediary - for us, F.P. - will of course not become owner of what is handed to him by debtor, because he knows that it is made as a *traditio* to creditor. He will thus take *invito domino* when he takes for his own benefit, more specifically by his *accipere*: the only question is whether he steals from the debtor or from his supposed principal». Proprio quest'ultimo interrogativo trova risposta nel contesto del frammento analizzato.

Sul punto si sofferma THOMAS. Lo studioso, nel contesto del proprio contributo, dopo aver richiamato il passo contenuto in D. 47, 2, 44, 1 (Pomp. 19 *ad Sab.*), precisa quanto segue: «The form is not particularly happy as it stands (though *acceperis* for *id feceris* would cure objections) but the sentiment is perfectly sound including the reference to *lucranda animo* which shows the recipient to be aware of the true situation». Secondo l'Autore è proprio l'intenzione in ordine all'appropriazione dei *nummi* da parte del soggetto che percepisce il pagamento, «which makes his taking from the debtor a taking *invito domino*»¹¹. THOMAS evidenzia dunque - rilievo interessante ai fini della nostra indagine - il valore dell'intenzione fraudolenta in ordine all'appropriazione indebita, la quale risiede a monte dell'agire del soggetto, per quanto spesso non esplicitamente descritta nelle fonti.

La posizione dell'Autore ci può indirizzare a considerare rilevante lo stato soggettivo del soggetto. Il passo successivo consisterà nel valutare tale predisposizione mentale in relazione alla valenza dell'espressione *falsus procurator*.

Sulla sequenza di eventi *furtum*-mancato acquisto della proprietà sui *nummi* si concentra, invece, la riflessione della FARGNOLI, la quale suggerisce di procedere al confronto¹² tra il passo attualmente oggetto della nostra indagine (e, analogamente, il *principium* di D. 47, 2, 43) e il testo contenuto in D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)¹³. Nell'ipotesi da ultimo richiamata, Ulpiano si sofferma per ben due volte a riflettere sulle problematiche legate al trasferimento del danaro.

In un caso, laddove il debitore abbia ritenuto il procuratore un semplice intermediario, il conseguente mancato acquisto della proprietà comporta l'individuazione del delitto di furto; nell'altro, sulla base della medesima logica, il giurista rileva anche, specularmente, che «*si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant nullo modo eum furtum facere ait*». Risulta chiaro, dunque, ciò

¹¹ J.A.C. THOMAS, *Animus furandi*, in «IURA», XIX, 1968, p. 24. Riportiamo, per esigenza di completezza e chiarezza, il testo del frammento analizzato dallo studioso, contenuto in D. 47, 2, 44, 1 (Pomp. 19 *ad Sab.*): «*Si rem meam quasi tuam tibi tradidero scienti meam esse, magis est furtum te facere, si lucranda animo id feceris*». Nel contesto di tale contributo l'Autore si sofferma a considerare la problematica dell'acquisto del danaro *invito domino*. L'esplicitazione di tale punto si avrebbe proprio nel passo contenuto in D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*), che viene richiamato dallo studioso alla successiva nt. 109.

¹² I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 75.

¹³ Sul punto si veda, *infra*, cap. VII, § 1.

che l’Autrice ci fa notare, ovvero, per impiegare le sue stesse parole, il fatto che «la formulazione del testo di D. 47, 2, 43, 1 e, in particolare, la sequenza mancato trasferimento della proprietà e quindi responsabilità per furto dell’accipiente sembra fornire l’appiglio per meglio intendere sia il passo di Pomponio di D. 47, 2, 44 pr., sia il *principium* del frammento 43. In questi ultimi due testi la frase coordinata, seppure posposta rispetto all’affermazione della responsabilità per furto, può ritenersi infatti costituire non una conseguenza, ma un presupposto logico della responsabilità stessa».

Proprio in relazione alla posizione riservata nel passo alle diverse tematiche, già KASER ha considerato le scelta del giureconsulto motivata in forza della collocazione del testo nella sede del *furtum*, dichiarando quanto segue: «In Pomp. D. 47.2.44 pr. cit. steht *tenetur furti* vor dem *nummi debitoris erunt*, weil die *actio furti* hier *sedes materiae* ist».¹⁴

3. D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 ad Sab.). *Prima parte. Delegazione e divieto di donazione tra coniugi: l’analisi dogmatica di Celso.*

Il medesimo schema, riscontrato nel passo precedentemente analizzato e retto dalle regole proprie della delegazione, sembra stare alla base delle soluzioni prospettate da Ulpiano in un frammento ancor più noto alla critica¹⁵, nonché più complesso a livello contenutistico, quale è quello contenuto in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 ad Sab.). Soffermiamo, dunque, l’attenzione sulla lettera del celebre passo:

D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 ad Sab.): «*Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad*

¹⁴ M. KASER, *Durchgangserwerb*, cit., p. 45, nt. 98.

¹⁵ Per un’esaustiva bibliografia sul passo si consideri F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 237 ss.

mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse».

Tr.: «Ma se egli avrà delegato il suo debitore a pagare a lei, questo ci si chiede, cioè se il denaro diventi di sua¹⁶ proprietà e il debitore sia liberato. E Celso, nel quindicesimo libro dei Digesta, scrive che bisogna prospettarsi se non possa sostenersi che il debitore sia liberato e le monete siano diventate di proprietà del marito e non della moglie: e infatti anche se la donazione non fosse vietata dal diritto civile, l'*ordo rei gestae* sarebbe questo, che le monete perverrebbero a te dal tuo debitore e poi da te alla donna. Infatti, a causa del breve intervallo di tempo tra le due azioni, una di esse risulta occultata; del resto il debitore dà al creditore e il creditore alla moglie. E non c'è nulla di nuovo o di straordinario nel fatto che tu riceva per mezzo di un altro. Infatti anche se colui che abbia simulato di essere il procuratore del tuo creditore abbia ricevuto il danaro dal tuo debitore, secondo le tue indicazioni, risulta evidente che tu avrai l'azione di furto e che lo stesso danaro è di tua proprietà».

Il testo ha destato l'attenzione degli studiosi in ordine a diverse problematiche giuridiche. Esso gioca un ruolo di primo piano per ciò che attiene alla teoria celsina¹⁷ così detta del doppio trapasso¹⁸. Alcuni autori hanno, inoltre, posto il

¹⁶ Sull'interrogativo relativo al soggetto a cui riferire l'«*eius*» si consideri la posizione di W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 67. L'Autore ritiene doversi interpretare l'interrogativo posto da Ulpiano come riferito all'acquisto di proprietà sui *nummi* da parte della moglie-delegataria. In tal senso anche B. KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb*, cit., p. 48, nt. 5. Il Flume si premura di mettere in luce il fatto che, comunque, Celso, richiamato da Ulpiano, concentra prevalentemente l'attenzione sulla questione concernente la liberazione del debitore-delegato come conseguenza del pagamento dallo stesso attuato. Dichiaro la propria condivisione sul punto C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 350. In questo senso anche M. KASER, *Durchgangserwerb*, cit., p. 26.

¹⁷ Proprio in relazione a tale, complessa, problematica la dottrina si è lungamente interrogata sulla sussistenza o meno di una condivisione di tale costruzione logica da parte di altri giuristi classici e, in particolare, di Pomponio (D. 47, 2, 44 pr.). Sul punto ci si richiama alle conclusioni di J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación*, I., cit., p. 224. L'Autore ritiene che Pomponio non intendesse richiamarsi alla complessa teoria del doppio passaggio di proprietà, di paternità celsina, ma considerasse acquisita la proprietà dell'oggetto della consegna in capo al

delegante semplicemente a partire dal momento in cui questa possibilità fosse disconosciuta in capo al delegatario.

¹⁸ Sulla «Durchgangstheorie» si consideri *in primis*: R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1857. Ora in *Gesammelte Aussätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1881, p. 149 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); e *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Fortsetzung)*, in *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II, Jena, 1858. Ora in *Gesammelte Aussätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1881, p. 249 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). La teoria fu elaborata proprio sulla base del contenuto di D. 24, 1, 3, 12, con attenzione concentrata sulla complessa problematica della *delegatio solvendi* e delle conseguenze di rilievo giuridico che da essa scaturiscono. Prima di tracciare brevemente i tratti caratteristici di tale, famosa, elaborazione concettuale, è indispensabile, oltre che opportuno, richiamare quella parte del passo che risulta maggiormente significativa in tale prospettiva, e che così recita: «*nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori*». L'ipotesi di delegazione riportata è stata letta e interpretata come una doppia dazione. Vediamo brevemente cosa significa. L'unica *traditio* effettivamente eseguita viene idealmente scomposta in due distinte *traditiones*. La scomposizione del rapporto delegatorio consisteva, dunque, in un'ideale doppia dazione: dal delegato al delegante e dal delegante al delegatario, ma l'acquisizione intermedia del delegante si sarebbe attuata in un «logische Sekunde», determinando l'acquisto del delegatario. Tutto questo in teoria. Di fatto, dato il divieto di donazione tra coniugi, una tale scomposizione del negozio delegatorio avrebbe permesso di salvaguardare l'unico rapporto valido, quello di provvista (rapporto tra debitore-delegato e creditore-delegante); le conseguenze da ciò determinate sarebbero state: la liberazione del debitore-delegato e l'acquisto della proprietà del denaro in capo al marito-delegante. Sulla scorta del sentiero interpretativo tracciato da Jhering molti autori sono tornati a confrontarsi con il passo e lo hanno riletto sulla base della teoria della «juristische Sekunde». Abbiamo così la possibilità di enucleare fondamentalmente tre distinti orientamenti, sviluppatasi sulla scia della medesima tradizione. Secondo una prima impostazione la *traditio* materialmente attuata sarebbe scomponibile in una *traditio* dal debitore-delegato al creditore-delegante (considerato quale rappresentante dell'accipiente, moglie-delegataria), questi sarebbe rappresentante dell'accipiente e possessore per mezzo di esso (moglie-delegataria); dati tali presupposti, una *traditio brevi manu* a vantaggio della moglie avrebbe consentito la conversione della sua detenzione in possesso. In questo senso si vedano: R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, cit., p. 149; F. WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in *Existenz und Ordnung. Festschrift für E. Wolf, zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1962, p. 423. Ora in *Kleine juristische Schriften. Eine Sammlung zivilrechtlicher Beiträge aus den Jahren 1932 bis 1986*, Göttingen, 1988, p. 79 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo). Secondo una seconda impostazione il debitore-delegato eseguirebbe un costituito possessorio a favore del creditore-delegante, trasferendo quindi il possesso, ma conservando la detenzione, per operare in un momento immediatamente successivo la *traditio* dei *nummi* al delegatario, nelle vesti di rappresentante del delegante. In tal senso cfr.: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, IV, Berlin, 1841, p. 594; S. PEROZZI, *Della tradizione, suo concetto e sua natura giuridica*, in *Annali Perugia*, II, 1880, n.v. (= *Della tradizione, suo concetto e sua natura giuridica*, Città di Castello, 1886). Ora in *Scritti giuridici*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 1948, p. 1 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in «BIDR», VIII, 1895, p. 219; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, II, Frankfurt, 1906, pp. 786 s., nt. 16. In base, infine, ad una terza, differente, prospettiva il ragionamento troverebbe la propria chiave interpretativa nella considerazione degli effetti che si producono a causa del divieto di donazione tra coniugi. Se, infatti, tale donazione fosse stata valida per il diritto civile, il trasferimento attuato dal debitore-delegato alla moglie-delegataria avrebbe reso proprietario per primo il marito e, subito, la proprietà si sarebbe trasferita alla moglie, ad una tale velocità che i due atti sarebbero stati percepiti come uno soltanto. Dato però, come si è necessariamente premesso, il divieto di una tal donazione, se il marito avesse indicato come delegatario la propria moglie (con l'intenzione che la proprietà pervenisse a sé stesso), Celso avrebbe considerato il marito proprietario per mezzo della moglie. In tal senso cfr.

passo in connessione con la complessa tematica dell'acquisto della proprietà per mezzo di una libera persona, nell'ipotesi in cui essa sia impiegata come mero strumento di consegna¹⁹.

A. WATSON, *Acquisition of ownership by "traditio" to an "extraneus"*, in «SDHI», XXXIII, 1967, p. 196. Critico su tali, diverse, letture, F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., pp. 246 s., nt. 478, nel dichiarare: «Si tratta, a mio credere, di costruzioni particolarmente elaborate e artificiose, in base alle quali, a dire il vero, si giungerebbe all'acquisto della proprietà per mezzo del mero consenso e che non sembrano rispecchiare fedelmente il pensiero celsino». Lo studioso asserisce ciò dopo aver rilevato, (F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 241, nt. 468), nel richiamare la teoria della così detta «juristische Sekunde», quanto segue: «Si tratta di una teoria che, a mio credere, non sembra essere idonea a fare luce sul ragionamento effettivamente compiuto da Celso». L'Autore non ritiene corretto sostenere che nel contesto del frammento si attui un doppio negozio traslativo. Egli pone l'accento sulla fondamentale differenza che intercorre tra il dire che ricorrano due *traditiones* e il sostenere che l'unica *traditio* effettivamente eseguita (quella tra il debitore-delegato e la moglie-delegataria) sottenda due distinti rapporti causali. La critica si fonda sulla fondamentale notazione dello stesso R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Fortsetzung)*, cit., p. 252 ss., il quale specifica che la «Durchgangstheorie» è una costruzione ideale, tale per cui non appare in alcun modo necessario sostenere l'attuazione di una scomposizione dell'unica, reale, *traditio* dal delegato al delegatario in due distinte *traditiones*, sulla scorta delle diverse teorie sopra descritte. Critica tale impostazione della complessa problematica anche E. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione*, in «BIDR», XLI, 1933, p. 199 ss. Il Betti muove da un rilievo imprescindibile: se infatti tali teorie dispiegassero la propria validità non si potrebbe disconoscere un importante avvicinamento delle regole del diritto romano alla logica in forza della quale il trasferimento della proprietà si attua sulla base del mero consenso delle parti interessate, a prescindere da negozi traslativi della proprietà stessa. Tutto ciò in netto contrasto con i principi cardine del diritto romano classico. Dura appare anche la critica di W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 64. Lo studioso parla di una «kuriose Vorstellung», insita nella teoria, in forza della quale il delegatario avrebbe ottenuto il possesso delle monete al fine di far ottenere la proprietà al delegante, proprietà che questi, a sua volta, avrebbe trasferito al delegatario. Secondo l'opinione del Flume questa sovrastruttura dogmatica complica inutilmente le cose; nella logica delle prestazioni, infatti, il delegato dà al delegante e il delegante al delegatario; a questo punto, pur dovendosi riconsiderare, nel caso di specie, la sussistenza del divieto di donazione tra coniugi, è possibile ammettere pianamente la conseguente liberazione del debitore, in quanto questi, avendo pagato alla moglie-delegataria, risulta aver pagato al marito-creditore-delegante, mentre la seconda prestazione, quella dal creditore alla moglie, sarà immancabilmente destinata a cadere nel nulla; ciò tuttavia, su altro versante, non incide in alcun modo sulla liberazione del debitore-delegato. Sulla scia del sentiero tracciato dal Flume si pongono i rilievi critici di C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, p. 454. L'Autore critica il fatto che la descritta teoria della «juristische Sekunde» dirotti ingiustamente il ragionamento di Celso sul piano dei diritti reali, quando questi avrebbe invece inteso considerare gli atti in sé stessi. Infine, si richiama la diversa impostazione di P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 122. L'Autore, sulla base di una particolare impostazione, riconducibile alla Glossa (Glossa a *ordinem* in D. 24, 1, 3, 12; Glossa a *iubente* in D. 24, 1, 3, 12), menziona un caso di *traditio longa manu* da attuarsi con la contemporanea presenza di delegante, delegato e delegatario. La teoria, ricavabile dalla Glossa, appare fondata sull'esigenza della compresenza dei tre soggetti, nonché della *res* oggetto del trasferimento, al momento della delegazione, al fine di garantire l'acquisto della proprietà di essa in capo al delegante.

¹⁹ Sul punto si consideri l'approfondita analisi condotta da F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 237 ss. L'indagine sul frammento portata avanti dallo studioso trova spunto nella connessione individuata da alcuni autori tra D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) e la tematica dell'acquisto della proprietà per mezzo di una libera persona. Egli muove dalla ripresa delle diverse teorie avanzate in dottrina (si veda sul punto *supra* nt. 18) per giustificare l'effetto

Prima di addentrarci nell'analisi di quella porzione di testo nella quale compaiono gli aspetti maggiormente significativi ai fini dell'indagine sul *falsus procurator* che si sta conducendo, ossia la seconda parte di esso, a partire dalla frase *nam et si is*, è comunque opportuno soffermarsi a riflettere su alcune delle questioni di maggior rilievo affrontate nella prima parte, precipuamente dedicata alla ripresa della posizione celsina a proposito di un caso di delegazione, in cui il rapporto di valuta si concretizza in una donazione tra coniugi, notoriamente vietata dall'ordinamento giuridico romano. Proprio sussistendo un tale divieto, in forza del quale ogni trasferimento implicato dalla delegazione avrebbe, teoricamente, dovuto dispiegare la propria nullità, assume un valore rilevante l'analisi dogmatica condotta da Celso e riportata da Ulpiano. Dati questi presupposti, al fine di garantire la conservazione del negozio, Celso elabora un

traslativo e liberatorio della *traditio* tra debitore-delegato e creditore-delegante. L'Autore avanza tutti i propri dubbi sul valore di tesi che spostano la questione sul piano dei diritti reali. Un importante spunto di riflessione è offerto dalla ripresa della tesi proposta da F. WIEACKER, *Die juristische Sekunde*, cit., p. 77 ss. Lo studioso da ultimo richiamato, propende per la seguente lettura della fonte: il delegante avrebbe acquistato il possesso delle monete tramite la moglie-delegataria, sua libera rappresentante. In forza di tale meccanismo egli diverrebbe proprietario del danaro, tale proprietà verrebbe poi trasferita al delegatario. Il debitore sarebbe, ovviamente, liberato. Secondo questa impostazione nella *delegatio ad solvendum* il delegatario non acquisterebbe mai la proprietà dei mezzi di pagamento, ma operando come libero rappresentante del delegante e acquisendo il possesso sulle monete, garantirebbe l'acquisto della proprietà in capo ad esso; proprietà che questi dovrebbe quindi procedere, possibilmente, a trasferire al delegatario stesso. Briguglio mette in luce il contrasto di tale elaborazione rispetto ai principi della giurisprudenza romana, oltre all'estraneità di essa al pensiero giuridico moderno. Lo studioso si interroga, dunque, sulla sussistenza di una reale connessione tra tale passo e il tema della rappresentanza, trovandosi a dover fornire una risposta negativa. Vediamo in virtù di quali argomentazioni. L'errore di fondo, che scaturisce dall'applicazione della teoria della «juristische Sekunde», risiede, in primo luogo, come si è già accennato, nello spostamento della questione dal piano della destinazione delle prestazioni a quello dei diritti reali. Si consideri in tal senso C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 351. Come ribadisce e precisa Briguglio: «Il ricorso a questa sorta di dogma ausiliario della “juristische Sekunde” effettivamente appesantisce la linea di pensiero di Celso con una finzione e lo sposta sul piano dei diritti reali mentre in questo caso Celso considera gli atti in sé stessi. In ultima analisi il giurista aveva lo sguardo rivolto alla destinazione delle prestazioni». Proprio applicando la logica della destinazione delle prestazioni, prosegue l'Autore, «Celso dunque sembrerebbe basarsi non sull'acquisto della proprietà da parte del marito, ma sulla liberazione del debitore», per concludere infine: «Ecco perché una volta riapplicato il divieto di donazione fra coniugi alla fattispecie, inquadrata nell'ottica delle prestazioni, ci si accorge immediatamente che il debitore è liberato, in quanto pagando alla donna ha pagato al creditore e che tale divieto incide solo sul pagamento del creditore alla moglie». Orientate nella stessa direzione si considerino le tesi sostenute da: W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 64; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 349 ss.; IDEM, *Lo splendido autunno delle due scuole*, cit., p. 455, nt. 88. Avanzano una critica alla teoria di Wieacker, volta a negare che la frase «*quod per alium accipias, te accipere*» sia riferita alla rappresentanza: E. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali*, cit., p. 202; B. KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb*, cit., p. 57; M. KASER, *Durchgangserwerb*, cit., p. 268 s. Secondo il citato Autore il riferimento ad un'ipotesi di rappresentanza da attuarsi da parte di una *libera persona* nel caso di specie sarebbe apparsa «entbehrlich».

espediente, consistente in un meccanismo piuttosto complesso. Nell'ambito delle sue ricerche, BRIGUGLIO²⁰, sulla scia del CANNATA²¹, *in limine* all'analisi del frammento sottolinea quanto segue: «L'importanza di questo passo risiede propriamente nel fatto che Celso pone in evidenza come ad una soluzione in termini di equità si debba ricorrere soltanto quando la soluzione dogmatica non sia soddisfacente sotto il profilo della giustizia». Qualora la giustizia possa essere attuata attraverso il ricorso alla soluzione dogmatica, questa sarà l'opzione da preferire²². Date queste importanti premesse, e sulla base di tale impostazione logica, facciamo un passo indietro nella valutazione della fattispecie descritta.

Come già si è accennato il caso contenuto in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) descrive un'ipotesi di delegazione tra coniugi: il marito, nello specifico, delega un proprio debitore a pagare quanto a lui dovuto alla propria moglie. Dato il divieto di donazione statuito dall'ordinamento si ha nullità dell'atto, nonostante il compimento di esso per interposta persona (debitore-delegato). La chiave di volta per comprendere la soluzione prospettata consiste nel rilevare che il pagamento fatto dal debitore-delegato alla moglie-delegataria sottende due distinti pagamenti e, come mette chiaramente in luce BRIGUGLIO, «la *traditio* operata dal debitore-delegato alla donna delegataria è effettuata per attuare due distinti rapporti causali, che convergono nella persona del creditore delegante»²³. Dei due pagamenti quello fatto alla moglie cadrà nel nulla a causa del divieto. Dispiega, invece, i propri effetti il pagamento dal debitore al creditore sulla base del principio «*quod per alium accipias, te accipere*»; egli, dunque, acquisterà i *nummi* per interposta persona.

²⁰ F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 242.

²¹ C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, cit., p. 454.

²² Sulle complesse problematiche inerenti all'aspetto del carattere economico delle strutture giuridiche si veda C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, cit., p. 357 ss.

²³ F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 244. Sul punto si considerino inoltre: E. BETTI, L'attuazione di due rapporti causali, cit., p. 199 ss.; M. TALAMANCA, s.v. Delegazione, in «ED», vol. XI, [Varese], 1962, p. 921; O. LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, in «Jahrb. für die Dogm. des Rechts», XXXVI, Lipsiae, 1896, n.v. Ora in *Gesammelte Schriften*, Napoli, 1990, p. 269 e 315 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo).

3.1 D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 ad Sab.). Seconda parte. Applicazione per via analogica dei meccanismi della delegazione all'ipotesi di un pagamento in favore di un *sedicente procurator*.

Il medesimo argomento sistematico si ritrova nella seconda parte del passo, che, come si è anticipato, più da vicino ci interessa, considerata la nostra specifica prospettiva d'indagine.

In essa, sulla base dell'argomentazione per analogia, il giureconsulto descrive una fattispecie per molti aspetti assimilabile alla precedente²⁴.

Dal punto di vista strettamente contenutistico viene offerta la descrizione del caso seguente: un soggetto debitore interviene, su delega di un ipotetico *Tu* (evidentemente a sua volta creditore del delegato), ad effettuare un pagamento a favore di «*is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit*». In questa ipotesi assistiamo, dunque, all'avvicinarsi di ben quattro soggetti, proprio come nella fattispecie descritta in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 ad Sab.); mentre, tuttavia, nel caso precedentemente analizzato il pagamento era effettuato «*iussu debitoris*», risultando quest'ultimo delegante, nel brano ora in esame il delegante è il soggetto che chiameremo *Tu*, ovvero il soggetto creditore, mentre il debitore è il soggetto delegato rispetto al pagamento stesso²⁵. Sebbene risulti necessario porre in luce

²⁴ J.D. HARKE, *Argumenta Juventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin, 1999, p. 85, definisce questo secondo caso descritto nel passo «ein Parallellfall». Sulla paternità di questa seconda parte del passo si consideri M. KASER, *Durchgangserwerb*, cit., p. 40. L'Autore propende per l'attribuibilità di essa ad Ulpiano piuttosto che a Celso. Sul punto si è soffermata recentemente I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 78, in particolare, nt. 69. L'Autrice ritiene che Ulpiano, dopo aver riflettuto sul fatto che «*nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere*», intervenga direttamente per richiamare un caso analogo, probabilmente proprio a completamento dell'insegnamento di Celso precedentemente citato. La studiosa rileva il fatto che Ulpiano sembra aggiungere una propria considerazione, ulteriore rispetto al pensiero celsino, che avrebbe avuto ad oggetto esclusivamente il caso inerente a quella peculiare ipotesi di delegazione, sulla quale incide fortemente, nel caso di specie, il divieto di donazione tra coniugi (delegante, il marito e delegataria, la moglie nel caso *de quo*). Un elemento rilevante a sostegno di tale tesi sembrerebbe essere l'impiego della forma verbale *constat*, al tempo presente, modo indicativo, mentre altrove nel passo il giureconsulto ricorre all'utilizzo di verbi nella forma all'infinito, idonei a riferire indirettamente le opinioni altrui. Sul punto si consideri F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 245. Lo studioso sembra infatti, diversamente, propendere per l'attribuibilità del caso descritto in via analogica a Celso, dal momento che così si esprime: «Nella seconda parte del testo, Celso argomentando per analogia, espone il caso in cui un soggetto delega un proprio debitore a pagare al *sedicente procurator* del proprio creditore».

²⁵ Su tale inversione di ruoli si era già espresso M. KASER, *Durchgangserwerb*, cit., p. 43, nt. 89. Sul punto, proprio nel considerare i due passi a confronto, si veda, inoltre, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 79, che si esprime come segue: «Rispetto a D. 47, 2, 44 pr. vi è

questo chiaro scambio di ruoli tra delegante e delegato, va tuttavia precisato come ciò non incida in alcun modo sugli effetti giuridici che si vengono a produrre e che interessano da vicino la nostra indagine.

In questa seconda parte del frammento ricorrono essenzialmente due questioni di rilievo dal punto di vista del diritto: il problema relativo al passaggio di proprietà della *pecunia* oggetto della *traditio* e il verificarsi del *furtum*, con conseguente esperibilità dell'azione di furto da parte di chi risulterà essere proprietario del danaro e dovrà, conseguentemente, considerarsi derubato.

I soggetti il cui agire ci interessa maggiormente sono il *falsus procurator*, così espressamente denominato in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) e colui che in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) viene descritto, facendo ricorso ad una perifrasi, come: «*qui [...] se procuratorem esse simulaverit*». Si è precedentemente²⁶ messo in luce come il falso procuratore, in D. 47, 2, 44 pr., risulti, in maniera piana e quasi scontata, responsabile per furto «*si iussu debitoris [...] ab alio creditoris accepit*». Il passo, inizialmente considerato, è molto breve e conciso. Il giureconsulto non si sofferma ad indagare l'atteggiamento psicologico del procuratore, o meglio di colui che appare essere procuratore. Non viene in alcun modo descritta la sua condotta (condotta fraudolenta, si suppone).

Non possiamo dire con assoluta certezza che egli avesse ordito un inganno e che, conseguentemente, avesse tenuto una condotta attiva, finalizzata a far cadere in trappola il delegato che, «*iussu debitoris*», fosse intervenuto ad effettuare la consegna. Anche nel passo contenuto in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) lo spazio dedicato al caso del pagamento in favore del simulatore, sulla base dello schema della delegazione, appare certamente più ristretto se messo a confronto con quello dapprima descritto nell'ambito del medesimo frammento e inerente alla più complessa fattispecie di delegazione complicata dalla donazione tra coniugi. Il secondo caso, si è detto, è richiamato dal giurista in virtù dell'analogia rispetto all'ipotesi con cui si apre il brano. Assistiamo, in questa seconda ipotesi, alla riscossione di un pagamento da parte di un soggetto che, diremo, appare

un'inversione di ruoli tra delegante e delegato, in quanto, mentre nel § 44 pr., il pagamento era effettuato al delegatario *iussu debitoris*, nel brano in esame il pagamento è effettuato *iubente te*, per cui il soggetto chiamato debitore non può essere il delegante (come si verifica nel § 44 pr.), ma il delegato».

²⁶ Sul punto cfr., *supra*, § precedente.

essere il procuratore. La consegna è attuata da un debitore-delegato su indicazione di un creditore-delegante. Sul presupposto della mancanza di legittimazione a riscuotere in capo a colui che era apparso procuratore agli occhi del debitore-delegato, ma, evidentemente, tale non era, il delegante, analogamente a ciò che si era verificato nel caso precedente, risulta acquistare e conservare la titolarità del diritto di proprietà sul danaro oggetto del trasferimento. Il soggetto che simula in sé la qualifica di procuratore, avendo percepito ciò che suo non è, né sarebbe mai diventato, viene considerato responsabile per furto. Pertanto, la *pecunia* risulta inequivocabilmente di proprietà del delegante: «*ipsam pecuniam tuam esse*», recita la parte conclusiva del frammento²⁷.

Tutto ciò premesso, rileviamo che le questioni affrontate nei due passi del Digesto sono le medesime. Le soluzioni, dal punto di vista eminentemente giuridico, non mutano. In particolare, non si ravvisa un intento indagatore che abbia ad oggetto lo stato psicologico del *falsus procurator* (D. 47, 2, 44 pr.) e di *qui se procuratorem esse simulaverit* (D. 24, 1, 3, 12). Le espressioni impiegate per individuare il soggetto di cui si tratta sono tuttavia distinte²⁸. Nel caso da

²⁷ Sul problema della collocazione della frase concernente la proprietà del danaro in rapporto a quella in cui si rileva la sussistenza del reato di furto nel contesto di uno stesso frammento, si consideri l'approfondita analisi condotta da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., pp. 80 s. L'Autrice fa notare come la frase coordinata relativa alla proprietà del danaro sia posta alla fine dell'intero testo. Così in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), ma anche in Dig. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) e in D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*). Le considerazioni relative alla proprietà del danaro si trovano, dunque, in tutti questi casi, posposte rispetto ai rilievi sulla sussistenza della responsabilità per *furtum* del *falsus procurator* o del soggetto *qui procuratorem esse simulaverit*. Se tale scelta può essere giustificata alla luce della collocazione dei passi contenuti in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) e in D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) nella sede del furto, è comunque possibile, in generale, sostenere la tesi per cui il mancato trasferimento della proprietà in capo all'accipiente costituisca un presupposto logico, e non una conseguenza, del furto dell'accipiente stesso e ciò anche in base alla previsione della sequenza esattamente inversa in D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

²⁸ Si riscontra, tuttavia, il fatto che coloro che si sono soffermati ad indagare la fattispecie contenuta in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) si richiamano espressamente al *falsus procurator* nel contesto delle loro analisi. Così F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 245. Lo studioso si esprime sul contenuto del frammento impiegando le seguenti parole: «Il soggetto che riceve il denaro, tuttavia, è un *falsus procurator* e riceve i soldi al fine di truffare il terzo creditore che è all'oscuro del raggio». Non diversamente I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 79, la quale, nel condurre un'analisi comparatistica, con attenzione concentrata sulla commissione del furto, tra D. 47, 2, 44 pr. e la seconda parte di D. 24, 1, 3, 12, rileva: «Ora, a prescindere da tutte le problematiche legate alla delegazione e alla teoria celsina del doppio trapasso, quanto qui importa è l'ammissione pacifica da parte di Ulpiano del furto del *falsus procurator*». Si ravvisa insomma un'implicita e totale equiparazione tra il *falsus procurator* e il soggetto individuato come «*qui [...]*

ultimo riportato, infatti, si esplicita la sussistenza della simulazione. Sarà, dunque, necessario chiedersi e cercare di comprendere se sia implicita e, quasi a dire, data per scontata, un'ipotesi di simulazione anche nel caso in cui si parli genericamente di *falsus procurator*, senza che i giureconsulti ritenessero indispensabile esplicitare nulla di ulteriore. Bisogna infine interrogarsi sulla valenza del termine simulare, per chiarire se con esso ci si richiami implicitamente ad una condotta necessariamente attiva del soggetto, o se invece, per potersi parlare di simulazione, fosse sufficiente il riscontro della mera reticenza da parte di chi poteva apparire agli occhi altrui, per svariate ragioni, un soggetto procuratore senza in realtà esserlo.

4. *D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 ad Sab.) e la simulazione della qualifica di procuratore precedentemente posseduta.*

J.A.C. THOMAS, nel proprio contributo, si richiama alle fonti che ci interessano da vicino nell'ambito di questa, specifica, indagine. Oltre ai passi già analizzati e contenuti, nell'ordine, in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) e in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), l'Autore riporta anche il frammento che ha sede in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*), al fine di proporre come chiave di lettura di tali brani - in particolare in ordine alle problematiche connesse al percepimento di un pagamento da parte di un falso procuratore o di un soggetto che simuli di essere titolare della qualifica di procuratore evidentemente non posseduta - proprio la revoca dell'incarico, in seguito all'intervento del principale²⁹.

In D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) - fonte sulla quale si condurrà, di seguito, l'analisi - viene descritta una fattispecie concreta nella quale si prevede che, « [...] *ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit* [...]». Anche in questo caso ci troviamo, senza dubbio, di fronte ad un soggetto simulatore.

se procuratorem esse simulaverit», come se le due espressioni sottintendessero esattamente il medesimo significato sostanziale.

