

IL MANDATO E LA PROCURA

1. — È il corso di diritto romano che l'a. è stato improvvisamente chiamato a svolgere, nell'anno accademico 1948-49, a seguito della dolorosa scomparsa di Emilio Albertario, dalla cattedra di Pandette dell'Università di Roma. È dedicato, dal maestro davvero indimenticabile, agli « indimenticabili » allievi, ch'egli ha avuto nei 25 anni di insegnamento a Napoli.

Il libro si divide in 30 paragrafi, di cui il primo contiene una breve premessa (p. 1-2) e i rimanenti sono raggruppati in 5 capitoli e una appendice.

A) Nel cap. I (§§ 2-9, p. 3-43: « Il mandato e gli altri casi di gestione per conto altrui ») l'a. procura, a titolo preliminare, di differenziare dal mandato ogni altra fattispecie di gestione per conto d'altri. Egli parla, pertanto, brevemente, dei casi originari di gestione (*cognitor*, *fiducia cum amico*: § 2, p. 3-6), dei negozi compiuti *ab antiquo* per conto del *pater familias* dal figlio e dallo schiavo (§ 3, p. 7-8), della figura del *procurator omnium rerum* (§ 4, p. 8-12), della posteriore figura del *procurator ad litem*, di cui difende (contro l'Albertario) la classicità (§ 5, p. 12-17), e dedica una succinta dimostrazione al carattere postclassico di ogni altra figura di *procurator unius rei* (§ 6, p. 17-19). Subordinatamente, passa a sostenere la tesi che l'azione relativa ai rapporti tra principale e *procurator (omnium rerum, ad litem)* non sia stata, in età preclassica e nel primo secolo dell'età classica, l'*a. mandati*, ma l'*a. negotiorum gestorum*, e più precisamente la formula *in ius ex fide bona*, di cui assume l'antiorità rispetto alla formula *in factum*: lo desume da Cic. *Top.* 10.42 e 17.66, da Sen. *de ben.* 4.27.3, da Pomp. D. 27.3.3 e 34.3.8.6, ove traspare più o meno chiaramente il ricollegamento originario al *procurator* dell'*a. neg. gest.* (§ 7, p. 19-20);

* In RISG. 3 (1949) 483 ss. Rv. ad ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano* (Napoli 1949) p. VIII-211.

lo comprova col famoso (Paul.-)Sab. D. 17.2.38 pr., di cui difende la genuinità e in cui l'*a. neg. gest.* è classificata tra i *iudicia bonae fidei generalia* (§ 8, p. 23-29); lo conferma con un *excursus* sulla storia delle formule dell'*a. neg. gest.* (§ 9, p. 29-43), nel quale tenta di provare (in parziale adesione al Kreller) che l'*a. neg. gest. in factum* fu introdotta dal pretore, posteriormente al riconoscimento (giurisprudenziale) della formula *in ius*, per provvedere all'ipotesi di chi si sostituisse di sua propria iniziativa ad una delle parti del processo, e che soltanto la giurisprudenza classica unificò i casi di gestione di affari sotto il regime dell'*a. neg. gest. in ius*, dando modo alla successiva giurisprudenza postclassico-giustiniana di isolare come casi tipici di *negotiorum gestio* quelli di spontanea sostituzione (nel processo o fuori di esso) di un terzo al soggetto di un rapporto giuridico. Secondo l'a., insomma, soltanto in periodo classico si verificarono i presupposti di una parziale commistione tra l'istituto del *procurator* e quello del *mandatum*, perché soltanto allora si profilò la tendenza a non considerare come tipica *negotiorum gestio* la gestione effettuata, non spontaneamente, ma in base a *praepositio*, dal *procurator* per conto del *dominus negotii*.

