

Dottore di ricerca Giovanni Carlo Seazzu, LL.D.

Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Sassari, Italia

FONTI ROMANE DELLA “PROCURA”?

La natura complessiva della rappresentanza è nel “pieno potere” / “sostituzione” del rappresentante rispetto al rappresentato ed essa ha la capacità di determinare il sistema giuridico che la ospita o, per negazione, che non la ospita.

La romanistica contemporanea, in particolare il massimo pandettista del secolo XIX Bernhard Windscheid (il quale utilizza i contributi di Friedrich Carl von Savigny e di Paul Laband) colloca la rappresentanza nel diritto romano

Questa grande novità dogmatico-sistematica è operata con mezzi estremamente ridotti: la attribuzione allo iussum romano del significato non di comando ma di trasferimento del potere, cioè di procura.

Un rapido confronto con l’opera del massimo pandettista del secolo precedente, Christian Friedrich von Glück alimenta dubbi sulla capacità degli argomenti testuali di Windscheid a sostenere la novità per la quale sono invocati.

Neppure risolve i dubbi la lunga nota con cui Pietro Bonfante, traduttore di Glück ma ‘seguace’ di Windscheid, puntella la dottrina di quest’ultimo.

Parole chiave: Glück; Windscheid; Laband; Iussus; Comando.

1. Termini e portata della questione; 2. Bernhard Windscheid: “lo iussum non è un comando”; 3. Christian Friedrich von Glück: “lo iussum è un comando”; 4. Qualche, prima considerazione

1. TERMINI E PORTATA DELLA QUESTIONE

a.

In questa ‘nota’, ci proponiamo una ricognizione molto circoscritta ma significativa della base testuale per la attribuzione al diritto romano dell’i-

Giovanni Carlo Seazzu, giancarlo.seazzu@tiscali.it.

stituto della rappresentanza;¹ istituto del quale evidenziamo *in limine* tre caratteristiche:

- la unicità sostanziale della rappresentanza in generale², al di là delle sue "varie forme";³

- la individuazione, nel "pieno potere"⁴ – e, quindi, nella "sostituzio-

¹ Per lo stato della dottrina, vedi esemplarmente G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza, Corso di diritto romano*, Milano 2008; M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, I, Milano 2008.

² Ci riferiamo alla rappresentanza "diretta" (ossia ad ogni agire del rappresentante per conto e in nome del rappresentato nella cui sfera giuridica si verificano gli effetti del negozio)

Circa la natura di «pseudo-nozione di rappresentanza indiretta» vedi E. Zanelli, "Rappresentanza e gestione", *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 18/1965-66, 252 nt. 27.

³ M. Campobasso ("Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale e organica" *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino 2010, 452 etc.) individua nella "autonomia" del rappresentante rispetto alle (eventuali) istruzioni del rappresentato («contenuto del potere gestorio») l'elemento comune alle varie forme di rappresentanza e qualificante della rappresentanza in generale e ne attribuisce la prima messa a fuoco scientifica a P. Laband ("Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch" *ZHR - Zeitschrift für Handelsrecht* 10/1866).

Questa evidenziazione del ruolo di Laband non è certamente isolata. Si vedano, ad esempio, D. Ockl ("Procura e mandato nella convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali e nella proposta di regolamento «Roma I»" *Quaderni della fondazione Italiana del Notariato* 4/2007, ove si attribuisce a Laband la autonomia del potere di rappresentanza (*Vollmacht*) dal mandato); N. Hofmann (*Missbrauch von Formvollmachten*, Wien 2008, § 2.2.1.5, Laband, "Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften", ove si scrive di portata assoluta del potere di rappresentanza ["absolute Umfang der Vertretungsmacht"]).

⁴ Pieno potere (*Vollmacht*) è la espressione utilizzata da Paul Laband (in part. 203-206) per indicare la rappresentanza.

Sempre considerando la sostanziale omogeneità della rappresentanza nelle sue varie forme, possiamo ricordare che, già nel 1295, il re d'Inghilterra Edoardo I ribalta il rapporto di potere tra i Comuni e i loro delegati nel Parlamento di Westminster, stabilendo che i primi devono attribuire ai secondi precisamente la *plena potestas* ovvero il 'Full Power' (vedi W. Stubbs, *Select Charters and other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times of the Reign of Edward the First*, Oxford 1870¹, Part I. A Sketch of the Constitutional History of the English nation down to the reign of Edward I, 38 e Part. VII. Select Charters and excerpts; Edward I. - Parliament of 1294 - Summons of the Representatives of Shires and Towns, 476; J. Goronwy Edwards, "The *Plena Potestas* of English Parliamentary Representatives" *Oxford Essays in Medieval History, presented to H.E. Salter*, Oxford 1934 e, quindi, in *Historical Studies of the English Parliament*, Bd. 1: Origins to 1399, Cambridge 1970; C. Müller, *Das imperative und freie Mandat. Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes*, Leiden 1966, 69-71, Viertes Kapitel "*Plena potestas* und repräsentative Versammlungen", A. "Das freie Mandat in England", 5. "Repräsentative Stellung der Commoners", 137 etc.; G. Post, *Plena Potestas and Consent in Medieval Assemblies: A Study in Romano-Canonical Procedure and the Rise of Representation, 1150–1325*, Published online by Cambridge University Press, 17 July 2017). Possiamo ricordare inoltre che, quindi, agli inizi del Novecento, M. Weber colloca in tale 'ribaltamento' la transizione dalla concezione

ne”⁵ del rappresentante rispetto al rappresentato, dell’elemento sostanzialmente qualificante la rappresentanza in generale ossia dell’elemento sostanziale comune alle sue varie forme;

- la capacità della rappresentanza di determinare con la propria presenza (oppure, quindi, per difetto, con la propria assenza) ogni sistema giuridico.⁶

Intendiamo, dunque, dare un contributo alla riflessione sulla appartenenza o meno al diritto romano dell’istituto della rappresentanza in generale, concentrando però (almeno ora) la attenzione sulla “forma” particolare della rappresentanza “volontaria” e, ancora più in particolare sulle due opposte dottrine romanistiche: quella tuttora dominante del secolo XIX e (che la afferma) quella del secolo XVIII (che la nega).

b.

La attribuzione dell’istituto della rappresentanza al diritto romano è operata innanzi tutti⁷ da Friedrich Carl von Savigny, nel suo *System des heutigen römischen Rechts* (1840).⁸ Egli ottiene tale risultato in forza: della asserzione della concezione della natura unitaria della collettività come “persona giuridica” e della conseguente estensione alla collettività sia della condizione di incapacità a volere propria dei minori e dei furiosi (e degli interdetti) sia della loro “sostituzione”⁹ volitiva ad opera di rappresentan-

“antica” del governo della collettività a quella “moderna occidentale” (*Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, hrsg v. J. Winckelmann, Tübingen 1976⁵, lib. I cap. III § 21).

⁵ P. D’Amico (“Rappresentanza, I. Diritto civile” *Enciclopedia giuridica Treccani* XXIX, Roma 1991, § 1. “Nozione, struttura, funzione”) connette alla svalutazione del «rapporto di gestione» (vedi, *supra*, nt. 3) la interpretazione della “rappresentanza” come “sostituzione”, cfr. G. Lobrano, P.P. Onida, “Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo”, <https://www.dirittoestoria.it/14/contributi/Lobrano-Onida-Rappresentanza-o-e-partecipazione.htm> 14/2016, ultima visita 31 settembre 2022, § I.1.c. – Essenza “sostitutiva” della “rappresentanza”.

⁶ G. Lobrano, “Il «sistema giuridico odierno» dell’«agire per altri». Dalla *tutela minorum* (e dalla *cura furiosi*) non dal *mandatum* del diritto romano la «invenzione miracolosa» del diritto moderno” in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Palma*.

⁷ Lungo tutto il Settecento, infatti, lo scontro tra le due grandi fazioni rivoluzionarie, ispirantisi rispettivamente a Montesquieu ed a Rousseau, è precisamente sulla opportunità o meno di fondare la nuova organizzazione costituzionale sulla rappresentanza ma nessuno nutre dubbi circa la assenza di tale istituto presso gli antichi in generale e i Romani in particolare (vedi G. Lobrano, *Res publica res populi*, Torino 1966, § C.I e II).

