

PARTE GENERALE

CAPITOLO PRIMO

LE ATTIVITÀ CONTRATTUALI CON UN *INSTITOR*

SOMMARIO: 1. Le motivazioni alla base dell'introduzione dell'azione institoria. – 2. Il modello organizzativo dell'impresa sottostante all'azione institoria. Situazione originaria e progressive estensioni. – 3. Doveri di correttezza ed informazione a carico dell'imprenditore discendenti dalla *praepositio institoria*. – 4. Institori che agiscono al di fuori della *praepositio institoria*, schiavi non preposti operanti in un'impresa ed affidamento dei terzi contraenti. – 5. Morte del preponente ed affidamento dei terzi contraenti. – 6. Possibilità per i contraenti di chiamare a rispondere l'institore libero non in potestà.

1. *Le motivazioni alla base dell'introduzione dell'azione institoria*

Gli strumenti più risalenti creati dall'attività giurisdizionale dei pretori al fine di proteggere i contraenti con le imprese, sono state, come è noto, le azioni, che, con terminologia non romana, sono solite indicarsi come *adiecticiae qualitatis*¹. La loro introduzione fu forse dovuta, da principio, all'opera del pretore peregrino (*praetor qui inter peregrinos ius dicebat*), istituito nel 242 a.C., in quanto si trattava di una magistratura più sensibile alle istanze di tutela giuridica connesse ai rapporti commerciali ed al mondo degli affari, ed ebbe luogo durante il II secolo a.C., secondo un ordine cronologico che i più ritengono sia quello edito tale tramandatoci nel Digesto: *actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio tributoria* e *triplex edictum* (*actio de peculio*, *de in rem verso* e *quod iussu*)²,

¹ Su tale denominazione si rinvia a M. MCELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001, 8 ss. (ed ivi nt. 1 le indicazioni bibliografiche) e CERAMI, *Introduzione al diritto commerciale romano*, cit., 41.

² Cfr. D. 15.1.1 pr.-1: *Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus ex-*

malgrado alcune opinioni, anche autorevoli, contrarie³.

Le prime tre azioni sono sempre collegate allo svolgimento di un'attività imprenditoriale⁴ consistente, rispettivamente: *a*) nell'esercizio di un'impresa di navigazione (*exercitio navis*) fondata sulla preposizione di un *magister navis*; *b*) nell'esercizio di un'impresa commerciale (in senso lato) diversa da quella di navigazione (e perciò sovente denominata terrestre), fondata anch'essa sulla preposizione di un *institor*; *c*) e nell'esercizio di vari tipi di impresa commerciale (sempre in senso lato) terrestre mediante un peculio o una parte di peculio specificamente destinata a ciò (*merx peculiaris*) e con la consapevolezza dell'avente potestà (*sciente domino aut patre*), come si vedrà meglio in seguito (cap. III, §§ 1 e 2).

Cominciamo il nostro discorso dall'*actio institoria*, data la maggiore ampiezza del suo raggio di applicazione.

La *ratio*, che aveva portato il pretore a creare quest'azione, viene ancora ricordata, a vari secoli di distanza, dalle Istituzioni di Gaio (scritte

ponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio [Nell'ordine il pretore ritenne di esporre prima quei contratti di coloro, che sono soggetti alla potestà altrui, che attribuiscono <al contraente> un'azione per l'intero <contro l'avente potestà>, e di giungere poi così a questo editto, dove è concessa l'azione nei limiti del peculio. Questo editto poi è triplice: infatti, da esso sorge o l'azione nei limiti del peculio o quella per ciò che si è riversato nel patrimonio <dell'avente potestà> o quella basata su una sua autorizzazione]. In questo senso si veda, per tutti, SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma*, cit., 19 s. e, più di recente, CERAMI, *Introduzione*, cit., 42, con confutazione delle opinioni contrarie.