B) Il cap. II (§§ 10-15, p. 44-78: « Mandato e procura ») è dedicato allo studio ed alla precisazione dei rapporti intercorsi tra mandato e procura in periodo classico inoltrato ed in periodo postclassico. Posto in luce il carattere *iuris gentium* del *mandatum* e quindi la sua origine extracivilistica dai rapporti commerciali tra Romani e *peregrini* (§ 10, p. 44-48), l'a., dopo aver illustrato la persistente efficienza della procura *omnium rerum* in tema di acquisto del possesso (§ 11, p. 49-52), espone le ragioni tecniche che consigliavano i giuristi classici ad abbracciare la procura nel mandato (§ 12, p. 52-55) e si pone il problema se già in età classica l'estensione del regime del mandato alla procura abbia avuto luogo. Il delicato quesito è da lui risolto affermativamente, almeno nel senso di un concorso dell'*a. mandati* con l'*a. negotiorum gestorum*: lo proverebbero, anzi tutto, alcuni passi in cui si usa « *mandatum* », « *mandare* » relativamente al *procurator* (Gai 4.84 e, in certo senso, 3.15, Paul. D. 3.3.41.2, Ulp. D. 17.1.10.1-3, Pap. D. 17.1.55; § 13, p. 55-62); lo confermerebbero poi altri testi, nei quali, più o meno evidentemente e sicuramente, traluce il concorso dei due mezzi processuali (Afric. D. 15.3.17 pr., Ulp. D. 44.2.5, Ulp. D. 3.5.16[17]) e dai quali l'a. ritiene lecito dedurre che i passi in cui l'*a. negotiorum gestorum* è ricordata al solo fine di escluderla (es. Ulp. D. 17.1.6.1) e alcuni di quelli in cui è menzionata la sola *a. mandati* (es. Iul. D. 17.1.31) sono stati alterati (§ 14, p. 62-76). Solo in diritto postclassico-

giustiniano si venne decisamente a ritenere che il *procurator*, istituito dal *dominus* (il cd. *verus procurator*), derivasse i suoi poteri di gestione (*omnium rerum* o *unius rei*) esclusivamente da un *mandatum* e che, viceversa, l'*a. negotiorum gestorum* fosse riservata solo a chi *negotiis alienis gerendis se optulit*, che già per i classici nulla aveva a che fare con il *procurator* (contro l'opposta opinione del Solazzi, v. p. 65 ss.) e che i giustiniani si compiacquero di definire *falsus procurator*, cioè « non-procuratore » (§ 15, p. 77-78).

C) Il cap. III (§§ 16-22, p. 79-133) fornisce la definizione (§ 16, p. 79) ed illustra partitamente gli elementi propri del contratto di mandato: consensualità, bilateralità, oggetto, gratuità, interesse. Pochi i cenni sulla consensualità del contratto, che è materia di dottrina più vasta (§ 17, p. 79-84). Relativamente al requisito della bilateralità, l'a. afferma che si trattò di bilateralità non perfetta, in quanto che l'obbligazione del mandatario non era essenziale ma eventuale, tuttavia aggiunge subito che i Romani non dettero rilievo teorico al punto e che, data l'alta frequenza dei casi di obbligazione del mandatario, non ebbero difficoltà a parlare, senza limitazioni, di bilateralità di tutti i contratti consensuali, mandato compreso (cfr. Gai 3.137 e 155; § 18, p. 84-92). Egli critica (p. 89 ss.) la tesi del Donatuti, secondo cui il *mandatum* sarebbe stato bilaterale perfetto solo nel senso che erano eventuali tanto l'obbligazione del mandante quanto la obbligazione del mandatario, e critica altresì (§ 19, p. 92-101) la tesi secondo cui il diritto romano avrebbe conosciuto azioni « bifronti », valevoli senza mutamento di formula contro l'una e l'altra parte (Partsch), e il *mandatum* sarebbe stato classificato tra i contratti bilaterali solo nel senso che sfociava appunto in una formula di questo tipo (Biondi). In ordine all'oggetto del *mandatum*, l'a. si sofferma (§ 20, p. 101-114) sul tema del mandato illecito e su quello del *mandatum incertum*: conformemente al Siber, egli ritiene valido il mandato con oggetto lecito, ma a scopo illecito, e trae dall'esegesi di Ulp. D. 17.1.12.11 e 13 la convinzione che i classici negassero al mandatario l'*a. contraria* solo nel caso di sua consapevolezza della causa illecita (p. 105 ss.); quanto al cd. *mandatum incertum*, l'esame di Paul. D. 17.1.46 lo spinge ad avversare la tesi del Donatuti, contraria alla classicità dell'ipotesi, che a lui invece sembra piuttosto relativa ad un *mandatum* con prestazione non tassativamente determinata, cioè meno certa dei casi soliti di *mandatum* (p. 109 ss.). Dopo una breve illustrazione del requisito della gratuità (§ 21, p. 114-118) l'a. si ferma, infine (§ 22, p. 118-133), a trattare dell'interesse nel mandato e del *mandatum pecuniae credendae*, di cui illustra rapidamente