²⁹ J.A.C. THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 416. Oltre alle fonti citate lo studioso richiama anche il passo contenuto in D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*), per l'analisi della quale si veda, *infra*, § seguente.

Il nodo problematico è rappresentato, nella fonte, proprio dal venir meno di una legittimazione precedentemente posseduta, cosa che è resa esplicita dal giureconsulto nella frase che precede quella appena richiamata e che così recita:

« [...] *nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titio vetuero accipere* [...]». Date tali premesse, secondo l'Autore è evidente che colui che percepisce il pagamento: «will thus take *invito domino* when he takes for his own benefit, more specifically by his *accipere*».

Ricorrono nella fonte gli interrogativi sulla sussistenza del *furtum* e sulla liberazione del debitore.

Il procuratore, il cui agire è descritto nel passo, non viene definito *falsus*, si parla, bensì, espressamente di un simulatore.

Il testo è al centro di discussioni in dottrina relative alle diverse questioni problematiche in tema di delegazione³⁰.

Prendiamo, dunque, le mosse dall'analisi della lettera del passo richiamato:

D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur*».

Tr.: «Qualora uno abbia pagato ad un servo *pecuniis exigendi praepositus* dopo la manomissione, se abbia pagato *ex contractu domini* è sufficiente (ai fini della liberazione del debitore stesso), che ignorasse che era stato manomesso. Se (abbia pagato) *ex causa peculiari*, sebbene fosse a conoscenza della manomissione sarà liberato se tuttavia ignorava la cessazione della titolarità del peculio. D'altra parte, in entrambi i casi, se il manomesso abbia fatto ciò *intervertendi causa*, commette furto a danno del *dominus*; infatti anche

³⁰ Le medesime questioni si sono considerate nel condurre l'indagine su: D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), sul quale si vedano, *supra*, §§ 3 e 3.1; D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*) sul quale si veda, *infra*, § seguente.

nell'ipotesi in cui io abbia dato incarico al mio debitore di pagare a Tizio e dopo abbia vietato a Tizio di prendere e il debitore, non essendo a conoscenza di ciò, abbia pagato in favore di Tizio che simuli di essere procuratore, il debitore sarà liberato e Tizio sarà tenuto per furto».

Procedendo secondo l'ordine delle problematiche giuridiche affrontate nel passo consideriamo dapprima il problema del pagamento attuato a favore del servo manomesso, per addentrarci immediatamente dopo nell'analisi delle medesime questioni che si ripropongono per l'ipotesi, che più da vicino ci interessa, di pagamento in favore di un non-più-procuratore, che tuttavia, come si dice espressamente nel testo, simuli tale qualifica, precedentemente avuta, ma in seguito, senza dubbio, revocata.

Proprio la prima parte del passo è stata oggetto di approfondite analisi, in quanto fortemente sospettata di alterazione da parte della critica interpolazionistica³¹.

In essa si affronta la tematica della liberazione del debitore. In particolare si pone il caso di un pagamento effettuato da parte di un debitore in favore di un servo che, originariamente, appariva *pecuniis exigendis praepositus*³². Si precisa il

³¹ In tale prospettiva si consideri soprattutto la minuziosa critica condotta da B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 239, nt. 353. L'Autore considera ogni frase e ogni termine impiegato, per addivenire a rilevarne l'origine compilatoria. In tal senso non ritiene convincente la scelta della frase *si quidem ex contractu domini* dopo il *si quis* dell'*incipit*. Fa notare come il verbo *sufficit* non abbia alcun sostantivo di riferimento. Sostantivo che manca anche in relazione alla seguente espressione *ignoraverit manumissum*. Solleva, infine, dei dubbi sulla classicità della frase seguente: *si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit*; a partire da essa si attua, infatti, un cambiamento di prospettiva; mentre prima il giurista appariva concentrato a descivere la condotta del debitore, egli sembra improvvisamente invertire l'inquadratura concentrandosi sulla descrizione dell'atteggiamento dello schiavo liberato che interviene a percepire il pagamento.

³² Una fattispecie analoga, descrittiva della condotta di un *servus pecuniis exigendi praepositus*, successivamente manomesso, si trova in un altro passo, contenuto in D. 47, 2, 67,3 (Paul. 7 ad Plaut.): «*Julianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exigat, furti teneri. quod ei consequens est dicere et in tutore, cui post pubertatem solutum est*». Sul punto appare molto interessante l'approfondita analisi comparatistica condotta tra le due fonti da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 109 ss.; l'Autrice mette in luce il fatto che «la terminologia che compare è straordinariamente simile». In entrambe le ipotesi si ravvisa la responsabilità del liberto. D'altra parte la fonte ulpiana è senza dubbio molto più complessa nel considerare le diverse conseguenze che possono scaturire a seconda della causa del pagamento, nel precisare la spettanza al *dominus* dell'*actio furti*, nonché nello specificare il ricorrere della responsabilità stessa solo nel caso di una condotta posta in essere *intervertendi causa*. L'Autrice si sofferma quindi a riflettere sul fatto che Paolo, a differenza di Ulpiano, non fa alcun riferimento all'*intervertendi causa*, sollevando l'importanza della distinzione, da cui discende, come naturale

fatto che, prima dell'attuazione di tale pagamento, sarebbe intervenuta, a complicare la situazione, la manomissione dello schiavo stesso. Il giurista si interroga, dunque, sulle conseguenze giuridiche che interessano il debitore che abbia attuato il pagamento, essendo totalmente all'oscuro della liberazione e, conseguentemente, della carenza della qualifica di *servus pecuniis exigendi praepositus* in capo a colui che risulta, di fatto, aver percepito la *pecunia* in questione.

Il ragionamento condotto dal giurista mette chiaramente in luce la complessità della materia nel momento in cui ci induce a distinguere due casi: qualora, infatti, il debitore paghi *contractu domini* si ritiene condizione necessaria e sufficiente ai fini della liberazione l'ignoranza dell'avvenuta manomissione; se, invece, la consegna del denaro avvenga *ex causa peculiari*, lo stato di *ignorantia* avrebbe dovuto concernere anche la cessazione della titolarità del *peculium*. Se la condizione del debitore può variare in connessione con la differente causa del pagamento, non appaiono, invece, suscettibili di cambiamento le conseguenze giuridiche che ne discenderanno per il servo che abbia riscosso un pagamento una volta attuata la manomissione e quindi, chiaramente, nella consapevolezza della carenza del presupposto essenziale per agire in tal senso. Il servo commette furto.

D'altra parte, non viene fatta in alcun modo menzione della proprietà della *pecunia* oggetto del pagamento.

Il ragionamento di Ulpiano si snoda ulteriormente nel considerare, per analogia, un caso in parte diverso. Nella seconda parte del passo, il giurista descrive un pagamento attuato da un debitore in favore di un procuratore del creditore e complicato dal fatto del venir meno della qualifica di *procurator* in capo al delegatario, anzi, più precisamente dal sopravvenuto divieto a percepire il pagamento imposto dal *dominus* al *procurator* Tizio, ma mai comunicato al debitore.

conseguenza, il fatto che Paolo riconoscesse in ogni caso la responsabilità per furto del servo, Ulpiano, presumibilmente, soltanto nell'ipotesi in cui ricorresse il fine di lucro. Alcuni Autori hanno giustificato la lacuna paolina in forza di un sottinteso; in tal senso si veda M. KASER, *Zur Frage einer «condictio» aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, in *Festschrift W. Felgentraeger*, Göttingen, 1969, p. 287. L'Autore propende per ritenere che il passo di Paolo in D. 47, 2, 67, 3 sia ascrivibile all'insegnamento di Giuliano, che sarebbe stato riassunto e riproposto in termini più stringati.

Nel procedere nella nostra riflessione, ciò che dobbiamo tener ben presente è, in primo luogo, il chiaro fatto che la titolarità alla riscossione del debito sia venuta meno: il delegante-*Ego* impiega il verbo *vetuero*. In secondo luogo il fatto che si esplicita la sussistenza di un'ipotesi di simulazione da parte del non-più-procuratore. Tutto ciò premesso si rileva come, tuttavia, questi non sia mai espressamente denominato nel contesto del passo *falsus procurator*.

Prima di calarci nell'analisi delle questioni giuridiche proposte nel brano sembra indispensabile richiamare, ancor una volta in forza del ragionamento analogico, un diverso passo, che ci pone di fronte alle medesime problematiche, scaturenti dal venir meno della *praepositio* di un originario procuratore.

Per agevolare la riflessione è, dunque, opportuno riprodurre di seguito il passo contenuto in D. 46, 3, 34, 3 (Iul. 54 *dig.*), richiamando anche la seconda parte di D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

D. 46, 3, 34, 3 (Iul. 54 <i>dig.</i>): « <i>Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant</i> ».	Tr.: «Se avrò preposto Tizio a tutti i miei affari e in seguito, all'insaputa dei debitori, gli avrò vietato di amministrare i miei affari, i debitori, pagandolo, si libereranno; infatti, colui il quale prepone qualcuno a tutti i suoi affari, s'intende abbia conferito mandato ai debitori di pagare al procuratore».
---	---

D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 <i>ad Sab.</i>): «[...] <i>nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur</i> ».	Tr.: «[...] infatti anche nell'ipotesi in cui io abbia dato incarico al mio debitore di pagare a Tizio e dopo abbia vietato a Tizio di prendere e il debitore, non essendo a conoscenza di ciò, abbia pagato in favore di Tizio che simuli di essere procuratore, il debitore sarà liberato e Tizio sarà tenuto per furto».
---	---

Il passo giuliano contenuto in D. 46, 3, 34, 3 (Iul. 54 *dig.*) attiene alla problematica della liberazione del debitore (più debitori nel caso di specie), quale conseguenza del pagamento fatto in favore di un *procurator* la cui qualifica è, tuttavia, venuta meno nel lasso di tempo intercorrente tra la *praepositio* da parte del *dominus negotii* e l'intervento dei debitori.

In primis, risulta interessante osservare come il mandato di cui si parla nel testo non riguardi il procuratore Tizio, bensì i debitori: per mezzo di tale contratto infatti essi vengono incaricati *ut procuratori solvant*³³.

Il giurista descrive, dunque, un caso di delegazione; i debitori delegati effettuano un pagamento a vantaggio di un delegatario che però risulta essere non-più-procuratore. Essi certamente si liberano («*debitores ei solvendo liberabuntur*»), ciononostante il creditore-delegante non acquista la proprietà dei mezzi di pagamento, ma questo non è desumibile sulla base della semplice lettera del testo. Dalla lettura del passo si desume il fatto che, senza dubbio, in capo al soggetto delegatario che riceve il pagamento, è venuta meno la qualifica di *procurator omnium rerum* e che egli è, comunque, intervenuto a ricevere il pagamento. Il giurista, tuttavia, non parla espressamente di un'ipotesi di simulazione, né tanto meno qualifica il *procurator* con l'aggiunta dell'attributo *falsus*.

La fattispecie descritta da Ulpiano e calata in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) appare più articolata per taluni aspetti. Anche in tale ipotesi si tratta del venir meno di una legittimazione precedentemente posseduta, ma si specifica la sussistenza di un atteggiamento simulatorio tenuto dal procuratore, subito dopo aver precisato lo stato di ignoranza del debitore che si appresta al pagamento («*idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit*»). Si esplicita, inoltre, la responsabilità per furto che vincola l'accipiente non legittimato al *dominus*.

³³ In tal senso: W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 90; E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, p. 156; E. D'ORS, *Rec. a Elmar Bund, Untersuchungen zur Methode Julians*, in «SDHI», XXXIII, 1967, p. 440; F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 292

Un elemento di rilievo che accomuna entrambi i passi risiede proprio nella volontà dei due giuristi di soffermare l'attenzione sulle conseguenze del pagamento per i debitori³⁴.

Nella nostra prospettiva d'indagine è interessante il fatto che, pur ricorrendo le medesime questioni giuridiche, soltanto nel passo ulpiano vi sia un esplicito richiamo alla simulazione. Le problematiche sono, peraltro, le stesse già incontrate nel corso dell'indagine precedentemente condotta su D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*)³⁵ e D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*)³⁶. Solo nel primo di tali frammenti ravvisiamo un esplicito richiamo alla figura del *falsus procurator*; nel passo da ultimo menzionato, così come in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) vi è il richiamo alla simulazione, ma il sostantivo *procurator* non trova mai specificazione mediante l'accostamento ad esso dell'attributo *falsus*. A complicare la questione sta il fatto che in D. 46, 3, 34, 3 (Iul. 54 *dig.*), che pure tratta della medesima tematica, il giurista non sentì, evidentemente, la necessità di esplicitare il ricorrere della simulazione, né di suggerire tale atteggiamento chiamando il procuratore - o meglio il non-più-procuratore il cui agire è descritto nel passo - *falsus*. Tutto ciò rilevato, è tuttavia fondamentale soffermare l'attenzione sulla collocazione riservata al passo ulpiano contenuto in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) a livello palinogenetico; esso segue infatti D. 47, 2, 43 (Ulp. 41 *ad Sab.*), di cui sono particolarmente noti il *principium* ed il paragrafo 1. In particolare, tale passo individua un'interessante connessione tra la simulazione del *falsus procurator*, la problematica dell'*accipere invito domino* da parte sua e la conseguente responsabilità per furto. L'espressione compare esclusivamente all'interno del primo paragrafo. Il successivo paragrafo 3 contiene una lunga elencazione di casi di simulazione, i quali non determinano il configurarsi di un *furtum*, ma comportano il riconoscimento, se non altro, di una tutela mediante

³⁴ Questa precisazione ricorre anche nella prima parte di D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) avente ad oggetto, come già si è visto, l'ipotesi di pagamento al servo *pecuniis exigendis praepositus* avvenuto dopo la manomissione. In tutti i tre casi considerati viene esplicitata, quale principale conseguenza del pagamento, la liberazione dei debitori, nonostante si dovesse certamente escludere l'avvenuto trasferimento dei mezzi di pagamento stessi, come è chiaro, a causa del vizio interessante la *traditio*.

³⁵ A tal proposito si veda, *supra*, § 2.

³⁶ A tal proposito si veda, *supra*, § 3 e, in particolare § 3.1.

azione di dolo³⁷. Segue D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): il caso di simulazione del procuratore in esso descritto, considerata la specifica collocazione, potrebbe, dunque, essere letto come un'esemplificazione del tipico comportamento del soggetto definito *falsus procurator* che, in concomitanza con le problematiche connesse al divieto di *accipere* rivolto a colui che appare essere procuratore, ma non comunicato al debitore, determina, invece, proprio la commissione del reato.

Da tale più ampia riflessione non si può non rilevare l'esistenza di una connessione tra la terminologia *falsus procurator* e il contegno simulatorio del soggetto.

5. D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 quaest.) e un'ipotesi di pagamento al non-più-legittimato. Un caso analogo.

Come si è sottolineato in apertura del precedente paragrafo, il nodo problematico in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) è rappresentato dalla circostanza del venir meno di una legittimazione precedentemente posseduta, nello specifico la legittimazione di un soggetto a ricevere un pagamento nell'interesse altrui da parte di un debitore.

La fattispecie si ripresenta identica nei suoi tratti essenziali nel passo che ci accingiamo ad analizzare: il frammento contenuto in D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*). Le soluzioni che si prospettano sul piano giuridico sono tuttavia, per taluni aspetti, differenti.

Prima di procedere alla lettura del testo, muoviamo dalla considerazione dell'identità dei presupposti rispetto a D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

³⁷ Vediamo nello specifico il contenuto di tale paragrafo. D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis quam furtum facit: ut puta si dixit se locupletem, si in mercem se collocaturum quod accepit, si fideiussores idoneos daturum vel pecuniam confestim se soluturum: nam ex his omnibus magis deceptus quam furtum fecit, et ideo furti non tenetur. sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio, de dolo dabitur*». Tr.: «Se uno non abbia affatto mentito sulla sua persona, ma abbia adibito una frode con le parole, commette un inganno più che un furto: come ad esempio se ha detto di essere facoltoso, che avrebbe investito in un affare ciò che ha guadagnato, che avrebbe dato fideiussori idonei o che avrebbe pagato velocemente: infatti in tutti questi casi (si può dire che) ha ingannato più che aver commesso furto. Ma poiché lo ha fatto con dolo, se non c'è altra azione contro di lui, verrà concessa quella di dolo».

In entrambi i casi si descrive la condotta di un soggetto che agisce pur risultando non-più-legittimato ad intervenire in una determinata direzione. In D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) si descrive la condotta di Tizio, al quale il *dominus*, dopo aver conferito l'incarico, vieta di *accipere* alcunché («[...] *nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere* [...]»). Caso non dissimile è quello prospettato in D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*): ancora il conferimento di un incarico a pagare ad un debitore, seguito da un divieto di *accipere* rivolto ad un tale Tizio, nell'ignoranza del debitore stesso («*Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit* [...]»).

Ma consideriamo la prima parte del testo nella sua interezza:

D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*): «*Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare* [...]».

Tr.: «Se io abbia ordinato al mio debitore di pagare a Tizio e poi abbia vietato (a Tizio) di ricevere (il pagamento) e il debitore, nell'ignoranza di ciò abbia pagato, si ritenne che egli fosse liberato a queste condizioni, se Tizio non abbia preso il denaro col fine di lucrare. Diversamente, poiché ha intenzione di rubarlo rimarrà del debitore e per questa ragione, certamente, non può toccare al debitore la liberazione *ipso iure*, tuttavia è equo che a lui venga in soccorso un'eccezione, qualora sia pronto a cedere a me la *condictio furtiva* di cui dispone contro Tizio».

Dalla lettura del passo si coglie immediatamente il fatto che non vi sia alcun riferimento alla figura del procuratore, non si tratti espressamente di simulazione e tanto meno venga menzionato un *falsus procurator*; peraltro si riprendono le stesse questioni giuridiche che sono affrontate e riproposte in tutti i passi analizzati nei paragrafi precedenti: la tematica della delegazione, il venir meno di

una legittimazione precedentemente posseduta, l'interrogativo relativo alla liberazione del debitore che abbia inconsapevolmente pagato in mano al non-più-legittimato³⁸, la responsabilità per furto dell'accipiente.

Il passo tratta, evidentemente, di un caso di delegazione³⁹. Ciò che ci interessa da vicino è il fatto che un debitore in buona fede intervenga ad effettuare un pagamento a favore di un soggetto non-più-legittimato a riceverlo. Ci chiediamo, dunque, se tale soggetto da ultimo richiamato non possa avere proprio le caratteristiche di chi, nelle fonti, viene altre volte, espressamente, denominato *falsus procurator* o di chi, perlomeno, viene, di norma, esplicitamente tacciato come simulatore.

Il falso delegatario di D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) responsabile per furto, che agisce, proprio come in tal caso, in forza di uno *iussum* (anche se di un debitore invece che del creditore) è detto *falsus procurator*. Di falso delegatario sembrerebbe trattarsi anche nel passo che si sta considerando.

³⁸ Proprio la questione della liberazione del debitore in buona fede il testo ha destato l'attenzione degli studiosi in quanto tale passo propone un'alternativa non riscontrabile, ad esempio, in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*), sul quale si veda, *supra*, § precedente e in cui si dispone *ipso iure* la liberazione di colui che inconsapevolmente avesse eseguito la prestazione in favore di Tizio, non-più-legittimato. Nel passo, infatti, Africano pone una distinzione fondata sulla sussistenza di un'intenzione a lucrare in capo a chi percepisca il pagamento. In tal caso, sussistendo il furto ed essendo, dunque, rimasto il denaro in proprietà del debitore, costui avrebbe avuto a propria disposizione la *condictio furtiva* o avrebbe, meglio ancora, potuto cedere la medesima al creditore e garantirsi mediante la protezione dell'*exceptio doli*, ottenendo di fatto la liberazione dal debito, non però *ipso iure*, bensì *ope exceptionis*. La diversità della soluzione rispetto a D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) sembra potersi giustificare alla luce del fervido dibattito che, sul punto, accendeva l'ingegno dei giuristi romani. In tal senso M. KASER, *Das römische Privatrecht*², cit., 1, p. 637. La posizione del citato studioso è stata ripresa più di recente da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 114. L'Autrice ritiene plausibile fondare la diversità delle soluzioni sullo *ius controversum* e si sofferma a riflettere sulla valenza del verbo *existimavit* impiegato nel passo di Africano; la forma verbale lascerebbe, infatti, a suo parere, supporre che il giurista avesse voluto riprendere un insegnamento più risalente, evidentemente di paternità non sua, probabilmente ascrivibile a Giuliano. Diversamente A. D'ORS, *Las Quaestiones de Africano*, Roma, 1997, p. 298 ss., che, soffermando l'attenzione sul tempo futuro del participio *facturos* che compare nel testo, propone una complessa lettura del passo, alla quale ricollega anche i sospetti di alterazione che interesserebbero, a suo parere, la seconda parte di D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*). L'Autore sostiene, infatti, che Tizio sarebbe stato considerato ladro non nel momento del percepimento del denaro, ma soltanto laddove avesse tenuto una condotta simulatoria attiva, negando successivamente di aver incassato. Solo in tale secondo momento si sarebbe, dunque, potuto accertare se il pagamento in buona fede fosse stato liberatorio per il delegato nei confronti del delegante oppure no.

³⁹ Ad oggi si ritiene unanimemente in letteratura che il testo tratti di un caso di delegazione. Si considerino in tal senso: P. VOICI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 124; M. KASER, *Zur Frage einer «condictio»*, cit., p. 285; IDEM, *Durchgangserwerb*, cit., p. 41; F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, cit., p. 293, nt. 65, il quale richiama il passo per la centralità rispetto alle discussioni dottrinali proprio in tema di delegazione; J.L. ALONSO, *Estudios*, cit., 1.1, p. 137;; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 116.

In D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) di Tizio, falso delegatario, si dice che simili di essere procuratore⁴⁰. E' stato, infatti, evidenziato come tale soggetto agisca come fosse un procuratore. Ciò che rileva è che, qualunque fosse la legittimazione originaria, certamente, essa risulta venuta meno nel momento del percepimento del pagamento.

D'altra parte in D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*) non si parla espressamente di un caso di simulazione, né, come già si è detto, di *falsus procurator*, ma le problematiche giuridiche (liberazione di un debitore che abbia pagato in buona fede in mano ad un soggetto privo di legittimazione a ricevere) non sono diverse da quelle presenti negli altri passi. Certo, in questo brano, essendo suggerita per la soluzione di un caso analogo a quello affrontato in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) l'applicazione di una diversa *ratio*, siamo indotti a condurre una riflessione di portata più generale sull'incidenza dello *ius controversum*. Un soggetto che agisce andando oltre i limiti delle proprie competenze, o dopo che la propria legittimazione sia venuta meno, e che simula, in qualche modo, una qualifica che non ha, o non ha più, è attualmente considerato un *falsus procurator*⁴¹. Non sempre, tuttavia, nelle fonti, i giuristi sembrano aver avvertito l'esigenza di impiegare tale terminologia tecnica.

6. *Conclusioni. Un filo comune a legare i passi considerati. Dal falsus procurator, a qui se procuratorem esse simulaverit, al semplice non-più-legittimato. Un climax discendente dal punto di vista argomentativo.*

In D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) il *falsus procurator* che riceve del danaro da un debitore, il quale agisce in seguito a *iussum* da parte di un secondo

⁴⁰ Questa è la lettura proposta da S. PEROZZI, *Della tradizione*, cit., p. 46. L'Autore, infatti, dopo aver evidenziato il fatto che nel passo non compaia la parola "procuratore", precisa, tuttavia, che in esso, essendo il caso descritto da Africano il medesimo previsto da Ulpiano, «Tizio funge da procuratore».

⁴¹ Così, a titolo d'esempio, è interessante rilevare come I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 107, nel condurre l'analisi sul passo contenuto in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*), riflettendo sulle conseguenze giuridiche che discendono dal venir meno di una legittimazione a percepire un pagamento in capo ad un soggetto originariamente legittimato, conclude nel modo seguente: «In altre parole il non-più-procuratore viene considerato a tutti gli effetti un *falsus procurator*». Nella fonte tuttavia non si riscontra l'uso di tale terminologia tecnica.

soggetto (evidentemente a sua volta debitore), commette furto e il danaro rimane di proprietà del debitore che abbia pagato. La fattispecie, benché descritta in poche righe, è molto complessa, trattandosi di un rapporto intercorrente tra ben quattro soggetti. Le conseguenze giuridiche che discendono da questa consegna - mancato trasferimento della proprietà dell'oggetto della stessa e conseguente furto - ci inducono a supporre che il procuratore agisse in malafede, simulando: fingendo la sussistenza di una legittimazione non posseduta o tacendo tale carenza. Questo però non è esplicitato in alcun punto del passo. Si può ritenere che ciò sia condensato nella terminologia tecnica impiegata dal giurista: Pomponio parla infatti di un *falsus procurator*.

In D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) un soggetto debitore interviene, su delega di un ipotetico *Tu* (evidentemente a sua volta creditore del delegato), ad effettuare un pagamento a favore di «*is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit*». Le medesime questioni giuridiche si ripropongono: delegazione, pagamento attuato da un debitore delegato su indicazione del creditore delegante, *traditio* in favore di un soggetto non legittimato con conseguente mancato passaggio della proprietà della *pecunia*, commissione del *furtum* da parte dell'accipiente. In questo passo si esplicita la sussistenza della simulazione addebitabile al procuratore; egli non è tuttavia definito *falsus*. D'altra parte, non si specifica in quale atteggiamento si concretizzi tale simulazione, né quale fosse l'atteggiamento psicologico dell'accipiente alla base della simulazione stessa.

Identiche conseguenze si verificano al venir meno di una legittimazione a ricevere originariamente posseduta. E' il caso della fattispecie descritta nella seconda parte di D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*). Se il debitore sia incaricato a pagare ad un tale Tizio e, in buona fede, intervenga ad effettuare il pagamento dopo che a costui sia stato vietato di *accipere*, considerato che Tizio agisce simulando la sussistenza di una qualifica di procuratore non più posseduta, ne conseguono, di nuovo, mancato passaggio della proprietà del danaro, liberazione del debitore e possibilità di agire contro l'accipiente per furto.

Infine, in D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*), la stessa problematica e una soluzione in parte differente, in forza di una diversa *ratio*. All'*accipere* del non-più-legittimato conseguono, da un lato, il mancato passaggio di proprietà dei

mezzi di pagamento, dall'altro, la liberazione del debitore, se non *ipso iure*, perlomeno *ope exceptionis*, e la responsabilità per furto dell'accipiente (contro il quale presumibilmente agirà il delegante dopo aver ottenuto la cessione dell'azione da parte del debitore).

Se in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) si parla di simulazione, nel caso da ultimo citato non si riscontra alcun riferimento ad essa. In nessuno dei due passi da ultimo richiamati, d'altra parte, si può leggere un cenno al *falsus procurator*, ma proprio di un *falsus procurator* sembra trattarsi: un soggetto che non è procuratore o che non è più legittimato ad agire come tale e che, ciononostante, in maniera pienamente consapevole - e non potrebbe essere diversamente giacché si dice in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Titium vetuero accipere*» e in D. 46, 3, 38, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Titium vetuerim accipere*» - interviene a ricevere un pagamento. Non è detto se costui tenga un comportamento attivo volto a far cadere il *tradens* in inganno o sia semplicemente reticente.

Non sempre, dunque, colui che agisce sulla base dei presupposti descritti è chiamato *falsus procurator*. Un filo comune sembra tuttavia legare tutti i passi analizzati. Colui che interviene privo *ab origine* di una legittimazione, o privato di essa in un secondo momento, e agisce simulando - sia ciò esplicitato o meno - e facendo cadere altri in inganno, determina, con il proprio agire, le medesime conseguenze da un punto di vista strettamente giuridico. Costui appare essere il *falsus procurator*, ma non sempre, evidentemente, i giuristi sentirono la necessità di denominarlo così in maniera espressa.

Un imprescindibile passo ulteriore consiste nell'interrogarsi sul significato di tale simulazione.

Si presume simuli il *falsus procurator* di cui si scrive in D. 47, 2, 44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*); anche se ciò non è espressamente detto, la sussistenza della simulazione si può ritenere condensata nella perifrasi stessa che il giurista impiega.

Simula il procuratore-accipiente in D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*). Recita, infatti, il passo: «[...] *se procuratorem esse simulaverit* [...]»

Si assiste ad una simulazione anche da parte di Tizio, non-più-legittimato ad agire in qualità di procuratore in D. 46, 3, 18 (Ulp. 41 *ad sab.*). Lo si desume chiaramente dal tenore del testo: «[...] *Titio simulanti se procuratorem* [...]».

Infine, si assiste ad un'ipotesi di venir meno di una legittimazione precedentemente posseduta in capo all'accipiente di D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*). Di costui soltanto non si dice che simuli. Peraltro è evidente che questi per ottenere un pagamento non avendo la qualifica per farlo deve, perlomeno, aver tenuto un comportamento reticente, volto a celare la revoca di un'originaria legittimazione ad *accipere*: d'altra parte è innegabile che nel caso del non-più-legittimato la semplice apparenza sia di per sé idonea o almeno sufficiente a trarre in inganno la controparte. In questo caso, a rigor di logica, sembra potersi prescindere da una condotta attiva; si tratta, tuttavia, pur sempre di simulazione, sebbene non così palese come nell'ipotesi, ad esempio, di simulazione di un'identità altrui⁴². Non v'è dubbio che esistano testimonianze in cui, chiaramente, il comportamento del *falsus procurator* consiste nel tenere una condotta attiva volta ad ingannare la controparte⁴³, è pur vero che l'elemento della simulazione, eventualmente attuata attraverso una condotta meramente reticente, sembra essere una costante importante, in quanto feconda di conseguenze sul piano del diritto, anche nei passi appena analizzati, nei quali attore fondamentale è sempre un procuratore: più precisamente un soggetto che simula la titolarità della qualifica di procuratore e che, tuttavia, non necessariamente viene denominato costantemente *falsus procurator*.

⁴² Sul punto cfr., *supra*, cap. IV, § 1, per l'analisi condotta sul passo contenuto in D. 47, 2, 81, 6 (Pap. 12 *quaest.*).

⁴³ A conferma di ciò è sufficiente richiamare il passo contenuto in D. 47, 2, 81, 6 (Pap. 12 *quaest.*), passo nel quale vengono descritte le modalità stesse del raggio; il falso procuratore del brano richiamato, infatti, commette un furto, «[...] *si nomine, quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitor alienum circumvenerit* [...]».

CAPITOLO VI

IL COSI' DETTO *FALSUS PROCURATOR* NELL'AMBITO DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. *La discussione del lemma "procurator" e la valenza delle espressioni verus/falsus procurator in ambito processuale.* - 2. *C.I. 2, 12, 24 e C.Th. 2, 12, 3: un'analisi comparatistica per la definizione di falsus procurator in età giustiniana.*

1. *La discussione del lemma "procurator" e la valenza delle espressioni verus/falsus procurator in ambito processuale.*

Per lungo tempo, come si è diffusamente messo in luce, l'istituto del *falsus procurator* e le problematiche connesse con l'emersione di tale figura giuridica hanno costituito un problema a sé stante, che la dottrina interveniva a risolvere considerando l'attributo *falsus* quale aggiunta di mano giustiniana¹.

La soluzione prospettata era idonea a cancellare qualsiasi dubbio: il sintagma *falsus procurator* sarebbe stato sempre frutto di un intervento interpolazionistico, volto all'alterazione dei testi classici che avessero richiamato la figura di un semplice *negotiorum gestor*².

¹ Sul punto si veda cap. I e, in particolare, § 3.1.

² Tale lettura del concetto di *falsus procurator* ha rappresentato, per lungo tempo, la chiave interpretativa del concetto di *falsus creditor*. Si consideri, a tal proposito, la riflessione condotta da I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 21 ss.; l'Autrice in parola sostiene, infatti, che, «la convinzione di parte della critica romanistica nel senso che il falso creditore fosse semplicemente il non creditore si fonda sulla parallela idea che il falso procuratore fosse il non mandatario». Ciò ha indotto gran parte della critica romanistica risalente ad interpretare l'attributo *falsus*, rintracciato nelle fonti, quale glossema postclassico. La situazione, piana per ciò che concerne l'età giustiniana, è ancora ricca di interrogativi per ciò che riguarda invece un eventuale utilizzo del sintagma per l'età precedente. Il dubbio, che sorge dall'indagine condotta sulla figura del *falsus creditor* nella testimonianza ulpiana contenuta in D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), interessa ben presto il *falsus procurator*, soggetto richiamato nel paragrafo che segue in D. 47, 2,

Sebbene sia verosimile e condiviso che i compilatori, in molti casi, siano intervenuti in tale direzione, si è anche visto come la medesima terminologia fosse impiegata in età classica per designare il simulatore della qualifica procuratoria³.

Giunti a questo punto della ricerca, è intenzione di chi scrive richiamare l'attenzione su tutti i passi in cui compaiono le espressioni *falsus procurator* e *non verus procurator*, impiegate - come pare - per designare, invece, il procuratore privo di mandato⁴.

Prima di proseguire in questa direzione è, tuttavia, indispensabile, in virtù di un'esigenza di completezza, fare una breve digressione sulla figura del *procurator ad litem*, con particolare attenzione a quei frammenti in cui si menzionano proprio il *falsus* ed il *verus procurator*.