³ Ad esempio, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 160 s., pur ammettendo la difficoltà della questione, ritiene più verosimile una cronologia corrispondente all'esposizione delle Istituzioni giurine (4. 70 ss.), dove al primo posto compare l'*actio quod iussu*. In tempi più recenti, L. DE LIGT, *Legal History and economic History: the case of the actiones adiecticiae qualitatis*, in *TR* 67, 1999, 205 ss., si concentra unicamente sui problemi cronologici della nascita di queste azioni, giungendo alla conclusione che la più antica sia quella *de peculio*.

⁴ Cfr., per tutti, A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick I*, in *ZSS* 111, 1994, 280 ss., di cui esiste una sintesi anche in italiano dal titolo *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiecticiae*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo* 2, Napoli, 1997, 583 ss.

poco dopo la metà del II secolo d.C.) e da un importante frammento del commentario editale di Ulpiano (primi decenni del III secolo d.C.).

Nell'opera del primo giurista, all'inizio della trattazione delle azioni *exercitoria* ed *institoria*, si afferma:

Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam ... Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari ... (4.71).

[Per la stessa ragione <il pretore> ha predisposto due altre azioni, quella contro l'armatore e quella institoria ... Infatti, poiché anche questa attività contrattuale si considera conclusa per volontà del padre o del padrone, è sembrato essere molto equo che fosse data un'azione per l'intero <contro di loro> ...].

Gaio dunque ravvisa un'identità di motivazioni tra la predisposizione di queste due azioni e l'*actio quod iussu*, di cui aveva parlato nel precedente § 70, individuandola nella necessità di proteggere l'affidamento dei contraenti con il figlio in potestà o lo schiavo o comandante della nave (*magister navis*) o institore (*institor*) (*eadem ratione - institoriam*). Poiché i contratti conclusi con i sottoposti si dovevano ritenere compiuti per volontà del titolare della potestà (*cum enim - contrahi videatur*), il pretore aveva considerato sommamente conforme all'*aequitas* la previsione di una responsabilità per l'intero a carico di quest'ultimo, che il contraente poteva far valere mediante dette azioni (*aequissimum - actionem dari*). Come si può vedere, è dall'imputabilità diretta alla *voluntas patris aut domini* dell'attività contrattuale che si fa discendere il regime di una loro responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte dal sottoposto, comandante della nave o institore, e rimaste inadempite⁵.

Passando ora al commentario ulpiano, nel libro v entottesimo in D. 14.3.1, in tema di origini dell'*actio institoria*, si riporta:

Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus adquisitis sibi actionibus ...

⁵ Sul punto cfr. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 189 ss.

[È sembrato equo al pretore che, come percepiamo i vantaggi dall'attività degli institori, così anche siamo obbligati dai loro contratti e possiamo essere convenuti in giudizio. Ma <il pretore> non fa lo stesso con riguardo a colui che ha preposto un institore così da poter esperire l'azione; ma, se certamente ha avuto come institore uno schiavo proprio, può essere sicuro delle azioni acquisite per sé ...].

Al pretore era dunque apparso conforme all'*aequitas* riequilibrare vantaggi (*commoda*) ed obbligazioni (*obligari*) derivanti ai preponenti dalle attività contrattuali degli institori che avevano preposto, in modo tale da consentire ai contraenti di chiamarli a rispondere, mediante l'esercizio dell'*actio institoria*, per gli inadempimenti compiuti da questi loro rappresentanti (*aequum praetori - et conveniri*). L'azione era nata come "unidirezionale": infatti, di essa non poteva servirsi l'imprenditore preponente (*sed non idem - ut experiri possit*), il quale, solo in virtù del vincolo potestativo (e della proprietà) sullo schiavo institore, acquisiva direttamente le azioni derivanti dal rapporto contrattuale tra costui ed i terzi per far valere i propri diritti (*sed si quidam - adquisitis sibi actionibus*)⁶.