(p. 128 ss.) funzione e struttura. Riguardo alla figura del *mandatum tua (tantum) gratia*, egli propone questa soluzione del tormentato problema relativo alla sua estensione: Servio (cfr. Gai 3.156), seguito dai proculiani e da Celso (D. 17.1.48.1-2, Ulp. D. 17.1.6.4-5 itp.), considerò *tua gratia*, e quindi nullo, non solo il consiglio generico di impiegare in certo modo il proprio danaro, ma anche il consiglio specifico (cd. *mandatum*) *uti Titio credas*; Sabino, approvato dalla giurisprudenza della sua scuola e da quella post-adrianea, pur non negando che anche in questo secondo caso si avesse mandato *tua gratia*, sostenne che però il mandato fosse da considerare eccezionalmente valido, con conseguente esperibilità dell'*a. mandati contraria*; i postclassici e i giustinianeî (cfr. I. 3.26.6), aderendo pur essi a Sabino, separarono l'ipotesi *ut Titio credas* dalla figura del *mandatum tua gratia* e la qualificarono come *mandatum aliena gratia* oppure (nel caso di prestito ad interesse) *tua et aliena gratia*.

D) Nel cap. IV (§§ 23-25, p. 134-158) sono passate in rassegna le cause di estinzione del *mandatum*, e più precisamente il recesso unilaterale (§ 23, p. 134-139) e la morte di una delle parti (§ 25, p. 139-142), dopo di che si tratta il problema circa la validità del *mandatum post mortem* (§ 26, p. 142-158). In conformità con la dottrina tradizionale (Zimmerl) e contrariamente a opinioni anche recentemente difese (Sanfilippo), l'a. ritiene nullo sia il *mandatum post mortem mandatarii* che il *mandatum post mortem mandantis*: egli inclina a spiegare il silenzio di Gai 3.158 su questa seconda figura come una omissione di copista determinata da omoioleuto (es. « *si quis quid post mortem (suam vel post mortem) meam faciendum mihi mandet . . .* »), e comunque afferma che, come nel caso analogo della *stipulatio post mortem (meam, tuam*: Gai 3.100), la massima *obligatio ab heredis persona incipere non potest* (esplicitamente richiamata da Gai 3.158) implica la nullità anche del *mandatum post mortem mandantis*.

E) Il cap. V (§§ 26-29, p. 159-196) è relativo alle obbligazioni delle parti. Nel parlare delle obbligazioni del mandatario (§ 26, p. 159-165), l'a. si occupa della possibilità di eseguire il mandato mediante sostituto e, contro l'opinione del Donatuti, opta col Sanfilippo per la soluzione affermativa (p. 161 ss.). Poche pagine sono dedicate alle obbligazioni del mandante (§ 27, p. 165-168), dopo di che l'a. torna al mandatario per affrontare le due questioni dell'eccesso di mandato (§ 28, p. 168-188) e del criterio soggettivo della responsabilità del mandatario (§ 29, p. 188-196). Quest'ultimo tema (che si inquadra in un noto e perspicuo corso precedente su *La responsabilità contrattuale in dir. rom.*² [1933] *passim* e 41