A proposito dell'istituto della procura *ad litem*⁵ è necessario sottolineare che, com'è noto, essa presenta già in epoca classica una sua disciplina giuridica relativamente organica⁶. Il *procurator ad litem* è un rappresentante il cui ruolo nel processo è precisamente stabilito e la cui posizione giuridica è chiaramente delineata. I giuristi dedicano a tale tipologia di procuratore ampie sezioni dei loro commentari⁷; mancano invece trattazioni sistematiche sul procuratore in generale.

Come fa notare il PAPERI, «questo stato di cose ha spesso indotto gli studiosi a considerare il *procurator ad litem* quasi un'ipotesi a sè»⁸. In contrasto con tale tendenza, l'Autore si richiama ad autorevoli romanisti, i quali ritengono che non sia possibile ammettere che il *litis procurator* non avesse aspetti in comune con la figura generale di *procurator*. «Non è ammissibile», dichiara a tale proposito lo SCIALOJA, «che il *litis procurator* non abbia nulla a che fare col *procurator* in

43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*). Caduta l'ipotesi interpolazionistica, il venir meno delle certezze investite entrambe le figure giuridiche ivi richiamate.

³ Cfr., *supra*, capp. IV e V.

⁴ Per l'analisi di questi passi si veda, *infra*, capp. VII e VIII.

⁵ Per un inquadramento della problematica e le principali prese di posizione della dottrina sul *procurator ad litem* si veda, *supra*, cap. II, § 3.

⁶ E' favorevole all'esistenza del *procurator ad litem* in età preclassica A. GUARINO, *Diritto privato romano*², Napoli, 1988, p. 608.

⁷ In tal senso si consideri: Gai. 4, 82 e 4, 84, nell'ambito della trattazione relativa ai rappresentanti processuali, nonché i successivi §§ 98, 99, 101, 182; i commentari di Paolo e Ulpiano all'editto e di Gaio all'editto provinciale, al titolo 3, 3 del Digesto.

⁸ O. PAPERI, *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in «SDHI», 1997, LXIII, p. 442.

generale; molti dei giureconsulti trattano del *procurator* in generale appunto a proposito del *procurator litis*»⁹.

Nell'ambito del processo si sarebbe formato per la prima volta, in età classica, un preciso concetto tecnico-giuridico di procuratore.

E' possibile trarre la principale definizione del *procurator ad litem* dal passo ulpiano, ben noto alla critica romanistica, contenuto in D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 ad ed.)¹⁰, nel contesto del quale il procuratore è presentato come un mandatario¹¹.

Richiamiamo di seguito il dettato del frammento ulpiano:

«*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*».

Tr.: «Procuratore è colui che amministra gli affari altrui sulla base del mandato del *dominus*».

Il passo segna un'importante connessione tra il procuratore - in particolare il procuratore processuale - e il contratto di mandato. Nel successivo § 1 Ulpiano sembra attribuire formale riconoscimento alla figura del *procurator unius rei*: procuratore costituito con mandato per un singolo affare¹².

⁹ V. SCIALOJA, *L'acquisto del possesso*, cit., p. 102.

¹⁰ E' opinione comune che il testo sia stato oggetto di profondi rimaneggiamenti. Si considerino in tal senso: E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 501 ss.; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 150; G. LE BRAS, *Procurateur*, cit., p. 82 ss.; S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., p. 557 ss.; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 12.

¹¹ E' opportuno precisare il fatto che, nella sua attuale redazione, il frammento sembra fornirci una descrizione dei caratteri salienti del procuratore, andando ben oltre il campo giudiziale.

¹² D. 3, 3, 1, 1 (Ulp. 9 ad ed.): «*Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit*». Dal frammento di Ulpiano veniamo a sapere che, per Pomponio, chi avesse accettato mandato per l'esecuzione di un unico atto, non sarebbe stato da considerarsi procuratore (*procurator unius rei*); a tale opinione si oppone Ulpiano. Sul punto si consideri la riflessione condotta da W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in «BIDR», LXXVI, 1973, p. 50. Sulla base di tali premesse, l'Autore ritiene plausibile dedurre che nello spazio di tempo intercorso tra Pomponio ed Ulpiano sarebbe da individuarsi un momento fondamentale di evoluzione del pensiero giuridico sulla natura del *procurator unius rei*. Il testo di Pomponio non smentirebbe, tuttavia, l'esistenza del *procurator unius rei* in età classica, bensì costituirebbe la prova del fatto che questa figura impegnasse già l'attenzione dei giuristi di tale epoca.

Sebbene si riconosca l'esistenza di fonti¹³ che insegnano che, nel periodo classico, sarebbero esistiti procuratori senza mandato, una nutrita serie di passi¹⁴ ulpiane suggerisce che per procuratore nel processo deve intendersi il procuratore con mandato generale di amministrazione (*procurator omnium bonorum*) ed anche colui che abbia ricevuto un apposito mandato per la rappresentanza in giudizio. Queste diverse testimonianze riflettono, dunque, una concezione piuttosto evoluta: la risultante di secoli di *interpretatio*¹⁵.

In ordine a tale questione, WATSON¹⁶, pur riconoscendo l'originaria estraneità tra mandato e procura, suggerisce di superare i dubbi che scaturiscono dall'esame del passo ulpiano, ipotizzando un'importante evoluzione storica, che si sarebbe attuata proprio in epoca classica e che avrebbe condotto all'avvicinamento tra i due istituti. Questo processo evolutivo avrebbe determinato, dapprima, l'emersione del *procurator ad litem* e, in seguito, la possibilità di riconoscere che anche un qualsiasi mandatario fosse procuratore.

Di conseguenza, pur dovendosi negare il valore della descrizione del procuratore contenuta in D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*) per il periodo antecedente ad Ulpiano, sarebbe da riconoscersi la funzione definitoria di essa, da leggersi come punto di arrivo di un'evoluzione giunta a compimento proprio in età classica.

Possiamo allora fissare un primo punto: a partire da tale epoca, la giurisprudenza, nella maggior parte dei casi, non sembra riconoscere effetti giuridici agli atti posti in essere dal rappresentante che agisca in giudizio privo di investitura formale. L'unica possibilità è, eventualmente, quella di un intervento *ex post* del *dominus*, volto alla ratifica dell'operato del *negotiorum gestor*:

¹³ Si consideri in tal senso, a titolo d'esempio, il passo di Giuliano contenuto in D. 46, 3, 34, 4 (Iul. 54 *dig.*): «*Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur. et ideo procuratori, qui se ultro alienis negotiis offert, solvendo nemo liberabitur*».

¹⁴ Riporto di seguito i testi dei passi più significativi in ordine alla definizione di tale figura giuridica. D. 47, 10, 17, 16 (Ulp. 57 *ad ed.*): «*Procuratorem autem accipere debemus non utique eum, cui specialiter mandata est procuratio actionis iniuriarum, verum sufficit eum esse, cui omnium rerum administratio mandata est*». D. 46, 7, 3, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*): «*Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive huius rei tantum mandatum susceperit sive etiam universorum bonorum. sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur*». I passi richiamati, oltre ovviamente a D. 3, 3, 1 pr.-1 (Ulp. 9 *ad ed.*), riprendono e confermano una linea di tendenza già desumibile dal passo di Gaio, contenuto in Gai. 4, 84, per l'analisi del quale si veda cap. II, § 3.

¹⁵ In tal senso si esprime O. PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., p. 444 e, a questo proposito, ci si richiama nuovamente al testo di D. 46, 7, 3, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*).

¹⁶ A. WATSON, *Contract of mandate*, cit., p. 51 ss.

attraverso lo strumento della *ratihabitio*; in questo modo colui che *procurator* non è al momento del compimento dell'affare, finirà col diventarlo o, più esattamente, col sembrarlo a posteriori.

In tal senso, richiamiamo un passo che ci fornisce una conferma di questa tesi e nel quale si fa menzione della figura giuridica del così detto *verus procurator*.

D. 5, 1, 56 (Ulp. 30 *ad Sab.*): «*Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta*».

Tr.: «Sebbene sia verissimo che un *verus procurator* può portare la questione in giudizio, tuttavia anche se uno, non essendo *procurator* abbia instaurato il giudizio e successivamente il *dominus* abbia ratificato retroattivamente la cosa, sembra giustamente dedotta in giudizio».

Il passo tratta della problematica della consumazione dell'azione nei riguardi del *dominus litis*; in particolare, si pone il problema dell'effetto consuntivo della *litis contestatio* compiuta dal *procurator*, dovendosi distinguere a seconda che egli sia un *verus procurator* o, al contrario, non sia *procurator*. Muoviamo dalla considerazione del fatto che, sicuramente nel periodo tardo classico, il procuratore munito di mandato avrebbe consumato l'azione del *dominus litis*¹⁷. Il passo, dunque, potrebbe essere letto come riferito al procuratore processuale munito di mandato, ma ciò non è sufficiente a provare la genuinità della terminologia impiegata.

Al procuratore dotato di mandato e definito *verus*, Ulpiano contrappone colui che *procurator non est*, «fino a quando non intervenga la *ratihabitio* a normalizzare la situazione»¹⁸.

In tale prospettiva è fondamentale richiamare l'attenzione sull'impiego del verbo *videtur*, usato da Ulpiano anche in D. 46, 7, 3, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*)¹⁹. Questa

¹⁷ In tal senso si veda F. EISELE, *Cognitur und procurator*, cit., p. 182.

¹⁸ In tal senso si esprime R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 218 s.

¹⁹ Per un'analisi più puntuale su tale passo si veda, *infra*, cap. VIII, § 2.

coincidenza terminologica²⁰ riflette una coincidenza di soluzioni sul piano del diritto. Il passo ha, dunque, un ruolo centrale in ordine alla tematica della *ratihabitio* e, nella *Palingenesia* del LENEL, segue immediatamente il frammento contenuto in D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*)²¹.

La terminologia *verus procurator* è stata giudicata, tradizionalmente²², interpolata, tuttavia sottolineiamo come essa risponda perfettamente alla concezione del rappresentante processuale-mandatario, che doveva essere giunta a completa elaborazione già in età classica²³.

La fonte richiamata testimonierebbe una concezione del *procurator ad litem* in forza della quale non vi sarebbe stato *procurator* in senso tecnico al di fuori dell'alternativa *mandatum-ratihabitio*.

Quanto detto è confermato dal tenore del passo contenuto in D. 46, 8, 12, 1 (Ulp. 80 *ad ed.*):

«*Rem haberi ratam hoc est comprobare adgnoscerique quod actum est a falso procuratore*».

Tr.: «Aver ratificato significa approvare e riconoscere ciò che è stato fatto dal *falsus procurator*».

Tali rilievi, tuttavia, non costituiscono prova sufficiente al fine di dimostrare la genuinità degli attributi *verus* e *falsus* che ricorrono nei passi che si sono considerati.

²⁰ «Coincidenza non certo casuale», come sottolinea R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 219.

²¹ Per l'analisi di questo frammento si veda, *infra*, cap. VIII, § 2.

²² In tal senso: F. EISELE, *Cognitur und procuratur*, cit., p. 173; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 143. Sul presupposto del rimaneggiamento interessante D. 3, 3, 1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*), l'Autore giudica il frammento interpolato e, in tal modo, pienamente rispondente alla concezione in forza della quale chi è procuratore-mandatario è *verus*, contro colui che, invece, in quanto non mandatario, *procurator non est*.

²³ Ciò detto, è comunque necessario menzionare l'esistenza di un orientamento - per quanto minoritario - differente sul punto, di cui Gaio ci fornisce testimonianza. In tal senso si consideri il passo - più volte richiamato - contenuto in Gai. 4, 84, in particolare al punto in cui il giurista scrive: «*Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum*».

L'ANGELINI si richiama proprio a D. 5, 1, 56 (Ulp. 30 *ad Sab.*), oltre che a D. 46, 8, 3, 1 (Pap. 12 *resp.*)²⁴ e D. 46, 8, 22, 8 (Iul. 56 *dig.*)²⁵, come prova dell'uso della terminologia *falsus/verus procurator* da parte dei compilatori con il significato tecnico, rispettivamente, di non mandatario e mandatario nel caso del *procurator ad litem*²⁶, ma lo stesso Autore ammette che non sia da escludere del tutto che - almeno per quanto concerne il campo processuale - l'espressione potesse venire impiegata già in età pregiustiniana²⁷.

Pertanto, pur riconoscendo la carenza di indizi idonei a provare la classicità di tale uso terminologico, ci si interroga sulle radici dello stesso, dal momento che, già in età classica e sulla base della visione testimoniata da Ulpiano, il procuratore propriamente detto sarebbe stato colui che avesse agito sulla base di un contratto di mandato.

Molto significativo appare il dettato del passo papiniano contenuto in D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 *resp.*)²⁸, che richiamiamo di seguito:

D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 *resp.*): «*Cum minor viginti quinque annis creditor pecuniam recipere vellet, interpositus procurator debitori de rato habendo cavet: restitutione in integrum data neque indebiti conditionem neque stipulationem committi constabat. idemque eveniret, si falsi procuratoris actum*

²⁴ In particolare, per un esame più approfondito di D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 *resp.*), si veda, *supra*, cap. II, § 3.1.

²⁵ D. 46, 8, 3, 1 (Pap. 12 *resp.*): «*Falsus procurator de rato habendo cavet atque ita dominus a sententia iudicis procuratore victo provocavit: stipulationis defecisse condicionem apparuit, cum ad auxilium commune superatus confugisset. quod si dominus, qui ratum non habuit, pecuniam exegerit, stipulatio de rato committetur in eam pecuniam, quam dominus accepit, quamvis nihil procurator acceperit*». D. 46, 8, 22, 8 (Iul. 56 *dig.*): «*Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summovertet. plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset*». Per quanto concerne la locuzione *quia si verus procurator fuisset*, che leggiamo nel frammento, richiamo la proposta interpretativa di S. SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato*, cit., p. 620 ss. Lo studioso ritiene che la frase sia stata scritta al posto di un dettato originario dal seguente tenore: *quia si procuratori mandatum fuisset*.

²⁶ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 212, nt. 148.

²⁷ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 212. Lo studioso ricollega tale ipotesi di impiego terminologico dell'espressione *de qua* alla riforma del 382, benché si premuri di precisare la carenza di indizi a supporto della stessa. «E' molto verosimile» scrive l'Angelini, «che essa rappresenti, al livello terminologico, una diretta conseguenza della nuova concezione giustiniana, espressa in D. 3, 3, 1».

²⁸ Per un'analisi più approfondita di tutte le problematiche sollevate dal frammento si veda cap. I, § 3.1.

minor annis ratum habuerit. et ideo ita cavendum erit praecedente mandato: "si ille in integrum restitutus fuerit heresve eius aut is, ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari". mandato vero non interveniente vulgaribus verbis de rato habendo haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur: alioquin si non conveniat nec creditor minus consentiat, actionem dari oportebit».

Tr.: «Se il creditore minore di venticinque anni vuole recuperare il danaro, il procuratore interposto garantisce al debitore *de rato habendo*: concessa la *restitutio in integrum*, era pacifico che non si desse né la *condictio indebiti* né l'*actio ex stipulatu* e lo stesso accadeva nel caso in cui il minore avesse ratificato l'atto del *falsus procurator*; e così allora bisognerà prestare garanzia nel caso in cui vi sia l'incarico: "se abbia ottenuto la *restitutio in integrum* lui, o il suo erede o colui al quale spetterà la cosa sulla quale si controverte, sia dia tanto danaro, quanto sarà stimata la lite". Nel caso in cui non vi sia mandato si aggiungeranno anche queste parole della *cautio de rato habendo* ai *verba* usuali, più prudentemente, tra consenzienti: altrimenti, se non convenga e il creditore non acconsenta, bisognerà dare l'azione».

Il dettato della fonte evidenzia una fondamentale diversità di posizioni tra il *procurator* e il *falsus procurator*. L'indagine è condotta in parallelo. Le conseguenze dell'agire del *falsus procurator* sono equiparabili a quelle del procuratore propriamente detto solo in seguito a *ratihabitio*, per intervento del principale.

L'elemento di discriminazione tra la posizione giuridica dei due soggetti è esplicitamente individuato nella sussistenza di un contratto di mandato: si deve distinguere l'ipotesi del procuratore che agisca su mandato, da quella che si verifica *mandato vero non interveniente*. Così, mentre il procuratore incaricato non potrà rifiutare di prestare una garanzia più gravosa di quella che usualmente si fonda sulla *cautio de rato habendo*, al *falsus procurator* (evidentemente semplice *negotiorum gestor*) non potrà essere imposta l'assunzione di questo ulteriore onere.

In un altro caso si tratta dell'intervento in giudizio di un *falsus procurator*; in tale ipotesi egli agisce in rappresentanza del denunziante di nuova opera.

D. 39, 1, 13, 2 (Iul. 41 dig.): «*Si in remissione a parte eius, qui opus novum nuntiaverat, procurator interveniat, id agere praetorem oportet, ne falsus procurator absenti noceat, cum sit indignum quolibet interveniente beneficium praetoris amitti*».

Tr.: «Se al posto di colui che aveva denunciato una nuova opera intervenga il procuratore, bisogna che il pretore faccia in modo che il falso procuratore non causi nocimento all'assente, poiché è disdicevole che il beneficio del pretore sia concesso a chiunque intervenga».

Questo procuratore è falso in quanto non autorizzato mediante incarico a rappresentare il denunziante, ma non sembra essere un impostore, semplicemente per il fatto che non avrebbe ottenuto nessun vantaggio da un tal genere di intervento. Pertanto, è possibile che con *falsus procurator* si intendesse colui che fosse intervenuto nella lite senza un mandato, se, come attesta il noto passo gaiano contenuto in Gai. 4, 84, il *procurator* propriamente detto, «[...] *ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur*».

In progresso di tempo il passo di Giuliano si sarebbe prestato ad esprimere la tendenza propria del diritto bizantino, secondo la quale il rappresentante processuale sarebbe stato il procuratore munito di mandato speciale.

2. C.I. 2, 12, 24 e C.Th. 2, 12, 3: un'analisi comparatistica per la definizione di *falsus procurator* in età giustiniana.

Appare utile, infine, valutare i risultati che scaturiscono dal confronto tra due note costituzioni (C.Th. 2, 12, 3 e C.I. 2, 12, 24), il cui dettato - pur non perfettamente sovrapponibile - è espressione della medesima regola di diritto: la norma in base alla quale la sussistenza della legittimazione alla rappresentanza

processuale del *procurator* andava accertata prima di addentrarsi nel merito della causa.

In particolare, mi interessa sottoporre ad esame il punto in cui il disposto della legge di C.Th. 2, 12, 3 differisce²⁹ da quello di C.I. 2, 12, 24.

²⁹ Sulla considerazione di tale diversità di dettato tra le due disposizioni legislative si consideri quanto messo in luce da A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 315. L'Autore, secondo l'insegnamento del Pernice, rileva che, tra i «vari artifici» impiegati dai giustiniani al fine di eliminare dalle fonti la figura del procuratore-*negotiorum gestor*, è accertabile la retrocessione del semplice gestore d'affari a *falsus procurator* attuata mediante l'inserimento di tale locuzione nel contesto di C.I. 2, 12, 24: aggiunta che limpidamente appare in seguito al confronto del contenuto di tale passo con C.Th. 2, 12, 3 dell'anno 382. Lo studioso ricorda l'analisi esegetica condotta dal Solazzi, avente ad oggetto numerosi passi della compilazione e volta a dimostrare «il maldestro tentativo dei giustiniani di eliminare la menzione del *procurator* semplice gestore». Proprio a proposito dell'indagine comparatistica condotta tra le due costituzioni si richiama S. SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, cit., p. 569. Il Burdese tiene a precisare che, nonostante la sottile indagine condotta su alcuni passi della compilazione giustiniana da S. SOLAZZI (*La definizione del procuratore*, cit., p. 560, nt. 11), tuttavia, appare difficilmente dimostrabile con certezza che tale intervento compilatorio abbia avuto luogo sempre e senza eccezione. Una delle meticolose analisi (si tratta della stessa che viene richiamata anche da A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 315) condotte dal citato Autore può essere riportata a titolo di esempio. Essa ha ad oggetto il passo contenuto in D. 3, 5, 30, 1 (Pap. 2 resp.): «*Inter negotia Sempronii, quae gerebat, ignorans Titii negotium gessit: ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur... Idem in tutore iuris est*». L'Autore si sofferma a riflettere sull'equiparazione del *tutor ignorans* all'*ignorans*, che egli ritiene essere «priva di senso comune»; l'esigenza avvertita dal Solazzi sarebbe quella di procedere ad una parificazione tra *tutor* e *procurator ignorans*; tuttavia i compilatori avrebbero avvertito la necessità di cancellare la menzione del procuratore proprio per il fatto che, in diritto giustiniano, non è procuratore, ossia non è vero procuratore, chi gerisce negozi altrui senza mandato e quindi colui che può trovarsi in una condizione di ignoranza, come è previsto nel frammento *de quo*. Si sofferma a riflettere sulla diversità di dettato sussistente tra le due costituzioni anche W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti*, cit., p. 166 ss.; così si esprime, a tal riguardo, l'Autore: «Giustiniano, nel ricevere nel suo Codice la costituzione di Graziano e dei colleghi sulla verifica della procura, la modificò in maniera fondamentale». Nel contesto di tale contributo, Rozwadowski si occupa della problematica della cessione del credito: anche per quanto concerne il *procurator*, la cessione giustiniana differisce, per molti aspetti, dalla cessione classica del credito. Dalla nostra prospettiva rileva sottolineare il fatto che ciò è immancabilmente connesso col processo di trasformazione a cui lo stesso procuratore è sottoposto. L'azione del rappresentante, che avesse agito sulla base della volontà del mandante, - azione di colui che, dunque, viene denominato *verus procurator* in età giustiniana - comporta l'estinzione del rapporto obbligatorio e priva il cedente della possibilità di richiedere nuovamente l'esecuzione della prestazione da parte del debitore. Di conseguenza viene meno l'esigenza di prestare la *cautio rem ratam dominum habiturum*. Sopravvive, comunque, la possibilità che ad adempiere sia un soggetto privo di mandato, un *falsus procurator*; in tale ipotesi la sua attività potrà essere ratificata, in un momento successivo, per intervento del *dominus*. L'Autore prosegue, quindi, riflettendo sulle azioni spettanti al cessionario del credito ed individuando la possibilità di un ricorso sia all'*actio mandati* che all'*actio utilis*. La differenza tra le due azioni sarebbe da ricercare nella *legitimatatio ad causam*. A tal proposito, si consideri quanto rilevato da C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴ (edizione curata e integrata da Giuseppe Grosso), Milano, 1908, p. 470 ss.; lo studioso mette in luce il fatto che la diversità tra le due *actiones* non rilevi a livello di diritto sostanziale; all'inizio del processo, qualora il cessionario avesse agito con l'*actio mandati*, avrebbe dovuto legittimare tale opzione richiamandosi alla procura processuale; se, invece, avesse esercitato l'*actio utilis*, avrebbe dovuto attivarsi per provare il proprio diritto sostanziale, ovvero l'avvenuta trasmissione in proprio favore del diritto precedentemente spettante al cedente nei confronti del debitore. Sulla problematica dell'*exceptio procuratoria* si consideri inoltre A. D'ORS, *Agere cum deductione. Un nuevo intento sobre el fragmento jurisprudencial P. Mich. 456 (+P. Yale inv.*

Analizziamo, dunque, comparativamente, il testo delle due costituzioni dianzi citate:

C.Th. 2, 12, 3: « <i>In principio quaestionis persona debet inquiri et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite solemniter constitutis potest esse sententia, praeteritis autem his nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium</i> ». * grat. valentin. et theodos. aaa. pancratio pu. * <a 382 d. prid. non. april. constantinopoli antonio et syagrio cons.>	C. 2, 12, 24: « <i>Licet in principio quaestionis persona debet inquiri an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat, tamen si falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium</i> ». * grat. valentin. et theodos. aaa. pancratio pu. * <a 382 d. prid. non. april. constantinopoli antonio et syagrio cons.>
---	--

Tr.: «All'inizio della causa si deve esaminare se la persona abbia ricevuto mandato a condurre l'affare. A favore di colui che risulti investito solennemente e secondo le regole può essere rilasciata sentenza, senza invece, a suo favore, non si è soliti portare avanti la causa, né ci può essere giudizio».	Tr.: «All'inizio della causa, circa la persona del <i>procurator</i> , si deve esaminare se abbia ricevuto da parte del <i>dominus</i> della controversia mandato a condurre l'affare, tuttavia se venga scoperto <i>falsus procurator</i> , non si è soliti portare avanti la causa, né ci può essere giudizio».
--	---

La costituzione, riportata con alcune varianti all'interno dei due distinti Codici, statuisce e descrive il principio generalissimo in forza del quale il giudice, «*in principio quaestionis*», era tenuto a verificare la sussistenza della legittimazione ad agire per conto d'altri in capo al sostituto processuale che fosse

1158), in «SDHI», LIX, 1993, pp. 190 s.; secondo l'insegnamento di Lenel, l'Autore propone la seguente formula di tale eccezione: «*si procurator est*»; egli suppone, quindi, che possa chiamarsi procuratore solo il mandatario, il *verus procurator* giustiniano, ma rileva: «en època clásica [...] también es '*procurator*' el *negotiorum gestor* y, de manera muy propia, el defensor procesal de un asente». L'Autore sottolinea così la necessità di supporre una differente formulazione dell'eccezione *de qua* per l'epoca classica.

intervenuto in giudizio³⁰. Laddove egli avesse ravvisato la carenza di tale presupposto processuale, la causa non avrebbe avuto seguito e, in alcun modo, si sarebbe giunti all'emanazione di una sentenza conclusiva.

Se ci soffermiamo a rileggere il passo redatto dai giuristi che si occuparono della scrittura del testo legislativo della legge del Codice Giustiniano, emanata in data 4 aprile 382 d.C., non si può non notare immediatamente l'aggiunta dell'espressione *falsus procurator*: il sintagma non si trova, infatti, nel testo del più risalente Codice Teodosiano. La locuzione è impiegata dai compilatori giustiniani per condensare in un'espressione molto concisa il concetto di rappresentante non incaricato; più precisamente, di rappresentante che non avesse ricevuto l'investitura «*rite et solemniter*» mediante contratto consensuale di mandato.

Di certo c'è che, per i giustiniani, il falso procuratore è, nel caso prospettato, un soggetto che interviene in giudizio proponendosi quale rappresentante processuale di un *dominus* assente, ma che in seguito agli accertamenti condotti dal giudice, come si chiarisce immediatamente dopo, risulta impossibilitato ad assumere tale ruolo per carenza di mandato.

La legislazione post-classica impone una regola tassativa: le questioni concernenti la legittimazione del *procurator* dovevano essere affrontate e discusse all'inizio del processo. Se ciò non avveniva, o se si ravvisava la non sussistenza della legittimazione, «*nec dici controversiae solent, nec potest esse iudicium*».

Questo è ciò che si può desumere analizzando la lettera della legge, nonchè la concezione, ormai indiscussa in età giustiniana, del *falsus procurator* come colui che mandato non ha. La sentenza emessa a prescindere da un precedente controllo relativo alla sussistenza del mandato e alla capacità del mandatario, esame che doveva essere compiuto d'ufficio, sarebbe risultata affetta da nullità assoluta³¹.

³⁰ Sul punto si consideri quanto è messo in luce da V. ARANGIO- RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 83, nt. 4, il quale menziona l'esistenza dell'obbligo di esibire il mandato prima dell'inizio del processo già per l'epoca precedente rispetto a quella in cui si situa la redazione del Codice Teodosiano, sulla base di quanto documentato dai papiri.

³¹ A tali problematiche si collega la tematica dell'*exceptio procuratoria*. Come sottolinea G. PROVERA, *Rec. a D. Simon, Untersuchungen zum Justinischen zivillprozess*, in «IURA», XXI, 1970, pp. 214-215, i giustiniani inserendo in C. 2, 12, 24 la costituzione contenuta in C.Th. 2, 12, 3, da un lato recuperarono il regime dell'*exceptio procuratoria* di età classica, dall'altro, tuttavia, mantennero in vita la prassi post-classica in forza della quale sarebbe stato un preciso dovere del giudice quello consistente in un controllo preliminare avente ad oggetto la capacità del mandatario

Tra gli altri, anche il DONATUTI³², nei suoi *Studi sul procurator*, si trova a confrontarsi con il passo in questione. L'Autore, come si è anticipato³³, muove dal presupposto sospetto su tutti quei testi che, denominando *verus procurator* il mandatario e *falsus procurator* il non mandatario, mostrano il mandato come elemento fondamentale della procura. Dopo aver richiamato la lettera del frammento, lo studioso sottolinea il fatto che il *falsus procurator* è, «senz'altro», un procuratore, opposto a colui che è munito di *mandatum: mandatum ad litem* nel caso *de quo*. Dopo aver fatto rilevare la datazione della costituzione, egli esclude fermamente che essa possa, in alcun modo, costituire documento della dommatica di epoca classica.

Dato per assodato il fatto che la legge è di età post-classica, e che essa, come si è detto, differisce dalla precedente disposizione del Codice Teodosiano proprio al punto in cui è menzionato il *falsus procurator*, la sola conclusione a cui l'esame condotto ci permette di approdare è quella dell'impiego della locuzione, in età giustiniana, ad indicare il rappresentante privo di mandato.

e l'esistenza del mandato stesso. Laddove fosse risultato che la *confirmatio personarum* non aveva avuto luogo, il processo sarebbe stato considerato viziato da nullità radicale. Dal momento che tale *confirmatio* costituiva un preciso dovere dell'ufficio, preliminare rispetto alla trattazione della causa, l'*exceptio* sarebbe stata operante solo nei casi di mancato adempimento di tale dovere da parte del giudice. A tal proposito degne di nota appaiono le diverse posizioni assunte dai giuristi bizantini. Taleo ritenne necessario operare un distinguo tra *exceptio* concernente l'incapacità del procuratore, opponibile solo prima della *litis contestatio*, ed *exceptio* riguardante la mancanza della procura che, opponibile in ogni momento, avrebbe determinato la nullità della sentenza anche dopo la conclusione del processo. Secondo Teodoro l'interpretazione del passo contenuto in C. 2, 12, 24 avrebbe dovuto essere in senso restrittivo: il giurista avrebbe infatti ammesso un esame dell'eccezione anche successivamente alla *litis contestatio*, ma soltanto sul presupposto che essa fosse stata antecedentemente sollevata e fatta valere; solo quella concernente il difetto di capacità del procuratore avrebbe dovuto, a suo parere, essere proposta e trattata al principio del giudizio. Stefano, da ultimo, non individuò una distinzione tra le due tipologie di *exceptiones*. L'impostazione dei giuristi bizantini porta a considerare l'*exceptio procuratoria* quale vera e propria παραγραφή, che la parte avrebbe dovuto esplicitamente far valere. D'altro canto, essendo ormai stato acquisito l'orientamento della prassi per cui le questioni concernenti la legittimazione del procuratore dovevano essere, d'ufficio, trattate nel *principium litis*, all'*exceptio*, come si è detto, si sarebbe fatto ricorso solo nell'ipotesi in cui tale dovere non fosse stato adempiuto.

³² G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 149. L'analisi di C. 2, 12, 24 si inserisce nel contesto del § II del contributo, contenente una rassegna di passi che l'Autore dichiara, *in limine*, sospetti, in quanto volti a dimostrare l'essenzialità del contratto di mandato per la procura. Nell'ordine vengono sottoposti all'attenzione del lettore i frammenti che seguono: D. 3, 3, 40, 2 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 5, 1, 56 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 39, 1, 5, 18 (Ulp. 52 *ad ed.*); D. 43, 16, 1, 13 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 46, 3, 12 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 46, 8, 3, 1 (Pap. 12 *resp.*); D. 46, 8, 12, 1 (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 46, 8, 22, 8 (Iul. 56 *dig.*); D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*); C. 2, 12, 24 (Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Pancratius pu.); C. 6, 2, 19 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Mnesitheo).

³³ Si veda, *supra*, cap. I, § 3.2.

Qualsiasi ulteriore notazione può apparire un azzardo.

Il testo della legge, d'altra parte, non costituisce in alcun modo un addentellato nella direzione di escludere con certezza che l'espressione fosse stata precedentemente impiegata e che tale più risalente utilizzo potesse essere stato in un differente significato.

Le parole «*tamen si falsus procurator inveniatur*», in C. 2, 12, 24, lette in opposizione a «*licet... persona debet inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat*» di C.Th. 2, 12, 3, costituiscono una prova incontrovertibile del fatto che, in età giustiniana, gli attributi *verus* e *falsus* fossero impiegati al fine di indicare rispettivamente il procuratore incaricato mediante mandato e quello che agisce senza mandato³⁴.

Dal momento che ciò, tuttavia, non è sufficiente a provare che i compilatori abbiano sistematicamente ritoccato in tal senso tutti i testi classici prima di riportarli nel Digesto e se, soprattutto, non è provato cosa si intendesse per *falsus procurator* in epoca classica, sembra venire a mancare uno dei fondamentali riferimenti in ordine alla definizione di *falsus procurator*, con inevitabili, immediate ripercussioni su quella di *falsus creditor*. Siamo, di conseguenza, necessitati a riprendere, nel contesto dei capitoli seguenti, i frammenti che giocano un ruolo di primaria importanza in ordine alla definizione di tale figura giuridica, da intendersi quale procuratore che intervenga a prescindere dalla sussistenza di un contratto di mandato.

