

La *relatio* 19 di Q. Aurelio Simmaco e CTh. 2,12,1: una rilettura

di Stefano GIGLIO
(Università di Perugia)

SOMMARIO : 1. Introduzione. 2. D. 3,3,1; 15 *pr.*; 17 *pr.* e il problema della procura nel diritto tardoclassico. 3. D. 3,3,8,1 e il problema dell'*invitus procurator*. 4. CTh. 2,12,1 e SYMMACHUS, *Relatio* 19,4. 5. Conclusioni.

1. Nel quadro di un lavoro palinogenetico dell'attività normativa tardo-imperiale attraverso la lettura delle opere di Q. Aurelio Simmaco, una particolare importanza sembra rivestire la *relatio* 19, per le tematiche in essa affrontate e soprattutto per lo specifico riferimento al problema della rappresentanza processuale e dei poteri del *procurator*. Leggiamo infatti in *Rel.* 19,4:

successit aliud, ut obitu Marcianae c. m. f. mandatum diceretur extinctum. sed contra venerabilis Iuliani sanctio

*stare procuratorum iussit officia causarum dominis
viventibus inchoata.*

Simmaco fa cenno a una costituzione di Giuliano, in base alla quale il *procurator ad litem* nominato prima della morte dal *dominus negotii* poteva continuare a esercitare il suo mandato anche dopo tale evento. Tale norma già dal Godefroy (1) era identificata in CTh. 2,12,1, *lecta apud acta* il 4 febbraio 363 :

*Imp. Iulianus A. Secundo p(raefecto) p(raetorio). Nulla
dubitatio est post causam in iudicio publicatam utpote
dominum litis procuratorem effectum etiam post excessum
eius, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem
iurgiumque finire, quippe cum et procuratorem posse eum
instituire et ad heredes suos inchoata transmittere veteris
iuris voluerint conditores. Lecta apud acta prid. non. feb.
Iuliano A. IIII et Sallustio cons.*

Il testo originale usato dai compilatori proviene, come suggerisce la *subscriptio*, dagli archivi centrali, dal momento che il prefetto del pretorio d'Oriente Secondo e la sua cancelleria furono sempre al seguito di Giuliano nella campagna militare contro i Persiani fino alla morte dell'imperatore (2). Dalla costituzione di Giuliano risulta che il *procurator* costituito con

1) J. GODEFROY, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lipsiae 1736, I, 166 s.

2) Cfr. PLRE, I, 814 s., dove sono citate le fonti letterarie: sul punto v. anche J. GODEFROY, *o. c.*, I, CCXXVIII s., e O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlicher Kaiserzeit*, Stuttgart 1919, 13.

mandato può proseguire la controversia come *dominus litis* anche dopo la morte del suo mandante: in quanto *dominus litis* può a sua volta nominare un *procurator* o trasferire la causa ai propri eredi. Nella legge si ricorda la risalenza di tale principio, come suggerisce l'espressione *veteris iuris conditores*.

2. Tale riferimento sembra rinviare a diverse regole in materia di procura, mandato e anche *translatio iudicii*. Vediamo intanto D. 3,3,15 *pr.*, 17 *pr.*, C. 2,12,11,2 e D. 3,3,1.

D. 3,3,15 *pr.* :

Ulpianus libro octavo ad edictum. Si defunctus sit dominus ante litem contestatam, iudicatum solvi stipulatione pro suo procuratore data, procurator compellendus est ad iudicium accipiendum: ita tamen si hoc dominus sciente procuratore et non contradicente fecit.

D. 3,3,17 *pr.* :

Ulpianus libro nono ad edictum. Post litem autem contestatam reus qui procuratorem dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo procuratore vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita.

Nel primo passo si prospetta il caso del rappresentato che offre la *cautio iudicatum solvi* al suo avversario a favore del proprio *procurator*. Se il *procurator* è consapevole e consenziente al fatto, sarà costretto, nel caso di morte del suo rappresentato, a portare a compimento il giudizio. Nel secondo passo si accenna

alla possibilità a favore del convenuto di sostituire il proprio rappresentante o di sostituirsi a lui dopo la *litis contestatio*, *causa tamen prius cognita*. Il magistrato giurisdicente, senza entrare nel merito della causa, doveva vagliare la bontà dei motivi addotti a tale scopo dall'interessato. La ragione di tanta cautela va individuata nel fatto che con la *litis contestatio* il *procurator* e il *cognitor* diventavano *domini litis* (3).