⁸ Sul ricorso alla categoria “di sistema”, vedi P. Cappellini, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette* [= *Per la storia del Pensiero giuridico moderno* 17] Milano 1984, cap. primo “Il sistema del diritto romano attuale e il problema dell’«uso moderno delle Pandette» nel tardo *usus* moderno”.

⁹ Vedi, *supra*, nt. 5.

ti,¹⁰ il cui potere sarà, quindi, definito “pieno”.¹¹

La concezione “astratta”¹² della unità collettiva è tutt’altro che una novità. Essa è al centro della dottrina formulata – duecento anni prima – da Thomas Hobbes, per la costruzione del “Leviatano”,¹³ ed è ripresa e decisamente rilanciata agli inizi del secolo XIX da Georg Wilhelm Friedrich Hegel, per la costruzione dello “Stato”.¹⁴ È, invece, novità forte¹⁵ quanto fortunata la proposizione risoluta e apodittica,¹⁶ da parte di Savigny, di tale concezione, come inaggrabile postulato di ragione e, quindi, la sua attribuzione – anche – al diritto romano.¹⁷

La attribuzione della rappresentanza al diritto romano operata da Savigny è, però, parziale. Egli, infatti, continua a considerare chi *contrae* per volontà cioè per *iussum* del *dominus*, esecutore del comando (“Befehl”) da lui ricevuto, ciò che ne inibisce la natura di rappresentante cioè di investito del “pieno potere”.¹⁸

¹⁰ F.C. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Dritter Band, Zweytes Buch “Die Rechtsverhältnisse”, Berlin 1840, Drittes Kapitel “Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse”, § 113 “Freie Handlungen - Erweiterung durch Stellvertretung”. Savigny che nel § 112 (“Vernunftlose. Interdicirte. Juristische Personen”).

¹¹ Vedi, *supra*, nt. 4.

Sulla natura di *vis o ius ac potestas in capite libero* della tutela dei minori (D. 26.1.1 [Paul. 38 *ad ed.*] pr.; I. 1.13.1) vedi, *supra*, nt. 6.

¹² P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, 41 etc.

¹³ G. Lobrano (««Mezzi per la difesa della libertà» e forme di governo», A. Trisciunglio, a cura di, *Tribunado - poder negativo y defensa de los derechos humanos en homenaje al profesor Giuseppe Grosso*, Milano 2018, § 5. a. *Sovra-scrittura pandettistica della forma di governo statale-rappresentativa su quella civica-partecipativa*): «Il “Sistema” di Savigny ha [...] una grave ‘falla’ posta sotto la linea del proprio galleggiamento logico. Si tratta della permanenza in esso di scandalosi ‘esempi’ di *iter* volitivo non-sostitutivo ma cooperativo. Gli ‘esempi’ non concernono o non concernono necessariamente la volizione collettiva ma sono ugualmente lesivi della essenziale coerenza del “Sistema”. Si tratta della negoziazione/amministrazione del figlio e del servo su comando (*iussum*) del padre e del padrone».

¹⁴ P. Catalano, 33 etc. (in part. 37 etc.).

¹⁵ Addirittura “inaudita” (G. Lobrano, “La *constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda* del 212 A.C. e il problema giuridico attuale di ri-trovare (e ri-costituire) la cittadinanza”, M. Barbulescu, E. Silverio, M. Felici, a cura di, *La cittadinanza tra impero, stati nazionali ed Europa* [Studi promossi per il MDCCC anniversario della *constitutio Antoniniana*] Roma 2017, § III.1.a “La novità giuridica dichiarata: un ‘Diritto romano’ inaudito”).

¹⁶ Vedi, *infra*, § ‘d’ della ‘Premessa’.

¹⁷ Sulla linea di Savigny, forse nessuno ha affermato più chiaramente di R. Orestano la necessità della astrazione della collettività per la conquista della sua unità quando ha scritto di «lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione che porta all’idea di una personalità corporativa» (*Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959, 166).

¹⁸ Vedi, *supra*, nt. 3.

Nel già citato 3° volume del *System*, subito dopo il § 112 “II. Freye Handlungen. – Hindernisse. B. Vernunft-lofe. C. Interdicirte. D. Juristische Personen”, nel § 113. II. “Freye

c.

La attribuzione al diritto romano della rappresentanza anche "volontaria" sarà operata un quarto di secolo dopo, da Bernhard Windscheid, il quale perfeziona così la attribuzione dell'istituto della rappresentanza a tale diritto. Windscheid ottiene questo risultato attribuendo al diritto romano il negozio della "procura": negozio altro dal *mandatum* precisamente in quanto non creatore di obblighi in capo al mandatario ma attributivo di potere in capo al procuratore.¹⁹

Il negozio della procura era stato posto scientificamente 'a fuoco' (negli stessi tempi di Windscheid)²⁰ da Paul Laband come "Vollmacht" (in uno scritto divenuto poi importante precisamente per questa 'novità')²¹ però ancora con la precisazione di trattarsi di negozio non noto ai giuristi romani.²²

Windscheid, invece, individua l'archetipo o il prototipo romano della procura (e, quindi, la alternativa romana al *mandatum*) nello *iussum del pater/dominus*; nell'atto cioè in virtù del quale il *filius* o il *servus* compie

Handlungen – Erweiterung durch Stellvertreter" Savigny inserisce (93 nt. f) la nozione dello *iussum* e della *actio quod iussu*: «Wenn also der Herr dem Sklaven befahl, für ihn eine Schuld zu contrahiren, so wurde dennoch der Herr nach altem Recht nicht Schuldner; deswegen führte hier der Prätor eine eigene Klage ein, *quod iussu*». È evidente la contraddizione interna della concezione come "rappresentante" dello schiavo "comandato".

¹⁹ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, Zweiter Band, Zweite Abtheilung, Dusseldorf 1866; 4. Buch. Das Recht der Forderungen, 2. Kap. Die einzelnen Forderungsrechte, V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer, B. Die s.g. *actiones adiecticiae qualitatis*, 1. *Actio quod iussu*, *actio institoria*, *actio exercitoria*; § 482, in part. 91 nt. 6.

²⁰ Nel nuovo contesto rappresentativo, postulato da Hegel e parzialmente formulato da Savigny la questione doveva porsi naturalmente alla attenzione dei giuristi. Si veda, ad es., il contributo (di soli due anni prima quello di Laband) del giurista positivo (giudice non ricercatore universitario) B. von Salpius, *Novation und Delegation nach römischem Recht. Ein Civilistischer Versuch*, Berlin 1864 (G.C. Seazzu, "Nota sul rapporto tra *iussum* procura e *mandatum*. Da Christian Friedrich von Glück a Botho von Salpius, Vincenzo Arangio-Ruiz e una recente 'rivisitazione'" <https://www.dirittoestoria.it/17/tradizione/Seazzu-Nota-rapporto-iussum-procura-mandatum.htm> 17/2019, ultima visita 31 settembre 2022).

²¹ Vedi, *supra*, nt. 3.

È stato osservato che «Laband erregt mit dieser Schrift Aufmerksamkeit bis über die Grenzen Deutschlands hinaus. Es gilt als sein historisches Verdienst, den "Bevollmächtigungsvertrag" oder "Vollmachtsauftrag" klar entwirrt und den Auftrag scharf von der Vollmacht getrennt zu haben» (N. Hofmann, 14).

²² P. Laband, 203: «§ III. Nichts ist für den wahren Begriff der Stellvertretung und die juristische Durchbildung dieses Instituts nachtheiliger gewesen, als die Zusammenwerfung der Stellvertretung mit dem Mandat, zu welcher das Rom. Recht den Anlaß gab». Laband aggiunge in nota «Windscheid, Pandecten I. §. 74 Note 1 sagt: «"Auftrag" bezeichnet die Seite des Verhältnisses, daß Einer für einen andern etwas thun muß. "Vollmacht" die Seite, daß Einer für einen Andern etwas thun darf. Allerdings liegt in dem Auftrage auch eine Vollmacht, wer für mich handeln muß, darf auch für mich handeln». Daß dies nicht richtig ist, ergibt sich aus den Ausführungen im Texte».

negozi per il cui adempimento lo stesso *pater/dominus* può essere citato in giudizio con l'azione "*quod iussu*".²³ A questo fine Windscheid deve interpretare e interpreta lo *iussum* non come comando ('Befehl') ma come autorizzazione ('Verweisung', 'Anweisung') ovvero come trasferimento del potere, ovviamente incondizionato.