³⁴ Si consideri a tale riguardo l'*incipit* del contributo di S. SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, cit., p. 569. La conclusione a cui si è pervenuti in ordine all'accezione degli attributi *verus* e *falsus* viene dichiarata «certa» dall'Autore, il quale, richiamandosi ad una sua precedente nota (S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, cit., p. 557 ss.) dichiara: «Ho iniziato la dimostrazione che Giustiniano non ammetteva si chiamasse *procurator* il gestore di negozi altrui senza mandato e lo squalificava con l'epiteto di *falsus*». Sulla base di tali presupposti si propone, quindi, di proseguire nella disamina dei passi che possono risultare significativi in tale prospettiva, ritenendo tuttavia opportuno lasciare da parte i luoghi con *verus* e *falsus*. Segue l'esegesi su molti testi della compilazione: D. 14, 3, 5, 18 e 7 (Ulp. 28 *ad ed.*) confrontato con D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 44, 4, 5, 4 (Paul. 3 *ad ed.*); D. 3, 6, 7 pr. (Paul. 10 *ad ed.*); D. 15, 3, 3, 2 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 22, 1, 24, 2 (Paul. 37 *ad ed.*); D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*); D. 46, 8, 17 (Marcel. 21 *dig.*); D. 3, 5, 2 (Gai. 3 *ad ed. prov.*); D. 41, 4, 2, 9 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 3, 5, 34, 1 (Scaev. 1 *quaest.*).

CAPITOLO VII

CONSIDERAZIONI PER UNA PROPOSTA DI LETTURA ALTERNATIVA DELL'ESPRESSIONE *FALSUS PROCURATOR* IN ETA' CLASSICA

SOMMARIO: 1. *D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 ad Sab.) e la definizione di falsus creditor.* - 2. *D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 ad Sab.) e la distinctio di Nerazio come alternativa in materia di buona e di mala fede.* - 3. *D. 12, 4, 14 (Paul. 3 ad Sab.) e l'importanza della sua collocazione palinogenetica al fine di ricostruire la figura del falsus procurator nei suoi tratti caratteristici.* - 3.1 *Ipotesi di pagamento a favore di un procurator.* - 3.2 *Pagamento al falsus procurator.* - 4. *Falsus procurator e condictio indebiti in C.I. 4, 5, 8. La chiave di lettura rappresentata da D. 46, 8, 22 pr. (Iul. 56 dig.).*

1. D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 ad Sab.) e la definizione di falsus creditor.

Dopo aver analizzato una serie di testi che sembrano testimoniare un uso dell'espressione *falsus procurator* funzionale a descrivere il comportamento fraudolento di un procuratore simulatore e in seguito alla lettura delle principali fonti sul *falsus procurator* nel processo, ci proponiamo ora di riconsiderare le previsioni tratte dal titolo 47, 2 *De furtis*, contenute nel commentario ulpiano *ad Sabinum*, concentrando l'attenzione sul noto passo tratto da *D. 47, 2, 43, 1*, che sembra porre in primo piano la fondamentale alternativa tra la buona e la mala fede del procuratore¹.

Procedendo con ordine, prima di addentrarci nell'esegesi del paragrafo 1, consideriamo il *principium* del frammento:

¹ Per un breve accenno a tale tematica si veda, *supra*, cap. I, § 3.3.

D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem), si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient*».

Tr.: «Il falso creditore (tale è chi simula di essere creditore), qualora prenda qualcosa (un pagamento), commette furto e il denaro non diviene di sua proprietà».

L'autore del passo fornisce, tra parentesi, una stringata, ma chiarissima definizione del *falsus creditor*, che immancabilmente attira l'attenzione e risveglia la curiosità di chi si interroghi sulla possibilità di delineare i tratti distintivi del *falsus procurator*, figura giuridica alla quale si farà riferimento nel frammento immediatamente successivo.

In primis va precisato il fatto che il passo succitato è, attualmente, ritenuto genuino dalla prevalente dottrina. In passato, parte di essa avanzò dei dubbi sull'originalità della frase chiusa tra parentesi², nel contesto della quale ciò che rileva è l'elemento della simulazione.

Convinzione un tempo radicata presso gran parte della critica romanistica³ in ordine al *falsus creditor* era quella per cui dietro tale definizione si sarebbe celato, semplicemente, il non creditore. I rappresentanti di tale dottrina approdavano a questa conclusione sulla base della lettura della locuzione *falsus procurator* ad indicare il non procuratore⁴, ovvero il soggetto che tale ruolo non avrebbe potuto ricoprire, in quanto sfornito di mandato⁵.

² Qualche interrogativo, come si è già sottolineato, sorge solamente in relazione alla paternità dell'inciso «*hoc... creditorem*»; oltre a coloro che hanno discusso sull'attribuibilità di esso ad Ulpiano o, alternativamente, a Sabino (discussione che, in ogni caso, non metterebbe in dubbio la classicità del frammento), non mancano rappresentanti della dottrina che hanno avanzato il sospetto che esso rappresenti un'aggiunta di epoca tarda. Tra gli altri: S. SOLAZZI, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, in «AG», XCI, 1924. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 598 (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 4; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 91, nt. 15; J.A.C. THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 410; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 213, nt. 149.

³ Si considerino in tal senso le prese di posizione dei maggiori rappresentanti di tale, risalente, orientamento: G. VON BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tubinga, 1920, p. 60; E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 509; S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, cit., p. 159; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78; F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 15; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 98.

⁴ Si considerino su tale problematica le argomentazioni di I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 20 ss. A tal proposito si veda, in particolare, nt. 60, soprattutto per i richiami alla letteratura più risalente, sostenitrice dell'esigenza di una soppressione dell'inciso situato tra parentesi e considerato aggiunta di mano giustiniana, proprio sulla base del preconcetto che il

Il *principium* del titolo 47, 2 *De furtis* riporta il caso di un soggetto definito falso creditore, il quale si considera aver commesso un furto in conseguenza al percepimento di un qualche cosa (*quid*) che, proseguendo nella lettura del frammento, scopriremo essere del denaro (si parla di *nummi* una riga più sotto).

Il giureconsulto giunge senza particolari esitazioni alla conclusione che tale soggetto «*furtum facit*» e, ulteriormente, tiene a precisare nella parte conclusiva il fatto che «*nec nummi eius fient*». Tra parentesi Ulpiano interviene a specificare

falsus procurator potesse essere solo il non mandatario e ciò, ovviamente, solo a partire dall'età giustiniana.

⁵ Sulla delicata tematica della progressiva estensione del mandato alla procura risultano degne di nota le considerazioni di O. PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., p. 411 ss. L'Autore muove dal presupposto di una originaria sfera di applicazione della *negotiorum gestio* alla procura che egli definisce «verosimilmente molto ampia»; il regime di essa avrebbe garantito tutela giuridica alle parti esclusivamente in forza del fatto di un'effettiva, avvenuta, gestione. Successivamente, l'estensione della sfera di applicazione del contratto di mandato alla procura avrebbe determinato, come naturale conseguenza, il restringimento dell'operatività della *negotiorum gestio*. Sulla base di tale processo evolutivo il Paperi ritiene di poter sostenere il fatto che, in età classica, «il *procurator* venisse viepiù considerato un mandatario». Immediatamente dopo tale notazione l'Autore richiama la nota definizione ulpiana contenuta in D. 3, 3, 1 pr.: «*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*». Lo studioso si premura, quindi, di ribadire la sostanziale genuinità del passo, forte della condivisione di tale posizione con buona parte della dottrina. La conclusione a cui tale breve analisi ci indirizza è quella per cui, con buona probabilità, per il giurista severiano e in età classica, soltanto la presenza di un mandato generale o speciale sarebbe stata idonea ad attribuire al soggetto la veste tecnica del procuratore. In tal senso si consideri anche R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 218 ss. L'Autore interviene, come egli stesso dichiara, a «gettare luce sulla posizione di Ulpiano», soffermandosi ad indagare quanto previsto in D. 46, 7, 3, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*): «*Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive huius rei tantum mandatum susceperit sive etiam universorum bonorum. sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur*». Dalla prima parte del frammento egli desume il fatto che, appunto, per procuratore si deve intendere il gestore munito di mandato, sia esso per un singolo affare o per l'intero patrimonio del *dominus*. Lo studioso muove, quindi, sulla scia del giurista severiano, un passo ulteriore, spostando la propria attenzione sulla *ratihabitio*, istituto richiamato in chiusura del passo (in un inciso che il Quadrato non ritiene possibile sottrarre alla paternità di Ulpiano). Solo la ratifica, attuata *ex post* da parte del *dominus negotii*, sarebbe di per sé idonea ad attribuire la qualità procuratoria a quel gestore che, in quanto non mandatario, non sarebbe da considerare nemmeno *procurator*. A riprova dell'originalità del passo l'Autore sottolinea come tale concezione si inserisca pienamente nel pensiero ulpiano e, a questo scopo, richiama altri tre frammenti nei quali, il citato principio, molto probabilmente ripreso da Sabino, è riproposto da Ulpiano. Altra notazione degna di particolare rilievo è il fatto che si tratta dei soli frammenti in cui è fatta menzione del principio condensato nel celebre brocardo «*ratihabitio mandato comparatur*»; essi sono: D. 43, 16, 1, 14 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 50, 17, 152, 2 (Ulp. 69 *ad ed.*). In tal senso si considerino anche: O. BEHRENS, *Die Prokurator*, cit., p. 261 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., p. 330, nt. 64. Nell'ambito del contributo succitato il Behrens si esprime in favore dell'attribuibilità della regola a Sabino dichiarando che la: «sprachlich eigenwillige Fassung der Regel- *comparare* (etwa: gleichbehandeln) kommt in dieser Bedeutung sonst nicht vor- trägt gerade zu den Stempel ihres bedeutenden Urhebers». *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 203 s.; l'Autore opta, infatti, per la non classicità dell'uso del verbo *comparare*, impiegato nella fonte, nel significato di equiparare. Di certo, come tiene a precisare il Paperi, «in nessun caso, comunque, bisogna intendere il principio nel senso che nella successiva ratifica del *dominus* i classici abbiano mai ravvisato la conclusione postuma di un mandato in senso tecnico; dal lato interno, infatti, le reciproche pretese delle parti rimangono regolamentate nell'ambito della fattispecie della *negotiorum gestio*».

chi fosse il creditore da denominarsi *falsus*: «*Hoc est is, qui se simulat creditorem*». L'inciso, come si è anticipato, è stato considerato da più parti sospetto di interpolazione⁶.

Fu il MEDICUS⁷ ad avvertire l'esigenza di precisare l'accezione del termine *simulare*, per suggerire il fatto che esso stesse ad indicare proprio l'agire in mala fede da parte di un soggetto: il creditore, nel caso *de quo*; il procuratore, nell'ipotesi descritta all'interno del successivo paragrafo. Accolto il suggerimento, si ripropone l'interrogativo sull'accezione dell'attributo *falsus*. E' infatti, ad oggi, ampiamente condivisa l'ipotesi di impiego di tale terminologia già per l'età classica⁸. E' plausibile che ad essa si facesse ricorso nel caso in cui si volesse richiamare un soggetto simulatore⁹.

⁶ Sposano tale orientamento: J. PARTSCH, *Die Lehre von Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in «ZSS», XLII, 1921, p. 256, nt. 1; H.F. JOLOWICZ, *Digest 47.2 De furtis*, Cambridge, 1940, p. 53; S. SOLAZZI, *Quod falso tutore auctore*, p. 598; F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 4; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 91, nt. 15; J.A.C THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 410; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 213, nt. 149. Si esprimono, invece, in favore della classicità del passo: F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, p. 79; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 149; IDEM, «*Diligentia*», «*custodia*», «*culpa*». *I dati fondamentali*, in «SDHI», LVI, 1990 p. 51, nt. 46.

⁷ D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 217, nt. 16. L'Autore, pur senza esprimere un preciso parere in ordine alla genuinità o meno del passo considerato, ritiene opportuno sottolineare la valenza del verbo *simulare*, verbo idoneo ad esprimere l'atteggiamento di malafede di un soggetto. Sulle diverse ipotesi di lettura ed interpretazione del verbo *simulare* e del sostantivo *simulatio* come termini che, genericamente, descrivono comportamenti mendaci di svariata natura, si considerino i seguenti contributi: G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938, p. 1 ss.; IDEM, s.v. *Simulazione* (Diritto romano), in «NNDI», 1970, p. 351 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 1, Milano, 1973, p. 133 s.

⁸ Prende espressamente posizione sul punto I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 22, nt. 60. Dichiarò infatti l'Autrice: «Nel senso invece dell'ormai comunemente condivisa classicità del *falsus procurator* nella sua accezione di chi appariva essere *procurator* senza in realtà esserlo [...]». Segue una ricca bibliografia sul punto.

⁹ Nello specifico, per ciò che attiene al significato della definizione ulpiana di *falsus creditor* è indispensabile considerare il nodo relativo al significato da attribuire all'espressione «*simulare se creditorem*». Ci si domanda infatti se, ai fini della configurabilità del furto, si richiedesse un inganno o se fosse invece sufficiente un atteggiamento semplicemente reticente da parte dell'accipiente. Proprio il chiarimento di questo interrogativo è uno dei «fulcri dell'indagine» di I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 26, in particolare nt. 69, e p. 252 ss. L'Autrice ritiene che, ai fini della lettura del frammento, sia illuminante l'applicazione del criterio dell'«Hingabewille». Proprio soffermandosi sul fatto che, in conclusione, «*nec nummi eius fiant*», frase che esplicita il fatto del mancato passaggio della proprietà del denaro, la studiosa desume che la *traditio* sarebbe stata viziata, dal momento che il debitore aveva commesso un errore inerente alla persona del creditore; il vizio sarebbe derivato dal fatto che il tradente effettuava il pagamento nella convinzione che esso andasse a favore del reale titolare del credito. Tale ipotesi si concilierebbe perfettamente con la supposizione che, per Ulpiano, il *falsus creditor* fosse soltanto chi mentisse sulla propria identità. Così si esprime sul punto la citata studiosa: «In sostanza, secondo Ulpiano, il falso creditore era sempre responsabile, perché nella simulazione dell'identità è strutturale che il tradente, ingannato sulla persona, non volesse consegnare la cosa a

Una possibilità è anche che l'attributo *falsus*, nei casi in cui fosse inserito a specificare il sostantivo *procurator*, potesse essere impiegato, almeno in alcune ipotesi, al fine di richiamare il soggetto che intervenisse ad amministrare gli altrui affari a prescindere da un mandato o, eventualmente, esorbitando dai limiti di un mandato esistente¹⁰.

2. D. 47, 2, 43, 1 (*Ulp. 41 ad Sab.*) e la *distinctio di Nerazio come alternativa in materia di buona e di mala fede*.

Consideriamo, dunque, il prosieguo del medesimo titolo 47, 2 *De furtis*:

D. 47, 2, 43, 1 (*Ulp. 41 ad Sab.*): «*Falsus procurator furtum quidem facere videtur. sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctioe vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. quod si ita det debitor, ut nummi*

quell'accipiente. L'errore del tradente impediva che la *traditio* fosse in grado di produrre l'effetto del trasferimento della proprietà». Sul punto si consideri anche F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 4. L'Autore intende la locuzione come idonea ad indicare non tanto chi, attraverso l'artificio della finzione, addivenisse al risultato di trarre altri (nello specifico il *solvens*) in inganno, ma chi semplicemente fosse consapevole di non essere titolare della pretesa. La condotta del soggetto può dunque essere attiva, ma anche passiva, di semplice reticenza; comunque, in entrambi i casi, volta a trarre altri in inganno. Per ciò che concerne gli effetti di dolo e buona fede dell'*accipiens* sulla *traditio* si consideri quanto messo in luce da P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 148 ss. L'Autore prende posizione sul punto dichiarando che non vi sono dubbi su quanto dicono le fonti (lo studioso richiama D. 47, 2, 21, 1; D. 47, 2, 52, 11; D. 47, 2, 52, 22). Nel caso in cui, infatti, Tizio accetti un pagamento nella consapevolezza che nulla, o meno di quanto gli viene consegnato, gli sia dovuto, inganna la controparte. Ne consegue che il presunto creditore è tenuto a comunicare la verità al presunto debitore. Ne discende che «è allora pienamente giustificato si dica che il *falsus creditor* commette furto». La massima, precisa il Voci, incontestata in epoca ulpiana, è però risalente a Sabino. Il problema che si pone è quello dell'accordo sulla causa. La *traditio* necessita della sussistenza di una *iusta causa traditionis*, quale indizio esteriore della volontà delle parti di trasferire la proprietà. Nel caso di una *solutio indebiti* ci si chiede se sia necessario, perché la proprietà passi, che l'*accipiens* ignori che il pagamento non sia dovuto (ciò, dando per scontato che il *tradens* lo ignori, altrimenti non pagherebbe); nel caso in cui anche chi riceve fosse in errore, individuando un accordo su una così detta *iusta causa* putativa, si potrebbe essere indotti a supporre un passaggio di proprietà in forza di essa. L'Autore tuttavia esclude una tale possibilità, in primo luogo perché l'accordo non tramuterebbe la giusta causa da putativa in effettiva e, in secondo luogo, in considerazione del fatto che non è richiesto un accordo sulla giusta causa putativa, bensì su quella effettiva, ai fini del trapasso della proprietà.

¹⁰ In tal senso si consideri P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 150.

procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo».

Tr.: «Il falso procuratore, certamente, sembra commettere furto. Ma Nerazio dice che bisogna stabilire se questo punto di vista sia vero con una distinzione, così, se il debitore gli abbia consegnato il denaro con quest'intenzione, cioè affinché esso pervenisse al creditore e invece il procuratore se ne appropri, è vero: e infatti il denaro rimane in proprietà del debitore, dal momento che il procuratore non lo ha preso in nome di colui del quale il debitore vuole che diventi, ed essendosene appropriato contro il volere del proprietario, senza dubbio commette furto. Che se il debitore abbia consegnato il denaro così che diventi del procuratore, allora (Nerazio) dice che in nessun modo commette furto, poiché prende il denaro secondo il volere del proprietario».

Si ritiene che il periodo iniziale del frammento sia da attribuire a Sabino, così come la proposizione con cui si apre il titolo stesso¹¹. Ulpiano, che pure non commenta in alcun modo l'*incipit*, interviene invece a precisare la portata della previsione generale nel paragrafo che segue, richiamando la celebre *distinctio* di Nerazio. Dal momento che sia il *principium* che l'esordio del primo paragrafo, come si è detto, sono da considerarsi di paternità di Sabino, è assai probabile che la chiave interpretativa impiegata dall'antico giureconsulto per leggere i comportamenti delle due figure giuridiche (nell'ordine: *creditor* e *procurator*) fosse la medesima¹². Egli avrebbe inteso entrambi i soggetti come simulatori¹³

¹¹ F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, cit., p. 79.

¹² Presupposto di tale osservazione è la genuinità dell'inciso «*hoc est, qui se simulat creditorem*». Esso, come si è già detto, viene difeso come genuino da F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, cit., p. 79.

¹³ Il *principium* del passo considerato rappresenta l'unico caso in cui, nelle fonti, è attestato l'utilizzo dell'espressione *falsus creditor*. Vi leggiamo una definizione, che si ritiene ad oggi essere genuina, di colui che si sarebbe definito, sulla base dell'insegnamento di Sabino, un falso creditore. Il fatto che tale soggetto sia un simulatore si può leggere genericamente in connessione ad ipotesi di falsa rappresentazione della realtà; non risulta, tuttavia, chiara la base su cui tale alterazione si fonda. La simulazione può, d'altra parte, avere ad oggetto il titolo per il quale il soggetto appare legittimato a ricevere, o la sua stessa identità. Posto che le ipotesi di indebito oggettivo, pur previste dalle fonti giuridiche, non sembrano comprese nella definizione (in tal senso si legga anche J.A.C. THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 411. Scrive infatti l'Autore: «By the language of 43, 1, thug, in the case of F.P., there is clearly envisaged a genuine debt by *debitor* to *creditor*, a debt intended to be discharged via F.P.»), si può sostenere con una certa sicurezza che il *falsus creditor* fosse quel soggetto che, simulando la propria identità, desse l'apparenza di essere il creditore. Il *falsus procurator* sarebbe stato, in parallelo, colui che dava

che, in quanto tali, avrebbero posto in essere un inganno, con la conseguenza di commettere un furto. L'alternativa attribuita a Nerazio, che è poi l'alternativa tra la mala e la buona fede, prospettata nel § 1 (per la quale o il procuratore vuole indebitamente far propri i *nummi* oppure ha stabilito, in accordo col debitore, che essi diventino suoi) sembra invece, più precisamente, reggersi sulla lettura di *falsus procurator* come gestore di negozi; sulla base di tale impiego dell'espressione sarebbe possibile la distinzione prospettata da Nerazio e, in seguito, ripresa e ribadita da Ulpiano¹⁴. Se si ritiene che il passo sia da leggersi in quest'ordine di idee si è indotti ad ammettere che l'espressione *falsus procurator* avesse assunto una portata polisemica già all'interno dell'età classica, tra il I e il II secolo d.C.

Questa lettura è condivisa, tra gli altri, da DONATUTII¹⁵, il quale tiene a precisare che la *distinctio* assume davvero significato soltanto nell'ipotesi in cui per *falsus procurator* non si intenda riferirsi al simulatore, perché, in tal caso, non si potrebbe esulare dall'ipotesi di furto. Tuttavia, da tale punto di partenza, lo studioso addivene senza esitazione alla conclusione per cui l'aggettivo *falsus* è interpolato e, di conseguenza, il suo inserimento dà vita alla concezione di *falsus procurator* come *species* entro il più ampio genere procuratorio.

Da un differente punto di vista è necessario tenere presente il fatto che, allo stato attuale degli studi su tali problematiche, non si ritiene provato che i compilatori abbiano imprescindibilmente alterato tutti i luoghi con *verus* e *falsus*¹⁶.

l'apparenza di essere procuratore. Diversamente da quanto rilevato a proposito della locuzione *falsus creditor* è necessario sottolineare il fatto che per ciò che concerne questa seconda figura giuridica nelle fonti si sarebbe avuto riguardo non solo a colui che si fingesse legittimato a ricevere un credito simulando la propria identità, ma anche a chi simulasse una legittimazione. In definitiva, comunque, entrambi i soggetti sarebbero stati ugualmente consapevoli del fatto che nulla fosse a loro dovuto.

¹⁴ Per la sottile, ma illuminante distinzione tra il *falsus procurator* come simulatore e il *falsus procurator* come gestore di negozi si veda P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 150.

¹⁵ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p.148.

¹⁶ Si veda, in tal senso, A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 315 ss. L'Autore tiene a precisare che, pur tenendo presente la sottile indagine condotta su alcuni passi della compilazione giustiniana da S. SOLAZZI (*La definizione del procuratore*, cit., p. 560, nt. 11), tuttavia, appare difficilmente dimostrabile con certezza che tale intervento compilatorio abbia avuto luogo sempre e senza eccezione

Al contrario, si ammette piuttosto diffusamente la supposizione di impiego della locuzione ad indicare il legittimato apparente a gestire affari per conto del *dominus*.

La dottrina non sembra, invece, porre particolari interrogativi sulla possibilità di riconsiderare le fonti come riferite al soggetto non mandatario, a prescindere da interpolazioni di sorta.

Ad oggi, di regola, non si mette in dubbio il fatto che nella *praepositio* di un *procurator omnium bonorum* i classici individuassero la conclusione, a monte, di un contratto di mandato generale *ad res administrandas*¹⁷.

Di certo ed inconfutabile c'è che il mandato, quale contratto da applicarsi a regolamentazione dei rapporti tra *dominus* e *procurator*, è il frutto di un'evoluzione, che si attua per un'esigenza di adeguamento degli schemi giuridici, che reggono tali rapporti, ai cambiamenti intervenuti a livello socio-economico e che conducono all'emersione e al successivo imporsi di tale contratto consensuale, che avrebbe, per impiegare le eloquenti parole del GUARINO, «progressivamente sottratto alla sfera della *negotiorum gestio* l'ipotesi di *procurator praepositus omnium rerum*, trasferendola alla sfera di applicazione del *mandatum*»¹⁸.

Se anche si accoglie la tesi per cui, in età classica, il procuratore sarebbe stato un mandatario, è tuttavia necessario prendere atto del fatto che da tale presupposto non discende in maniera diretta ed automatica la conclusione per cui gli stessi classici, trattando nelle fonti di avvenimenti accaduti ad un *falsus procurator*, intendessero, in tutti i casi, richiamarsi ad un procuratore senza mandato.

Seppure tale tesi non sia immediatamente sostenibile, non appare nemmeno, tuttavia, a priori accantonabile.

¹⁷ Si consideri in tal senso quanto sostenuto da O. PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., p. 410 e, in particolare, nt. 34. Lo studioso, dopo aver dichiarato «definitivamente superata» la tesi in forza della quale il procuratore avrebbe tratto, per tutta l'età classica, i propri poteri da un atto unilaterale del *dominus*, con l'ulteriore conseguenza che i rapporti tra i due sarebbero stati regolati esclusivamente con ricorso all'*actio negotiorum gestorum*, enumera le fonti, che, come egli dice, «attestano, a favore o contro il *procurator omnium bonorum*, l'applicazione dell'*actio mandati*». Tali fonti sarebbero, a suo parere, «irrefutabili». Si tratta di: D. 2, 13, 9 pr. (Paul. 3 *ad ed.*); D. 17, 1, 6, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*) e D. 17, 1, 6, 6 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17, 1, 12, 7 (Ulp. 31 *ad ed.*).

¹⁸ In particolare, su tale procedimento evolutivo, si veda A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 192 ss.

Ma torniamo a riflettere sul passo in esame.

Prima di avvicinarci alla figura di procuratore che in esso incontriamo, è opportuno sottolineare come in tale contesto si sollevino interessanti questioni circa la rappresentanza, in particolare con riguardo all'ipotesi di un pagamento a favore di un procuratore.

La questione relativa all'interpretazione delle due distinte fattispecie presentate da Nerazio nel contesto del passo si risolve, sulla base del suggerimento del FLUME¹⁹, in seguito al confronto condotto con il testo di Giuliano contenuto in D. 46, 3, 34, 3:

D. 46, 3, 34, 3 (Iul. 54 dig.): «*Si Titium omnibus negotiis meis preposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem praeponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*».

¹⁹ Si veda in tal senso W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 90. Lo studioso cita D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), ma si tratta, precisamente, del successivo § 1. Così, C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 355, nt. 72. La soluzione proposta ha ad oggetto un caso di delegazione di pagamento. Sul punto si consideri anche l'interrogativo sollevato da B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 88. Soffermandosi ad indagare la fonte, infatti, l'Autore avanza l'ipotesi di un caso di procura *in rem suam* per ciò che attiene alla seconda figura di procuratore descritta nel passo; questa considerazione determina l'esigenza di interrogarsi sulla differenza sostanziale intercorrente tra colui che, simulando di essere procuratore del creditore ed essendo dunque in dolo, ottiene la consegna di denaro da un debitore e colui che, simulando di essere creditore, prenda il denaro consegnato dal debitore. Il primo, infatti, non si ritiene commettere furto; furto che, al contrario, viene addebitato al secondo. Sulla base di tali riflessioni l'Autore, dunque, si chiede: «Come deve spiegarsi questa diversa considerazione delle ipotesi del *falsus procurator* e del *falsus creditor*, nel senso di una maggiore larghezza nei confronti del primo che, pur in dolo, può salvarsi talvolta dall'essere *fur?*». Si consideri sul punto P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 148 ss. Nell'avanzare un'ipotesi utile alla soluzione di tale questione l'Autore muove dal presupposto che siano le stesse fonti a palesare il fatto che un *falsus procurator* in quanto tale non commetta sempre e necessariamente furto. Dichiara, conseguentemente, lo studioso: «Chi riceve per altri può ben ricevere per il vantaggio di quest'altri». Egli mette, successivamente, in luce la diversità della posizione del *falsus creditor*; non si sofferma nemmeno - ritenendolo evidentemente superfluo - a considerare la condotta di colui che, attivamente, ponga in essere artifici e raggiri e tenga, dunque, comportamenti idonei a trarre altri in inganno; viene menzionata, invece, l'ipotesi limite di colui che accetti un pagamento pur nella consapevolezza del fatto che il debitore non gli debba nulla. Anche in un caso del genere, tuttavia, conclude l'Autore, si ravvisa un comportamento ingannevole addebitabile al creditore: costui, nella consapevolezza di non aver diritto al pagamento, ha l'obbligo di comunicare la verità a chi si attivi per effettuare il pagamento stesso, in caso contrario si ha, comunque, un inganno. Riguardo al passo contenuto in D. 47, 2, 43, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*), concernente la figura del *falsus procurator*, il Voci opera una distinzione ritenendo che Sabino intendesse costui, come aveva precedentemente inteso il *falsus creditor*, ossia come un simulatore, ma che la posizione neraziana, approvata da Ulpiano, si regga necessariamente sulla base della lettura di *falsus procurator* come *negotiorum gestor*.

Tr.: «Qualora io abbia preposto Tizio alla gestione di tutti i miei affari e, in seguito, non avendo informato i debitori, gli abbia vietato l'amministrazione degli stessi, i debitori, pagando a lui, saranno liberati: infatti colui che prepone qualcuno alla gestione di tutti i suoi affari, si considera anche aver conferito mandato ai debitori, affinché adempiano a favore del procuratore».

Giuliano parla di un mandato conferito ai debitori; infatti, esplicita il giureconsulto, «*is, quis omnibus negotiis suis aliquem praeponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*». Tutto ciò ha come effetto il fatto che i debitori, nel caso di specie, saranno liberati semplicemente una volta effettuato il pagamento a favore del *procurator*. Il delegato, infatti, si libera pagando al delegatario; non rileva a tal fine, o meglio non è determinante, il fatto che il *procurator* acquisti al creditore la proprietà dei mezzi di pagamento.

La medesima situazione sembra quella prospettata nel § 1 di D. 47, 2, 43(Ulp. 41 *ad Sab.*). In questo caso, ugualmente, sulla base del suggerimento del FLUME, appare assai probabile che si trattasse di un'ipotesi di delegazione di pagamento²⁰.

Un dato rimane invariato in D. 47, 2, 43, 1(Ulp. 41 *ad Sab.*): ciò che si verifica è semplicemente l'acquisto del possesso, non della proprietà. Anche in questa ipotesi il debitore-delegato si libera mediante pagamento al procuratore-delegatario e non rileva il fatto che questi non divenga proprietario dei *nummi*.

Il brano da cui siamo partiti è stato oggetto di approfondite indagini, spunto per molteplici, interessanti, riflessioni, che non sempre hanno condotto ad una conclusione condivisa.

E' indubbiamente utile dar conto dei maggiori risultati raggiunti dalla dottrina che ha approfondito con estrema attenzione la problematica e, nel far ciò, cercare di individuare i diversi orientamenti degli studiosi che con tale passo e soprattutto con la figura del *falsus procurator* si sono confrontati, al fine di tracciare i contorni della figura *de qua* e allo scopo di chiarire se costui sia da intendersi, necessariamente, come un simulatore.

²⁰ In tale prospettiva si consideri, inoltre, F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 293, nt. 29. Lo studioso riprende e ribadisce il valore della lettura proposta dal Flume, definendo la soluzione come «convincente e assai probabile».

Alcuni rappresentanti della dottrina hanno considerato il frammento interpolato²¹ proprio in relazione alla figura del procuratore che ivi compare; in particolare risulta capillarmente diffusa la concezione in forza della quale la figura del falso procuratore costituirebbe un'aggiunta attuata dai compilatori ogniqualvolta, con tale terminologia, essi avessero voluto indicare il gestore spontaneo di negozi altrui²². Un rilevante contributo in tale direzione è indubbiamente quello di ANGELINI²³. In tal senso si esprime l'Autore con riferimento alla fonte: «In essa, a nostro avviso, l'aggettivo “*falsus*” non è genuino»²⁴. E continua alcune righe più sotto: «A nostro avviso, dalla lettura completa del testo discende in modo certo che i giuristi classici trattavano il caso di un *procurator*»²⁵. Tale soluzione viene argomentata sulla base del fatto che, successivamente, nel contesto del passo, più volte il giurista si riferisce all'accipiente denominandolo, tuttavia, semplicemente *procurator* e non, specificamente, *falsus procurator*. L'Autore, ancorandosi saldamente ad un principio risalente ai *veteres*²⁶ in virtù del quale un procuratore che, senza mandato, prenda del denaro dovuto al *dominus* è un *falsus procurator* che, come tale, commette furto (in tutto e per tutto equiparato al *falsus creditor*), interpreta la *distinctio* neraziana come un'innovazione volta a mitigare tale risalente principio giuridico, permettendo di distinguere, in taluni casi, la posizione del procuratore da quella del *falsus creditor*, pervenendo così ad escludere, in tal caso, la commissione del *furtum*.

²¹ Condividono tale concezione: G. VON BESELER, *Beiträge*, cit., p. 60; F. HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 13 ss.; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 148.

²² G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 135 ss.; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 225; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327.

²³ *Contra* A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 326. In relazione al frammento l'Autore dichiara la propria posizione, opposta a quella dell'Angelini, schierandosi a sostegno della genuinità del passo nel modo e per le motivazioni seguenti: «Riterrei genuina la qualifica di *falsus procurator*, usata a indicare, non diversamente dalla menzione del *falsus creditor* nel precedente pr. del frammento, chi si spaccia per procuratore amministratore, il quale, ricevendo un pagamento da un debitore del *dominus*, in linea di principio commette furto; Nerazio si sarebbe limitato a dire che ciò avviene se il debitore, com'è normale, gli consegna materialmente i *nummi* con l'intenzione di farne acquistare la proprietà al *dominus*, ma non invece se l'intenzione del debitore fosse quella di trasferire la proprietà dei medesimi all'accipiente».