È importante fin d'ora rilevare che entrambi i giuristi individuano nell'*aequitas* il criterio da cui era stato mosso il pretore nel predisporre l'azione institoria, al fine di garantire un'uguaglianza proporzionale degli interessi in gioco, moderando le conseguenze inique derivanti da una rigida applicazione delle regole dell'antico *ius civile*⁷.

2. Il modello organizzativo dell'impresa sottostante all'azione institoria. Situazione originaria e progressive estensioni

Mediante tale azione e le altre c.d. adiettie, la giurisdizione pretoria aveva dato vita a un sistema piuttosto completo di protezione di

⁶ Sul passo si vedano, di recente, MICELI, *Sulla struttura*, cit., 190 ss. e CERAMI, *Introduzione*, cit., 46.

⁷ Cfr. al riguardo F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione ed applicazione del diritto*. Corso di diritto romano, Torino, 1997, 109 ss.; M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in *IURA* 53, 2002 (edito 2005), 69 s.

quanti avessero concluso contratti con persone sotto l'altrui potestà (*in potestate*) operanti all'interno dei vari modelli organizzativi dell'impresa romana che esistevano nel II secolo a.C., realizzando, nel contempo, un riconoscimento giuridico degli stessi. Queste azioni, infatti, oltre al profilo della rappresentanza volontaria, su cui si è a lungo esclusivamente concentrata l'attenzione degli studiosi⁸, investono soprattutto quello del regime giuridico dell'organizzazione imprenditoriale, e non è quindi un caso che proprio dal loro esame si sia sviluppato, in seno alla dottrina degli ultimi due decenni, un ricco filone di ricerca per ricostruirlo⁹.

Data l'ottica del presente studio, più che riaprire il discorso sui risultati conseguiti da questo filone di ricerca, ormai ampiamente acquisiti, è fondamentale muovere da essi e ripercorrere, sulla scorta di alcune fonti principali, l'evoluzione delle varie tappe della sfera di applicazione di dette azioni, in funzione proiettiva dei terzi contraenti e, in corrispondenza, sul piano delle conseguenze giuridiche a carico degli imprenditori.

L'azione institoria consentiva ai terzi che avessero contrattato con l'institore, al quale, mediante atto di preposizione (*praepositio*), erano stati conferiti poteri di gestione dell'impresa, di far valere una responsabilità per l'intero (*in solidum*) del preponente per le obbligazioni contrattuali rimaste inadempite. A tal fine era però necessario, come analizzeremo nel § 3, che si fosse conclusa con l'institor e un'attività contrattuale rientrante nei poteri di gestione che gli erano stati attribuiti.

⁸ Cfr., per tutti, HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index* 9, 1980, 202 ss., con ampi richiami alla dottrina precedente, e più di recente, WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiectitiae*, cit., 583 ss.

⁹ A partire dalla pionieristica ricerca di A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager (II secolo a.C. - II secolo d.C.)*, Milano, 1984. Sull'argomento, oltre al magistrale quadro di sintesi offerto da SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 24 ss., e in *Il diritto dalle genti al principato*, in *Optima hereditas. Sapienza giuridica romana e conoscenza dell'ecumene*, Milano, 1992, 68 ss., mi limito ad indicare, tra gli studi più recenti, A. FÖLDI, *Remarks on legal structures of enterprises in Roman law*, in *RIDA* 43, 1996, 179 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, Madrid, 2001, 46 ss.; G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Dirección y administración de empresas en Roma*, Ourense, 2001, 85 ss.; CERAMI, *Introduzione*, cit., 34 ss.