C. 2,12,11,2 (229) stabili :

ipsi autem tutores et curatores post litis contestationem a se factam ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, dare procuratores non prohibentur. Proposita prid. id. mai. Alexandro A. III et Dione cons.

Secondo il BEHREND (4) non sono convincenti le critiche del SOLAZZI (5) e del SERRAO (6) in merito al problema della genuinità di C. 2,12,11,2. In effetti se si considera classico, nella sostanza, come oggi la dottrina ritiene, D. 3,3,1, un passo di Ulpiano che contiene la famosa definizione del *procurator*, e dove si parla di *procurator unius rei*, di *procurator ad litem* e di

3) Cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III, tr. e comm. da C. FERRINI, Milano 1888, 154; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, I, Milano 1963, 321 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 156 s., 159.

4) O. BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZRG, RA*, 88, 1971, 250, nt. 39.

5) S. SOLAZZI, *La minore età in diritto romano*, Roma 1912, 217; ID., *Diritto ufficiale e diritto popolare nella rappresentanza processuale dei pupilli*, in *RIL*, 49, 1916, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 168 s.

6) F. SERRAO, *Il procurator*, Milano 1947, 60, 64 ss.

procurator omnium bonorum, cade ogni difficoltà in merito alla costituzione di Caracalla.

D. 3,3,1 pr.-1 :

Ulpianus libro nono ad edictum. Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscipit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.

A favore della sostanziale genuinità di D. 3,3,1 si pronunciano diversi autori, seppure si discuta se per *procurator unius rei* debba intendersi solo il *procurator ad litem* (7). Come,

7) S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, in *RIL*, 56, 1923, 143 ss., ora in *Scritti cit.*, II, 557 ss.: in uno scritto, dunque, appena successivo agli altri due, citati alla nota 5; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, rist. anast., Napoli 1965, 58; A. GUARINO, rec. a V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato cit.*, in *RISG*, 3, 1949, 490 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, rist., Roma 1980, 530, nt. 1; A. WATSON, *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 51 ss.; M. KASER, rec. a A. WATSON, o. c., in *TR*, 30, 1962, 265; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 334 e 398; O. MILELLA, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *AUBari*, 2, 1966/1967, II, 378 ss.; R. ORESTANO, *Rappresentanza (diritto romano)*, in *NNDI*, XIV, Torino 1967, 798; J.-H. MICHEL, *Quelques observations sur l'évolution du 'procurator' en droit romain*, in *Ét. Macqueron*, Aix-en-Provence 1971, 515 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², 266, nt. 49; R. QUADRATO, *D. 3,3,1 pr. e la definizione di "procurator"*, in *Labeo*, 20, 1974, 210 ss. e in particolare 223 s.; G. HAMZA,

dunque, a D. 3,3,1 deve collegarsi C. 2,12,11,2, altrettanto va fatto anche tra D. 3,3,1, D. 3,3,15 *pr.* e 17 *pr.* La *satisfatio iudicatum solvi*, di cui si parla in D. 3,3,15 *pr.*, sembra riferirsi al *procurator* anche per un'altra ragione. Il problema della conoscenza della prestazione della *cautio i. s.* si poneva, infatti, più spesso per questo, che non per il *cognitor*: quando il *procurator* fosse *insciis*, prosegue Ulpiano, D. 3,3,15 *pr.*, (*eum teneri satis incivile est*). La regola formulata in D. 3,3,17 *pr.* è, peraltro, la logica estensione del principio ricordato da Ulpiano in D. 3,3,8,1, in base al quale *invitus procurator non solet dari* (8).

Comunque sia, anche ammettendo che i commissari giustiniani abbiano interpolato D. 3,3,15 *pr.* e 17 *pr.*, sostituendo il termine *cognitor* col termine *procurator* (9), al

Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano, in *Index*, 1980, 210 s.; R. QUADRATO, *Rappresentanza (diritto romano)*, in *ED*, XXXVIII, Milano 1987, 425. Sul *procurator unius rei* v. E. ALBERTARIO, "Procurator unius rei", ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, 497 ss.; DE ROBERTIS, "Invitus procurator". *Appunti sul procuratore nel diritto classico*, in *AUBari*, Bari 1935, ora in *Scritti varii di diritto romano*, I: *diritto privato*, Bari 1987, 27 ss.; A. WATSON, *o. c.*, 51-56; M. KASER, *Privatrecht* cit., I, 266, nt. 49; v. anche J.-H. MICHEL, *o. c.*, 524 ss.