ss.) è sviluppato con rapidi tocchi, mediante i quali l'a. ricorda il significato ampio che ebbe nei classici il criterio della responsabilità per dolo e prende partito nettamente contrario alle due recenti teorie del Sachers (che suppone una distinzione preclassica tra *dolus malus* = frode e *dolus simplex* = volontaria inesecuzione) e del Pflüger (che giustifica la latitudine della responsabilità del mandatario per *dolus* col rilievo che egli era tenuto a prestare una *fides* « bona », cioè, come ironizza l'a., « di buon peso »). Più lungo il discorso sull'eccesso di mandato, che uno studio tanto acuto quanto ardito del Pringsheim ha reso, nel 1938, nuovamente attuale. Gai 3.161 afferma che, ove il mandatario abbia acquistato un fondo a prezzo superiore a quello fissatogli come massimo dal mandante, egli non può pretendere dal mandante che si riceva il fondo contro pagamento del prezzo autorizzato, « *idque maxime Sabino et Cassio placuit* »; senonché Gai. *res cott.* D. 17.1.14 e I. 3.26.8 fanno cenno della contraria opinione di Proculo (« *Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimant* »), che mostrano di preferire come *sententia benignior*. L'a., escluso che rientri nel tema Iul. D. 17.1.33 (p. 175 ss.), sostiene, anche sulla base di una minuta esegesi di Paul, D. 17.1.3 e 5 (p. 179 ss.), che i giustinianeî certamente aderirono alla soluzione proculiana, ma non tace che la tesi sabiniana incontrò pur essa il favore di qualche postclassico (pregiustiniano), come risulta da una glossa in D. 17.1.3.2; quanto a Gai 3.161, escluso che l'omissione della opinione proculiana sia derivata, in età postclassica, dal trionfo della teoria di Sabino e di Cassio (Pringsheim), egli avanza l'ipotesi che l'interpolazione privativa sia stata fatta da lettori postclassici favorevoli (non meno di quelli che glossarono D. 17.1.3.2) alla opinione sabiniana.

F) L'appendice (§ 30, p. 197-207) affronta i quesiti sollevati dalla misteriosa regola « *ratihabitio mandato comparatur* », formulata in Ulp. D. 46.3.12.4 e Ulp. D. 43.16.1.14. L'a. non crede che la massima possa spiegarsi come una *fictione* di creazione giurisprudenziale produttiva di una *utilis actio mandati*, né si mostra convinto della tesi del Cosentini, che qui *mandatum* sia usato nel senso atecnico di *iussus*: la massima, a suo avviso, vuol significare che l'atto giuridico ratificato a posteriori vale come compiuto da un *procurator* (cioè da un gestore di affari *ex mandato*). In base a questo criterio egli spiega i due testi controversi, di cui peraltro tende a ritenere, col Bortolucci e con altri, la fatturazione postclassica.

2. — L'esposizione, volutamente minuziosa, che precede varrà a mettere in evidenza di per se sola i pregi di completezza e di equilibrio del corso, nonché il perfetto inquadramento del tema nel sistema dei contratti

ed in quello della rappresentanza indiretta. È quasi inutile aggiungere, per chi mai già non conoscesse l'a., che l'opera è redatta in uno stile limpidissimo e arioso, che non si offusca nemmeno nei punti più complessi e che la renderà particolarmente accetta ai lettori per i quali è stata principalmente scritta, gli studenti. Sotto questo profilo essa costituisce una prova luminosa di come un corso universitario possa riuscire, sol che si voglia e si sappia, a conciliare il più alto rigore scientifico con la più incondizionata chiarezza.

Quanto all'apporto scientifico di questa nuova fatica (o diletto?) dell'illustre a., l'esposizione dianzi condotta varrà parimenti a porne in rilievo l'importanza. I due primi capitoli, relativi al sistema romano di gestione per conto altrui, sintetizzano in maniera plastica, e in molti punti originale, il difficile e sterminato argomento, aprendo sicuramente la via a nuove discussioni e revisioni. Il rimanente del libro, che più specialmente attiene al *mandatum*, offre sempre soluzioni profonde e acutamente ragionate, facendo assai bene sperare gli studiosi in quel trattato dei contratti consensuali romani, che l'a. si è impegnato ad offrirci in un tempo che speriamo vicino.