²⁴ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 214.

²⁵ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 215.

²⁶ Si tratta della regola desumibile da D. 13, 1, 18 (Scaev. 4 *quaest.*): «*Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera conditione altera tollitur*».

L'ANGELINI, sulle base di tali argomentazioni, rigetta con decisione la posizione del MEDICUS, secondo il quale, indubbiamente, il testo sarebbe genuino e, in particolare, la *distinctio* di Nerazio sarebbe da leggersi come volta a circoscrivere la considerazione del *falsus procurator* come ladro²⁷ solo al caso in cui il *tradens* volesse trasferire i *nummi* al *dominus negotii*²⁸.

Una posizione molto interessante, anche in virtù della particolarità della lettura suggerita, è quella assunta dall'ALBANESE²⁹, il quale interpreta il *falsus procurator*

²⁷ Sul limite fissato dalla *distinctio* neraziana si sofferma a riflettere, tra gli altri, J.A.C. THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 410. Ma sentiamolo direttamente dall'Autore richiamato: «In respect of the latter, Neratius raised a distinction – it depends whether the debtor handed over the money to F.P. for him to pass on to the creditor: in such case, if F.P. appropriate the money, the proposition is true: if, on the other hand, the debtor handed over the money intending ownership therein to pass to F.P., then there would be no *furtum* because the F.P. received the coins with the consent of their *dominus*». E', invece, senza dubbio, da rigettare l'interpretazione sul punto proposta da F. KLINCK, *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischen römischen Recht*, Berlin, 2004, p. 231. L'Autore infatti conduce l'indagine muovendo da una prospettiva errata, ritenendo che si potesse parlare di *falsus procurator* solo nell'ipotesi in cui il *procurator* fosse un *fur*. Individua e circoscrive l'esatta portata della svista del Klinck, F. BRIGUGLIO, *D. 3.5.23 (24) (Paul. 24 ad ed.) e l'«ea ipsa pecunia»*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, p. 495 ss. A tal proposito scrive lo studioso: «In sostanza l'errore del Klinck sta nel ritenere che *falsus procurator*, nella fonte in esame, sia considerato unicamente colui il quale commetta furto, mentre le cose non stanno affatto così, nè la fonte citata afferma ciò. Nel passo, infatti, Nerazio - tout court - vuole distinguere l'ipotesi in cui il *falsus procurator* commetta furto e quella in cui non lo commetta». L'Autore richiama di seguito le principali posizioni in tal senso della dottrina sul punto: B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 86 ss., il quale ribadisce la sottile, ma determinante differenza intercorrente tra un *accipere nummos* da parte di un *falsus procurator*, che è un *contractare invito domino* e, conseguentemente, *furtum*, e il caso in cui il procuratore, facendo propri i *nummi* non fa che realizzare le aspettative del *tradens*. E. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali*, cit., p. 266; S. PEROZZI, *Della tradizione. Suo concetto e sua natura giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 1948, p. 71 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 368; J.A.C. THOMAS, *A note on "falsus procurator"*, cit., p. 409 ss.; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², cit., p. 162 s.; D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 217 ss.

²⁸ Il passo, che disciplina un'ipotesi di pagamento effettuata da un debitore ad un procuratore del creditore, pone un problema in ordine al trasferimento della proprietà. Sul punto risulta particolarmente utile considerare quanto rilevato da W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 90 ss. Lo studioso evidenzia il fatto che è necessario mantenere distinto l'elemento della liberazione del debitore da quello del trasferimento al creditore dei mezzi di pagamento. La riflessione fornisce lo spunto per mettere in luce la regola, prettamente romana, in forza della quale il *procurator* era privo dei poteri di rappresentanza. Si legga sul punto C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 355. Così si esprime a tal proposito il Cannata, richiamando proprio il passo contenuto in D. 47, 2, 43, 1: «Anche se il *procurator* è talora nelle fonti presentato come un semplice fattorino, qui non può verificarsi un acquisto della proprietà *per procuratorem*, ma solo un acquisto del possesso: la soluzione meraviglia i moderni, abituati a concepire il sistema della rappresentanza diretta come "la regola"». Facendo un passo indietro e tornando a considerare l'argomento del Flume, va ribadito il fatto che, a parere dell'Autore, è necessario prendere le mosse dal *mandatum*, come contratto con cui si attua il conferimento di un incarico al debitore-delegato, non al procuratore-delegatario. A tal proposito egli richiama il passo contenuto in D. 46, 3, 34, 3 (Iul. 54 dig.).

²⁹ B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 86 ss. A proposito del passo considerato lo studioso precisa quanto segue: «Nel primo caso, l'*accipere nummos* da

del passo come un soggetto simulatore, ma, precisamente, come simulatore della qualifica di *procurator in rem suam*. In tal modo, chi si fosse attivato per effettuare il pagamento, pur risultando ingannato dal contegno simulatorio del procuratore, avrebbe inteso trasferire le monete proprio a quest'ultimo. Tale volontà in ordine al trasferimento e la conseguente coincidenza degli intenti tra debitore e procuratore - benchè fondata sulla menzogna - avrebbero determinato il trasferimento del danaro oggetto del pagamento, con conseguente esclusione del *furtum*.

Su altro versante, la genuinità del frammento è sostenuta dal VOCI, il quale, una volta dato per acquisito che Sabino intendesse il *falsus procurator* come precedentemente aveva inteso il *falsus creditor*, cioè come un simulatore, precisa che soltanto intendendo tale soggetto come colui che in generale non è procuratore e cioè come gestore di negozi, assume un senso compiuto la *distinctio* successivamente riportata da Ulpiano.

Se, dunque, si ritiene condivisibile la lettura proposta sulla base del suggerimento del FLUME, secondo la quale il passo potrebbe essere riferito ad un'ipotesi di delegazione, *a fortiori* assume significato la distinzione tra la mala e la buona fede del procuratore messa in luce dal VOCI, a parere del quale il dettato del passo condurrebbe a tracciare due strade interpretative: la prima legata ad una figura di *falsus procurator* quale simulatore, quindi quale soggetto che, essendo in dolo, «*furtum facit*»; la seconda, quella che porta ad intendere, per usare le parole dello studioso, «[...] il *falsus procurator* in genere come colui che non è *procurator*, cioè come il gestore di negozi [...]» e proprio questa sarebbe l'interpretazione idonea a giustificare «[...] la distinzione esposta da Nerazio e approvata da Ulpiano»³⁰.

Da tale prospettiva sembra difficile considerare tale procuratore alla stregua di un simulatore: egli infatti, essendo il soggetto delegatario e quindi, legittimamente, il destinatario del pagamento da attuarsi da parte del debitore-delegato, non avrebbe avuto nessun particolare interesse ad agire dolosamente, in

parte del falso procuratore è nettamente *contractatio invito domino*, e quindi *furtum*. Non così nel secondo caso ove, seppur ingannato, il pagante intende proprio che il falso procuratore faccia sue le monete».

³⁰ P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 150.

quanto non avrebbe ottenuto nulla di più di quanto legittimamente già gli spettasse.

3. *D. 12, 4, 14 (Paul. 3 ad Sab.) e l'importanza della sua collocazione palinogenetica al fine di ricostruire la figura del falsus procurator nei suoi tratti caratteristici.*

Giunti a questo punto dell'indagine, dopo aver considerato i frammenti nei quali il *falsus procurator* appare un soggetto simulatore e che sembrerebbero testimoniare un impiego di tale terminologia già per l'età classica, si è rilevata, d'altra parte, l'esistenza di passi - in particolare con riferimento a C.I. 2, 12, 24³¹ - che sono prova del ricorso alla medesima espressione in un differente significato per l'età successiva.

Ci si propone, dunque, di riflettere più a lungo sulla possibilità di riconoscere una diversa sfumatura di significato alla terminologia *falsus procurator*, proprio con riferimento alla precedente età classica.

In questa prospettiva ci accingiamo a richiamare tutti quei passi nei quali ricorrono le espressioni *verus* e *falsus procurator* ad indicare, rispettivamente, il soggetto munito di mandato e colui che, invece, appariva privo della qualifica di mandatario.

Un frammento di particolare interesse in tale prospettiva d'indagine è il passo contenuto in D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*), testo alquanto complesso, oggetto di approfondite riflessioni che hanno condotto a letture talora differenti.

In esso compare per ben due volte l'attributo *falsus* a specificare il termine *procurator*. Ma caliamoci a considerare da vicino il suo tenore:

D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*): «*Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi*

³¹ Per quanto concerne l'analisi comparatistica condotta tra C.Th. 2, 12, 3 e C.I. 2, 12, 24 si veda, *supra*, cap. VI, § 2.

debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitione non intercedente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse».

Tr.: «Se si paghi un indebito ad un falso procuratore, così certamente non si può ripetere dal procuratore, qualora il *dominus* abbia ratificato, ma è tenuto lo stesso *dominus*, come scrive Giuliano. Che se il *dominus* non abbia ratificato, sebbene sia stato pagato del denaro dovuto, si ripete dallo stesso procuratore: infatti non si ripete come un indebito, ma quasi come a causa di una prestazione a cui non abbia fatto seguito la controprestazione, non essendo intervenuta la ratifica: o che avendo il *falsus procurator* commesso un furto di denaro, nei suoi confronti si può agire non soltanto per furto, ma contro di lui si può anche esperire la *condictio (furtiva)*».

Secondo l'orientamento tradizionale il passo rappresenterebbe la limpida espressione del pensiero giustiniano³², in base al quale un soggetto che si fosse offerto spontaneamente ad amministrare gli affari altrui si sarebbe definito *falsus procurator*. In questa prospettiva l'attributo *falso* alla prima riga, così come il *falsus* che ricorre nel periodo conclusivo sono stati letti come aggiunte dei compilatori. Secondo il DONATUTI³³ non vi sarebbero dubbi sul fatto che il testo trattasse, in origine, di un'ipotesi di gestione di affari altrui e non di un caso di

³² In tal senso si veda: G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 141, nt. 1, il quale giudica il testo genericamente interpolato; S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, cit., p. 86. L'Autore rileva puntualmente «l'impurità della chiusa» relativa al furto del *falsus procurator*, nonchè quella dell'attributo *falso*, ribadendo come sia noto chi fosse l'accipiente che i commissari di Giustiniano avrebbero qualificato come *falsus*; F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., p. 153. L'Autore avanza l'ipotesi in forza della quale il «*falso*» dell'inizio sarebbe da leggersi come un avverbio, aggiunto da un annotatore postclassico, con il significato di *perperam, per errorem* e da riferirsi a «*indebitum solutum sit*»; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., pp. 234 s. Lo studioso dopo aver sottolineato il fatto che l'espressione «*procuratori falso*», nel principio del testo, rappresenta un *unicum* nelle fonti e appare, come tale, sospetta, sostiene che Paolo si riferisse ad un procuratore-gestore, da intendersi, nella sua particolare prospettiva, come figura socio-economica. In questo modo egli conclude la propria analisi ribadendo la complessiva genuinità del passo, considerando frutto di alterazione solo la qualifica di *falsus* riferita a *procurator*; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., pp. 143 s., analizza il frammento inserendolo in quel gruppo di testi che, mostrando il mandato come elemento essenziale della procura, risultano ai suoi occhi «assai sospetti»; A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 315, ritiene che, nel caso considerato, la qualifica di *falsus* attribuita al *procurator* sia di natura compilatoria; R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., pp. 215 s., richiama il passo - tra gli altri - quale testimonianza dell'impiego dell'espressione da parte dei giuristi giustiniani, usata con intento privativo, al fine di indicare il gestore senza mandato.

³³ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 144.

simulazione; ciò sarebbe provato, *in primis*, dal linguaggio impiegato: si parla infatti di un *dominus* e di un *procurator*; d'altra parte, anche da un punto di vista sostanziale, è innegabile il fatto che in diritto classico e bizantino fosse necessaria la ratifica del *dominus* affinché lo stesso fosse legittimato passivo alla *condictio indebiti* nell'ipotesi d'indebito pagato ad un semplice *negotiorum gestor*.

Lo studioso ritiene inoltre che l'intera frase a partire dal «*quod si*» rappresenti una glossa, sia per l'inutilità del contenuto, sia per il carattere sospetto dell'espressione impiegata. Ciò confermerebbe che Paolo trattasse di un *procurator voluntarius*, quindi di una specie di procuratore, che in epoca classica non si sarebbe ancora, a suo parere, definito *falsus*.

La critica dell'Autore è incentrata sulla considerazione del fatto che all'interno di uno stesso frammento, a distanza di poche righe, si parla di un soggetto definendolo dapprima *falsus*, poi semplicemente *procurator* per ben due volte ed ancora, in chiusura, *falsus procurator*. E' innegabile il fatto che il giurista, dopo aver introdotto la fattispecie descrivendo il caso di un pagamento d'indebito in mano ad un così detto falso procuratore, sostenga che «*a procuratore repeti non potest*» laddove sia intervenuta la ratifica da parte del *dominus* e che invece, qualora il *dominus* non abbia ratificato, anche nel caso di denaro realmente dovuto, «*ab ipso procuratore repetetur*», per richiamare, infine, il *falsus procurator* in chiusura del passo. Proprio in virtù del fatto che, come si è precisato, sarebbe stata impiegata una terminologia differente per indicare il medesimo soggetto all'interno di uno stesso contesto, il DONATUTI è risoluto nel ritenere che i termini *falso* e *falsus* non possano appartenere né a Paolo né al suo glossatore.

Il passo è stato così giudicato interpolato e, precisamente, le aggiunte interesserebbero, come spesso accade, la parte iniziale e quella conclusiva dello stesso.

Sul versante opposto, la più recente dottrina si schiera a favore della genuinità dell'aggettivo *falsus* da accostarsi al termine *procurator*, al fine di indicare un soggetto solo apparentemente legittimato ad agire in qualità di procuratore del vero o presunto creditore.

In particolare la FARGNOLI³⁴, nell'ambito delle proprie ricerche in tema di *indebitum condicere*, sostiene che «proprio credendo alla genuinità dell'aggettivo *falsus*, l'interpretazione del prosieguo del passo risulta meno ostica». Secondo l'Autrice, nel contesto del frammento in questione, la mala fede dell'accipiente giocherebbe un ruolo determinante. Vediamo in che senso. Il nodo problematico sembra rappresentato dall'ipotesi di una *solutio debiti* che non libera il debitore, come si deduce dal fatto che questi avrebbe dovuto agire contro il procuratore per la restituzione di quanto pagato, per poi, presumibilmente, pagare quanto riottenuto in seguito al processo a favore del suo vero creditore.

L'Autrice fa cenno al fatto che la soluzione sarebbe stata la medesima anche nell'ipotesi in cui si fosse trattato di un pagamento effettuato in mano ad un gestore di negozi, qualora ad esso non avesse fatto seguito la ratifica da parte del *dominus negotii*; tuttavia la situazione sembra complicata dal fatto che, successivamente, il giurista precisa che l'accipiente che aveva ricevuto il pagamento si era reso colpevole di furto; la studiosa ritiene, infatti, che la frase finale («*vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse*») sia rivelatrice dello stato psicologico di mala fede dell'*accipiens*. L'Autrice si sofferma inoltre a considerare il fatto che il *solvens* avesse a disposizione la *condictio furtiva*: strumento spettante solo al derubato che fosse proprietario della cosa; ciò a riprova del fatto che il pagamento non aveva determinato il trasferimento della proprietà del denaro. Tutto questo potrebbe spiegarsi, ancora una volta, in forza della rilevata mala fede del procuratore accipiente.

Più cauto appare FINAZZI³⁵, che richiama il frammento paolino riflettendo sulla possibilità riconosciuta al *dominus* di appropriarsi della gestione del *falsus procurator* mediante la ratifica sia nell'ipotesi di riscossione del *debitum*, sia nel caso di un *indebitum*. A tal proposito egli rileva che il *falsus procurator*, il quale

³⁴ I. FARGNOLI, "Alius solvit alius repetit", cit., p. 109 ss. L'Autrice si sofferma nell'analisi del passo nel contesto di una più ampia riflessione dedicata alla posizione del *procurator indebitum accipiens*.

³⁵ G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1, cit., p. 235, nt. 382. Lo studioso sembra escludere che l'aggettivo *falsus* sia da leggere, sulla scia dell'Angelini, come aggiunta compilatoria; ciononostante precisa il fatto che tale esclusione nulla proverebbe in ordine all'irrelevanza del profilo intenzionale per Paolo. La riflessione si inserisce, infatti, nel contesto di una più ampia indagine avente ad oggetto l'impiego dell'*actio negotiorum gestorum* diretta, nel caso della gestione attuata senza la così detta *affectio aliena negotia gerendi*.

si spacci per mandatario senza in realtà esserlo, compie un illecito ai danni del *solvens*, ma, aggiunge, che questi potrebbe anche essere animato dall'intenzione di gestire gli affari del proprio *dominus*. L'Autore non prende espressamente posizione sull'interpretazione da darsi all'espressione, ma sembra non escludere, nel caso di specie, la possibilità di individuare un caso di gestione di affari altrui, benché lasci intendere una maggior propensione a considerare il falso procuratore come un soggetto che simuli una qualifica in realtà non posseduta, una volta esclusa la natura compilatoria dell'attributo.

Dopo aver dato conto dei risultati a cui hanno condotto le diverse indagini della dottrina sul punto, ritengo opportuno indugiare ancora sulla lettera della fonte e condurre una breve riflessione di più ampio respiro, tenendo in considerazione la specifica collocazione del passo a livello palinogenetico.

All'interno della Palingenesia di LENEL D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*) è preceduto dal *principium* e dai §§ 1, 2, 3 di D. 12, 6, 6 (Paul. 3 *ad Sab.*).

Si tratta di fattispecie che descrivono ipotesi di pagamento d'indebitato o di denaro effettivamente dovuto a favore di un generico *procurator*. Nei diversi casi il giurista valuta la rilevanza che può assumere la ratifica del creditore, reale o presunto che sia.

Il “giro di pensiero” di Paolo si chiude con la considerazione delle medesime problematiche qualora muti uno dei fattori: nell'ipotesi in cui il destinatario del pagamento sia il nostro *falsus procurator*. Per comprendere, dunque, chi fosse per Paolo il procuratore denominato *falsus*, può essere davvero utile soffermare l'attenzione sulle fonti che precedono D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*), per tornare a concentrarci su di esso al termine di questa disamina, considerato che tale frammento rappresenta il passaggio più significativo in questa specifica prospettiva d'indagine.

3.1 *Ipotesi di pagamento a favore di un procurator.*

Prendiamo dunque le mosse dal § 1 di D. 12, 6, 6 (Paul. 3 *ad Sab.*):

D. 12, 6, 6, 1 (Paul. 3 *ad Sab.*): «*Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti*».

Tr.: «Ugualmente dice Labeone, che se si sia pagato un indebitum al procuratore e il *dominus* non abbia ratificato (il pagamento), si può ripetere».

Il giurista, nel confrontarsi con la problematica del pagamento d'indebitum al procuratore a cui non abbia fatto seguito la ratifica del *dominus*, si richiama all'insegnamento di Labeone e, sulla base di esso, dichiara laconicamente che si sarebbe riconosciuta la possibilità di agire in ripetizione. La genericità del testo potrebbe indurre a supporre l'esclusione della facoltà di ripetere in seguito alla ratifica del *dominus*, ma una tale soluzione non avrebbe alcun senso, trattandosi dichiaratamente di indebitum. Il frammento è molto stringato, tuttavia non si sollevano dubbi sul fatto che l'intervento o meno della ratifica vada ad incidere esclusivamente sull'individuazione del soggetto nei confronti del quale il presunto debitore potrà agire in ripetizione, senza che mai questa facoltà possa essere esclusa. Il fulcro attorno al quale ruotano le due soluzioni prospettate nel testo è, dunque, rappresentato dalla *ratihabitio* del *dominus*.

Dato il nostro precipuo interesse, ci interroghiamo ulteriormente su chi sia il così detto *procurator*, accipiente nel caso considerato.

Di un procuratore Paolo tratta anche nei due paragrafi seguenti; questo fattore muta, invece, all'interno di D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*), nel quale, come è noto, l'*accipiens* è un così detto *falsus procurator*.

Appare, dunque, proficuo mettere in luce coincidenze e divergenze di disciplina nei diversi casi descritti, al fine di valutare se l'intervento di questa diversa figura giuridica abbia un'incidenza tale da permetterci di focalizzare i caratteri distintivi della stessa.

Sulla base della lettera di D. 12, 6, 6, 1 (Paul. 3 *ad Sab.*) non è possibile dedurre con immediatezza se il giurista trattasse di un mandatario ovvero di un

*negotiorum gestor*³⁶. Peraltro, in vista della risoluzione della fattispecie questa precisazione non avrebbe una particolare importanza, in quanto, in entrambi i casi, affinché la *condictio indebiti* fosse esperibile contro il *dominus negotii*, sarebbe stato necessario che costui avesse ratificato il pagamento ricevuto dal procuratore³⁷; ciò anche nel caso in cui il soggetto in questione fosse mandatario, poiché, trattandosi di un indebitato, costui avrebbe operato necessariamente al di fuori dei limiti dell'incarico ricevuto. Che, nel caso di specie, Paolo si riferisse, seppure implicitamente, ad un mandatario sembra suggerito dal fatto che il § 1 è collocato tra un *principium* ed un § 2 nel contesto dei quali il giurista si richiama espressamente al contratto *de quo*.

Per soddisfare un'esigenza di completezza, procediamo, allora, riprendendo l'*incipit* del frammento, per proporci di riportare successivamente anche il § 2 di esso:

D. 12, 6, 6 pr. (Paul. 3 *ad Sab.*): «*Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti Celsus: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea exspectandum sit, ut ratum habeat*».

Tr.: «Se il tuo procuratore paghi un indebitato e tu non abbia ratificato, Labeone scrisse nei *libri posteriorum* che si può ripetere: che se fosse denaro realmente dovuto non si potrebbe ripetere (scrisse) Celso: così, poiché, avendo uno nominato un procuratore per tutti i propri affari, sembra anche aver conferito mandato affinché paghi al creditore, né in seguito bisogna aspettare che abbia ratificato».

Nel passo Paolo prospetta il caso di un *procurator-solvens* che paghi un indebitato. Il giurista introduce una tematica che sarà approfondita nei paragrafi

³⁶ Nel senso che si trattasse di un mandatario O. BEHREND, *Die Prokurator*, cit., pp. 284 s. *Contra* P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., pp. 244 s., che giustifica il riconoscimento della *condictio* in capo al *dominus negotii* solo in seguito alla ratifica, individuando nel procuratore un generico gestore di negozi altrui.

³⁷ In tal senso si esprime I. FARGNOLI, «*Alius solvit alius repetit*», cit., pp. 106 s.

successivi, relativi a casi di pagamento (dovuto o non dovuto) a favore di procuratori accipienti. L'attenzione è concentrata sulle conseguenze che scaturiscono dalla ratifica di un *dominus* (*Tu*, in questa fonte), e precisamente di una ratifica che appare necessaria o superflua al fine di poter agire in ripetizione, a seconda che il procuratore risulti travalicare o meno i limiti dell'incarico conferitogli.

Richiamandosi all'autorità di Labeone prima e di Celso immediatamente dopo, Paolo sostiene che un procuratore ha la possibilità di agire in ripetizione in prima persona qualora egli abbia pagato un indebito e questo pagamento non sia stato ratificato, diversamente la *condictio* spetterà al *dominus* qualora quest'ultimo abbia provveduto a ratificare il pagamento. Se ne deduce che questa *ratihabitio* si rende necessaria laddove il procuratore, benché *procurator omnium rerum*, esuli dai limiti del proprio mandato, a causa del carattere indebito del pagamento.

Nella prima porzione del testo non si menziona tale contratto, ma esso viene richiamato immediatamente dopo, laddove si esplicita la *ratio* su cui tale soluzione giuridica si fonda. Infatti, con un cambiamento di inquadratura, il giurista descrive il caso di nomina di un *procurator omnium rerum* ed esplicita che, in tale ipotesi, «*id quoque mandare videtur, ut solvat creditor, neque postea exspectandum sit, ut ratum habeat*». Si fa dunque un espresso richiamo ad un contratto di mandato tra *dominus* e *procurator*.

Per concludere ribadiamo il fatto che è chiaro che se oggetto del pagamento sia un indebito, tale consegna non si considera coperta dal contratto.

Questo procuratore non può che essere un mandatario.

Osserviamo ora come l'analisi del § 2 del medesimo passo conduca a conclusioni non dissimili. Riportiamo a tal fine, di seguito, il testo del paragrafo:

D. 12, 6, 6, 2 (Paul. 3 *ad Sab.*): «*Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum*».

Tr.: «Celso dice che colui che paga un debito al procuratore, si libera immediatamente e non si considera la ratifica: che se riceve un indebito, così si esige la ratifica, poiché non sembra in nessun modo che avesse dato mandato ad esigere a questo titolo e così, se (il *dominus*) non abbia ratificato, dovrà ripetere dal procuratore».

Paolo prosegue riportando l'insegnamento di Celso a proposito di un pagamento a favore di un procuratore. Nel caso di *solutio debiti* il *solvens* si sarebbe liberato immediatamente, senza che la ratifica assumesse un ruolo determinante in tal senso. Nel caso di indebito, le conseguenze della mancata ratifica sarebbero state, al contrario, ben diverse, in quanto il soggetto accipiente, quandanche si fosse trattato di un mandatario *omnium rerum*, sarebbe stato incaricato ad incassare tutti i debiti, non certo gli indebiti; ciò è espressamente detto nel passo, al punto in cui il giurista precisa quanto segue: «*Quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur*». Il richiamo al contratto di mandato è esplicito; la conseguenza sarà, in mancanza di una *ratihabitionem*, la necessità per il *solvens* di ripetere direttamente dal *procurator-accipiens*.

Dal nostro punto di vista interessa ribadire la presenza, anche in questo caso, di un procuratore da intendersi come mandatario.

Il § 1 di D. 12, 6, 6 (Paul. 3 *ad Sab.*), come si è anticipato, è dunque ricompreso tra due paragrafi nel contesto dei quali si legge un espresso richiamo al contratto di mandato. Pertanto, la sua collocazione potrebbe essere indizio del fatto che Paolo avrebbe inteso riferirsi ad un accipiente-mandatario anche in tale paragrafo, a partire dal quale ha preso avvio questa riflessione, benché ciò non sia sostenibile sulla base del semplice dettato testuale.

3.2 *Pagamento al falsus procurator.*

Dopo aver trattato e risolto problematiche inerenti a casi di pagamento da parte di un procuratore e a favore di un procuratore per valutare, di volta in volta, l'incidenza che può avere il carattere debito o indebito del pagamento stesso, nonché l'intervento della *ratihabitio* da parte del *dominus*, Paolo ci prospetta un'ipotesi in parte differente: un pagamento in mano ad un *falsus procurator*.

Le variabili su cui abbiamo concentrato l'attenzione nel condurre l'esegesi sui passi che precedono questo frammento non mutano; cambia, invece, il soggetto destinatario del pagamento.

In D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*) è descritto il caso di un pagamento ad un *falsus procurator*, sul presupposto della successiva ratifica del *dominus* e con l'intesa di restituzione nell'ipotesi in cui questa non intervenga. Ciò è desumibile sulla base del fatto che la proprietà si trasferisce all'accipiente e, in carenza di *ratihabitio*, anche qualora si fosse trattato di *debita pecunia*, lo strumento a disposizione del *solvens* è la *condictio ob rem dati res non secuta*, dal momento che, come si esplicita, «*non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitione non intercedente*». A monte di questa soluzione, prospettata in termini molto chiari, sembra dunque risiedere un accordo tra debitore e creditore: il pagamento al *falsus procurator* appare condizionato; nonostante il carattere debito del pagamento, è possibile che il *solvens* agisca in ripetizione ricorrendo a questa particolare tipologia di *condictio*.

Per quanto concerne, invece, l'altro caso affrontato in questa sede, ossia quello di pagamento di indebito successivamente ratificato³⁸, la soluzione non è differente rispetto a quella prevista per il caso speculare di mancata ratifica in seguito al pagamento di un indebito e contenuta in D. 12, 6, 6, 1 (Paul. 3 *ad Sab.*), precedentemente analizzato³⁹. Per tale ipotesi, infatti, il giurista, forte dell'autorità di Giuliano, sostiene che, «*si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a*

³⁸ Il ragionamento si pone a completamento di quanto sostenuto nel contesto di D. 12, 6, 6, 1 (Paul. 3 *ad Sab.*).

³⁹ Per l'analisi di D. 12, 6, 6, 1 (Paul. 3 *ad Sab.*) si veda il precedente § 3.1. In tale frammento è disposta la possibilità di agire nei confronti del procuratore nell'ipotesi di pagamento d'indebito non ratificato.

procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur».

Il *falsus procurator* del passo sembra davvero essere un *negotiorum gestor*.

Alcuni dubbi interpretativi sono stati sollevati a partire dall'incidenza che può avere il periodo conclusivo. In esso il giurista prospetta l'ipotesi in cui il *falsus procurator* commetta furto del denaro, con la conseguenza di riconoscere in tal caso, a tutela del *solvens*, l'*actio furti* e una *condictio*, da leggersi, in tal caso, come *condictio furtiva*.

Si è visto che parte della dottrina vede nella prospettazione del furto, nella frase finale del passo, un'esplicitazione dello stato di mala fede caratteristico del *falsus procurator* simulatore.

Altra parte, secondo l'orientamento dell'interpolazionismo, considera questo soggetto un amministratore generale del patrimonio del *dominus*, ma solo dopo aver rilevato il carattere compilatorio degli attributi «*falso*» e «*falsus*» che compaiono nel testo. In particolare, il DONATUTI sottolinea il fatto che l'attributo, presente in apertura, non sarebbe sempre ripetuto, con la conseguenza che si sarebbe utilizzata una differente terminologia ad indicare il medesimo oggetto.

Ancorandoci saldamente alla lettera del testo e tenendo conto degli indirizzi segnati dal VOCI⁴⁰, ci proponiamo di avanzare alcune considerazioni conclusive sul passo e sui tratti caratteristici del *falsus procurator* che ivi compare.

Quanto alla mancata ripetizione dell'attributo *falsus* a specificare il termine *procurator*, si potrebbe supporre che Paolo dapprima lo sottintendesse, per poi avvertire l'esigenza di ricordare e specificare chi fosse il soggetto in questione mediante l'aggiunta dell'avverbio *ipso*, idoneo a richiamare lo stesso procuratore dell'*incipit* del passo: il *falsus procurator*.

La frase conclusiva potrebbe, è vero, essere letta come esplicitazione dello stato psicologico di mala fede del procuratore-simulatore, ma rimanendo molto aderenti alla traduzione si potrebbe cautamente supporre che essa rappresenti il richiamo ad un caso ulteriore. Vediamo in che senso partendo dal testo. Paolo conclude nel modo seguente: «*vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo*

⁴⁰ P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 149 ss.

non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse». Dopo aver descritto le conseguenze della ratifica, nel caso di pagamento d'indebito in ordine all'esperibilità della *condictio indebiti*, e quelle della mancata ratifica in una particolare ipotesi di corresponsione di denaro realmente dovuto, il giurista precisa che, nel caso in cui il *falsus procurator* commetta furto, esiste - oltre, ovviamente, all'*actio furti* - una tipologia di *condictio* diversa rispetto a quelle precedentemente richiamate, ossia la *condictio furtiva*. L'ipotesi che viene da ultimo prospettata appare come un'eventualità ulteriore rispetto alle precedenti («o che avendo il *falsus procurator* commesso un furto di denaro, nei suoi confronti si può agire non soltanto per furto, ma contro di lui si può anche esperire la *condictio*»).

Se così fosse il *procurator* del passo sarebbe *falsus* anche prima e a prescindere dalla commissione di un *furtum*.

4. *Falsus procurator e condictio indebiti in C.I. 4, 5, 8. La chiave di lettura rappresentata da D. 46, 8, 22 pr. (Iul. 56 dig.)*.

La problematica connessa alla possibilità di esperire la *condictio* nell'ipotesi di corresponsione di un indebito è affrontata nel titolo V della codificazione giustiniana, intitolato, appunto, *De condicione indebiti*. Il breve passo⁴¹ riportato in C.I. 4, 5, 8 risulta di particolare interesse in quanto in esso si prospetta il caso di un pagamento d'indebito eseguito proprio a favore di un *falsus procurator*.

In passato, la dottrina ha richiamato il frammento nel proposito di sottolineare il carattere compilatorio della qualifica di *falsus*, attribuita al procuratore⁴², che in esso compare.

⁴¹ Brevità e stringatezza sono caratteristiche che accomunano tutte le nove costituzioni contenute nel titolo 4, 5 del Codice. Tale caratteristica è messa in evidenza da S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, cit., p. 12. L'Autore, infatti, nel dare avvio alla trattazione concernente questo titolo, sottolinea il fatto che si tratta di una serie di costituzioni «in cui gli imperatori, da Severo a Diocleziano, non dissertano né disputano, ma pongono principi netti e li applicano a casi concreti [...]».

⁴² Si veda, in tal senso, P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., pp. 240 s. Della stessa opinione appare A. BURDESE, *Sul 'procurator'*, cit., p. 315, in particolare, con attenzione rivolta a questa fonte, richiamata in concomitanza con D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*) e, più in generale, p. 327. In questa parte conclusiva della recensione al lavoro di Angelini, il Burdese mostra di condividere

Prima di soffermarci sulla lettera della costituzione, è opportuno ricordare che con i rescritti di Diocleziano siamo, per citare le parole di VINCENZO ARANGIO-RUIZ, «agli ultimi ultimi aneliti del diritto classico»⁴³.