Anche per la operazione compiuta da Windscheid, vale quanto detto per la operazione compiuta da Savigny. La novità è non nella messa a fuoco della nozione di procura (cui aveva provveduto – quanto meno – già Laband) ma nella sua attribuzione al diritto romano e tale attribuzione è né meno fortunata (diviene rapidamente assolutamente dominante)²⁴ né di portata minore di quella savignyana.

A seconda della interpretazione che si dà dello *iussum* (la cui portata è confermata dal valore di archetipo dell'*actio quod iussu* rispetto alle restanti *actiones adiecticiae qualitatis*) si risponde, infatti, in maniera opposta al quesito circa la presenza non soltanto dell'istituto della rappresentanza volontaria ma anche della rappresentanza in generale nel diritto romano e – ciò che non è affatto secondario – se la risposta è negativa ci si apre la strada a comprendere e – eventualmente – a proporre, per il presente e il futuro, l'istituto giuridico romano ad essa alternativo.

d.

È nostra impressione che Windscheid condivida con Savigny anche la modesta forza probante degli apparati argomentativi rispetto alla invece grande e grandemente innovativa portata dogmatico-sistemica delle tesi rispettive: necessità della astrazione e, quindi, della rappresentanza della unità collettiva (Savigny) e natura non di comando ma di "pieno trasferimento del potere" ['Bevollmächtigung'] dello *iussum* romano (Windscheid).²⁵

Ai fini della 'ricognizione circoscritta' che ci siamo proposti, proveremo, ora, a – come suole dirsi – 'testare' la forza probante delle fonti utilizzate da Windscheid, per negare la natura di comando dello *iussum domini*, confrontandole con le fonti utilizzate dall'altro grande pandettista, Christian Friedrich von Glück, per affermarla. Il confronto tra le tesi e le argomentazioni dei due pandettisti è particolarmente significativo perché le loro opere sono:

²³ Possiamo dire che Windscheid trasforma lo *iussum* da archetipo del *mandatum* in archetipo della procura. Circa la rilevanza dogmatica-sistemica dello *iussum* vedi G.C. Seazzu, *Iussum e mandatum. Alla origine delle actiones adiecticiae qualitatis*. I, Cagliari 2018, § A.I. "Paradigmaticità e interpretazione dello *iussum* per la comprensione delle *actiones adiecticiae qualitatis*".

²⁴ Vedi, *supra*, nt. 1.

²⁵ Forza, peraltro, forse non necessaria dal momento che si trattava di "sfondare una porta già aperta" fornendo agli operatori del diritto la 'copertura' scientifica storico-dogmatica.

- per antonomasia, entrambe, la descrizione puntuale e coerente del sistema dogmatico costituito dalla opera "scientifica" di Giustiniano, il Digesto,
- le *summae*, rispettivamente,

quella di Windscheid, del sapere giuridico-romanistico dell'Ottocento, sul quale è assiso (a partire dal *BGB*) il sapere giuridico-romanistico del Novecento, e, quella di Glück, del sapere giuridico-romanistico del Settecento, dal quale è consentita se non prodotta la unica, vera Grande Rivoluzione contemporanea.

2. BERNHARD WINDSCHEID: "LO *IUSSUS* NON È UN COMANDO"

Negli anni tra il 1866 e il 1867 (sollecitato anche dall'efficace e fortunato saggio sulla "rappresentanza nell'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*" del 1861, scritto nel 1866 dal giovane giurista positivo Paul Laband) Bernhard Windscheid (il grande "pandettista" del secolo XIX, come Christian Friedrich von Glück lo era stato del secolo XVIII) introduce nel proprio trattato una affermazione (correttiva-integrativa della dottrina di Laband) tanto circoscritta nella formulazione quanto ampia nelle conseguenze.

La affermazione di Windscheid è che nel diritto romano esiste l'istituto della rappresentanza, come è dimostrato dalla esistenza della parola che ne indica l'elemento sostanzialmente qualificante. Tale affermazione è articolata in due sub-affermazioni tra loro complementari ma collocate in volumi diversi della sua opera e connesse tra loro con un rinvio: 1) la nozione di rappresentanza / pieno potere (cioè procura, "Vollmacht") è indicata nelle fonti anche giuridiche romane con la parola *iussum* ("*iussus*"); 2) la parola *iussum* non significa comando (e, quindi, lo *iussum* non ha come destinatario necessario e neppure principale il subordinato).

Nel primo volume del proprio *Lehrbuch des Pandectenrechts*, uscito però in seconda edizione a Düsseldorf nel 1867 (quindi l'anno dopo la pubblicazione del saggio di Laband sulla "Stellvertretung secondo il Codice tedesco del diritto commerciale") Windscheid scrive:

«Die Römern bezeichnen die Vollmacht mit dem nämlichen Ausdruck, mit welchem sie auch der Auftrag bezeichnen (*mandatum*), s. z. B. l. 42 § 2 D. de proc. 3. 3. Unsere Rechtsprache ist reicher; 'Auftrag' bezeichnet, dass Einer für einen Andern etwas thun muss, 'Vollmacht', dass Einer für einen Andern etwas thun darf. Allerdings kann in dem Auftrage zum Vollzuge eines Rechtsgeschäftes auch eine Vollmacht liegen; aber es ist diess nicht nothwendig der Fall: der Auftrag kann auch darauf gerichtet sein, dass der Beauftragte bloss für sich handeln solle. Ebenso kann es eine Vollmacht geben ohne Auftrag. Vgl. hierzu Laband (§ 73*) S. 203 fg. – Die Vollmacht in ihrer Richtung auf den dritten Contrahenten, insofern nämlich der Voll-

machtgeber in der Vollmacht dem dritten Contrahenten gegenüber erklärt, das von diesem mit dem Vollmachtigten abgeschlossene Rechtsgeschäft als mit sich abgeschlossen anerkennen zu wollen, bezeichnen die Römer als *iussus*. Vgl. II § 412 Note 8, § 482 Note 6».²⁶

Windscheid esordisce con una affermazione non decisiva rispetto alla questione della conoscenza e dell'uso romani dell'istituto della rappresentanza: "i Romani indicano la procura con la medesima espressione con cui indicano il mandato: *mandatum*;²⁷ il nostro più ricco linguaggio giuridico ha, invece, due diverse parole: mandato (in tedesco 'Auftrag') per indicare che si *deve* fare qualcosa per qualcun altro e procura ('Vollmacht') per indicare che si *può* fare qualcosa per qualcun altro". In effetti (aggiungiamo noi) nella parola composta tedesca 'Auftrag' è esplicitato il senso (del dovere) della esecuzione così come nella parola composta tedesca 'Vollmacht' (che traduce la parola neo-latina procura) è esplicitato il senso del pieno potere. Tuttavia, precisa Windscheid, il mandato/'Auftrag' può comprendere una procura/'Vollmacht' come può essere diretto a un agente che negozia per se stesso e ugualmente può darsi una procura senza mandato. Fin qui Windscheid non entra in conflitto con Laband, del quale cita infatti la pagina dove è formulata la critica al diritto romano di avere dato adito alla confusione tra mandato e rappresentanza.²⁸ Però, subito dopo – un poco sorprendentemente, quasi

²⁶ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, zweite Auflage, Düsseldorf 1867, § 74, 174 nt. 1: "Willenserklärung durch Andere".

²⁷ A riprova di ciò, rinvia "per es." D. 3.3.42.2 (Paul. 8 *ad ed.*):

Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati: sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus: nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus: ut fit cum fideiussor reum procuratorem dedit.