Un lettore superficiale di questa come di altre opere dell'a., potrebbe essere forse indotto a ritenere che egli, tra gli eccessi opposti del conservatorismo storiografico e del criticismo oltranzista, ami seguire una traccia mediana, o per meglio dire una politica intermediatrice. In realtà non è così. L'a. non è certamente un conservatore, ma un « criticista », di un criticismo, peraltro, assai più penetrante, e quindi sano, di quello di alcuni, i quali riassumono il novanta per cento del loro « diritto romano » in un preteso e radicale contrasto tra « classico » e « postclassico ». Già in altra occasione (in *AG.* 134 [1947] 75) ho avuto a dire che l'Arangio-Ruiz è maestro nella ricostruzione dei chiaroscuri dell'evoluzione storica: ma i suoi chiaroscuri non sono i grigi dell'indeterminato e dell'ibrido, sono al contrario gli effetti di una penetrazione tanto sapiente e profonda nei più riposti particolari, con le loro inevitabili contraddizioni e varietà, da avvicinare talvolta le sue ricerche quasi ad analisi psicologiche: si leggano, per convincersene, le pagine sulla storia della *negotiorum gestio* (p. 29 ss.) o quelle sull'eccesso di mandato (p. 168 ss.), tenendo particolarmente presente quanto l'a. osserva e precisa circa gli orientamenti dei vari giuristi classici in argomento.

Certo, il raffinatissimo modo di lavorare, che è proprio dell'a., non è fatto per eliminare nel lettore ogni dubbio, anzi, se mai, si risolve spesso nella suggestione alla impostazione di nuovi problemi. Non è questo il luogo per indugiarsi in una conta minuziosa di dissensi. Tut-

tavia nemmeno so rinunciare ad esprimere qualche mia personale divergenza dal modo di vedere dell'a., sopra tutto per quel che riguarda i rapporti tra mandato e procura.

La reazione dell'a., e prima ancora del Solazzi, agli eccessi critici di certi romanisti, tra cui principalmente l'Albertario, in tema di ricostruzione storica della procura romana, è certamente, a mio avviso, da approvare. Che almeno il *procurator ad litem* (ma perché non anche, eventualmente, come ben ritiene il Solazzi, qualche altro procuratore speciale?) sia stato conosciuto dai classici mi sembra indubbio; ed altrettanto indubitabile mi pare che, in periodo classico più o meno inoltrato, si sia finito col riconoscere applicabile l'a. *mandati* ai rapporti tra principale e *procurator praepositus*, sia generale che speciale. Tuttavia, io sarei incline a precisare che: a) in periodo preclassico e poi sino a Pomponio per *procurator* si sia generalmente inteso il solo *proc. omnium rerum*, con conseguente applicazione dell'a. *negotiorum gestorum*; b) il *procurator ad litem*, ove fosse *praepositus*, si sia invece considerato *ab initio* come mandatario, con conseguente applicazione della sola a. *mandati*; c) l'a. *negotiorum gestorum* non sia mai stata ricollegata ad un atto di *praepositio*, ma solo al fatto compiuto dei *negotia gesta*, con la conseguenza che essa fu ritenuta applicabile tutte le volte che non vi fosse (tutela o) *mandatum*; d) la progressiva ammissione, in periodo classico, del mandato generale abbia progressivamente sottratto alla sfera della *negotiorum gestio* l'ipotesi di *procurator praepositus omnium rerum*, trasferendola nella sfera di applicazione del *mandatum*; e) i giuristi classici non abbiano mai ritenuto applicabile, in tema di *procuratio*, sia l'a. *neg. gest.* che l'a. *mandati*, ma abbiano ritenuta applicabile questa oppure quella a seconda che il *procurator* fosse o non fosse mandatario.