Il passo, se considerato genuino, potrebbe, dunque, aiutarci a gettare luce sulla concezione del falso procuratore, giunta a completa elaborazione al termine dell'epoca classica.

Prendiamo le mosse dalla considerazione del tenore del rescritto:

C.I. 4, 5, 8: «*Creditoris falso procuratori solventi adversus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit*».

Tr.: «A colui che paghi al *falsus procurator* del creditore spetta, contro di lui, la ripetizione dell'indebitato, non la liberazione dall'obbligazione».

Nel frammento si affronta molto brevemente il caso di un pagamento, evidentemente d'indebitato, attuato in mano ad un procuratore definito *falsus*.

Ci interroghiamo, pertanto, sul significato dell'espressione che viene impiegata per designare il soggetto accipiente.

Il DONATUTI, nell'analisi di questo passo, rileva che non si sarebbe potuto trattare che di un soggetto che simulasse la qualifica di procuratore, in quanto, fa notare lo studioso, «se fosse un non mandatario, la *repetitio* si potrebbe far valere soltanto nell'ipotesi in cui il *dominus* non ratificasse»⁴⁴. A sostegno di questa lettura egli si richiama al passo ulpiano escerpito in D. 46, 3, 58 pr., in cui si precisa, sulla base dell'insegnamento di Giuliano, il fatto che la *condictio indebiti* contro il procuratore è esperibile solo nel caso di mancata ratifica del *dominus*.

D'altra parte non si può non notare che se tale soggetto simulasse, molto probabilmente commetterebbe furto. Inoltre, è opportuno far menzione del fatto che si è ritenuto che il testo di cui disponiamo rappresenti il riassunto

con l'Autore la supposizione dell'intervento dei compilatori giustiniani per degradare il *procurator*-spontaneo gestore a *falsus procurator*, ribadendo, invece, la classicità di *falsus* in contrapposizione a *verus* con riferimento a colui che simuli per ingannare la controparte.

⁴³ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 62. Lo studioso utilizza tale espressione richiamando all'attenzione dei lettori un diverso rescritto, quello contenuto in C.I. 4, 35, 9, forse dell'anno 290 d.C. Nel caso di specie facciamo riferimento precisamente ad un rescritto di Diocleziano datato 294 d.C.

⁴⁴ Per ciò che concerne la lettura dell'espressione *falsus procurator* in C.I. 4, 5, 8, si veda G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., pp. 139 s.

dell'originario rescritto, nel quale - si presume - è probabile si trovasse un cenno alla mancata ratifica del *dominus*, come presupposto dell'esperibilità della *condictio*⁴⁵; ciò, in ogni caso, non significa necessariamente che l'attributo *falsus* debba considerarsi un'aggiunta dei compilatori. Nel caso di specie si rileva che il pagamento dell'indebito comporta l'impossibilità per il *solvens* di ottenere la *liberatio* dal vincolo obbligatorio; conseguentemente costui potrà ripetere *quod alii debetur*, per poi, presumibilmente, sdebitarsi nei confronti del reale creditore.

Proprio concentrando l'attenzione sul nodo problematico relativo alla liberazione del *solvens*, si può condurre un parallelo tra il rescritto diocleziano che si sta analizzando, il passo di Paolo precedentemente sottoposto ad esegesi e contenuto in D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*)⁴⁶ e il passo ulpiano contenuto in D. 46, 3, 58 pr. (Ulp. 80 *ad ed.*)⁴⁷. La chiave di lettura comune alle diverse fattispecie, che ci guida nell'interpretazione di tali frammenti, sembrerebbe essere rappresentata dall'insegnamento di Giuliano ricavabile dal passo contenuto in D. 46, 8, 22 pr. (Iul. 56 *dig.*)⁴⁸, sia per il caso di pagamento di denaro realmente dovuto, che per quello di *indebiti solutio*.

Facciamo un piccolo passo indietro e sottolineiamo il fatto che Ulpiano, nel *principium* di D. 46, 3, 58 (Ulp. 80 *ad ed.*), si interroga sulla liberazione dal

⁴⁵ In tal senso si veda F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., p. 256. Lo studioso sostiene infatti che «das scheint nur résumé zu sein. Vermutlich lag es so, daß an einen *negotiorum gestor*, der Ermächtigung behauptet hatte, gezahlt war, der *dominus* aber die Zahlung nicht genehmigt hatte. Da die *solutio* erfolglos geblieben ist, kann kondiziert werden. *Repetitio* „*indebiti*“ kann Diokletian gesagt haben. Nachdem festgestellt ist, daß *liberatio* nicht erfolgt, ist tatsächlich an jemand gezahlt, „*quod alii debetur*“ (D. 12, 6, 65, 9)». Sul punto si sofferma a riflettere P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 240, precisando che non sarebbe stato, comunque, in assoluto necessario che nel testo originario comparisse un riferimento alla mancata *ratihabito*, poiché il rescritto, in quanto decisione su di un caso concreto, non comporta imprescindibilmente l'integrale esposizione degli elementi della fattispecie; infatti è implicito che se si era pervenuti ad una decisione di questo tipo era perché il creditore non aveva ratificato il pagamento, diversamente la contesa non avrebbe avuto motivo di sorgere.

⁴⁶ Per l'analisi del passo, più volte richiamato, si vedano, *supra*, §§ 3- 3.1- 3.2 di questo capitolo.

⁴⁷ Per un'esigenza di completezza riportiamo per intero il passo ulpiano contenuto in D. 46, 3, 58 pr. (Ulp. 80 *ad ed.*): «*Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? et ait Iulianus, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extingui conditionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci conditionem, cum dominus ratum non habuisset*».

⁴⁸ In tal senso si esprime F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., p. 154. In particolare lo studioso dichiara: «Wir müssen annehmen, daß diese oder eine Parallelstelle des Julian es war, auf die sich Paulus in lex 14 bezog» e, precisa che «ist keine Rede vom „*falsus*“ *procurator*».

vincolo obbligatorio nel caso in cui «*quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit*». Il destinatario di questo pagamento è, chiaramente, un gestore di negozi altrui.

In D. 46, 8, 22 pr. (Iul. 56 *dig.*) Giuliano tratta le ipotesi, nell'ordine, di pagamento indebitato e debito, attuate a favore di un generico procuratore. Le soluzioni suggerite dal giureconsulto sono le medesime a cui si rifanno Ulpiano, per il caso del pagamento di un debito ad un così detto *negotiorum gestor*, e Paolo, per il caso del pagamento di un indebitato ad un *falsus procurator*⁴⁹; non dissimile appare, peraltro, la soluzione brevemente prospettata per il caso di indebitato pagato al così detto falso procuratore e riportata nel rescritto diocleziano.

Richiamiamo, dunque, il frammento di Giuliano⁵⁰ che si ritiene essere la fonte comune delle soluzioni riprese da Paolo e da Ulpiano.

D. 46, 8, 22 pr. (Iul. 56 *dig.*): «*Si sine iudice non debitam pecuniam exegerit procurator et dominus ratam solutionem non habuerit, sed eandem pecuniam petere instituerit: fideiussores tenentur et condictio, qua procurator teneretur, si stipulatio interposita non fuisset, peremitur. quotiens enim procuratori pecunia solvitur et dominus eam solutionem ratam non habet, existimo id agi, ut condictio perematur et sola actio ei, qui indebitum solvit, adversus procuratorem ex stipulatu competat. hoc amplius praestant fideiussores impensas, quae in iudicium factae fuissent. quod si dominus ratam habuisset, fideiussores quidem liberantur, sed ab ipso domino eadem pecunia per conductionem peti potest*».

Tr.: «Se il procuratore ha richiesto *sine iudice* del denaro non dovuto e il padrone non ha ratificato pagamento, ma ha preso (cominciato) a chiedere lo stesso denaro: i fideiussori sono tenuti e la *condictio*, con la quale il procuratore era tenuto, se non è intervenuta una stipulazione, viene meno. Infatti, ogni volta

⁴⁹ La centralità dell'insegnamento di Giuliano è messa in luce anche da P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 241.

⁵⁰ Per una miglior comprensione del passo a livello contenutistico si riporta, di seguito, il frammento precedente, contenuto in D. 46, 8, 21 (Ulp. 1 *opin.*): «*Ne satisfatio ratam rem dominum habiturum exigatur in his quae nomine eius ageret, qui eum se fecisse procuratorem libello principi dato professus est, prodest. quod si iudicatum solvi satis ab eo procuratore postuletur, necesse est, ut iuri manifesto pareatur*».

che si paghi al procuratore e il padrone non abbia ratificato quel pagamento, ritengo di fare in modo che la *condictio* venga meno e che a colui che abbia pagato l'indebito spetti contro il procuratore soltanto l'azione che deriva dalla stipulazione. Inoltre i fideiussori garantiscono le spese, che sono state sostenute in giudizio. Che se il principale abbia ratificato, certamente i fideiussori vengono liberati, ma il medesimo denaro può essere preteso mediante *condictio* dallo stesso principale».

Il passo, come si è anticipato, tratta sia l'ipotesi della corresponsione di un debito, che quella del pagamento di un indebito. L'*accipiens* è genericamente denominato *procurator*; ma ciò che risalta è la chiara consapevolezza da parte del *solvens* della carenza di autorizzazione a ricevere in capo a colui che interviene a percepire il pagamento.

Ulpiano, in D. 46, 3, 58 pr. (Ulp. 80 *ad ed.*), trattando il caso di uno spontaneo gestore di negozi altrui che intervenga per ricevere del denaro realmente dovuto, si richiama all'insegnamento giuliano, decretando quanto segue: «*et ait Iulianus, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari*».

Paolo, in D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*), nell'ipotesi di percepimento di un *indebitum*, prende posizione esprimendosi così: «*Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit*».

In sintesi, nell'ordine, Giuliano parla di un generico *procurator*, Ulpiano di un gestore di negozi, Paolo di un *falsus procurator*; di *falsus procurator* si tratta anche nel rescritto diocleziano⁵¹. Le soluzioni giuridiche proposte risultano, tuttavia, coincidenti e, con buone probabilità, furono attinte dal medesimo passo: quello giuliano.

⁵¹ Non sembrano esserci particolari dubbi sul fatto che il rescritto riguardi la figura dello spontaneo gestore. Si consideri, a conferma di ciò, l'indiretta presa di posizione sull'interpretazione di tale soggetto come *negotiorum gestor* da parte di G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1, cit., p. 384, in particolare, nt. 72. Lo studioso, ribadendo la generica inidoneità a liberare il debitore del pagamento attuato - come egli precisa - a favore del *procurator qui se ultro alienis negotiis offert*, richiama proprio il rescritto contenuto in C.I. 4, 5, 8. In tal modo egli risulta leggere la locuzione *falsus procurator* che ricorre nel testo proprio come espressione impiegata per indicare lo spontaneo gestore d'affari.

Sembra, dunque, che in tutti i casi prospettati si tratti di un procuratore gestore.

Pertanto, si può cautamente supporre che la qualifica *falsus*, riferita a *procurator*, potesse essere impiegata, almeno in alcuni casi, per indicare lo spontaneo gestore d'affari altrui, già a partire dall'epoca classica.

Questa terminologia dal carattere fluido, poi, sarebbe stata interessata da un progressivo irrigidimento a partire dall'età epiclassica, epoca alla quale appartiene certamente il rescritto di Diocleziano.

In epoca giustiniana, al termine del processo evolutivo interessante il significato dell'espressione, senza dubbio con essa si sarebbe designato esclusivamente il gestore di affari altrui: l'interventore spontaneo privo di mandato.

CAPITOLO VIII

VERUS PROCURATOR E NON PROCURATOR O NON VERUS PROCURATOR

SOMMARIO: 1. Verus e non verus procurator: ulteriori considerazioni sulla connessione tra il contratto di mandato e la figura giuridica del procuratore. - 2. D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 ad Sab.): un'ipotesi di solutio a favore del così detto non verus procurator e la liberazione del solvens come conseguenza della ratihabitio del creditore. - 2.1 D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 ad Sab.) e la sua collocazione a livello paligenetico. - 3. D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 ad ed.) e gli effetti della ratifica del dominus nell'ipotesi di pagamento a favore di un generico procurator. - 4. Risultanze del confronto tra D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 ad Sab.) e D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 ad ed.). L'intervento del dominus e la ratifica di un pagamento attuato a favore di un soggetto non incaricato. 5. Gli altri passi in cui è attestato l'impiego della terminologia verus e non verus procurator.

1. Verus e non verus procurator: ulteriori considerazioni sulla connessione tra il contratto di mandato e la figura giuridica del procuratore.

Nel proposito di portare a termine l'indagine sul soggetto definito *falsus procurator* e con la consapevolezza delle difficoltà insite nel tentativo di individuazione del nesso eventualmente esistente tra tale figura giuridica e il contratto di mandato, può risultare proficuo, infine, richiamare una serie di fonti, nel contesto delle quali ricorre la terminologia *verus procurator* e *non procurator* o *non verus procurator*, impiegata al fine di sottolineare la contrapposizione tra procuratore fornito e, rispettivamente, non fornito di mandato.

Prima di calarci nell'analisi di ciascun passo, singolarmente preso, è necessario precisare che essi sono stati tradizionalmente considerati testimonianza dell'intervento di adeguamento alla concezione giustiniana di procuratore, in forza della quale - com'è noto - il soggetto che fosse intervenuto a gestire gli altrui

affari a prescindere dalla titolarità di un mandato, se anche fosse stato, in età classica, denominato *procurator*, si sarebbe visto degradare, nella successiva età giustiniana, a *falsus procurator, non procurator* o *non verus procurator*.

Muovendo da tale presupposto, i testi non possono essere letti che come emblemi di una mutata concezione e risultato di un intervento interpolazionistico, volto all'alterazione del loro originario tenore.

Pertanto, questi frammenti ci inducono a riflettere sull'effettiva portata, nonché sulla reale esistenza, dei rimaneggiamenti prospettati, una volta abbandonati gli indirizzi segnati dall'interpolazionismo, con attenzione alla lettera del passo di volta in volta considerato.

Non sembra ragionevole escludere aprioristicamente la possibilità che i testi abbiano subito delle alterazioni, tuttavia ciò che insinua dei dubbi è il rigore della maggior parte della dottrina nel voler individuare una netta linea di demarcazione tra due epoche e due concezioni radicalmente diverse del soggetto procuratore¹.

Prima di procedere all'esegesi dei frammenti, dobbiamo precisare che in nessuno di essi ricorre la terminologia *falsus procurator*, compaiono bensì diverse espressioni con valenza negativa, idonee cioè a negare la qualifica di procuratore in capo ad un soggetto.

Vediamo brevemente in che senso, anticipando i passaggi più significativi delle fonti sulle quali ci si propone di approfondire, in seguito, l'analisi esegetica.

D. 46, 3, 12 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*) si apre con il richiamo ad un *verus procurator* al quale il giureconsulto sembra contrapporre il soggetto menzionato nel contesto del paragrafo 4 del medesimo frammento, laddove interviene a porre un'alternativa nei termini seguenti: «*Sed et si non vero procuratori solvam [...]*».

Al breve *incipit* del *principium* segue immediatamente una precisazione su chi debba considerarsi vero procuratore, nella quale si fa esplicitamente richiamo al contratto di mandato.

¹ Emblematica in tal senso la presa di posizione di P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 245. L'Autore, infatti, chiude il capitolo dedicato all'analisi del concetto giuridico di procuratore con un paragrafo dedicato all'esegesi dei frammenti che seguono: D. 46, 3, 12 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*). In apertura di paragrafo egli anticipa che si tratterà dell'«esame dei testi in cui sono intervenuti i compilatori per adeguarli alla nuova concezione del *procurator*».

In D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*), per l'ipotesi di ripetizione in seguito ad una *solutio*, il giureconsulto propone una distinzione a seconda che il destinatario del pagamento sia un *procurator*, o meglio - si precisa - un *verus procurator*, oppure un *non procurator*, quindi la negazione del procuratore; solo nel primo caso è previsto che si agisca sulla base del mandato. Infine, in un passo tratto dal commento di Ulpiano all'*actio quod iussu* e contenuto in D. 15, 4, 1, 9, si individua un parallelo tra il caso di *iussum* da parte di un curatore e quello di *iussum* proveniente da un procuratore, in relazione al quale, tuttavia, ancora una volta, si sente la necessità di precisare quali siano le conseguenze che derivano sul piano del diritto, a seconda che questi sia vero procuratore, oppure «[...] *verus non sit* [...]».

Questi frammenti ci inducono, dunque, a considerare ancora una volta il ruolo del mandato in rapporto alla figura giuridica del procuratore, mentre, in particolare, il tenore di D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*) introduce un fattore ulteriore di grande importanza in ordine al valore del nesso tra procuratore e contratto di mandato e dell'incidenza che può avere la ratifica del *dominus* sull'operato di un semplice *negotiorum gestor*. Sembra, infatti, che per Ulpiano proprio la *ratihabitio*, e soltanto essa, sia idonea ad attribuire la qualifica di procuratore a quel soggetto che, per il fatto di operare a prescindere da un contratto di mandato, ne è privo².

² In tal senso si veda R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 218. Sul punto può risultare davvero chiarificatrice l'analisi di V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 197 ss. Nell'appendice del suo lavoro, lo studioso affronta i quesiti sollevati dal principio «*ratihabitio mandato comparatur*». A tal proposito richiama le due fonti ulpianee, nelle quali si ritrova la formulazione della regola stessa: D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*) e D. 43, 16, 1, 14 (Ulp. 69 *ad ed.*). L'Autore esclude che si possa trattare di una *fictio* di creazione giurisprudenziale produttiva di una *utilis actio mandati* . Sembra, peraltro, escludere che il termine *mandatum* debba intendersi come impiegato in senso atecnico, col valore di *iussus*. La massima, a suo parere, vuol significare che l'atto giuridico ratificato a posteriori vale come compiuto dal *procurator*. La posizione dell'Autore è ripresa brevemente da A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, cit., p. 190. In tale sede lo studioso, nel far menzione della regola *de qua*, mette in luce le difficoltà che scaturiscono dal tentativo di interpretazione di essa, definendola «misteriosa».

2. D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 ad Sab.): un'ipotesi di solutio a favore del così detto non verus procurator e la liberazione del solvens come conseguenza della ratihabitio del creditore.

Il proposito è, dunque, quello di avviare la riflessione a partire dal frammento più ricco di spunti, ossia il testo contenuto in D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 ad Sab.) e fare, successivamente, un piccolo passo indietro, al fine di valutare, in una visione d'insieme, la collocazione di esso a cominciare dal *principium*, il quale richiamerà la nostra attenzione sulla definizione di *verus procurator* o, genericamente, di procuratore, nell'ipotesi in cui si ritenga condivisibile la tesi avanzata da buona parte della dottrina, in virtù della quale gli attributi «vero» e «verum», contenuti nell'*incipit*, rappresenterebbero delle chiare sovrapposizioni giustinianee³.

Prendiamo, dunque, le mosse dal testo di D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 ad Sab.):

«*Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur*».

Tr.: «Ma anche se io paghi ad un procuratore non vero, d'altra parte il *dominus* abbia ratificato ciò che è stato pagato, avviene la liberazione (scioglimento dal vincolo obbligatorio): la ratifica infatti è equiparata al mandato».

Il passo ci fornisce un importante insegnamento su quella che è, in epoca ulpiana, la concezione del *procurator*, in quanto appare evidente ciò che QUADRATO rileva nelle sue ricerche, inerenti alla definizione di tale figura giuridica, ossia il fatto che «per Ulpiano, dunque, al di fuori dell'alternativa *mandatum-ratihabitio* non può esserci *procurator*; non, comunque, *procurator* in senso tecnico»⁴.

³ In tal senso si considerino, in particolare, i risultati delle indagini condotte da E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 507.

⁴ R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 219. L'Autore ci fornisce, in questa connessione, una chiave di lettura da impiegare nell'analisi di tutte le altre fonti di paternità di Ulpiano, in cui si trova applicato il termine *procurator* riferito all'interventore spontaneo e, quindi anche quando l'indagine abbia ad oggetto quei passi - che a noi particolarmente interessano - in cui il gestore senza mandato è denominato *falsus*, con ricorso ad una terminologia che, precisa l'Autore, «ai più è sembrata estranea a tutto l'ambiente "classico"».

Questa tesi assume una notevole importanza anche nella nostra ottica, in quanto ci permette di individuare una regola fondamentale: quella in forza della quale la qualità procuratoria sarebbe risultata inscindibilmente connessa al contratto di mandato o alla successiva ratifica del *dominus*. La regola si giustifica in pieno all'interno del pensiero del giurista, come una logica conseguenza del principio condensato nel brocardo «*ratihabitio mandato comparatur*» che, prosegue QUADRATO, «anche se giuntoci attraverso il filtro compilatorio, è proprio il giurista severiano a proporci, riprendendolo molto probabilmente da Sabino, in ben tre frammenti (i soli nei quali appaia): D. 43.16.1.14⁵, D. 46.3.12.4, D. 50.17.1.52.2⁶»⁷.

L'ulteriore conseguenza che ne deriva è quella per cui o il *procurator* è tale, da un punto di vista eminentemente tecnico, già nel momento in cui interviene a compiere un affare per conto e nell'interesse di altri, perchè agisce sulla base di un contratto di mandato, concluso a monte con il suo *dominus*⁸, oppure può apparire tale a posteriori, in forza della successiva ratifica del suo operato.

La tesi ora sostenuta è ulteriormente corroborata dalla lettura di un passo particolarmente significativo, contenuto in D. 46, 7, 3, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*)⁹, che si chiude con la riflessione che riportiamo di seguito: «*Et si ratum fuerit habitum, procurator videtur*». Ciò considerato, possiamo mettere un punto fermo alla prima parte di questa riflessione, per porci, successivamente, un importante interrogativo

⁵ D. 43, 16, 1, 14 (Ulp. 69 *ad ed.*): «*Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum sabinum et cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisse interdicoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari*».

⁶ D. 50, 17, 1, 52, 2 (Ulp. 69 *ad ed.*): «*In maleficio ratihabitio mandato comparatur*».

⁷ R. QUADRATO, *D. 3, 3, 1 pr.*, cit., p. 218.

⁸ A testimonianza del fatto che il giurista esprima, per così dire, una certa riluttanza nell'impiegare il termine *procurator* per designare l'interventore spontaneo si richiama l'attenzione sulla terminologia che egli impiega nel testo contenuto in D. 46, 3, 58 pr. (Ulp. 80 *ad ed.*): «*Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? et ait Iulianus, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extinguere conditionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci conditionem, cum dominus ratum non habuisset*». In apertura di tale riflessione Ulpiano evita di ricorrere al termine procuratore, per far uso di un'espressione descrittiva del comportamento di un soggetto che, spontaneamente, si attiva per la gestione degli affari altrui.

⁹ Riportiamo per intero il testo di D. 46, 7, 3, 2 (Ulp. 77 *ad ed.*): «*Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive huius rei tantum mandatum susceperit sive etiam universorum bonorum. sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur*».

sul valore del concetto di *verus procurator* che ricorre, come si è anticipato, in D. 46, 3, 12, pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*) e in D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*).

Secondo il giureconsulto per *procurator* si dovrebbe intendere il soggetto «*cui mandatum est*», sia per un singolo affare, sia per l'intero patrimonio del *dominus*.

La ratifica dell'operato di un semplice gestore determina il prodursi delle medesime conseguenze che, sul piano del diritto, si sarebbero verificate *ab initio*, se ad agire fosse stato un mandatario.

Anche il passo che, in questa sede, maggiormente ci interessa è di paternità di Ulpiano. In questo caso la riflessione è posta a chiusura di un ragionamento che ha ad oggetto le differenti conseguenze giuridiche che scaturiscono a seconda che un pagamento sia o meno effettuato in mano ad un soggetto legittimato a riceverlo.

La ratifica appare, pertanto, in relazione al caso concreto, l'istituto idoneo a garantire la liberazione del debitore che abbia pagato in mano ad un soggetto non incaricato a ricevere il pagamento in questione.

Ora, soffermiamo l'attenzione sulla terminologia impiegata, nel caso specifico, per l'identificazione di tale accipiente; a questo fine sarà utile richiamare l'*incipit* del paragrafo: «*Sed et si non vero procuratori solvam*». L'*accipiens* a favore del quale si suppone che il debitore effettui il pagamento è definito come un *non verus procurator*, con ricorso ad una terminologia negativa della qualità procuratoria in capo a tale soggetto, che si considera equiparabile, a livello di significato, a quella in forza della quale il procuratore sfornito di mandato viene, altrove, definito *falsus*¹⁰.

Date queste premesse, dobbiamo soffermarci a riflettere sulla genuinità della terminologia impiegata, nella consapevolezza che, per richiamare le parole di ANGELINI, «è opinione generale che l'espressione *non verus procurator* non sia genuina»¹¹.

¹⁰ In tal senso R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 219, che riporta, a testimonianza di tale coincidenza di significato delle due diverse espressioni i paragrafi 13 e 14 di D. 43, 16, 1 (Ulp. 69 *ad ed.*), nei quali si parla, nell'ordine, di *verus procurator* e, in contrapposizione ad esso, di *falsus procurator*. E' evidente - come fa notare l'Autore - che non esiste una diversità sostanziale tra il definire una figura giuridica come qualcosa di falso o di non vero. Si tratta soltanto di una variazione terminologica idonea a definire un identico concetto.

¹¹ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 249.

In primis, rileviamo che è molto probabile - per non dire quasi certo - che, nell'ipotesi descritta, il giurista si riferisse ad un *negotiorum gestor*¹², denominandolo, certamente, almeno *procurator*.

Il nodo problematico consiste nel valutare se l'intera terminologia impiegata sia quella originaria ovvero costituisca il frutto di un adattamento, realizzato attraverso la semplice aggiunta delle parole «*non*» e «*vero*» a precedere il dativo «*procuratori*», sul presupposto che, talvolta, ancora in età classica questo termine fosse usato indifferentemente sia per indicare il mandatario, sia per designare il gestore d'affari privo di mandato.

In conclusione: non si ritiene di dover sollevare dei dubbi sul fatto che Ulpiano parlasse di un gestore *qui se alienis negotiis offert* denominandolo almeno procuratore¹³; rimane, invece, in dubbio il fatto che già il giurista severiano avesse ritenuto plausibile, nonchè opportuno, fare ricorso alla negazione dell'attributo *verus*, per suggerire che si trattasse di un *accipiens* privo di mandato. D'altra parte si è già sottolineato più volte il fatto che, in età classica, fosse emersa una certa riluttanza¹⁴ a denominare procuratore chi non fosse parte di un contratto di mandato.

Sul punto richiamiamo anche la posizione del DONATUTI, il quale ritiene che il testo tratti di un'ipotesi di mandato speciale. Detto questo, il suo ragionamento si snoda nel modo seguente: la chiusa del passo starebbe a significare che si sarebbe potuto pagare utilmente, senza bisogno di ratifica, solo al procuratore munito di

¹² A tal proposito si legga S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*², Napoli, 1935, p. 56, nt. 4; IDEM, *Il «procurator ad litem»*, cit., p. 616, nt. 52. L'Autore sostiene che l'interpolazione consisterebbe nell'aggiunta dell'intera espressione «*non vero procuratori*». Anche a voler supporre un tale intervento si è portati a chiedersi perché mai, dunque, i compilatori giustinianeî sarebbero intervenuti ad introdurre il concetto di procuratore per doverlo contestualmente negare se il testo classico non avesse fatto alcun cenno a tale figura giuridica e avesse trattato di un generico gestore, risultando in tal modo perfettamente allineato con la concezione, senza dubbio giustiniana, per cui procuratore è solo il mandatario. Tale dubbio è chiaramente messo in luce da P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 249, il quale propone di sottrarre al frammento soltanto le due parole «*non*» e «*vero*» ai fini della restituzione del suo originario tenore.

¹³ Tale è la posizione di E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 507, il quale ritiene di espungere dal testo l'espressione «*non vero*», concludendo che «anche la interpolazione di questo testo si inquadra nel sistema delle alterazioni giustiniane miranti al fine di ridurre le facoltà del procuratore».

¹⁴ In tal senso si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78.

mandato speciale. Dal momento che tale regola, a suo parere, non sarebbe classica, ne discende la stigmatizzazione del frammento come non genuino¹⁵.

Nella trattazione delle problematiche concernenti il passaggio della proprietà e la liberazione del debitore in seguito alla *traditio* il VOCI si richiama proprio a D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*)¹⁶. L'Autore mette in luce il fatto che la proprietà dell'oggetto della consegna si trasferisce immediatamente, ma la *traditio* non dispiega un effetto liberatorio immediato: infatti esso risulta condizionato alla ratifica del *dominus negotii* e, dunque, consegue la qualifica stessa di pagamento da un evento futuro e incerto. La ratifica ha, in questo caso, efficacia retroattiva rispetto all'effetto liberatorio del pagamento, ma non rispetto al trasferimento della proprietà, che avviene nel preciso momento in cui si pone in essere la *traditio*.

Prima di esplicitare il proprio ragionamento, l'Autore precisa che si tratta di un pagamento - egli dice - «al *falsus procurator*, cioè al gestore senza mandato».

Ora, non vi è ragione di dubitare che si trattasse, comunque, di un gestore di negozi, cioè di un soggetto che, al momento di ricevere il pagamento, sarebbe intervenuto a prescindere da un incarico conferito tramite mandato, ma non è semplice risolversi per la genuinità o meno dell'attributo inserito al fine di precisare chi fosse il soggetto accipiente; come si è visto, infatti, il testo parla di un caso di *solutio* ad un *non verus procurator*.

2.1 D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*) e la sua collocazione a livello palinogenetico.

Sulla base della ricostruzione palinogenetica, consideriamo la lettera dei frammenti che precedono il paragrafo 4 di D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 *ad Sab.*), sopra riportato.

¹⁵ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 149. Lo studioso fa notare in aggiunta, al fine di dar forza alla propria posizione, il fatto che la congiunzione *enim* ricorre spesso nei brani interpolati.

¹⁶ P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., pp. 139 s.

In particolare, appare utile valutare la connessione tra il paragrafo 4, che si sta considerando, e il precedente paragrafo 2, nel quale si descrive l'ipotesi di un mandato conferito ad un ipotetico debitore di pagare in mano ad un tale Tizio, al quale, si specifica, era stato vietato di *accipere*. Il divieto, evidentemente, era intervenuto in quel lasso di tempo intercorrente tra conferimento dell'incarico al debitore e pagamento da parte di quest'ultimo.

Ciò detto, prima di approfondire i punti di convergenza tra i due frammenti, nell'intento di procedere con ordine, muoviamo dalla considerazione del *principium* del medesimo paragrafo.

Proprio in D. 46, 3, 12 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*) viene fornita una definizione del così detto *verus procurator*.

Addentriamoci, pertanto, nell'analisi del passo da ultimo richiamato:

D. 46, 3, 12 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): «*Vero procuratori recte solvitur. verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est*».

Tr.: «Al vero procuratore si paga giustamente. D'altra parte dobbiamo considerare vero (procuratore) colui al quale o è stato conferito mandato speciale o è stata attribuita l'amministrazione di tutti gli affari mediante mandato».

Nel testo, la sussistenza di un contratto di mandato svolge un ruolo fondamentale ai fini della definizione del procuratore. Il nodo problematico, che si porrà in termini molto più chiari nei paragrafi a seguire, ha ad oggetto la questione della liberazione del *solvens* dal vincolo obbligatorio. Un fattore determinante in questo senso è proprio la qualifica, ossia la posizione giuridica di colui che percepisce il denaro: il pagamento a favore di questo procuratore, definito *verus*, ha effetto liberatorio. Il vero procuratore appare essere un soggetto munito di mandato, sia esso di generale amministrazione degli altrui affari, sia esso un mandato speciale, che legittima ad una più limitata gestione.

Ora, il grosso interrogativo si pone sulla genuinità, nonché sulla valenza dell'attributo che leggiamo nell'*incipit* di questo passo. In esso, certamente, si tratta di un mandato ad esigere una determinata somma di denaro, affidato al

procuratore. Il pagamento sarebbe risultato validamente effettuato, sia se fosse stato fatto in mano al *procurator omnium rerum*, sia se avesse avuto come destinatario un mandatario speciale.

Tuttavia, anche chi, in dottrina, ha reputato il testo «sostanzialmente genuino», ha avvertito l'esigenza di sottolineare il carattere compilatorio della qualifica *verus*, attribuita al procuratore¹⁷.

Questa definizione introduttiva è seguita da una fattispecie molto interessante, riportata nel contesto del secondo paragrafo del medesimo passo. In esso si tratta del conferimento di un mandato a pagare a favore di un debitore. Soffermiamoci, dunque, sulla lettera di questo frammento, per condurre, successivamente, una riflessione sulla valenza di esso in connessione con il successivo paragrafo 4.

D. 46, 3, 12, 2 (Ulp. 30 *ad Sab.*): «*Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor*».

Tr.: «Ma anche se qualcuno mi abbia conferito mandato, affinché io paghi a Tizio, e poi abbia vietato a lui di ricevere (il pagamento): se io paghi ignorando che a lui è stato proibito di ricevere, sarò liberato, ma se io lo sappia, non sarò liberato».