Il tipo di organizzazione presupposto da tale azione era quindi che l'impresa non fosse esercitata direttamente dall'imprenditore, ma ne fosse affidata la conduzione, tramite la *praepositio institoria*, ad un suo rappresentante¹⁰. Secondo un orientamento oggi diffuso¹¹, che anche a me sembra il più condivisibile, in origine costui era un *filius* o *servus* dell'imprenditore, vale a dire una persona sottoposta alla sua potestà *patria* o *dominica*. In tal senso depongono una serie di considerazioni generali circa l'evoluzione del carattere potestativo della famiglia romana, che è più forte nel II secolo a.C. e va progressivamente attenuandosi nei confronti dei *fili* durante il I ed il II secolo d.C., e circa la sostituzione dei liberti agli schiavi nelle attività economiche, che si viene realizzando soprattutto a partire dalla fine del I secolo d.C. Ma si devono aggiungere anche argomentazioni più specifiche, tra le quali rivestono un'assoluta importanza l'ordine di trattazione che ne fanno le Istituzioni gaiane, che collocano questa e le altre azioni adietizie fra quelle che venivano concesse *in parentes dominosve* (4.69¹²), e le spiegazioni sull'origine storica dell'azione institoria, che Ulpiano fornisce in D. 14.3.1, esaminato al paragrafo precedente.

Alla luce di ciò, ritengo quindi meno plausibile la diversa congettura, riproposta anche in tempi recenti¹³, secondo la quale, fonda-

¹⁰ Si vedano al riguardo, tra gli studi più recenti, F. SERRAO, *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, in *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano*, cit., 33 ss.; A. FÖLDI, *Eine alternative Annäherungsweise: Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt*, in *RIDA* 48, 2001, 78 ss.; MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 185 ss. e *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, cit., 81 ss.; CERAMI, *Introduzione*, cit., 44 ss.

¹¹ Si veda, per tutti, CERAMI, *Introduzione*, cit., 45; MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane*, cit., 69 s.

¹² *Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum familias servorumque agitur, opus est, ut de hac actione et de ceteris, quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus* [Poiché tuttavia abbiamo in precedenza fatto menzione di quella azione, con la quale si agisce avendo riguardo al peculio dei figli in potestà e degli schiavi, è necessario trattare alquanto più diligentemente di questa azione e delle altre che si è soliti concedere contro padri e padroni in nome degli stessi sottoposti].

¹³ Da WACKE, *Die adjektivischen Klagen*, cit., 295 ss. e *Alle origini della rappresentanza diretta*, cit., 589 s., con indicazione della precedente dottrina favorevole a tale congettura.

dosi il presupposto della responsabilità del preponente non su un rapporto potestativo, ma sulla *praepositio*, all'utilizzo di un institore libero si sarebbe già fatto ricorso all'epoca dell'emanazione dell'editto *de institoria actione* (II secolo a.C.) e solo nella prassi economico-imprenditoriale la preposizione di un institore *in potestate* avrebbe preceduto quella di un libero. Proprio sulla base di quest'ultimo rilievo, resto convinto che i due punti di vista non siano inconciliabili fra loro, ma si possano, almeno in una certa misura, armonizzare e in una prospettiva storica. Sul punto, comunque, ritorneremo fra breve.

La possibilità per i contraenti con l'institore di esperire l'azione institoria contro il preponente, secondo alcuni indizi ancora presenti nelle nostre fonti, era limitata in origine alle imprese commerciali in senso stretto, cioè a quelle dirette allo scambio di beni attuato mediante contratti di compravendita. In una tale prospettiva, infatti, si muove ancora un frammento di Paolo, *lib. sing. de var. lect.* in D. 14.3.18, allorché identifica l'institore in colui che veniva preposto a vendere merci tanto in un locale commerciale quanto al di fuori di esso:

Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur.

[È institore colui che è preposto a comprare e vendere in un locale o un luogo fisso e colui che è preposto alla stessa attività senza un luogo fisso].