Valgano i pochi cenni che seguono a dar conto, sommariamente, del mio pensiero. Ed anzi tutto mi sia lecito affermare in contraddizione all'a. (p. 65 ss., 78), 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*; se, come assume l'a. (p. 66), il dettato genuino di Paul. *sent.* 1.3.3 fosse stato semplicemente « *qui se negotiis alienis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet* », il rielaboratore postclassico non avrebbe sentito il bisogno di premettere « *voluntarius*

procurator»: in quel testo, come ha ben visto il Levy, è di troppo il « *voluntarius* » ed è stato inserito proprio per addomesticare secondo il punto di vista postclassico il preesistente « *procurator* »; infine (per tralasciare ogni altra considerazione), Gai 4.84 (« . . . *sunt qui putant cum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum . . .* ») manifesta, come l'a, riconosce (p. 78), solo una « riluttanza della giurisprudenza classica » (forse la più inoltrata) a chiamare *procurator* il gestore volontario, e comunque la manifesta solo in relazione al *procurator ad litem* (il quale, del resto, anche se munito di mandato, « *plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur* »).

Ciò premesso, l'affermazione da me fatta sub a) — che sino a Pomponio si sia generalmente inteso per *procurator* il solo *procurator omnium rerum* (fosse o non fosse *praepositus*) — mi sembra legittimata essenzialmente dalla definizione di Cic. *pro Caec.* 20.57 (« . . . *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 . . .* ») e da Ulp. D. 3.3.1 (« . . . *quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse . . .* »); e quanto all'affermazione sub b) — che il *procurator ad litem praepositus* (così come ogni altro eventuale *procurator praepositus unius rei*) sia stato considerato mandatario sin dalla sua istituzione —, la giustificano le valide ragioni addotte dall'a. (p. 52 ss.) a dimostrazione della necessità logico-giuridica di identificare la *praepositio* accettata o eseguita con il *mandatum*. Ed è chiaro che in tanto si parlò di *procurator ad litem praepositus* come di una figura a sé stante, in quanto si riconobbe dal diritto preclassico il *mandatum*: sin che al *mandatum*, in cui si concretava la *praepositio*, non si dette riconoscimento, il *procurator ad litem* altro non era che un qualunque *procurator omnium rerum* il quale compisse atti di gestione nel processo, di guisa che era questo il motivo per cui i rapporti tra lui e il *dominus* erano dominati dall'*a. negotiorum gestorum*. Non mi nascondo che a questo mio ragionamento vien fatto, a prima vista, di obiettare, che, dunque, già in diritto preclassico il *praepositus ad litem* doveva essere denominato, contrariamente a quanto ho desunto da Cic. *pro Caec.* 20.57, *procurator*: ma dove sono i testi che lo confermano? non è soltanto in Gai 4.84, cioè posteriormente a Pomponio, che viene definito *procurator* chi ha ricevuto espresso mandato alla lite?

A mio avviso, insomma, vi sono buoni indizi per ritenere che, sin tanto che i Romani non si decisero a concepire l'ammissibilità del man-

dato generale (il che sembra trasparire per la prima volta solo in Gai 3.155), le ipotesi di *praepositio* di un soggetto a tutti o a svariati propri affari e le ipotesi di volontaria gestione, da parte di un soggetto, di uno o svariati affari altrui furono tutte quante indistintamente unificate nel concetto di *negotiorum gestio* effettuata da un *procurator*: *procurator*, insisto, ch'era inteso sempre come *proc. omnium rerum*, perché, nel caso dello spontaneo gestore di un unico negozio altro non si può dire che egli si assume la veste di *procurator* del *dominus*, e non vi è modo di controllare se quella veste egli non se la assuma o non sia per assumer-sela anche relativamente ad altri affari. Ne consegue che, secondo quanto ho affermato sub *c*), non sembra esatta la tesi del Kreller, accolta sostanzialmente dall'a. (p. 38 ss.), secondo cui in diritto preclassico da un'a. *negotiorum gestorum* civile relativa al *procurator praepositus* si sarebbe passati ad un'a. *negotiorum gestorum in factum* relativa al *procurator* processuale spontaneo: l'esservi stata o meno la *praepositio* non poté aver mai rilevanza ai fini della concessione dell'a. *negotiorum gestorum*, che era basata sul 'fatto compiuto' di chi *negotia alterius gesserit*. La sola ipotesi atta a spiegare la esistenza di due formule dell'a. *negotiorum gestorum* (una *in ius* e una *in factum*) mi pare, pertanto, quella che una di esse (quella *in factum*?) sia stata introdotta a tutela del *procurator* contro il *dominus* e l'altra a tutela del *dominus* contro il *procurator*: né mi è possibile, in questa sede, andar più addentro nella complessa questione.