L'obbligazione che suole venire in essere tra titolare e procuratore, genera azione di mandato. Talvolta, tuttavia, non si contrae obbligazione di mandato: così avviene quando diamo garanzia a un procuratore <da noi> nominato nel suo interesse e a tale titolo promettiamo l'adempimento del giudicato; se, infatti, avremo prestato qualcosa in base a tale promessa, dobbiamo agire non con l'azione di mandato, ma, se abbiamo venduto un'eredità, in base alla vendita o, come avviene quando il fideiussore ha nominato procuratore il debitore principale, in base alla precedente causa di mandato. (Schipani)

Quella obbligazione, che suole stare tra'l principale, ed il procuratore genera l'azione di mandato. Talvolta però non si contrae la obbligazione di mandato; siccome avviene quando diamo il procuratore nel suo interesse, ed a tal titolo promettiamo di adempire al giudicato. Perché se per quella promessa siamo stati astretti a qualche cosa, dobbiamo agire non per mandato, per causa di mandato, ma per vendita, se vendemmo un'eredità, per la primiera causa di mandato: come avviene, quando il fideiussore diede il debitore principale per procuratore. (Vignali)

²⁸ P. Laband, 203: «Nichts ist für den wahren Begriff der Stellvertretung und die juristische Durchbildung dieses Instituts nachtheiliger gewesen, als die Zusammenwerfung der Stellvertretung mit dem Mandat, zu welcher das Rom. Recht den Anlaß gab. Ueberall wo Jemand

come un prestigiatore – Windscheid tira fuori la parola con la quale i Romani avrebbero indicato la procura senza possibilità di confusione con il mandato. Questa parola è lo *iussus*: “la procura (‘Vollmacht’) diretta verso il terzo contraente, nella misura in cui il preponente (‘Vollmachtgeber’) dichiara nella procura (‘Vollmacht’) al terzo contraente di riconoscere come concluso con se stesso il negozio giuridico da lui concluso con il procuratore / rappresentante autorizzato (‘Vollmachtigt’), è indicata dai romani come *iussus*”.²⁹

Per saperne di più, Windscheid rinvia al secondo volume del suo *Lehrbuch*, § 412, nota 8 e § 482 nota 6. Dei due passi così citati, quello più rilevante, per la nostra ricerca sul significato attribuito da Windscheid allo *iussus*, è il secondo: la nota 6 collocata nel paragrafo 482 “*Actio quod iussu, actio institoria, actio exercitoria*”, collocato a sua volta nella parte dedicata alla “responsabilità per impegni altrui” e – più precisamente – tra le cosiddette “*actiones adiecticiae qualitatis*”.³⁰

In questa nota Windscheid scrive:

«Das Wort *iussus* hat hier den technischen Sinn, welcher in § 412 Note 8a bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von *iussus* verkannte und zu gleicher Zeit in’s Auge faßte, daß die *actio quod iussu* auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfenen Personen verpflichtet werden will (Note 10), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der *iussus* an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der *actio quod iussu* sei. Die Quelle sprechen fast allein von einem *iussus* an der Dritten (s. namentlich l. 1 § 8. 9 l. 2 l. 3 l. 4 l. 5 § 1 D.

kraft einer Vollmacht anstatt eines Andern handelt, wird ein Mandat angenommen; der Vertretene wird Mandant, der Vertreter Mandatar genannt; Auftrag, Mandat, Vollmachtsvertrag werden von den Juristen als synonym gebraucht. Diejenigen, welche genauer unterscheiden, beziehen das Wort Auftrag auf das Verhältnis zwischen Mandanten und Mandatar, Vollmacht auf das Verhältniß des Mandanten zum Dritten; Auftrag bezeichne die innere, Vollmacht die äußere Seite des Verhältnisse».

«Niente è stato per il vero concetto della rappresentanza e la formazione legale di questo istituto più dannoso della confusione della rappresentanza con il mandato, cui ha dato adito il Diritto romano. Ovunque qualcuno eserciti una procura in luogo di un altro, viene individuato un mandato; il rappresentante è chiamato mandatario, il mandatario rappresentante; incarico, mandato, contratto di procura sono utilizzati dai giuristi come sinonimi. Coloro che un po’ più precisamente distinguono, riferiscono la parola Auftrag al rapporto tra mandante e mandatario, Vollmacht al rapporto del mandante con la terza parte; Auftrag significa il lato interno, Vollmacht il lato esterno del rapporto».

²⁹ A parte la parola “*procuratio*” e l’istituto del procuratore-*procurator*, a differenza delle lingue giuridiche moderne, nel diritto romano non esiste il termine “procura” così come modernamente inteso (A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano 2009, 514).

³⁰ Zweiter Band, dritte Auflage, Düsseldorf 1873, 4. Buch. Das Recht der Forderungen, 2. Kap. Die einzelnen Forderungsrechte, V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer, B. Die s. g. *actiones adiecticiae qualitatis*, 1. *Actio quod iussu, actio institoria, actio exercitoria*, § 482.

h.t. [= *quod iussu*] 15. 4, §1.5 I. *quod cum eo* 4. 7, l. 13 C. *eod.* 4.26) und die einzige Stelle (zu l. 1 § 2 D. h.t. [= *quod iussu*] 15.4 cfr. l. 12 D. *de SC. Mac.* 14.6), in welcher der *iussus* unzweifelhaft auf den Gewaltunterworfen bezogen wird, l. 2 D. *quod cum eo* 4.5, hat nicht die Absicht, die Voraussetzungen gerade der *actio quod iussu* anzugeben».³¹

Ecco, dunque, la affermazione complementare a quella secondo cui "i Romani indicano la 'Vollmacht' come *iussus*": "la parola *iussus* significa non comando, ma autorizzazione" e, infatti, lo *iussum* non necessariamente anzi neppure prevalentemente è rivolto al subalterno contraente ma al terzo contraente. Ed eccone, quindi, l' 'apparato argomentativo': "le fonti parlano quasi esclusivamente di uno *iussus* al terzo (D. 15.4 [*Quod iussu*] 1.8-9 [Ulp. 29 *ad ed.*]; D. 15.4.2 pr.-1-2 [Paul. 30 *ad ed.*]; D. 15.4.3 [Ulp. 2 *resp.*]; D. 15.4.4 [Ulp. 10 *ad ed.*]; D. 15.4.5.1 [Paul. 4 *ad Plaut.*]; Inst. 4.7. [*Quod cum eo*] 1-5; C. 4.26 [*quod cum eo*]) e l'unico luogo (oltre D. 15.4.1.2 [Ulp. 29 *ad ed.*]; cfr. D. 14.6. [*de Senatus consulto Macedoniano*] 12) in cui lo *iussus* è indubbiamente indirizzato al sottoposto, D. 14.5 [*quod cum eo*] 2 [Ulp. 29 *ad ed.*], non intende soddisfare i requisiti dell'azione *quod iussu*.

Per ovvie ragioni di chiarezza espositiva, riproduciamo per esteso le fonti così citate da Windscheid:³²

D. 15.4 [*Quod iussu*] 1.8-9 (Ulp. 29 *ad ed.*) 8. *Si iussu fructuarii erit cum servo contractum, item eius cui bona fide servit, Marcellus putat quod iussu dandam in eos actionem: quam sententiam et ego probo* 9. *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.*³³

³¹ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf 1865-66, Zweiter Band, 4. Buch. "Das Recht der Forderungen", Kap. 2. "Die einzelnen Forderungsrechte. Uebersicht", V "Haftung für Verbindlichkeiten Anderer", B "Die s.g. *actiones adiecticiae qualitatis*", 391 nt. 6.

³² Per facilitare l'esame delle fonti, ne riporto (laddove esiste) sia la traduzione recente (tutt'ora *in fieri*) a cura di Sandro Schipani, sia quella, più risalente, di Giovanni Vignali (1857-1862, precedente, cioè, la innovazione windscheidiana). Sulla traduzione di Vignali, vedi B. Abatino, "L'«affaire» Vignali: per una biografia del traduttore ottocentesco del «*Corpus iuris*»" Index. *Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law* 41/2013, 526 etc. (in part. 535).