Il testo affronta la questione della liberazione di un debitore mandatario, il quale sia intervenuto ad attuare il pagamento secondo le indicazioni del mandante; tale pagamento viene effettuato, tuttavia, a vantaggio di un soggetto al quale, nel frattempo, è stato vietato di *accipere*. Date queste premesse, si pone

¹⁷ In tal senso P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., pp. 133 s. Sul punto si consideri la più radicale posizione assunta da E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 507. L'Autore considera il testo come originariamente riferito al *procurator unius rei*. Da tale prospettiva esso risulterebbe fortemente interpolato. L'alterazione consisterebbe, infatti, non solo nell'aggiunta dell'attributo *vero*, nell'*incipit*, ma anche nell'inserimento, *ex novo*, dell'intera frase «*verum [...] mandata est*». In tal modo, come egli sostiene, la terminologia sarebbe armonizzante con la dottrina post-classica, che avrebbe annientato la figura del *procurator* romano, facendo di esso una specie di mandatario. Tale presa di posizione sembra condivisa anche da G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 149. *Contra* F. SCHWARZ, *Condictio*, cit., p. 51, il quale sostiene che già i classici avrebbero fatto ricorso a tale terminologia per indicare il procuratore munito di mandato. L'Autore sostiene, infatti, che: «*Schon die Klassiker sich des verdeutlichenden Zusatzes bedienen konnten*».

un'alternativa: qualora il mandatario sia in buona fede e paghi nell'ignoranza del divieto, la sua dazione avrà effetto liberatorio; nel caso in cui, al contrario, egli effettui la consegna in mala fede, ossia nella consapevolezza della carenza di autorizzazione a ricevere in capo all'accipiente, sopravviverà l'originario vincolo obbligatorio.

Nel passo non si tratta la problematica del furto eventualmente commesso da parte di un *accipiens* che, incurante del divieto, intervenga, comunque, ad accettare il pagamento. D'altra parte, non è specificato se questi intenda intascare il denaro ricevuto ovvero, una volta preso, sia comunque intenzionato a consegnarlo al creditore, agendo quindi, di fatto, come un gestore di negozi altrui.

L'ago della bilancia penderà per la liberazione o meno del debitore dal vincolo obbligatorio esclusivamente sulla base della sua buona o mala fede.

Questa fattispecie ci induce a riprendere un'ipotesi precedentemente considerata e contenuta in D. 46, 3, 38, 1 (*Afric. 7 quaest.*)¹⁸. Anche in questo caso si descrive la condotta di un soggetto che agisce pur risultando non-più-legittimato ad intervenire in una determinata direzione. Recita, infatti, il frammento: «*Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit [...]*». La soluzione, sul piano del diritto, sembra essere la medesima, tuttavia, procedendo nella lettura di questo frammento, si scopre un elemento ulteriore, che risulterà essere decisivo ai fini della liberazione del *solvens*: in esso, a tal fine, non viene dato rilievo soltanto alla sua buona fede, ma anche alla buona fede del soggetto accipiente. Prosegue, infatti, Africano: «*[...] si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur [...]*».

Nel caso descritto da Ulpiano, diversamente, il giureconsulto non fa alcun riferimento alla mala fede dell'accipiente. Questo soggetto - il cui agire è descritto nel paragrafo 2 di D. 46, 3, 12 - sembrerebbe essere lo stesso che viene richiamato nel paragrafo conclusivo del passo e che viene denominato *non verus procurator*.

Ripercorrendo brevemente i momenti salienti di questo ragionamento, rileviamo che, in un caso - quello riportato da Africano e contenuto in D. 46, 3, 38, 1 - si nega la liberazione del *solvens*, benché in buona fede, a causa della mala

¹⁸ Cfr., *supra*, cap. V, § 5.

fede di Tizio, destinatario del pagamento, il quale intasca i *nummi* «*ut eos lucretur*»; nell'altro - quello descritto da Ulpiano in D. 46, 3, 12, 2 -, ai fini della liberazione del *solvens*, si attribuisce rilievo esclusivamente alla buona o mala fede del debitore stesso.

Questa fondamentale differenza ci potrebbe indurre ad interpretare l'accipiente di D. 46, 3, 12, 2 (Ulp. 30 *ad Sab.*) come un semplice gestore di negozi; le conseguenze giuridiche del suo agire sarebbero, poi, ulteriormente analizzate e descritte nel contesto del seguente paragrafo 4. Se così non fosse, si ritiene, infatti, che Ulpiano si sarebbe soffermato a valutare l'incidenza dell'intento fraudolento dell'accipiente, ai fini dello scioglimento dal vincolo obbligatorio.

Risulta in parte differente la lettura del passo suggerita dalla FARGNOLI, nelle sue ricerche in tema di *indebitum accipere*.

L'Autrice richiama D. 46, 3, 12, 2 (Ulp. 30 *ad Sab.*) nell'ambito di un paragrafo dedicato al furto del non-più-legittimato, il quale - si legge - incassa i soldi ricevuti «[...] *ut eos lucretur* [...]». La FARGNOLI, pur premettendo che, nel passo contenuto in D. 46, 3, 12, 2 (Ulp. 30 *ad Sab.*), «Ulpiano affronta solo ed esclusivamente il problema della liberazione del tradente, non facendo alcuna menzione della sussistenza o meno del delitto di furto», interpreta il caso come concernente un accipiente in mala fede. La studiosa sostiene che si sarebbe potuto trattare di un'ipotesi di scuola, in questo senso tale fattispecie avrebbe rappresentato uno dei terreni sui quali affrontare il problema della liberazione del debitore. La riscossione da parte del non più legittimato, nella consapevolezza della carenza di potere ad intervenire in tale direzione, avrebbe reso lo stesso responsabile per furto.

Ritengo, tuttavia, imprescindibile concentrare l'attenzione sull'espressione «*ut eos lucretur*», che - come si è detto - compare nel testo di Africano, e che rappresenta una specificazione dello stato mentale del soggetto accipiente.

Qualsiasi precisazione di questo tipo manca nel frammento ulpiano, in esso, peraltro, all'interno del paragrafo 4, si ammette l'eventualità di una ratifica da parte del *dominus*, descrivendone le possibili conseguenze.

Pertanto, leggendo il paragrafo conclusivo come ripresa del ragionamento iniziato nel paragrafo 2, potremmo sostenere che il *non verus procurator*, destinatario del pagamento, che in esso si menziona, sia il semplice *negotiorum gestor*: così si giustificerebbe, peraltro, la scelta del *dominus* di ratificare l'operato di un soggetto che, sebbene privato dell'incarico, sia intervenuto a ricevere del denaro da parte di un debitore.

La ratifica del *dominus*, sanerebbe *ex post* la mancanza di specifica autorizzazione e garantirebbe lo scioglimento del vincolo a favore del debitore, nonostante la consapevolezza di quest'ultimo.

A monte di una situazione di questo tipo sembra difficile supporre un caso di simulazione da parte di un terzo, sedicente procuratore, che si sia attivato al fine di percepire ed intascare danaro altrui; è plausibile, invece, che si trattasse di un soggetto in qualche modo legato al creditore, in quanto solito gestire ed amministrare i suoi interessi. Solamente su questi ipotetici presupposti si giustificerebbe la scelta del *dominus* di intervenire, in un secondo momento e nonostante il frapposto divieto, per ratificarne l'operato. La conseguenza di questa decisione è quella in forza della quale si determina la liberazione («*liberatio contingit*»): «*rati enim habitio mandato comparatur*».

Nella fattispecie descritta da Africano, Tizio appare, dunque, un simulatore, un impostore, ma egli risulta tale, non solo perché interviene nonostante il divieto, ma anche perché, come è espressamente dichiarato, prende i soldi con uno scopo di lucro e «[...] *quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori* [...]».

Tale ipotesi non è nemmeno presa in considerazione da Ulpiano, il quale affronta esclusivamente il problema della liberazione del tradente, giungendo ad ammettere, nel caso di specie, la possibilità di un intervento volto alla ratifica dell'operato di un soggetto che, proprio per quest'ultima circostanza, difficilmente potrebbe essere un simulatore, che agisca con l'intento di frodare.

3. *D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 ad ed.) e gli effetti della ratifica del dominus nell'ipotesi di pagamento a favore di un generico procurator.*

L'importante questione giuridica della liberazione del debitore in seguito al pagamento a favore del procuratore è trattata anche in un passo di Paolo, dal contenuto piuttosto ostico.

Si tratta di *D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 ad ed.)*:

«*Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non acquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor*».

Tr.: «Qualora io dia al procuratore (di un creditore) il denaro, con l'intenzione che questo stesso (denaro) diventi del creditore, la proprietà non si acquista per mezzo del procuratore. Il creditore, tuttavia, può, mio malgrado, far suo il denaro poiché il procuratore, nel riceverlo, amministrò solamente un affare del creditore e così, con la ratifica del creditore, io sono liberato».

Il passo occupa un posto centrale per quanto attiene alla problematica dell'acquisto della proprietà attraverso l'intervento del procuratore¹⁹. In esso non ricorre la terminologia *falsus* o *non verus procurator*, ma l'analisi di questo testo può aiutarci nel tentativo di far luce sulla questione che ha ad oggetto proprio la valenza di queste espressioni.

Ci poniamo, dunque, da una diversa prospettiva. In seguito all'esegesi di questo frammento vedremo che il *procurator* in esso menzionato è un *negotiorum gestor*; più precisamente un incaricato che, però, agisce oltre i limiti del proprio incarico.

Consideriamone il contenuto. In esso si descrive il caso di un pagamento attuato da parte di un debitore, a vantaggio di un creditore, per mezzo di un *procurator*. La questione centrale è rappresentata dal problema del mancato

¹⁹ In questa specifica prospettiva d'indagine si veda F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 286 ss.; IDEM, *D. 3.5.23 (24) (Paul. 24 ad ed.)*, cit., p. 495 ss.

passaggio della proprietà del denaro oggetto della consegna: problematica ricorrente nei testi in materia di *falsus procurator*. Certo - come già si è detto - nel contesto di questo passo, non ricorre la qualifica *falsus*, ma è proprio questa mancanza che, come sarà messo in luce, ci induce a porci delle domande sulla valenza della locuzione *de qua*.

Torniamo, dunque, a confrontarci con il frammento paolino.

In seguito ad una prima lettura non risulta immediatamente chiaro perchè mai il pagamento attuato dal debitore al procuratore non conduca all'acquisto della proprietà della *pecunia* in capo al *dominus negotii*. La risposta a tale interrogativo può risiedere soltanto nella mancanza di una giustificazione causale sottesa alla *traditio*²⁰ attuata in favore del procuratore. La causa, come si deduce procedendo nella lettura del passo, sarà fornita al momento del riconoscimento del pagamento da parte del *dominus*, attuato per mezzo di una sua successiva *ratihabitio*. È evidente il fatto che, benchè non si parli espressamente di un *falsus procurator*, nel testo ricorrono tematiche di centrale interesse nella prospettiva di analizzare i caratteri di tale figura giuridica: si tratta, infatti, di problematiche connesse al mancato passaggio della proprietà del denaro oggetto di un pagamento attuato da un debitore ad un procuratore, nonché quelle legate alla conseguente liberazione del debitore stesso²¹.

Il *procurator* della fonte dovrebbe, in linea di principio, essere parte di un contratto di mandato. Se così fosse, tuttavia, non si vede come potrebbe mancare una giustificazione causale sottesa alla consegna del denaro. Alcuni autori hanno interpretato tale figura come quella di un *negotiorum gestor*, spontaneamente intervenuto nella gestione di affari di un *dominus*²² e ciò sulla base dell'opinione

²⁰ In ordine al pagamento attuato, nello specifico, mediante la consegna al *procurator* dell'«*ea ipsa (pecunia)*», mancherebbe, a monte, l'imprescindibile accordo tra debitore e creditore-*dominus negotii*; in tal senso si veda: W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 90; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 354; A. WATSON, *Acquisition of ownership*, cit., p. 201; F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 287, il quale precisa che il creditore fornisce la causa al pagamento una volta compiuto, attraverso la successiva *ratihabitio*.

²¹ Sulla rilevanza di tali questioni giuridiche in connessione con la figura del *falsus procurator* si vedano le considerazioni fatte ai capp. IV e V.

²² Questa tesi è sostenuta da: P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 73; M. KASER, *Stellvertretung*, cit., p. 196; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., p. 368. L'Autore richiama, sul punto, la Glossa, dopo aver rilevato che «qui si tratta di un *negotiorum gestor*, di un *procurator* senza mandato, di un *falsus procurator*». Con ciò si spiegherebbe il fatto che l'acquisto della proprietà mediante procuratore sia respinto. Lo studioso si richiama anche a Cuiacio, il quale avrebbe fatto ricorso al medesimo espediente nel commentare il passo in

di Azzone desumibile dalla Glossa, secondo cui «*hic erat gestor negotiorum creditoris: & sic improprie procurator dicitur*»²³. Più puntualmente, come sottolinea BRIGUGLIO, che nei suoi *Studi sul procurator* si interroga sulla reale motivazione del mancato passaggio della proprietà della *pecunia*²⁴, si tratterebbe di un *procurator* che, in quanto tale, è legato al proprio *dominus* da un contratto di mandato, del quale tuttavia appare travalicare i confini, e questo è desumibile proprio dal fatto che risulta mancare la causa del pagamento attuato dal debitore; ciò è evidente al punto che si rende necessaria una successiva ratifica del creditore ai fini dell'acquisto della proprietà dell'oggetto della *traditio* e della conseguente liberazione del debitore medesimo. Il problema centrale è rappresentato dal fatto che per la liberazione del debitore che abbia pagato sembra necessario attendere la ratifica da parte del *dominus*-creditore; l'intricata questione si scioglie soltanto se ci si sofferma a considerare da vicino l'oggetto della consegna da parte del debitore a favore del procuratore: infatti non si tratta genericamente di denaro, bensì dell' «*ea ipsa (pecunia)*»²⁵. Il *procurator omnium bonorum* procede, dunque, oltre i limiti del proprio mandato dal momento che prende l'«*ea ipsa (pecunia)*»: egli, accettando questo specifico oggetto di pagamento, gestisce comunque gli affari del *dominus* nell'interesse dello stesso, ma necessita di una ratifica ed essa soltanto comporterà la successiva liberazione del debitore.

questione. Secondo il Bonfante si tratterebbe «di uno dei consueti sottintesi del diritto giustiniano», il quale, tuttavia, mal si concilierebbe con la dizione originaria (*procurator*) e col pensiero classico, dato che l'imprescindibilità del mandato ai fini dell'acquisto della proprietà sarebbe da indendersi come novità di matrice prettamente giustiniana.

²³ Glossa, *ad h.l.*, Lugduni, 1560, 335.

²⁴ F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 288.

²⁵ Questa particolare lettura permette di fornire un'interpretazione convincente anche in ordine alla parte del frammento in cui si dice: «[...] *potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere* [...]». Potrebbe, infatti, originare qualche dubbio il fatto che si dica che il creditore può, mediante ratifica, far suo il denaro anche contro la volontà del debitore; non si vede, d'altra parte, per quale motivo il debitore dovrebbe essere contrario ad un atto del creditore che, come conseguenza, comporterebbe proprio la sua liberazione dal debito. Proprio su questo punto controverso si sofferma F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, cit., p. 299 ss. Lo studioso avanza un'ipotesi che rappresenta una risposta a tale interrogativo. Egli ripropone infatti la lettura «*ea ipsa (pecunia)*» da riferirsi all'oggetto del pagamento attuato dal debitore al procuratore: in sostanza il debitore avrebbe, in tal modo, preteso di pagare con un bene infungibile. La possibilità che il creditore consenta al procuratore di farsi consegnare una somma corrispondente all'ammontare dell'*ea ipsa*, facendo così prevalere il proprio interesse a ricevere il denaro, potrebbe essere intesa effettivamente in contrasto con l'interesse del debitore («*invito me*», dice lo stesso), il quale avrebbe inteso sdebitarsi consegnando proprio «quel denaro». «In ultima analisi», come scrive Briguglio, «il creditore, attraverso la *ratihabitio*, elimina l'«*ea ipsa*»».

La lettura proposta risulta particolarmente illuminante anche nella nostra, particolare, prospettiva.

Il procuratore del brano è un mandatario, che tuttavia - abbiamo detto - nel ricevere l' «*ea ipsa (pecunia)*» - e non genericamente il denaro dovuto dal debitore al creditore - procede oltre i limiti del proprio mandato. Le conseguenze che ne derivano consistono nel mancato passaggio della proprietà della *pecunia* oggetto del pagamento e nella sospensione della liberazione del debitore fino al momento della ratifica ad opera del creditore. Questo procuratore, diversamente dai procuratori il cui agire è stato descritto nei passi analizzati nei precedenti capitoli²⁶, non è un soggetto simulatore. Egli si limita all'accettazione di un pagamento al quale non sarebbe facoltizzato.

Conseguentemente, debitore e creditore dovranno entrare in contatto, potendo il creditore, in linea di principio, risolversi per accettare ugualmente, in un secondo momento, il pagamento attuato mediante la consegna dell' «*ea ipsa (pecunia)*»²⁷.

Nell'accettare tale oggetto di pagamento, dunque, senza dubbio, il procuratore agisce in qualità di semplice *negotiorum gestor*, ciò nonostante il giurista classico Paolo non risulta aver avvertito l'esigenza di esplicitare la sua posizione giuridica ricorrendo all'impiego dell'attributo *falsus* da affiancare al sostantivo *procurator*.

4. *Risultanze del confronto tra D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 ad Sab.) e D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 ad ed.). L'intervento del dominus e la ratifica di un pagamento attuato a favore di un soggetto non incaricato.*

In seguito all'esame condotto sul passo paolino si è giunti a concludere che debitore e creditore avrebbero dovuto entrare in contatto, potendo il creditore risolversi per accettare in un secondo momento il pagamento attuato mediante la consegna dell'«*ea ipsa (pecunia)*». Egli conserva, infatti, l'interesse a far proprio il pagamento attuato in mano al gestore d'affari, il quale, pur avendo esorbitato

²⁶ Per quanto concerne la figura del *falsus procurator* simulatore cfr., *supra*, capp. IV e V.

²⁷ In tal senso si veda F. BRIGUGLIO, *D. 3.5.23 (24) (Paul. 24 ad ed.)*, cit., pp. 509 s.

dai limiti del proprio mandato, risulta comunque aver agito nell'interesse del padrone, senza alcun intento di frodare.

Anche la fattispecie descritta da Ulpiano in D. 46, 3, 12 (Ulp. 30 *ad Sab.*) potrebbe essere letta in maniera analoga. Il *procurator* avrebbe pur sempre gerito un affare del *dominus negotii*, anche andando al di là dell'incarico conferitogli, anche intervenendo a ricevere un pagamento a prescindere dalla sussistenza di un incarico specifico o nonostante un ben preciso divieto. Con la successiva *ratihabitio* si torna nel solco dell'incarico conferito e si legittima, *ex post*, l'operato di un semplice gestore d'affari; in tal modo si garantisce il prodursi, in un secondo momento, degli effetti giuridici che sarebbero scaturiti *ab origine* se ad agire fosse stato un procuratore-mandatario: in primo luogo la liberazione dal vincolo obbligatorio del debitore²⁸. Ciò detto, si rileva che, tuttavia, deve logicamente sussistere un interesse del creditore ad entrare in contatto con il debitore e a risolversi per la ratifica del pagamento; infatti tale *solutio*, sebbene in origine autorizzata, è proprio quella che, successivamente, lo stesso creditore aveva vietato al procuratore di ricevere. E', dunque, plausibile che, nonostante la mancanza di un incarico a ricevere un determinato pagamento, il *dominus* si sia risolto per riconoscere, in un secondo momento, la validità di esso.

Pertanto, il *non verus procurator*, del paragrafo 4 del passo ulpiano avrebbe agito, anche in tale ipotesi, nell'interesse del *dominus*-creditore. Tale interesse avrebbe, poi, trovato compiuta realizzazione in seguito alla ratifica da parte di quest'ultimo.

Rimane, infine, il problema di valutare la genuinità della terminologia impiegata in D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*).

Sul punto il SOLAZZI sostiene che Ulpiano avrebbe discusso di un'ipotesi di pagamento attuato a vantaggio di un gestore di negozi, il quale non sarebbe stato denominato neppure *procurator* nel dettato genuino. Conseguentemente l'interpolazione consisterebbe nell'aggiunta dell'intera espressione «*non vero procuratori*»²⁹. Anche a voler supporre un tale intervento si è portati a chiedersi

²⁸ Per tale lettura si veda quanto sostenuto da C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 355, in particolare nt. 75. Lo studioso, nel ribadire che «la *ratihabitio* sta al posto dello *iussum*» richiama, *in primis*, proprio D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*).

²⁹ S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, cit., p. 616 e, in particolare, nt. 52. Sospetta un'interpolazione ancor più estesa G. LE BRAS, *L'évolution générale du*

perché mai, dunque, i compilatori giustinianeî sarebbero intervenuti ad introdurre il concetto di procuratore per doverlo contestualmente negare, se il testo classico non avesse fatto alcun cenno a tale figura giuridica e avesse trattato di un generico gestore, risultando in tal modo perfettamente allineato con la concezione, senza dubbio giustiniana, per cui procuratore è solo il mandatario. D'altra parte, proprio nel passo di Paolo che si è considerato ricorre il termine *procurator* ad indicare il *negotiorum gestor*.

In conclusione, diciamo che, da un lato, risulta difficile escludere con assoluta certezza la presenza di qualsivoglia interpolazione e di conseguenza appare più cauto supporre che, se un rimaneggiamento dell'originario dettato testuale ulpiano vi sia stato, esso sia consistito semplicemente nell'aggiunta dell'espressione «*non vero*», a precedere il sostantivo «*procuratori*». Con questa consapevolezza, sembra condivisibile la ricostruzione proposta dalla dottrina maggioritaria, in base alla quale la restituzione del testo classico originario sarebbe garantita attraverso l'eliminazione della terminologia bizantina «*non vero*»³⁰. Di conseguenza il passo risulterebbe come di seguito riportato:

«*Sed et si [non vero] procuratori solvam, ratum habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit*».

procurateur, cit., p. 104, nt. 53, che considera aggiunta di mano giustiniana l'intera frase «*verum [...] mandata est*».

³⁰ Si considerino, in tal senso, le posizioni di: E. ALBERTARIO, *Ancora del verus e falsus procurator*, cit., p. 449 ss. L'Autore suggerisce di espungere le parole «*non*» e «*vero*», ritenendo che Ulpiano si riferisse, appunto, ad un gestore spontaneo, *qui se alienis negotiis offert*, chiamato dai classici procuratore. Egli, infatti, propone la seguente ricostruzione del *principium* del medesimo passo: «*Procuratori, < qui negotiis gerendis praepositus est >, recte solvitur*». Peraltro, è necessario precisare il particolare punto di vista dell'Autore, a parere del quale «il procuratore classico o è *procurator qui se ultro alienis negotiis offert*, cioè il procuratore che agisce *sua sponte*; o è *procurator alienis negotiis praepositus*, se gerisce i negozi *voluntate domini*. In entrambi i casi il procuratore è un gestore di negozi [...]». B. FRESE, *Defensio, solutio, expromissio* 1930, cit., p. 455, nt. 262. Lo studioso propone la stessa ricostruzione da un punto di vista formale, ma ritiene che, pur trattandosi di un *procurator omnium rerum*, il pagamento non avrebbe avuto effetto liberatorio, se non in seguito alla ratifica del *dominus*. G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 149, ribadisce la presa di posizione dell'Albertario, per poi precisare che sarebbe da considerarsi insidiosa anche la frase «*rati... comparatur*» ed esplicita, infine, un sospetto sull'*enim*, che spesso ricorrerebbe nei brani interpolati. Che Ulpiano si riferisse ad un procuratore-gestore, denominandolo semplicemente *procurator*, è sostenuto, infine, da P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 249.

D'altro lato, non si può non riconoscere e ribadire quanto sostenuto da QUADRATO³¹, il quale - si è detto - nel valutare *mandatum* e *ratihabitio* in rapporto tra loro, ci fornisce una chiave di lettura da applicare a tutte le fonti ulpiane in cui compare il termine *procurator*, riferito al gestore di negozi: secondo l'Autore, infatti - è utile ripeterlo - non sarebbe esistito *procurator*, perlomeno in senso tecnico, al di fuori dell'alternativa *mandatum-ratihabitio*.

Da un punto di vista sostanziale, non ci sembra diversa la posizione assunta da VINCENZO ARANGIO-RUIZ che, nel considerare i testi di epoca classica inoltrata, che menzionino l'*actio negotiorum gestorum* a proposito dei procuratori, li definisce come «sopravvivenze dell'antica definizione del rapporto»³², data la «riluttanza della giurisprudenza classica a chiamare col nome di *procurator* colui qui *negotiis alienis gerendis se optulit*»³³.

La nuova concezione del procuratore che, dunque, si stava gradualmente imponendo a partire dall'età classica, potrebbe giustificare un'originaria scelta di Ulpiano di far ricorso alla terminologia *non verus procurator* (di significato corrispondente alla terminologia *falsus procurator*), idonea a negare il carattere tecnico del procuratore che non fosse mandatario, in forza, appunto, di una nuova visione di tale figura giuridica, che affonderebbe le sue radici già in quest'epoca.

Il dato che, poi, Paolo, pur trattando certamente di un gestore di negozi in D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 *ad ed.*)³⁴, lo denominasse semplicemente *procurator* e non *falsus* o *non verus procurator*, si potrebbe spiegare proprio alla luce del fatto che questa nuova concezione avrebbe iniziato a svilupparsi a partire dall'epoca classica, per imporsi definitivamente soltanto in età giustiniana.

In origine, infatti, con il termine *procurator*, si sarebbero designati indifferentemente il mandatario e il gestore di negozi altrui³⁵.

³¹ R. QUADRATO, *D. 3.3 I pr.*, cit., p. 219.

³² V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 68.

³³ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78.

³⁴ In tal caso si sarebbe trattato di un *negotiorum gestor* nel senso precedentemente precisato, ossia come di un mandatario che agisce esorbitando dai limiti del proprio incarico.

³⁵ In tal senso si veda G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1, cit., p. 383. L'Autore rileva l'attestazione al livello delle fonti dell'impiego del termine *procurator* ad indicare *qui alienis negotiis se offert*. In tale prospettiva si vedano anche: C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, I, Roma, 1889, pp. 58 s.; S. SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in *Memorie delle R. Accademia delle Scienze in Modena*, Serie III, vol. XI, 1911. Ora in *Scritti di*

Data la fluidità della nuova concezione, nonché della terminologia atta ad esprimerla, potrebbe non destare particolare stupore il fatto che, inizialmente, vi fossero casi in cui il gestore di negozi privo di mandato veniva, ancora, denominato semplicemente *procurator* (si veda, in tal senso, D. 3, 5, 23); casi in cui si faceva ricorso alla terminologia *falsus procurator* (si veda, in tal senso, D. 12, 4, 14)³⁶; ed infine, casi in cui si impiegava l'espressione *non verus procurator*: terminologia diversa, ma dal significato coincidente a quello della locuzione *falsus procurator* (si veda, in tal senso, D. 46, 3, 12, 4).

5. *Gli altri passi in cui è attestato l'impiego della terminologia verus e non verus procurator.*

Concludiamo l'indagine sui passi che trattano di procuratori così detti «veri» o «non veri», richiamando, nell'ordine, le fonti contenute in D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*) e in D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*).

Iniziamo dal passo tratto dal commento di Ulpiano all'*actio quod iussu*.

D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*): «*Si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos quorum servus fuerit: idem et in vero procuratore. sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem idem Labeo ait*».

Tr.: «Se, avendolo ordinato il curatore dell'adolescente o del furioso o del prodigo, si sia contrattato con un servo, Labeone ritiene che dovesse essere concessa l'*actio quod iussu* contro coloro dei quali il servo era stato: ugualmente anche contro il *verus procurator*. Ma, qualora il *procurator* non sia *verus*, ugualmente Labeone ritiene che, a maggior ragione, contro di lui debba essere concessa l'azione».

diritto romano, I, Napoli, 1955, p. 299 ss. (a cui si riferiscono le successive citazioni di questo contributo); P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 73.

³⁶ Per l'analisi di D. 12, 4, 14 (Paul. 3 *ad Sab.*) si veda, *supra*, cap. VII, § 3.

Il caso che ci interessa è quello relativo all'ipotesi di contrattazione con un servo, a seguito di uno *iussum* dato dal procuratore.

Il DONATUTI suggerisce di analizzare il *procurator*, che ivi compare, confrontandolo con il *curator*. A proposito del curatore mette in luce il fatto che non venga impiegato nessun aggettivo. Di conseguenza, rileva l'Autore, questo procuratore non può essere che un procuratore fornito di mandato speciale³⁷.

In realtà, come fa notare l'ANGELINI, «non sappiamo nulla al riguardo del *procurator omnium rerum* e questo rende incerta la restituzione»³⁸.

Ci si chiede se al procuratore fosse riconosciuta la possibilità di dare ordine ai terzi di contrattare con i servi. Tuttavia, conclude lo studioso, il procuratore non è un estraneo per il servo ed esercita un potere su di lui, con la conseguenza che il rapporto di subordinazione spiegherebbe più che a sufficienza la concessione dell'*actio quod iussu*. La necessaria conseguenza a cui, tuttavia, perviene lo studioso è quella di interpretare la terminologia *verus* e *non verus*, riferita al procuratore, come aggiunta di matrice giustiniana.

Ancor più complessa la lettura fornita dal SOLAZZI³⁹, in quanto, se il testo avesse trattato di un procuratore-gestore, egli lo avrebbe considerato un terzo, un estraneo senza alcun potere sul servo e, certamente, il semplice estraneo che da *iussum* di negoziare con un servo altrui, non sarebbe stato tenuto con l'*actio quod iussu*. L'Autore, in particolare, rigetta la ricostruzione del DONATUTI, rilevando che «al mandato speciale il testo non fa nessuna allusione». Diversamente, dichiara: «*Verus procurator* è il procuratore-mandatario, *non verus* (o *falsus*) il procuratore-gestore». Conclude mettendo in luce che, in generale, il procuratore senza mandato, la cui opera non sia stata ratificata, è privo di qualsivoglia potere sul servo, in quanto estraneo, con la conseguenza che, in epoca classica, non poteva essere convenuto con l'*actio quod iussu*. Sulla base di queste complesse considerazioni sarebbe dimostrato l'ampio rimaneggiamento interessante il passo *de quo*.

³⁷ G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., p. 145. Sul punto l'Autore precisa che «esigere un mandato speciale per ogni facoltà del *procurator* è [...] tendenza bizantina».

³⁸ P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 252 ss.

³⁹ S. SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, cit., p. 569 ss.

Date queste premesse e considerata l'estrema difficoltà di interpretare la fonte, messa in luce dal fatto stesso che i maggiori rappresentanti della dottrina non siano giunti ad una soluzione condivisa, rileviamo quanto sia arduo schierarsi per la genuinità o meno del testo.

Sulla base delle riflessioni condotte sui testi precedentemente analizzati si potrebbe, tuttavia, essere indotti a supporre cautamente che il giurista si riferisse, nel caso di specie, all'ipotesi di un soggetto intervenuto nella gestione degli affari dominicali al di fuori dell'ambito delle sue attribuzioni, ma non - come si è tradizionalmente ritenuto - un qualsiasi libero gestore⁴⁰. In questa prospettiva si potrebbe supporre l'esistenza di un rapporto con il *dominus*. Nel caso di specie si potrebbe anche, cautamente, pensare alla necessaria sussistenza di uno specifico incarico del procuratore, affinché questi potesse impartire ordini di tale tipologia ed essere, conseguentemente, tenuto in forza dell'*actio quod iussu*.

Un ultimo testo in cui ricorre la terminologia che si sta analizzando è rappresentato da D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*):

«Mandatu tuo fideiussi decem et procuratori creditoris solvi: si verus procurator fuit, statim mandati agam: quod si procurator non est, repetam ab eo».

Tr.: «Su tuo mandato garantii dieci e pagai al procuratore del creditore: se è un *verus procurator*, subito agirò sulla base del mandato: che se non è un procuratore, ripeterò da lui».

In questo caso ravvisiamo una contrapposizione tra il *verus procurator* e la negazione stessa del procuratore⁴¹. A livello contenutistico la fattispecie appare piuttosto semplice, trattando di un pagamento effettuato da un fideiussore in mano

⁴⁰ Sul punto si veda O. PAPERI, *Procurator e interpretatio*, cit., p. 413, nt. 46. L'Autore, sulla scia dell'Angelini, si richiama al fatto che le fonti che presentano la figura del procuratore senza mandato alludano spesso al caso del preposto che agisce al di fuori delle sue attribuzioni, ma non a qualsiasi spontaneo gestore d'affari. A sostegno di tale proposta interpretativa egli richiama, tra gli altri, anche i passi di Paolo contenuti in D. 15, 4, 1, 9 (Ulp. 29 *ad ed.*) e in D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*). Lo studioso, tuttavia, precisa che si tratta di fonti «tra quelle che recano i segni dell'intervento giustiniano».

⁴¹ Ritiene attribuibile a Paolo l'inciso finale («*procurator non est*») F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., p. 152. *Contra* P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 251 ss.; G. VON BESELER, *Beiträge*, 4, cit., p. 53; S. SOLAZZI, *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, cit., p. 616, nt. 52.

al procuratore del creditore. Si è supposto che il contenuto originario della fattispecie fosse soltanto questo⁴², senza la successiva trattazione avente ad oggetto il *non procurator*. Il vero procuratore della fonte viene presentato, senza dubbio, come un mandatario, poiché si riconosce espressamente la possibilità di agire sulla base del mandato, nell'ipotesi in cui costui risulti essere il destinatario del pagamento fatto dal fideiussore. Ciò che desta un certo sospetto è il fatto che al *verus procurator* sia contrapposto il *non procurator*, ossia la negazione stessa del procuratore, presentato come fosse una specie di procuratore⁴³. Sebbene anche in tal caso risulti rischioso esporsi per la classicità o meno dell'*incipit* del passo, si ritiene, allo stato della dottrina, quasi certo che la parte conclusiva di esso sia stata interessata da un ampio rimaneggiamento⁴⁴. Secondo il DONATUTI, anche ammettere l'interpolazione sulla seconda parte del frammento sulla scia del BESELER non sarebbe sufficiente, in quanto - a suo modo di vedere - il *verus procurator* dell'*incipit* resterebbe sempre una specie di procuratore: il procuratore mandatario.