Fu la progressiva ammissione, da parte della giurisprudenza classica, della figura del mandato generale a sottrarre, come ho affermato sub *d*), l'ipotesi del *procurator praepositus omnium rerum* all'istituto della *negotiorum gestio*. Già da tempo i giuristi rettamente giudicavano che, di fronte ad una *praepositio*, o il *praepositus* accettava (oppure eseguiva), e si aveva un *mandatum*, o viceversa non accettava (e non eseguiva) e non si produceva alcun effetto giuridico pro o contro di lui: se tale argomentazione essi furono dapprincipio riluttanti ad applicare alla *praepositio omnibus rebus*, ciò dipese esclusivamente dalla loro resistenza a concepire contratti di mandato che non fossero speciali.

E vengo, sulla base di tutto quanto ho detto fin qui, a giustificare l'affermazione sub *e*), che cioè non sia vero che i giuristi classici abbiano mai ritenuto applicabili, in tema di *procuratio*, l'a. *negotiorum gestorum* o l'a. *mandati*, a scelta dell'attore. La tesi dell'a. in proposito mi sembra logicamente inammissibile perché, se è vero quanto ho argomentato finora, il motivo per cui lentamente le ipotesi di *procurator praepositus* passarono tutte ad essere raffigurate come ipotesi di mandatario fu che

parallelamente si formò, nel corso dei secoli, la convinzione che esse non fossero ipotesi di mera *negotiorum gestio*: riconosciuta l'esperibilità dell'*a. mandati* era automaticamente disconosciuta quella dell'*a. negotiorum gestorum*. Ed uno sguardo ai testi citati dall'*a.* a suo sostegno (p. 62 ss.) basterà a convincersene. A prescindere da Ulp. D. 17.1.6.1, che prova testualmente il mio assunto, e di cui l'*a.* onestamente non tenta di sbarazzarsi con critiche dirette, che sono impossibili, ma solo con l'argomento della presunta contrarietà con gli altri testi, mi limiterò ad osservare che: in Afric. D. 15.3.17 pr. («... si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum») giustamente si fa l'eventualità dell'*a. mandati* o di quella *negotiorum gestorum* perché *procurator* può essere tanto il *praepositus* quanto il *voluntarius*; in Ulp. D. 44.2.5 («... si quis mandati acturus... propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit...») la spiegazione proposta dall'*a.* è una *petitio principii* e non val più di quella secondo cui il mandatario, nella tema di non poter provare il mandato, muti il titolo dell'azione, decidendo di agire con la *condictio*, per la restituzione del danaro versato al *dominus*, oppure in veste di colui *qui se ultro negotiis alienis gerendis optulit*; in Ulp. D. 3.5.16[17] («... si quid connexum fuit, ut separari ratio eius quod in servitute gestum est ab eo quod in libertate gessit non possit, constat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est...») è, se l'*a.* mi permette, solo una sua impressione che l'ipotesi dell'*a. negotiorum gestorum* non possa essere stata fatta, perché «fuori della realtà», in considerazione dell'eventualità che il servo abbia continuato ad amministrare, dopo la sua affrancazione, di propria iniziativa i beni del patrono assente.

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». Pur se con molte incertezze (di cui i miei dissensi dall'*a.* sono la riprova), i testi di cui disponiamo fanno intravedere uno sviluppo incessante e complesso che si inizia col periodo preclassico del diritto romano e che continua, non senza alcune contraddittorietà, nei periodi successivi, secondo questa direttiva generale: svincolamento del *procurator praepositus* dal regime della *negotiorum gestio* e sottoposizione di esso al regime del *mandatum*; nonché, per converso, restringimento del regime della *negotiorum gestio* al *procurator voluntarius*, con tendenza viepiù decisa a non denominare costui nemmeno

procurator o tutt'al più a qualificarlo *falsus procurator*. E può anche darsi, giusta quest'ordine di idee, 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. (« *procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat* »: che i paragrafi seguenti concorrono a dimostrare genuino).