³³ 8. Se sia stato concluso un contratto con un servo <in usufrutto> con l'autorizzazione dell'usufruttuario (o parimenti <con l'autorizzazione> di colui che è servito da un uomo libero, che si considera in buona fede suo servo), Marcello reputa che si debba dare nei loro confronti l'azione su ciò che <sia stato concluso> con l'autorizzazione <di chi ha la potestà>: parere che anche io approvo 9. Se si sia concluso un contratto con un servo su autorizzazione del curatore dell'adolescente o del pazzo o del prodigo, Labeone reputa che si debba dare l'azione su ciò che <sia stato concluso> con l'autorizzazione <di chi ha la potestà> nei confronti di coloro dei quali era il servo: lo stesso anche nei confronti del vero procuratore. Ma

D. 15.4.2 pr.-1-2 (Paul. 30 *ad ed.*): pr. *Si tutoris iussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem "quod iussit tutor". 1. Si iussu domini ancillae vel iussu patris filiae creditum sit, danda est in eos quod iussu actio 2. Si iussu meo cum alieno servo contractum fuerit eumque postea redemero, quod iussu non tenebor, ne actio, quae ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur.*³⁴

D. 15.4.3 (Ulp. 2 *resp.*). *Dominum, qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri quatenus iussit: nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit.*³⁵

D. 15.4.4 (Ulp. 10 *ad ed.*). *Si iussu eius, qui administrationi rerum civitatis praepositus est, cum servo civitatis negotium contractum sit, Pomponius scribit quod iussu cum eo agi posse.*³⁶

lo stesso Labeone afferma che, se non sia un vero procuratore, l'azione vada data piuttosto nei confronti di questi. (Schipani)

8. Se per ordine del fruituario, siccome di colui, cui serve in buona fede, si sarà col servo trattato, Marcello crede, che contro di loro dar si debba l'azione *quod iussu*: la quale opinione io ancora approvo. 9. Se per comando del curatore di un giovine, o di un furioso, o di un prodigo siasi trattato con un servo, Labeone crede, l'azione *quod iussu* doversi dare contro coloro, cui il servo si appartene. Tale lo stesso pel procuratore vero. Ma se vero non sia il procuratore, lo stesso Labeone dice, doversi dare piuttosto l'azione contro lui stesso. (Vignali)

³⁴ pr. Se, con l'autorizzazione del tutore, <qualcosa> sia stato dato in prestito al servo del pupillo, reputo che, se <ciò> fu prestato per l'utilità del pupillo, si deve dare nei confronti del pupillo l'azione <su ciò che sia stato concluso con l'autorizzazione di chi ha la potestà> così formulata "ciò che il tutore ha autorizzato". 1. Se, con l'autorizzazione del padrone, sia stato fatto un prestito alla serva, o, con l'autorizzazione del padre, alla figlia <in potestà>, si deve dare nei loro confronti l'azione su ciò che <sia stato concluso> con l'autorizzazione <di chi ha la potestà> 2. Se, con la mia autorizzazione, sia stato concluso un contratto con un servo altrui e poi abbia comprato quel servo, non sarò tenuto con l'azione su ciò che <sia stato concluso> con l'autorizzazione <di chi ha la potestà>, affinché l'azione che era inutile fin dall'inizio, non sia convalidata da un evento sopravvenuto. (Schipani)

pr. Se per comando del tutore fu prestato al servo del pupillo, mi avviso, che se per utile del pupillo fu prestato, debba contro del pupillo darsi l'azione, per ciò che comandò il tutore. 1. Se per comando del padrone fu prestato alla serva, o per comando del padre alla figlia, contro di essi deve darsi l'azione *quod iussu*. 2. Se per mio comando fu trattato con un servo altrui, e poscia io lo avrò comprato, non sarò tenuto coll'azione *quod iussu*: affinché quella azione, che da principio fu inutile, non venga convalidata dall'evento. (Vignali)

³⁵ 3. Il padrone che autorizzò a dare a mutuo al suo servo del denaro con interessi al sei per cento, sarà tenuto nella misura in cui autorizzò: né avrà luogo un'obbligazione di pegno nei confronti di quei fondi coi quali il servo garantì <il mutuo>, ma non secondo la volontà del padrone. (Schipani)

3. Il padrone, che ordinò di darsi a mutuo al suo servo il danaro al sei per cento, è tenuto per tanto, per quanto ordinò: né l'obbligazione di pegno ha luogo per quei fondi, che il servo obbligò senza volontà del padrone. (Vignali)

³⁶ 4. Se, con l'autorizzazione di chi è stato preposto all'amministrazione della città, sia stato contratto un affare con un servo della città, Pomponio scrive che contro quello si può agire con l'azione su ciò che <sia stato concluso> con l'autorizzazione <di chi ha la potestà>. (Schipani)

D. 15.4.5.1 (Paul. 4 *ad Plaut.*). *Si unus ex servi dominis iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur: sed si duo iusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus.*³⁷

Inst. 4.7. [*Quod cum eo*] 1-5: 1. *Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur. 2. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Excercitoria tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus erit contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is ad quem cottidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit et quid cum eo eius rei causa cui praepositus erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus praeposuntur institores vocantur. 2a. Ista tamen duas actiones praetor reddit et si liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat. 3. Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, et quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita praetor ius dicit ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae tributoria appellatur. 4. Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem eius versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem eius versum, id eatenus praestare debeat quatenus peculium patitur. 4a. In rem autem domini versum intellegitur, quidquid necessario in rem eius impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus eius solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. 4b. Itaque si ex decem*

4. Se per comando di colui, che fu preposto all'amministrazione delle cose di un comune, siasi contrattato un affare con un servo del comune, Pomponio scrive potersi agire contro di lui coll'azione *quod iussu*. (Vignali)

³⁷ 1. Se uno solo dei padroni di un servo diede l'autorizzazione a concludere contratti col servo, lui soltanto sarà tenuto; ma se furono <tutti e> due ad autorizzare, si può agire per l'intero nei confronti di chi <tra loro> si preferisca, perché sono simili a due mandanti. (Schipani)

1. Se taluno fra i padroni di un servo ordinò contrattarsi con esso, egli solo sarà tenuto. Sia se due comandarono, contro qualunque di essi si può agire per l'intero: perché son simili a due mandanti. (Vignali)

utputa aureis, quos servos tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro ceteris vero quinque eatenus quatenus in peculio sit: ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit quam si aut nihil in rem domini versum intellegatur aut non totum. 4c. Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quidquid servus domino quive in potestate eius sit debet, et quod superest id solum peculium intellegitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in huius ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut, si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio eius non deducatur. 5. Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini contraxerit cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo quod in rem domini versum est agere possit: sed erit stultissimus, si omissa actione qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducatur probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere ut solidum sibi solvi possit.

C. 4.26 [*Quod cum eo*]. *Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur, vel de peculio seu quod iussu aut de in rem verso.*

D. 15.4.1.2 (Ulp. 29 ad ed.). *Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: "quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*³⁸

D. 14.6 (*De Senat. cons. Maced.*) 12. *Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. Sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est.*³⁹

³⁸ 2. L'autorizzazione, poi, si deve intendere sia <quando> qualcuno abbia autorizzato davanti a testimoni sia per lettera sia con parole solenni o per *nuntius*, vuoi specificamente per un solo contratto, vuoi in via generale; e, perciò, anche se sia stato dichiarato davanti a testimoni: "gerisci l'affare che vuoi col mio servo Stico, a mio rischio e pericolo". (Schipani)

2. *Iussum*, comando deve intendersi: sia che, alcuno per testamento, sia per mezzo di lettera, sia con parole, o per messo, sia specialmente, sia generalmente in un qualche contratto abbia comandato: e perciò, se anche così siasi detto, Quel negozio che vorrai fare con Stico servo mio, resta a mio rischio, sembra avesse comandato su tutte le cose, se non con patto speciale proibisce qualche cosa. (Vignali)

³⁹ Se sia stato dato un prestito ad un figlio essendone il padre solo a conoscenza, si deve dire che il senatoconsulto viene meno. Ma, se il padre abbia autorizzato che fosse dato il pre-

3. CHRISTIAN FRIEDRICH VON GLÜCH: "LO *IUSSUS* È UN COMANDO"

Christian Friedrich von Glück (quando giunge nel corso della propria generale "spiegazione dettagliata" del *Digesto*, all'esame del Titolo 15.4 "*Quod iussu*") letteralmente 'esordisce' affermando la natura di comando "Befehl" dello "*iussus*" e ne trae quindi tutte le implicazioni sistematiche con la medesima logica e con la medesima sicurezza con cui Windscheid la nega e ne trae tutte le – opposte – implicazioni sistematiche.