Ma già durante il I secolo a.C. e l'età augustea (31 a.C.-14 d.C.) il campo di applicazione dell'institoria si era notevolmente ampliato, grazie soprattutto all'*interpretatio* di giuristi come Servio Sulpicio Rufo e Labeone¹⁴, secondo quanto ci attesta un noto testo di Ulpiano, 28 *ad ed.* in D. 14.3.5.1-10: in esso, infatti, si elencano, a titolo esemplificativo, una serie di attività imprenditoriali, dove i contraenti con l'*institor* avrebbero potuto esercitare questa azione. Oltre al commercio vero e proprio (di cereali nel § 1, di merci nel § 2, di vestiti e panni nel § 4, di merci acquistate in mercati distanti nel § 7, di pane nel § 9), vengono indicati i settori: a) della gestione di immobili urbani (§ 1: *praepositus aedificio* o *insularius*); b) del credito e delle

¹⁴ In dottrina sull'argomento si rinvia, per tutti, a SERRAO, *Impresa, mercato, diritto*, cit., 35 s. e a CERAMI, *Introduzione*, cit., 53.

attività bancarie (§§ 2 e 3: *praepositus pecuniis faenerandis* o *in mensa*); c) degli appalti di opere (§ 2); d) del trasporto terrestre, come quello con i muli (§ 5: *muliones*), e della prestazione dei servizi ad esso collegati, come le locande con annesse stazioni di cambio (§ 6: *stabularii*); e) della pulizia, riparazione e confezione di abiti e tessuti (§§ 6 e 10); f) delle pompe funebri (§ 8, con concessione contro l'impresario dell'azione nella forma di *quasi institoria*). A questi settori altri testi giuridici aggiungono quelli dei bagni termali (la *negotatio balnearia*)¹⁵ e della produzione (di laterizi, anfore, lucerne, ceramiche, tubature)¹⁶.

Inoltre anche la commercializzazione dei prodotti di un'impresa agricola effettuata dal fattore (*vilicus*) ad essa preposto, consentiva ai terzi contraenti con lui di far valer e le proprie ragioni nei confronti del preponente (il *dominus fundi*), malgrado vi sia incertezza se ciò avvenisse con la stessa azione institoria, come parebbe dedursi da Ulpiano in D. 14.3.5.2 e dalle *Pauli Sententiae* 2.8.2, oppure con un'azione modellata sull'esempio di quella institoria (*actio exemplo institoriae*), in base a quanto sostiene Paolo, 29 *ad ed.*, nella seconda parte di D. 14.3.16¹⁷, nell'uno e nell'altro caso, comunque, sempre con una responsabilità per l'intero¹⁸.

Il punto di arrivo è quello sottolineato prima da Gai *Inst.* 4.71, secondo il quale si faceva ricorso all'*institoria formula* per qualunque tipo di impresa esercitata da un *institor* (ad eccezione di quella di navigazione):

¹⁵ Cfr. D. 33.7.13.1 (Paolo, 4 *ad Sab.*) e D. 33.7.17.2 (Marciano, 7 *inst.*).

¹⁶ Su tale punto cfr., per tutti, J.J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores 200 B.C. - AD 250*, Köln-Leiden-New York, 1994, 201 ss.; A. DI PORTO, *L'impresa agricola nel periodo imprenditoriale*, in CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 307 ss.; MICELI, *Institor e procurator*, cit., 92 s.; A. BÜRGE, *Rechtsgeschäfte im römischen Alltag*, in *Einblicke in die Antike. Orte - Praktiken - Strukturen*, a cura di C. Ronning, München, 2006, 212 ss.

¹⁷ ... *si tamen vilicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere*[... se tuttavia avrò preposto il fattore anche alla vendita dei prodotti, non sarà iniquo che contro me competa un'azione sull'esempio di quella institoria].

¹⁸ Sulla questione cfr. DI PORTO, *L'impresa agricola nel periodo imprenditoriale*, cit., 306 s., 322 ss.

Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit.