8) Sul punto v. il paragrafo successivo.

9) Su tale questione v., ad es., O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Graz 1960, 449 nt. 1 e 3; ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, u. A., Aalen 1956, 94 s., nt. 3; P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozeß*, Graz 1905, 42 ss., 84 ss., 147, nt. 3; F. SERRAO, *o. c.*, 59 s.; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *ZRG, RA*, 66, 1948, 295; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare*, I, *Translatio iudicii*, Napoli 1956, 90; B. BISCHOFF - D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution Kaisers Julian*, München 1963, 29. A. WATSON, *o. c.*, 59, nt. 6, ritiene, invece, che D. 3,3,15 *pr.* sia genuino. L'argomentazione di fondo dei primi è che D. 3,3,15 *pr.* è tratto dal libro ottavo *ad edictum*, dove Ulpiano, secondo

la ricostruzione del LENEL, si occupa del *cognitor*; quanto a D. 3,3,17 *pr.* l'editto pretorio non prevedeva una *translatio iudicii procuratoria*, ma solo la *cognitoria*: tuttavia, obbietta, indirettamente, G. BROGGINI, *A propos de 'mutatio iudicis' et 'translatio iudicii'*, in *RH*, 27, 1959, 334, nt. 82, il fatto che la regola generale sulla *translatio iudicii*, secondo cui, FV. 317, *interveniente vero procuratore iudicati actio perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit*, è smentita da FV. 331, che pone sullo stesso piano *procurator praesentis* e *cognitor* in materia di *translatio iudicii*, «doit nous pousser au contrôle de l'application concrète de la règle. Mais il y a davantage, à mon avis. Des textes aussi précis que D. 46,8,5; D. 17,1,45; D. 20,6,1, tous admettant la *translatio procuratoria* (du *procurator absentis*), ne peuvent pas être mis de côté par des solutions artificielles du genre de celle proposée par BONIFACIO, *Translatio iudicii*, 102». D. 46,8,5: *Scaevola libro quinto responsorum. Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem*. D. 20,6,1,2: *Papinianus libro undecimo responsorum. Defensor absentis cautionem iudicatum solvi praestitit: in dominum iudicio postea translato [fideiussores] <sponsores> ob rem iudicatam quos defensor dedit non tenebuntur nec pignora quae dederunt*. D. 17,1,45,1: *Paulus libro quinto ad Plautium. Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine iusta causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me: nondum enim perfecisti mandatum*. Rispetto a D. 46,8,5 il Bonifacio (F. BONIFACIO, *o. c.*, 101 s.) non condivide le opinioni espresse dal Koschaker (P. KOSCHAKER, *o. c.*, 68 ss.) e dal Duquesne (J. DUQUESNE, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, Paris 1910, 135, nt. 5) e sostiene, invece, che: 1) l'espressione *lis inchoata* induce a escludere che abbia avuto luogo la *litis contestatio*; 2) che, d'altro canto, non può significare la *ratihabitio actu* da parte del *dominus negotii*, escludendo, poi, che la *translatio iudicii*, sempre nel caso prospettato in D. 46,8,5, possa avvenire mediante *in integrum restitutio*. D. 17,1,45,1, secondo il BONIFACIO (*o. c.*, 101) smentisce «l'ipotesi che, dovendosi trasferire la lite a *procuratore in dominum*, occorra sempre il consenso di tutte e due le parti in causa e non solo del *dominus* e del *procurator*»... «Il testo presuppone ... che ricorrendo una *iusta causa* il *dominus* mandante sia tenuto ad assumere su di sé la lite e che il *procurator* possa a tanto costringerlo con l'*actio mandati contraria*». Tuttavia quando non ricorra la *iusta causa*, è indubbio che si possa parlare di *translatio procuratoria*, che prevede l'accordo tra *procurator*, *dominus* e controparte, a differenza della *translatio cognitoria* (così P. KOSCHAKER, *o. c.*, 53 ss.; J. DUQUESNE, *o. c.*, 137 ss., e G. BROGGINI, *o. c.*, 334, nt. 82). Secondo il Bonifacio (F. BONIFACIO, *o. c.*, 8 ss., 100) anche D. 20,6,1,2 non è da considerarsi in contrasto con le regole tipiche della *translatio* e quindi non