Nel § 919 (dedicato al titolo *Quod iussu*) del *Commentario* di Glück, evidenziamo, in funzione del nostro specifico interesse tematico, alcune affermazioni precise.

Secondo l'ordine espositivo dell'Autore, prima affermazione è che:

«haftet der Vater aus dem Contract seines Sohns alsdann, wenn er ihm den Befehl gab, das Geschäft zu schließen, aus welchem er belangt wird. Die Klage, welche in diesem Falle der Prator gegen den Vater giebt, heisst *actio quod iussu*, oder auch *de iussu* [...] L. 1 D. h. t.: "*Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur. Nam quodammodo eum eo contrahitur, qui iubet*". L. 2 § 1 D. eodem: "*Si iussu domini ancillae, vel iussu patris filiae creditum sit, danda est in eos quod iussu actio*" <p. 424> § 2 I. *Quod cum eo, qui in alien. potest*: "*Si iussu domini cum servo negotium erit, in solidum Praetor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur*". L. 5 Cod. *ad Senat. cons. Macedon.*: "*Sane si iussu patris datumi mutuuum probetur: nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est, sed perpetua in patrem etiam mortuo filio est actio*". Die *actio quod iussu* setzt also voraus, I, dass ein Familienvater einer unter seiner Gewalt stehendes Person, also seinem Sohn, oder Tochter, oder welches bey den Römern ein noch gewöhnlicher Fall war, seinem Sklaven, ohne Unterschied des Geschlechtes eine Contract wu schliessen. Befehl heisst hier der Wille, den ein Familienvater solchen personen zu erkennen giebt, die unter sein Gewalt stehen, dass sie etwas thun sollen».⁴⁰

stato al figlio e poi abbia mutato la propria volontà, senza che il creditore lo venisse a sapere, non si applicherà il senatoconsulto, perché bisogna tenere conto del momento iniziale, quello della conclusione del contratto. (Schipani)

Se soltanto colla saputa del padre siasi mutuato al figlio, ò da dirsi, che il Senatoconsulto cessa. Ma se il padre ordinò prestarsi al figlio, e poscia ignorandolo il creditore, cambiò volontà, non avrà luogo il Senatoconsulto; giacché si deve aver riguardo al principio del contratto. (Vignali)

⁴⁰ C. F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, Vierzehnten Theils zweyte Abtheilung, Erlangen 1813, 423.

Per facilitare la comprensione diamo qui e nelle note seguenti la traduzione in italiano di Glück (*Commentario alle Pandette*, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia. Già sotto la direzione di Filippo Serafini, direttori Pietro

Seconda affermazione è che:

«Ein solcher *iussus* ist also von einem Auftrage (mandatum) wohl zu unterscheiden, denn diesen ertheilt man solchen Personen, die nicht in unserer Gewalt sind».⁴¹

Terza affermazione è che:

«Der Contract muss dem Befehl gemäß geschlossen worden sein. Hat der Sohn den Befehl überschritten, so haftet der Vater weiter nicht, als soweit sein Befehl reicht. [...] L. 3 D. *h. t.*: "*Dominum*", *qui iussit semissibus*

Cogliolo e Carlo Fadda, libri XIV-XV, tradotti ed annotati da Pietro Bonfante, Milano - Lodi 1907) e delle fonti da lui citate (tolta dalla edizione Roma, Edoardo Perino editore, 1885).

Ibid., 213: «il padre è responsabile pel contratto del figlio quando gli abbia dato ordine di concludere il negozio in base al quale egli è citato. L'azione che in questo caso il pretore accorda contro il padre si chiama *actio quod iussu* ovvero anche *de iussu* [...]».

Ibid., 214: «L. 1 D. *h. t.*: «*Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur; Nam quodammodo eum eo contrahiitur; qui iubet*»».

A ragione è data <dal pretore>, in base all'autorizzazione del padrone, azione per l'intero nei suoi confronti: infatti, in qualche modo, è come se si concluda il contratto con chi dà l'autorizzazione. (Schipani)

Meritamente pel comando del padrone si dà contro di lui il giudizio solidale; imperciocché in un certo modo si contrae con colui, che comanda. (Vignali)

Ibid., 215: «L. 2 § 1 D. *eodem*: «*Si iussu domini ancillae, vel iussu patris filiae creditum sit, danda est in eos quod iussu actio*»».

Se, con l'autorizzazione del padrone, sia stato fatto un prestito alla serva, o, con l'autorizzazione del padre, alla figlia <in potestà>, si deve dare nei loro confronti l'azione su ciò che <sia stato concluso> con l'autorizzazione <di chi ha la potestà>. (Schipani)

Se per comando del padrone fu prestato alla serva, o per comando del padre alla figlia, contro di essi deve darsi l'azione *quod iussu*. (Vignali)

Ibid., 216: «L. § 2 I. *Quod cum eo, qui in alien. potest.* «*Si iussu domini cum servo negotium erit, in solidum Praetor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur*»».

Se adunque un affare sarà stato trattato col servo per comandamento del padrone, il Pretore promette contro al padrone l'azione solidale, appunto perché colui che così contrae, pare che tenga dietro alla fede del padrone. (Vignali)

«L. 5 Cod. *ad Senatusconsultum Macedon.*: «*Sane si iussu patris datum mutuum probetur: nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est, sed perpetua in patrem etiam mortuo filio est actio*»».

Che se si provi essersi dato il mutuo per comando del padre, non occorre neppure indagare a qual uso è perpetua l'azione avverso il padre, anche morto sia servito il danaro ma il figlio. (Vignali)

Per Glück «L'*actio quod iussu* presuppone quindi che il *paterfamilias* abbia dato ordine alla persona soggetta alla sua potestà, al figlio, alla figlia, ovvero, ciò che presso i Romani era ancora più comune, al suo schiavo senza distinzione di sesso, di concludere negozio col terzo. L'ordine è qui costituito dalla volontà che il *paterfamilias* ha dato a conoscere a queste persone soggette alla sua potestà che debbono fare qualche cosa».

⁴¹ F. Glück, (1813), 424.

F. Glück, (1907), 216: «Tale *iussus* si vuol quindi ben distinguere da un incarico (*mandatum*) perché il mandato è attribuito a persone non soggette alla nostra potestà».

usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri, quatenus iussit: nec pignoris obligationem locum abere in his praediis, quae servus non voluntate domini obligavit».⁴²

Quarta affermazione è che:

«Stirbt der Vater vor der Vollziehung des dem Sohne ertheilt Befehls, oder er kommt durch Arrogation in eines anderen. Nt. 80 L. 50; L. 25 §. 14. 15. D. *de acquir. vel omitt. heredit.*».⁴³

Quinta affermazione è che:

«Hat der Vater nicht selbst dem Sohne befohlen, eine Werblindlichkeit zu contrahiren, sondern einem Dritten den Auftrag gegeben, mit seinem

⁴² F. Glück, (1813), 426.

F. Glück, (1907), 218: «Il contratto dev'essere stato conchiuso conforme all'ordine; se il figlio ha trasgredito l'ordine, il padre non è tenuto se non fin dove egli abbia ordinato. Tuttavia in questo caso può talvolta aver luogo l'*actio de peculio* o l'*actio de in rem verso*».

«L. 3 D. h. t.: «*Dominum, qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri, quatenus iussit: nec pignoris obligationem locum abere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit*»».

Il padrone che autorizzò a dare a mutuo al suo servo del denaro con interessi al sei per cento, sarà tenuto nella misura in cui autorizzò: né avrà luogo un'obbligazione di pegno nei confronti di quei fondi coi quali il servo garanti <il mutuo>, ma non secondo la volontà del padrone. (Schipani)

Il padrone, che ordinò di darsi a mutuo al suo servo il danaro al sei per cento, è tenuto per tanto, per quanto ordinò: né l'obbligazione di pegno ha luogo per quei fondi, che il servo obbligò senza volontà del padrone. (Vignali)

⁴³ F. Glück, (1907), 218-219: «Se il padre muore prima che sia eseguito l'ordine dato al figlio, ovvero viene a cadere per arrogazione sotto la potestà altrui, cessa egualmente l'ordine dato».

«L. 50».