[L'azione institoria poi si applica quando qualcuno abbia preposto ad un'azienda commerciale o ad una qualsiasi impresa un figlio in potestà o uno schiavo ... e si sia concluso un contratto con lui nell'ambito di ciò per cui è stato preposto],

e ribadito poi da Ulpiano nel *principium* del testo di D. 14.3.5, di cui abbiamo appena parlato, nel quale si esordisce riconoscendo la qualità di *institor* al preposto a qualsiasi attività imprenditoriale (*Cui-cumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*, [Dunque a qualsiasi impresa sia stato preposto, correttamente sarà chiamato institore]), eccettuata sempre quella di navigazione, con la conseguenza che i contraenti avrebbero potuto avvalersi del rimedio rappresentato dall'institoria.

Il passo delle Istituzioni giurine appena visto mette in luce un ulteriore aspetto. Sotto il profilo della responsabilità dell'imprenditore preponente nulla cambia quando nell'organizzazione dell'impresa, anziché propri figli in potestà o propri schiavi, si vengono ad utilizzare come institori uomini liberi, in genere liberti, oppure schiavi altrui. Lo *status* e la proprietà dell'institore divenivano del tutto irrilevanti per quanti contraessero con lui, potendosi in ogni caso agire con l'institoria contro il preponente. Le parole di Gaio trovano una puntuale conferma in un celebre testo di Papiniano, in D. 14.3.19.1, nel quale, in tema di gestione di una banca, il cambiamento di *status* dell'institore da schiavo a libero non incide sul rischio del banchiere preponente, che continua a rispondere verso i terzi in base all'azione institoria¹⁹.

Si è già accennato alle diversità di vedute circa il periodo della nascita dello schema organizzativo fondato sulla preposizione come *institor* di un soggetto non in potestà dell'imprenditore. A prescindere dalle differenti posizioni, è comunque indubbio che in età imperiale

¹⁹ Cfr. *infra*, cap. V, § 4. Per una sua lettura in senso estensivo a tutte le attività imprenditoriali rinvio a CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, cit., 45.

detto schema appare consolidato ed in uso, non solo per quanto abbiamo rilevato in Gaio e Papiniano, ma anche per le precise affermazioni fatte da Ulpiano nel prosieguito di D. 14.3.1:

... si autem vel alienum servum vel etiam hominem liberum, actione deficietur: ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum ...

[... se invece <qualcuno abbia preposto come istitore> o uno schiavo altrui o anche un uomo libero, sarà privo dell'azione <contro i contraenti con lui>: tuttavia potrà convenire in giudizio l'istitore stesso o il padrone dello schiavo con l'azione di mandato o di gestione di affari altrui ...].

Il giurista qui si preoccupa di affrontare le ripercussioni all'interno dell'impresa, allorché il preponente avesse dovuto rispondere verso i terzi contraenti per gli inadempimenti dell'istitore non soggetto alla sua potestà. Mentre infatti, in tal caso, il preponente non acquista, dal lato della legittimazione attiva, nessuna azione per ottenere dai terzi la soddisfazione dei propri diritti, dal lato di quella passiva, soggiace alla medesima responsabilità di quando l'*institor* è *in potestate*, potendo, però, rivalersi o contro il libero o contro il padrone dello schiavo con l'azione di mandato o di gestione di affari altrui, ove l'istitore avesse svolto le proprie funzioni senza un compenso. Qualora questo vi fosse stato, si può pensare, sulla base di quanto accadeva nell'impresa di navigazione, che l'azione di rivalsa sarebbe stata l'*actio locati* o contro il libero per l'attività lavorativa da lui prestata oppure contro il padrone dello schiavo per la locazione delle giornate lavorative dello stesso²⁰.

La formula di questa azione predisposta dal pretore si modellava, come è noto, su quella della relazione contrattuale sottostante tra istitore e terzo. Applicata ad un mutuo in denaro, ad esempio, essa si sarebbe configurata come *condictio institoria* [azione di restituzione per intimazione di una somma di denaro prestata all'istitore] e, secondo la ricostruzione ancor oggi comunemente seguita in dottrina²¹, il suo testo avrebbe previsto una trasposizione di soggetti: vale a

²⁰ Si vedano, rispettivamente, D. 14.1.1.18 (Ulpiano, 28 *ad ed.*) e D. 14.1.5 pr. (Paolo, 29 *ad ed.*), di cui si tratta *infra*, cap. II, § 3.