Dal nostro punto di vista, e in seguito alle ricerche fin qui condotte, sebbene siano scarsi gli elementi a sostegno, nel caso di specie, dell'autenticità dell'espressione, non appare, tuttavia, da escludersi con assoluta certezza la possibilità che una tendenza a denominare *verus procurator* il procuratore mandatario, in contrapposizione al *falsus* o *non verus procurator*, si sia venuta affermando già a partire dall'età classica.

⁴² In tal senso si veda P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 251.

⁴³ Sul punto si veda G. VON BESELER, *Beiträge*, 4, cit., p. 53. L'Autore osservando che il *non procurator* non può essere una specie di procuratore, considera il passo alterato a partire dal *quod si*.

⁴⁴ Sul punto riporto, di seguito, la chiara presa di posizione di P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., pp. 251 s. Sostiene, infatti, lo studioso: «L'intervento dei giustinianeî, in questa seconda parte del frammento, è stato, però, molto profondo ed è perciò uno sterile esercizio il voler restituire il tenore classico: contentiamoci di saper indicare ciò che ai classici non appartiene». Difficilmente condivisibile, da un punto di vista totalmente differente, la presa di posizione di E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 507, nt. 1. L'Autore, infatti, dopo aver sostenuto che la terminologia *verus* e *falsus procurator* - secondo la quale il primo sarebbe il soggetto munito di mandato e il secondo quello che mandato non ha - sarebbe ovunque interpolata, dichiara di rilevare che, nell'uso classico il *verus procurator* è colui che è procuratore in antitesi al simulatore e, a tal proposito, richiama proprio il passo contenuto in D. 17, 1, 26, 5 (Paul. 32 *ad ed.*).

CONCLUSIONI

L'obiettivo con cui si sono condotte le presenti ricerche è, dunque, quello di delineare i tratti principali, caratteristici della figura del così detto *falsus procurator*, così come emerge dalle fonti giuridiche romane.

In particolare, si è preso avvio dalla considerazione del fatto che, in ordine a tale problematica giuridica, la dottrina risulta aver assunto delle posizioni, per così dire, radicali: in passato, nel giudicare prevalentemente alterate le fonti che menzionassero il *falsus procurator*; più di recente, nel volerne difendere, per lo più, la genuinità, ma considerando i frammenti in cui compare la suddetta espressione riferibili esclusivamente ad un simulatore.

Sulla base di questo presupposto ci si è, quindi, proposti di sottoporre ad esegesi tutte le fonti giuridiche concernenti tale soggetto, richiamando all'attenzione del lettore non soltanto i passi nel contesto dei quali si faccia espressa menzione del *falsus procurator*, ma anche i frammenti in cui si descrive l'agire del così detto *non verus procurator*, da contrapporsi, a sua volta, al *verus procurator*.

Dopo aver rilevato il carattere sfaccettato di tale figura giuridica, è sembrato plausibile, oltre che opportuno, evitare di schierarsi su posizioni estreme ed abbandonare, così, la netta bipartizione tra *falsus procurator*-simulatore e *falsus procurator*-non mandatario, al fine di porci - per quanto cautamente - degli interrogativi sulla possibilità di riconoscere all'espressione *de qua* un valore polisemico già per l'età classica. In particolare, ci si è proposti di portare avanti un tentativo di superamento della tendenza della più recente dottrina, che risulta tracciare una linea di demarcazione a dividere due epoche (quella classica e quella

giustiniana) e, parallelamente, due diversi modi di impiego dell'espressione *falsus procurator*: *falsus* in quanto simulatore e *falsus* in quanto privo di mandato

In questa prospettiva ha giocato un ruolo determinante la considerazione di VINCENZO ARANGIO-RUIZ, il quale, dopo aver ribadito la concezione per cui sarebbe da ravvisarsi una sorta di "riluttanza" della giurisprudenza classica a denominare *procurator* colui *qui negotiis alienis gerendis se optulit* dichiara che l'impiego delle espressioni *verus* e *falsus procurator*, in età giustiniana, altro non rappresenti che «la definitiva celebrazione di una tendenza terminologica già in atto»¹.

Pertanto, tutta l'indagine condotta è volta alla ricerca delle radici di una tale tendenza.

Dopo alcuni capitoli introduttivi, funzionali ad un inquadramento della figura del procuratore in generale, oltre che a sottolineare le principali prese di posizione della dottrina in ordine alla figura del *falsus procurator* nello specifico, si è concentrata l'attenzione sui passi delle fonti in cui, più o meno esplicitamente, si discute il caso di un soggetto *qui simulat se procuratorem esse*. La scelta dei frammenti da sottoporre ad esegesi è fondata sulla valutazione del significato che a tale concetto si è voluto attribuire. ANGELINI, avvicinandosi alla problematica concernente la figura del falso procuratore nelle fonti classiche, da intendersi quale simulatore, si è soffermato ad interrogarsi sulla valenza di esso, precisando che, «il problema è importante: risolverlo vuol dire anche intendere le contraddizioni in cui cade la dottrina nell'esame dei passi relativi al procuratore»².

Il contegno simulatorio sembrerebbe, infatti, avere ad oggetto l'esistenza stessa dei poteri che danno contenuto alla figura del *procurator praepositus*.

Su questo presupposto, d'altra parte, se si ammette che ancora i classici, almeno in alcuni casi, denominassero *procurator* anche l'*alienis negotiis se offerens*³, e seguendo il ragionamento condotto dall'Autore, si dovrebbe

¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 78.

² In tal senso si veda P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., pp. 221 s. Muovendo da tali presupposti, tuttavia, l'Autore in parola giunge ad interpretare questo procuratore-simulatore quale soggetto che finge una posizione sociale, ossia quella che ne fa l'uomo di fiducia del *dominus*: simulando l'esistenza, non di un potere giuridico, bensì di uno *status* socio-economico.

³ In questo senso l'Autore si richiama alla lettura di tale figura giuridica fornita da E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., p. 500 ss. Secondo il parere di quest'ultimo Autore la sussunzione della procura nel mandato si sarebbe determinata solo in età postclassica e ciò avrebbe

concludere che essi non avrebbero avuto motivo di giungere all'elaborazione del concetto di *falsus procurator*.

Scriva, infatti ANGELINI: «Se fosse stato ritenuto dai classici procuratore anche chi, senza alcun incarico, si fosse messo a gestire affari altrui, dovremmo concludere che essi non avrebbero potuto concepire l'esistenza di un *falsus procurator*».

E' stato, dunque, necessario soffermarsi proprio sul concetto di simulazione, per osservare, nell'ambito delle fonti inerenti al *falsus procurator*, come essa si concretizzi e si espliciti, considerato che l'intervento spontaneo di un *negotiorum gestor*, per quanto non sia fondato su di uno specifico incarico, non sembra configurare un'ipotesi di simulazione di poteri giuridici non legittimamente posseduti.

In questa prospettiva abbiamo tentato di isolare, ed analizzare per primi, tutti i passi in cui sembra che l'atteggiamento del così detto *falsus procurator* sia caratterizzato da una sfumatura dolosa, apparendo, così, idoneo a trarre in inganno chi venga in rapporto con tale tipologia di procuratore. In un'ipotesi questo è davvero lampante: si tratta del caso prospettato in D. 47, 2, 81, 6 (Pap. 12 *quaest.*), che, come si è messo in luce⁴, sembra costituire un *unicum* nel panorama complessivo delle fonti in materia: in esso, infatti, si affronta e si descrive una fattispecie in cui l'apparenza di una presunta legittimazione non discende dall'assunzione indebita di un titolo, ma, addirittura, dall'appropriazione di un'altrui identità, attuata mediante l'usurpazione del nome di altri. Papiniano, autore del passo, dichiara espressamente che ci si sarebbe trovati di fronte ad un caso di *circumventio*, con conseguente commissione di un *furtum*.

Tale condotta è descritta in un paragrafo compreso tra due frammenti - §§ 5 e 7 del medesimo titolo - relativi ai comportamenti assunti da altri falsi procuratori, nel contesto dei quali sono linearmente descritti due casi di furto in ipotesi rientranti nella regola del procuratore che simula una legittimazione che non ha.

determinato, come ulteriore conseguenza, la nascita del *procurator unius rei*, accanto al *procurator omnium bonorum*. Secondo questo orientamento dottrinale, l'originaria figura del *procurator qui se ultro negotiis alienis offert* durò per tutta l'età classica. In quest'epoca si sarebbe affiancato ad esso il *procurator negotiis gerendis praepositus*. In tale ultima ipotesi, tuttavia, il procuratore avrebbe derivato i propri poteri da un'investitura unilaterale, non da un mandato in senso tecnico.

⁴ Per quanto concerne l'analisi di questa fonte si veda, *supra*, cap. IV, § 1.

In numerosi altri passi delle fonti il contegno simulatorio del procuratore sembra da leggersi come contegno doloso, tenuto con l'intenzione di trarre altri in inganno.

A partire da tali presupposti, d'altra parte, si è dovuto prendere atto del fatto che la questione immancabilmente si complica nel momento in cui si proceda all'esegesi di passi dal tenore dei quali non risulta possibile ricavare un riferimento esplicito allo stato soggettivo del procuratore⁵. Ciò che, anzi, si è potuto dedurre dall'analisi del contenuto di alcuni frammenti è proprio il fatto che non risulterebbe avvertita l'esigenza stessa di condurre un'indagine volta a svelare i propositi di quest'ultimo, da intendersi come il presupposto di determinate conseguenze rilevanti sul piano del diritto, le quali, tuttavia, sono le problematiche giuridiche ricorrenti ogniqualvolta si richiami nelle fonti il falso procuratore.

D'altro canto, proprio sulla base del ricorrere di tali questioni inerenti, *in primis*, alla questione del mancato passaggio della proprietà di ciò che al soggetto viene consegnato e, quindi, a quella relativa alla responsabilità per *furtum*, si può sostenere che il *falsus procurator* sia colui che simuli una qualifica in realtà non posseduta, con il fine ultimo di trarre in inganno l'altro contraente.

Pertanto, in tutte queste ipotesi, l'atto di chi simuli la qualifica di procuratore è da leggersi come finalizzato a carpire la buona fede del debitore e distrarre le *res solutae* a suo profitto: di regola, il soggetto simulatore sarebbe stato denominato *falsus procurator*; mentre sembra doversi escludere che l'intervento di un semplice *negotiorum gestor* possa essere descritto in termini di simulazione⁶.

Il verbo *simulare* ed il sostantivo *simulatio*, infatti, sono idonei a descrivere un'ampia gamma di comportamenti mendaci e riprovevoli, che difficilmente sarebbero rintracciabili nell'intervento del gestore spontaneo di negozi altrui, il quale non ha nessuna intenzione di agire al fine di trarre altri in inganno.

A partire dal capitolo VI del presente lavoro, ci si è dunque interrogati sulla valenza dell'espressione *de qua*, rintracciata nel contesto di fonti che si ritengono riferibili ad un semplice gestore privo di mandato.

⁵ Su tale problematica si consideri la riflessione svolta nell'ambito del cap. V del presente lavoro.

⁶ Sulla tematica della simulazione si veda G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., p. 1 ss.; IDEM, *Simulazione (diritto romano)*, cit., p. 351 ss.

E' pressoché certo che l'attributo *falsus* fosse impiegato a specificare il termine *procurator*, almeno in origine, in forza della sua sfumatura etica a livello di significato, da leggersi in opposizione a ciò che è vero, reale, autentico⁷.

Tuttavia, abbiamo ravvisato l'esistenza di passi nell'ambito dei quali, pur comparando il riferimento ad un *falsus procurator*, sembra piuttosto difficile individuare ipotesi di simulazione, ossia di un agire doloso e in mala fede da parte di quest'ultimo.

Si tratta prevalentemente di passi di paternità di Ulpiano. *In primis* D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), testo che sembra attribuire un ruolo fondamentale all'alternativa tra l'agire in buona o in mala fede da parte del procuratore. E così D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*), nel quale si parla di *non verus procurator*, concetto il cui significato si coglie appieno se valutato in rapporto a quello, opposto, di *verus procurator*, che ricorre in D. 46, 3, 12, pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*) e in D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*). Il *non verus procurator* di D. 46, 3, 12, 4 ci sembra, infatti, figura più vicina al *procurator* D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 *ad ed.*) - procuratore che, agendo oltre i limiti del proprio mandato, risulta essere un semplice *negotiorum gestor* -, che all'accipiente di D. 46, 3, 38, 1 (Afric. 7 *quaest.*), il quale - si specifica - *nummos acceperit, ut eos lucretur*. Mentre il passo contenuto in C.I. 4, 5, 8 - se considerato genuino - può aiutarci a far luce sulla concezione del falso procuratore al termine dell'epoca classica: anche il falso procuratore che in esso compare è sembrato, infatti, figura giuridica più vicina ad un non mandatario, che a un simulatore.

Il concetto di *falsus procurator*, senza dubbio, andò incontro ad una cristallizzazione in età giustiniana. In tale epoca, con codesta espressione, si sarebbe indicato esclusivamente il non mandatario.

Ciò precisato, viene spontaneo chiedersi perché mai i giuristi giustinianeî avrebbero ritenuto conveniente fare ricorso proprio a questa terminologia se, con la stessa, i giuristi classici avessero sempre ed indifferentemente inteso riferirsi a colui che avesse simulato la titolarità dei poteri giuridici propri del procuratore.

⁷ Per quanto concerne la valenza dell'attributo *falsus* in rapporto al sostantivo *procurator*, si veda, *supra*, cap. III, § 2, nel quale si sono riportate le informazioni tratte dalle più note raccolte lessicografiche. Tutti i frammenti analizzati all'interno dei capp. IV e V, del presente lavoro, confermerebbero tale valenza della locuzione, idonea ad descrivere l'agire in mala fede di un soggetto che si spaccia per procuratore senza in realtà esserlo.

Perché mai, dunque, se si fosse radicata nei secoli un'abitudine nell'utilizzo dell'espressione, i giustiniani avrebbero fatto ricorso alla medesima terminologia per esprimere un concetto profondamente differente? E' possibile supporre, per quanto cautamente, che la giurisprudenza classica, attenta più alla realtà fattuale, che all'elaborazione dogmatica, avesse preso a denominare *procurator falsus* o *non verus* il semplice non mandatario.

Si tratta, in fin dei conti, della stessa giurisprudenza che favorì quel fenomeno di sussunzione della procura entro gli schemi giuridici del mandato, che si ritiene attuato proprio in età classica.

Quanto all'avvicinamento tra questi due istituti mi richiamo alle parole di VINCENZO ARANGIO-RUIZ⁸, il quale sottolinea l'importante ruolo giocato in tal senso dall'attività di elaborazione giurisprudenziale, sostenendo quanto segue:

«La tendenza definitrice ed amalgamatrice della giurisprudenza non poteva non intervenire nel senso di avvicinare fra loro gl'istituti che si presentavano socialmente ed economicamente simiglianti: certo con qualche fatica ed esitazione nell'atto di distaccarsi dai vecchi schemi, ma senza esserne eccessivamente aduggiata».

Sulla base di questi presupposti non sembra doversi escludere in assoluto che gli stessi giuristi di età classica inoltrata e, in particolare, Ulpiano, giurista severiano, avessero preso ad impiegare una terminologia con valenza negativa della qualità procuratoria (negazione espressa dall'impiego dell'attributo *falsus*, ma anche dall'uso dell'espressione *non verus*), da applicarsi al gestore privo di mandato.

Queste prime, rare, ricorrenze dell'espressione in tale accezione potrebbero, dunque, rappresentare le radici di una tendenza terminologica che si sarebbe lentamente sviluppata, per imporsi definitivamente nel corso del VI secolo, grazie all'opera dei giuristi di Giustiniano⁹.

⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 55.

⁹ Non si sollevano dubbi sul fatto che, in alcuni casi, un intervento in tal senso vi sia stato e che, in età giustiniana, la terminologia fosse impiegata con questo preciso significato (si consideri, a titolo d'esempio, il testo di C.I. 2, 12, 24, per l'analisi del quale si veda, *supra*, cap. VI, § 2). Tuttavia, non è chiara l'estensione dello stesso. Richiamo, sul punto, le parole di Angelini (P. ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 210): «L'intervento risulta tanto evidente da essere ammesso da tutti coloro che si sono occupati del procuratore, anche se poi non tutti riescono a precisare la estensione di un tale intervento e la funzione di tale terminologia».

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE B., *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in «AUPA», XXV, 1956, p. 85 ss.
- , *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985.
- ALBERTARIO E., «Actio de universitate» e «actio specialis in rem», in «AUPA», XXXI, 1919, n.v. Ora in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, p. 65 ss.
- , *Ancora del verus e falsus procurator*, in «SDHI», II, 1936, p. 167 ss. Ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, p. 447 ss.
- , *Procurator unius rei*, in «SIGP», VI, 1921, p. 87 ss. Ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 495 ss.
- ALONSO J.L., *Estudios sobre la delegación. I. La doble atribución patrimonial* (primera parte), Santiago de Compostela, 2001.
- AMANN J., *Über den Begriff des procurator und des mandatarius nach römischem Recht*, Heidelberg, 1879.
- ANGELINI P., *Il «procurator»*, Milano, 1971.
- APATHY P., *Procurator und solutio*, in «ZSS», XCVI, 1979, p. 65 ss.
- ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1948-49*, Napoli, 1949 (rist. anastatica, Napoli, 1965).
- ASTOLFI R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova, 2001.
- BARTOŠEK M., *Come si deve studiare attualmente il diritto romano*, in *Studi in onore di Arangio-Ruiz nel 45. anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1953, p. 317 ss.
- BEHREND O., *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in «ZSS», LXXXVIII, 1971, p. 215 ss.
- BERGER A., s.v. *Falsus procurator*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 467.
- , s.v. *Procurator*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 654.
- , s.v. *Verus* in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 762.
- BERTOLINI C., *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, I, Roma, 1889.
- BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910.
- , *Unklassische Wörter*, in «ZSS», LVII, 1937, p. 1 ss.
- BETTI E., *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione*, in «BIDR», XLI, 1933, p. 271 ss.
- , *Esercitazioni romanistiche su casi pratici. I. Anormalità del negozio giuridico*, Padova, 1930.
- BING M., *Verhältnis des Auftrages zur Vollmacht vom Standpunkte des modernen wie des römischen Recht, unter Beurteilung der Laband'schen Theorie*, Erlangen, 1897.
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni* (dalle lezioni), ristampa corretta delle lezioni a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò, Milano, 1979.

- , *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, I, Torino, 1898, p. 3 ss. Ora in *Scritti giuridici varii*, III, Torino, Milano, Napoli, Roma, 1921, p. 250 ss.
- BOSSOWSKI F., *Die Abgrenzung des mandatum und der negotiorum gestio in dem klassischen und justinianischen Recht*, in «BIDR», XXXVII, 1929, p. 133 ss.
- BREMER F.P., *Leistung an einen Nichtberechtigten im klassischen römischen Recht*, Freiburg, 1970.
- BRETONE M., *Adquisitio per procuratorem?*, in «Labeo», I, 1955, p. 280 ss.
- BRIGUGLIO F., *D. 3.5.23 (24) (Paul. 24 ad ed.) e l'«ea ipsa pecunia»*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli, 2007, p. 495 ss.
- , *Studi sul procurator*, I, *l'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano, 2007.
- BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973.
- BUND E., *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965.
- BURDESE A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950.
- , *Rec. a W. Pika, Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, in «SDHI», LV, 1989, p. 477 ss.
- , *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in «SDHI», XXXVII, 1971, p. 307 ss.
- CANNATA C.A., *Atto giuridico e rapporto giuridico (a proposito del volume di Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken)*, in «SDHI», LVII, 1991, p. 335 ss.
- , *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, p. 433 ss.
- CENDERELLI A., *La negotiorum gestio: Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997.
- CUICIUS J., *Commentarius ad librum quartum quaestionum Paoli*, in *Opera omnia*, V, Neapoli, 1722, p. 979 ss.
- D'ORS A., *Agere cum deductione. Un nuevo intento sobre el fragmento jurisprudencial P. Mich. 456 (+P. Yale inv. 1158)*, in «SDHI», LIX, 1993, p. 173 ss.
- , *Las Quaestiones de Africano*, Roma, 1997.
- , *Rec. a Elmar Bund, Untersuchungen zur Methode Julians*, in «SDHI», XXXIII, 1967, p. 440 ss.
- DALLA D.-LAMBERTINI R., *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 2006.
- DE ROBERTIS F., *“Invitus procurator”. Appunti sul «procurator» nel diritto classico romano*, in «Annali della R. Università di Bari», I, 1934, p. 188 ss. Ora in *Scritti varii di diritto romano. I: diritto privato*, Bari, 1987, p. 11 ss.
- DIRKSEN H.E., s.v. *Falsus*, in *Manuale Latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini, 1837, p. 366.
- , s.v. *Procurator*, in *Manuale Latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini, 1837, pp. 767 s.
- , s.v. *Verus*, in *Manuale Latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini, 1837, p. 994.
- DONATUTI G., *Le cause delle condictiones*, in *Studi Parmensi*, I, Milano, 1950, p. 33 ss. (volume in onore di T. Marchi). Ora in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, p. 703 ss.
- , *Studi sul procurator. I. Dell'obbligo di dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in «AG», LXXXIX, 1923, p. 190 ss. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, p. 103 ss.
- , *Studi sul procurator. II. Verus et falsus procurator*, in *Ann. Perugia*, XXXIII, 1921, p. 673 ss. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, p. 135 ss.
- DÜLL R., *Über Ansätze direkter Stellvertretung im frührepublikanischen Recht*, «ZSS», LXVII, 1950, p. 162 ss.

- EISELE F., *Cognitur und Prokuratur. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Freiburg-Tübingen, 1881.
- FARGNOLI I., *Alius solvit alius repetit: studi in tema di indebitum condicere*, Milano, 2001.
- , *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006.
- FERRINI C., *Manuale di Pandette*⁴ (edizione curata e integrata da Giuseppe Grosso), Milano, 1953.
- FINAZZI G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999.
- , *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003.
- FITTING H., *Sciens indebitum accipere. Études de jurisprudence romaine classique*, Lausanne, 1926.
- FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Padenborn-München-Wien-Zürich, 1990.
- FORCELLINI E., s.v. *Procurator*, *Lexicon totius latinitatis*, III (L-Q), curante Francisco Corradini; cum appendice Josephi Perin, Patavii, 1965, p. 882 ss.
- FRESE B., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel 40. anno del suo insegnamento*, IV, Aalen, 1974 (ripr. dell'ed. Palermo, 1936), p. 399 ss.
- , *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel 40. anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, p. 397 ss.
- , *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Geroges Cornil*, I, Grand-Paris, 1926, p. 325 ss.
- FREZZA P., *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti di giuristi romani*, in «SDHI», XLII, 1976, p. 149 ss.
- GUARINO A., *Diritto privato romano*¹¹, Napoli, 1997.
- , *Il mandato e la procura (rec. a V. Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano)*, in «RISG», III, 1949, p. 483 ss. Ora in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, p. 186 ss.
- HAMZA G., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in «Index», IX, 1980, p. 193 ss.
- HARKE J.D., *Argumenta Juventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin, 1999.
- HAYMANN F., *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in «BIDR», LIX-LX, 1956, p. 1 ss.
- JHERING R., *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1857, p. 273 ss. Ora in *Gesammelte Aussätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1881, p. 122 ss.
- , *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Fortsetzung)*, in *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II, Jena, 1858, p. 67 ss. Ora in *Gesammelte Aussätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1881, p. 189 ss.
- JOLOWICZ H.F., *Digest 47.2. De furtis*, Cambridge, 1940.
- KASER M., *Das römische Privatrecht. II. Das nachklassischen Entwicklungen*², München, 1975.
- , *Durchgangserwerb*, in «Labeo», XXVI, 1980, p. 24 ss.
- , *Stellvertretung und «notwendige Entgeltlichkeit»*, in «ZSS», XCI, 1974, p. 146 ss.
- , *Zur Frage einer «condictio» aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, in *Festschrift für Wilhelm Felgenträger zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1969, p. 277 ss.

- KLINCK F., *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht*, Berlin, 2004.
- , *Zur Bedeutung des Wortes procurator in den Quellen des klassischen Rechts*, in «ZSS», CXXIV, 2007, p. 25 ss.
- KRELLER H., *Das Rechtsinstitut der Stellvertretung. Historische und theoretische Gedanken*, in *Juristische Blätter*, LXX, 1948, p. 221 ss.
- KRENZ U., *Der Besitzerwerb «per procuratorem»*, in «Labeo», XLIII, 1997, p. 345 ss.
- KÜBLER B. et MEINHART M., s.v. *Procurator ad litem*, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, IV/1, (N-P), Berlin-New York, 1914- 1936- 1985, p. 1191.
- KUPISCH B., *Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus (Ulp. D. 24,1,3,12)*, in «ZSS», XCIII, 1976, p. 60 ss.
- LANGE H., *Das kausale Element in Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig, 1930.
- LE BRAS G., *L'évolution générale du procureur en droit privé romain des origines au III siècle*, Paris, 1922.
- LENEL O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1883.
- , *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, (rist. a cura di Luigi Capogrossi Colognesi; prefazione di Mario Talamanca, Roma, 2000).
- , *Stellvertretung und Vollmacht*, in «Jahrb. für die Dogm. des Rechts», XXXVI, Lipsiae, 1896, n.v. Ora in *Gesammelte Schriften*, Napoli, 1990, p. 207 ss.
- LEVY E., *Nachtrage zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962.
- LOVATO A., *Traditio e conventio nel settimo libro delle Disputationes ulpianee*, in «SDHI», LXVII, 2001, p. 79 ss.
- LÜBTOW U., *Die Darlehensgewährung durch den Prokurator*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano, 1971, p. 149 ss.
- MAC CORMACK G., *Nomination: slaves and procurators*, in «RIDA», XXIII, 1976, p. 191 ss.
- MANFREDINI A.D., *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 2003.
- MARTINI R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966.
- MECKE B., *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in «SDHI», XXVIII, 1962, p. 100 ss.
- MEDICUS D., *Zur Leistungsannahme durch den «falsus procurator»*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, p. 214 ss.
- MEYLAN P., *Per procuratorem possessio nobis adquiri potest*, in *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 105 ss.
- MICELI M., *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in «IURA», LIII, 2002, p. 57 ss.
- , *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, 2008.
- MICHEL J.H., *Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, in *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en Provence, 1970, p. 515 ss.
- MILELLA O., *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in «Annali della R. Università di Bari», II, 1966-67, p. 377 ss.
- NAVARRA M.L., *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002.
- NICOSIA G., *Acquisto del possesso «per procuratorem» e «reversio in potestatem domini» delle «res furtivae»*, in «IURA», XI, 1960, p. 189 ss.
- , s.v. *Gestione di affari altrui* (storia), in «ED», XVIII, [Varese], 1969, p. 628 ss.
- , s.v. *Possesso* (diritto romano), in «Dig. IV», XIV, Torino, 1966, p. 83.
- , *Studi sulla deiectio*, Milano, 1965.
- NÖRR D., *Sulla specificità del mandato romano*, in «SDHI», LX, 1994, p. 367 ss.
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.
- , s.v. *Rappresentanza* (diritto romano), in «NNDI», XIV, Torino, 1967, p. 795 ss.

- PAPERI O., *Considerazioni sull'origine del procurator ad litem*, in «Labeo», XLVIII, 2002, p. 37 ss.
- , *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in «SDHI», LXIII, 1997, p. 401 ss.
- PARTSCH J., *Die Lehre von Scheingeschäfte im römischen Recht*, in «ZSS», XLII, 1921, p. 227.
- PERNICE A., *Labeo: Romisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*², 2.1, Halle, 1895.
- PEROZZI S., *Della tradizione, suo concetto e sua natura giuridica*, in *Annali Perugia*, II, 1880, n.v. (= *Della tradizione, suo concetto e sua natura giuridica*, Città di Castello, 1886). Ora in *Scritti giuridici*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 1948, p. 1 ss.
- PIKA W., *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988.
- PRINGSHEIM F., *Beryt und Bologna*, in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, p. 391.
- PROVERA G., s.v. *Mandato* (storia), in «ED», XXV, [Varese], 1975, p. 311 ss.
- , *Rec. a D. Simon, Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, in «IURA», XXI, 1970, p. 211.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano, II. Il processo formulare*, Milano, 1963.
- , *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938.
- , s.v. *Simulazione* (diritto romano), in «NNDI», Torino, 1970, p. 351 ss.
- QUADRATO R., *D. 3.3 I pr. e la definizione di procurator*, in «Labeo», XX, 1974, p. 210 ss.
- , *Dal procurator al mandatario*, in «Annali della R. Università di Bari», 1963, p. 3 ss.
- , s.v. *Rappresentanza* (dir. rom.), in «ED», XXXVIII, [Varese], 1987, p. 417 ss.
- RANDAZZO S., *Mandare: radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005.
- RICCOBONO S., *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in «BIDR», VIII, 1895, p. 219 ss.
- ROZWADOWSKI W., *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in «BIDR», LXXVI, 1973, p. 11 ss.
- SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841.
- SCHÄFER C., *Spitzenmanagement in Republik und Kaiserzeit. Die Prokuratoren von Privatpersonen im Imperium Romanum vom 2. Jh v.Chr. bis zum 3. Jh. n.Chr.*, St. Katharinen, 1998.
- SHELTEMA H.J.-HOLWERDA N.-VAN DER WAL D., *Basilicorum libri LX. Series B. Volumen VIII. Scholia in libros LVII-LX*, 16, Gröningen, 1983.
- SCHLOSSMANN S., *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig, 1881.
- SCHULZ F., *Sabinus-Fragmente in Ulpiani Sabinus-Commentar*, Halle, 1906.
- , *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968.
- SCHWARZ F., *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952.
- SCIALOJA V., *L'acquisto del possesso dei terzi secondo il diritto romano e l'attuale di S. Schlossmann*, in *La Cultura*, I, 1882, p. 428 ss. Ora in *Studi*, I, Roma, 1934, p. 97 ss.
- SEILER H.H., *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968.
- SOLAZZI S., *Ancora procuratori senza mandato*, in «RIL», LVII, 1924, p. 302. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1960, p. 609 ss.
- , *C. 8, 15, 1 e le facoltà del 'procurator omnium bonorum'*, in «SDHI», XXIII, 1957, p. 297 ss.

- , *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in *Memorie della R. Accademia delle Scienze in Modena*, ser. III, vol. XI, 1911, n.v. Ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, p. 35 ss.
- , *Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 601 ss.
- , *Il «procurator ad litem»*, in *Atti Acc. Napoli*, LXII, 1940, p. 162. Ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 115 ss.
- , *L'errore nella «condictio indebiti»*, in *Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche*, LIX, 1939, p. 291 ss. Ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, p. 99 ss.
- , *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*², Napoli, 1935.
- , *La definizione del procuratore*, in «RIL», LVI, 1923, p. 142 ss. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 557 ss.
- , «Procurator» ed «institor» in *D. 14.3.5.10*, in «SDHI», IX, 1943, p. 104 ss. Ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, p. 548 ss.
- , *Procuratori senza mandato*, in «RIL», LVI, 1923, p. 735 ss. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 569 ss.
- , *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, in «AG», XCI, 1924, p. 150 ss. Ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 593.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- , *Rec. a H.H. Seiler, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, La fattispecie dell'«actio negotiorum gestorum»*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 217 ss.
- , s.v. *Delegazione*, in «ED», vol. XI, [Varese], 1962, p. 918 ss.
- THOMAS J.A.C., *A note on «falsus procurator»*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, p. 409 ss.
- , *Animus furandi*, in «IURA», XIX, 1968, p. 18 ss.
- VACCA L., *Ancora sul problema del «procurator» e della rappresentanza nell'acquisto del possesso*, in «RISG», XVII, 1973, p. 261 ss.
- VANGEROW A., *Lehrbuch der Pandekten*⁷, III, Marburg und Leipzig, 1876.
- VOCI P., *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in «IURA», XX, 1969, p. 313 ss. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 455 ss.
- , *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in «SDHI», XV, 1949, p. 141 ss. Ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 53 ss.
- , *Modi di acquisto della proprietà* (Corso di diritto romano), Milano, 1952.
- VON LINGENTHAL Z., *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, in «ZSS», X, 1889, p. 252 ss. Ora in *Fortsetzung von Rom. Abth VIII dieser Zeitschrift*, p. 206 ss.
- WATSON A., *Acquisition of ownership by «traditio» to an «extraneus»*, in «SDHI», XXXIII, 1967, p. 109 ss.
- , *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961.
- WIEACKER F., *Die Juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz, in Existenz und Ordnung*, in *Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1962, p. 421 ss. Ora in *Kleine juristische Schriften. Eine Sammlung zivilrechtlicher Beiträge aus den Jahren 1932 bis 1986*, Göttingen, 1988, p. 77 ss.
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, II, Frankfurt am Main, 1906.
- WLASSAK M., *Zur Geschichte der Cognitur*, in *Festgabe Jhering*, Breslau, 1892, p.1 ss.