D. 29.2.50 (Mod. *l. sing. de heurem.*): *Si per epistulam servo pupilli tutor hereditatem adire iusserit, si post subscriptam epistulam tutor moriatur, antequam ex epistula servus adiret, nemo dicturus est obligari postea pupillum hereditati.*

Se il tutore avrà ordinato per lettera al servo del pupillo di accettare l'eredità, qualora lo stesso tutore muoia dopo aver sottoscritto la lettera, ma prima che il servo accetti l'eredità in base alla lettera, nessuno dirà per ciò, che il pupillo sarà obbligato in base all'eredità. (Schipani)

Se il tutore, per lettera, ordinò al servo del pupillo di adire l'eredità, se dopo sottoscritta la lettera muore il tutore, pria che in forza della lettera il servo adisse, niuno è per dire che dappoi il pupillo sia obbligato verso l'eredità. (Vignali)

«L. 25 §. 14 e 15. D. *de acquir. vel omitt. Heredit.*».

D. 29.2.25.14 (Ulp. *l. 8 ad Sab.*): *Sed si posteaquam iussit, paenitentiam egit prius quam adiret, nihil agit adeundo. 15. Item si se adrogandum dederit prius quam filius adiret, non est adquisita hereditas.*

14. Ma se, dopo aver dato l'ordine, se ne pentì prima dell'accettazione, <colui al quale l'ordine è stato diretto> accettando non compie alcun atto <valido>. 15. Parimenti, se <l'avente potestà> si sia dato in arrogazione prima che il figlio abbia accettato, l'eredità non è <a lui> acquistata. (Schipani)

14. Ma se, dopo di avere ordinato, si pentì, pria di adire, nulla fece coll'adizione. 15. Del pari, se si diede in arrogazione pria che il figlio adisse, non si acquistò l'eredità. (Vignali)

Sohne ein Geschft zu schliessen, so hat wider der Vater nicht die *actio quod iussu*, sonder die *actio mandati contraria* statt».⁴⁴

Sesta affermazione è che:

«Noch entsteht die frage, ob die *actio quod iussu* auch dann Statt finde, wenn der Vater sich für den Sohn verbürgt hat? Ulpian wirft diese Frage L. 1 § 5 D. h. t. <p. 430> auf, und entscheidet sie verneinend. "*Quid ergo, sagt er, si fideiusserit pro servo? ait Marcellus, non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis; sed quia aliud est iubere. Denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusseris, tamen eum non obligari, quasi fideiusserit. Quae sententia verior est*" [...] <p. 431> Denn da das Geschäft zwischen Vater und Gläubiger vorgeht, so kommt hier das Verhältniss zwischen Vater und Sohn in keine Betrachtung, und Marcellus sagt mit Recht, "*pater quasi extraneus intervenit*"».⁴⁵

Da tali affermazioni emerge che: 1) lo *iussum* è precisamente un comando; 2) lo *iussum* è diretto soltanto a persone *in potestate* dello *iubens*; 3) il destinatario dello *iussum* deve adempiere nei e dentro i termini dello stesso *iussum*; 4) il venire meno del rapporto potestativo tra *iubens* e destinatario dello *iussum* fa venire meno quest'ultimo; 5) il mandato al terzo di contrarre con persona *in potestate* al mandante non è uno *iussum*; 6) non può esservi *iussum* tra *extraneas personas* (appartenenti, cioè, a diverse *potestates*).

La complessiva, coerente dottrina di Glück in materia di *iussum* non potrebbe essere più chiara e più chiaramente contraria a quella che sarà poi formulata da Windscheid.

Delle sei affermazioni sono corredate di riferimenti alle fonti (peraltro citate integralmente): la prima (sulla natura di comando dello *iussum*: D. 15.4.1 [Ulp. 29 *ad ed.*]; D 15.4.2 [Paul. 30 *ad ed.*] pr.-1-2; I. 4.7 [*Quod cum eo, qui in alien. potest.*] 2.1; C. 4.28 [*Ad Senat. cons. Maced.*] 5), la terza (sulla conseguente necessità che il *servus* [o *filius*] di attenersi alle istruzioni contenute nello *iussum*, pena la inefficacia del suo operare: D. 15.4.3 [Ulp. 2 *resp.*]) e la sesta (sulla, anche questa conseguente, necessità comunque del rapporto potestativo come base della volizione del *dominus*, perché sorga in capo ad esso responsabilità *quod iussu*: D. 15.4.1.5 [Ulp. 29 *ad ed.*]).

⁴⁴ F. Glück, (1907), 219: «Se il padre non ha egli stesso dato ordine al figliuolo di contrarre un'obbligazione, ma ha dato mandato ad un terzo di concludere negozio col figliolo, non ha luogo contro il padre l'*actio quod iussu*, bensì l'*actio mandati contraria*».

⁴⁵ F. Glück, (1907), 220: «Sorge ancora la questione se l'*actio quod iussu* abbia luogo anche quando il padre abbia garantito pel figliuolo. Ulpiano pone tale <p. 221> questione nella L. 1 § 5 D. h. t. e la risolve negativamente. "*Quid ergo – dice egli – si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis; sed quia aliud est iubere. Denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusseris, tamen eum non obligari, quasi fideiusserit. Quae sententia verior est*". [...] <p. 222> Poiché il negozio interviene tra il padre e il creditore, il rapporto tra il padre e il figliuolo non viene punto in considerazione e Marcello dice a ragione, "*pater quasi extraneus intervenit*"».

4. QUALCHE, PRIMA CONSIDERAZIONE.

Le due connesse innovazioni, introdotte da Windscheid, sono assai puntuali: concernono il significato della parola *iussus* o *iussum* (dichiarazione di obbligarsi anziché comando) e, quindi, il destinatario della azione così significata (terzo anziché subordinato).

Esse hanno, però, una grande portata per la interpretazione dell'istituto, con quella parola evocato (il quale è, così, "rappresentanza" ossia "procura/Vollmacht" ossia "sostituzione"), e del sistema giuridico, che lo alberga.

Windscheid sostiene la prima innovazione da lui introdotta (significato dello *iussum* non di comando ma di autorizzazione) con la seconda innovazione (destinazione dello *iussum* non al subordinato ma al terzo contraente) ed è, pertanto, a proposito di tale destinazione che egli cita le fonti romane (pur precisando esservene diversamente testimonianti).

Le fonti, così invocate da Windscheid, appaiono, però, tutt'altro che decisive. Ad esempio, D. 15.4.2.1 (Paul. 30 *ad ed.*) è citato da Windscheid, a prova della destinazione al terzo dello *iussum* e, quindi, del significato di questo come autorizzazione, ma è citato anche da Glück, a prova del suo – opposto – significato di comando.

Neppure le traduzioni ci aiutano a capire quale dei due Autori ha ragione. Dall'esame comparato di una traduzione post-Windscheid con una traduzione pre-Windscheid,⁴⁶ sembra anzi essere non la dottrina romanistica determinata dalla lettura delle fonti romane ma, viceversa, la lettura delle fonti romane determinata dalla dottrina romanistica.⁴⁷

Questo problema appare interpellare Pietro Bonfante, traduttore di Glück ma seguace, ormai, della dottrina di Windscheid.

Il grande romanista italiano sottolinea, innanzi tutto, la "profondità" dogmatica-sistematica del cambiamento di significato e di destinatario attribuiti allo *iussum*, che anche egli fa sfociare, in definitiva, nella presenza dell'istituto della "rappresentanza".

Lo stesso Bonfante, dopo una ripetizione dell'argomento testuale di Windscheid,⁴⁸ propone, di suo, un altro argomento: il significato originario,

⁴⁶ Vedi, *supra*, nt. 32.

⁴⁷ I grandi Dizionari filologici (Lexicon totius Latinitatis, del 1805; *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, del 1932; *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* del 1938; *Thesaurus linguae Latinae*, del 1956-79) presumibilmente meno sensibili alla dottrina giuridica dei traduttori del *Digesto*, alla voce "*iubeo*", non registrano il significato "autorizzare" ma costantemente soltanto il significato di comandare, imperare.

⁴⁸ «in tutti i testi in cui il *iussus* ha un riferimento concreto, questo riferimento è precisamente al terzo contraente [...] I testi addotti in contrario sono enunciati generali, in cui non è formulato il senso e la direzione dell'*iussus*. E le applicazioni con cui si puntella l'altro concetto si riducono agevolmente e con maggior verità nel concetto oggi assunto a base».

etimologico e quindi ‘vero’ di *iubere* che (egli afferma) «deriva da *ius habere*, cioè ritenere o riconoscere come diritto». ⁴⁹

In questo modo, Bonfante appare non soltanto riconoscere la unica natura della rappresentanza (sia essa necessaria [della collettività] o volontaria) da noi menzionata in apertura di questa ‘nota’, ma anche il nesso se non la dipendenza ‘politica’ della questione giusprivatistica del “*quod iussu*” dalla questione giuspubblicistica per eccellenza del significato dello *iussum populi*.

Bonfante scrive:

«La formula classica di interrogazione al popolo: *velitis, iubeatis, quirites?* non voleva significare se non appunto: Volete, o quiriti, acconsentite che sia diritto ciò che io propongo? e al *ius habere* della rotazione corrisponde il *ius esto* dell’antica legge che si conserva nelle XII Tavole; *ita ius esto*. Ma dal momento che l’*iussum populi*, cioè la sua dichiarazione che una proposta divenga norma di diritto, converte la proposta in un comando, la dichiarazione divenne anche la denominazione del precetto, e così la parola assunse il significato di comando in generale».

Nella formula con cui Bonfante (incidentalmente) nega allo *iussum populi* il significato di “comando” per assegnargli quello di “dichiarazione”, grazie a cui è la proposta del magistrato a convertirsi in comando, potrebbe essere esplicitata la chiave della transizione dalle *Pandette* rivoluzionarie di Glück a quelle reazionarie di Windscheid.

BIBLIOGRAFIA

Letteratura

1. Abatino B., “L’«affaire» Vignali: per una biografia del traduttore ottocentesco del «*Corpus iuris*»” Index. *Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law* 41/2013;
2. Campobasso, M., “Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell’unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale e organica” *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010;
3. Cappellini, P., *Systema iuris*. I. *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette* [= *Per la storia del Pensiero giuridico moderno* 17] Milano 1984;
4. Catalano, P., *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974;
5. Coppola Bisazza, G., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Corso di diritto romano, Milano 2008;

⁴⁹ Devo osservare che nei dizionari citati *supra*, alla nt. 47, non ho trovato menzione di una etimologia di *iubere* da *ius habere*.

6. D'Amico P., "Rappresentanza, I. Diritto civile" *Enciclopedia giuridica Treccani XXIX*, Roma 1991;
7. Glück, C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, Erlangen 1813;
8. Glück, C.F., *Commentario alle Pandette*, XIV-XV, tradotti ed annotati da P. Bonfante, Milano - Lodi 1907;
9. Goronwy Edwards, J., "The *Plena Potestas* of English Parliamentary Representatives" *Oxford Essays in Medieval History, presented to H. E. Salter*, Oxford 1934;
10. Hofmann, N., *Missbrauch von Formalvollmachten*, Wien 2008;
11. Laband, P., "Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch" *ZHR - Zeitschrift für Handelsrecht* 10/1866;
12. Lobrano, G., *Res publica res populi*, Torino 1966;
13. Lobrano, G., Onida, P.P., "Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo", <https://www.dirittoestoria.it/14/contributi/Lobrano-Onida-Rappresentanza-o-e-partecipazione.htm> 14/2016;
14. Lobrano, G., "La *constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda* del 212 A.C. e il problema giuridico attuale di ri-trovare (e ri-constituire) la cittadinanza", M. Barbulescu, E. Silverio, M. Felici, a cura di, *La cittadinanza tra impero, stati nazionali ed Europa* [Studi promossi per il MDCCC anniversario della *constitutio Antoniniana*] Roma 2017;
15. Lobrano, G., "«Mezzi per la difesa della libertà» e forme di governo", A. Trisciungoglio, a cura di, *Tribunado - poder negativo y defensa de los derechos humanos en homenaje al profesor Giuseppe Grosso*, Milano 2018;
16. Lobrano, G., "Il «sistema giuridico odierno» dell'«agire per altri». Dalla *tutela minorum* (e dalla *cura furiosi*) non dal *mandatum* del diritto romano la «invenzione miracolosa» del diritto moderno" in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Palma*.
17. Miceli, M., *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, I, Milano 2008;
18. Müller, C., *Das imperative und freie Mandat. Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes*, Leiden 1966;
19. Ockl, D., "Procura e mandato nella convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali e nella proposta di regolamento «Roma I»" *Quaderni della fondazione Italiana del Notariato* 4/2007;
20. Orestano, R., *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959;
21. Post, G., *Plena Potestas and Consent in Medieval Assemblies: A Study in Romano-Canonical Procedure and the Rise of Representation*, 1150–1325, Cambridge 2017;
22. Salpius, B., *Novation und Delegation nach römischem Recht. Ein Civilistischer Versuch*, Berlin 1864;

23. Savigny, F.C. *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840;
24. Seazzu, G.C., *Iussum e mandatum. Alla origine delle actiones adiecticiae qualitatis*. I, Cagliari 2018;
25. Seazzu, G.C., "Nota sul rapporto tra *iussum procura e mandatum*. Da Christian Friedrich von Glück a Botho von Salpius, Vincenzo Arangio-Ruiz e una recente 'rivisitazione'" <https://www.dirittoestoria.it/17/tradizione/Seazzu-Nota-rapporto-iussum-procura-mandatum.htm> 17/2019;
26. Stubbs, W., *Select Charters and other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times of the Reign of Edward the First*, Oxford 1870¹;
27. Torrente, A., Schlesinger, P., *Manuale di diritto privato*, Milano 2009;
28. Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, hrsg v. J. Winckelmann, Tübingen 1976⁵;
29. Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandectenrechts*, Dusseldorf 1866 e.a.;
30. Zanelli, E., "Rappresentanza e gestione" *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 18/1965-66.

Dottore di ricerca Giovanni Carlo Seazzu, LL.D.

Department of Legal sciences of the University in Sassari, Italy

ON ROMAN SOURCES OF „PROCURA“

Summary

The complex nature of agency rests in power of appointment of the apointer in the appointee, and thus it has the ability to determine legal system in which it occurs, or vice versa, in which it does not occur. Contemporary Roman legal science, particularly the most prominent pandectists of the 19th century, Bernhard Windscheid (who utilised contribution of Friedrich Karl von Savigny and Paul Laband) seek sources of agency in Roman law. This important dogmatic and semantic novelty has been achieved by rather limited means: ascribing to Roman *iussum* meaning of not „order“ but of „assigning power“ i.e. *procura*. However, mere overview of works of the greatest pandectist of the previous century, Christian Friedrich von Glück call into question Windscheid's textual arguments. Doubt is not overcome upon exploring second note written by Pietro Bonfante, translator of Glück and supporter of Windscheid either , the note that advocates the doctrine of the latter.

Key words: *Glück; Windscheid; Laband; Iussus; Order.*

Др Ђовани Карло Сеацу

Департман за правне науке Универзитета у Сасарију, Италија

РИМСКИ ИЗВОРИ “ПРОКУРЕ”?

Сажетак

Сложена природа заступништва је у „пуномоћи“/“замени“ представљаног лица од стране представника и она има способност да предодреди правни систем у којем се среће, или, обрнуто, у којем се не среће.

Савремена романистика, а посебно највећи пандектиста XIX века Бернард Виндшајд (који се користио доприносом Фридриха Карла фон Савињија и Пола Лабанда) приписује заступништво римском праву.

Ова велика догматичко-семантичка новина постигнута је веома ограниченим средствима: приписивањем римском *iussum*-у значење не наређења него преноса моћи, односно прокуре.

И површно упоређење са делима највећег пандектисте претходног века, Кристијана Фридриха фон Глика, потхрањује сумњу у способност Виндшајдових текстуалних аргумената да буду доказ у прилог новина у чији су прилог наведени.

Сумње не разрешава ни дуга напомена Пјетра Бонфантеа, преводиоца Глика али следбеника Виндшајда, која иде у корист доктрине овог последњег.

Кључне речи: *Глик; Виндшајд; Лабанд; Iussum; Заповест.*