²¹ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum (= EP)*, Leipzig, 1927, 264; D.

dire, nella clausola relativa alla pretesa dell'attore (*l'intentio*) vi sarebbe stata l'indicazione del nome dell'institore preposto all'azienda commerciale, che aveva concluso il mutuo ²², e dell'ammontare del debito non pagato ²³, con l'aggiunta di una finzione di libertà (*fictio libertatis*) nel caso in cui l'institore stesso fosse stato uno schiavo, nella clausola, invece, dove il giudice era investito del potere di condannare o assolvere il convenuto (la *condemnatio*), si sarebbe fatta menzione unicamente dell'avente potestà, chiamato a rispondere patrimonialmente per l'intero verso l'attore creditore ²⁴.

Tale ricostruzione è messa attualmente in dubbio, con valide argomentazioni, ritenendosi che il soggetto obbligato, menzionato nell'*intentio*, non fosse l'institore, bensì lo stesso preponente, sul quale gravavano rischio e responsabilità, con la conseguenza che anche nella prima parte della formula si sarebbe incontrato il suo nome ²⁵.

Nel caso in cui l'impresa fosse stata collettiva, essendo lo schiavo institore in proprietà fra due o più padroni, la responsabilità degli stessi verso il contraente era retta dalla regola della solidarietà passiva elettiva, che era stata preferita ad ogni altro diverso criterio, come ci informa Ulpiano, 28 *ad ed.* in D. 14.3.13.2, fondandosi sull'opinione di Giuliano:

Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus

MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 80, che riproducono la sola formula di quando l'institore fosse stato libero.

²² Supponiamo: *Si paret Stichum, qui a Numerio Negidio tabernae instructae praepositus est* [Se risulta che Stico, che è stato preposto da Numerio Negidio all'azienda commerciale].

²³ *Eius rei nomine Aulo Agerio sestertium Xmilium dare oportere* [Per quell'affare, per il quale egli era obbligato a dare diecimila sesterzi a Aulo Agerio].

²⁴ *Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium Xmilium condemnato, si non paret, absolvito* [Giudice condanna Numerio Negidio <a dare> diecimila sesterzi a Aulo Agerio, se non risulta, assolvilo].

²⁵ Così MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit., 185 ss., secondo la quale queste sarebbero state le parole iniziali: *Si paret Numerium Negidium, qui tabernae instructae Stichum praeposuit, eius rei nomine Aulo Agerio sestertium Xmilium dare oportere...* [se risulta che Numerio Negidio, che ha preposto Stico all'azienda commerciale, per quell'affare sia obbligato a dare diecimila sesterzi a Aulo Agerio]. Della stessa autrice si veda anche *Institor e procurator*, cit., 75 ss.

teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum Iulianus quaerit. Et verius est ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.

[Se due o più esercitino un'impresa commerciale ed abbiano preposto come institore uno schiavo, che avevano <in comunione> in parti diseguali, Giuliano pone la questione se essi siano tenuti in base alle quote di proprietà o in parti uguali o in proporzione ai beni conferiti oppure solidalmente. Ed afferma che è più vero che ciascuno possa essere convenuto solidalmente e per l'intero sull'esempio degli armatori e dell'azione nei limiti del peculio, e tutto ciò che abbia prestato colui che è convenuto in giudizio, egli lo conseguirà mediante lazione di società o quella di divisione della comunione; ed abbiamo appreso ovato questo parere anche in precedenza].

Il testo è molto conosciuto ed è stato ampiamente analizzato in dottrina sotto diversi punti di vista²⁶. Ai nostri fini attuali interessa solo rilevare che si era dibattuto fra i giuristi quale dovesse essere il criterio, in base al quale i vari imprenditori erano chiamati a rispondere nei confronti dei contraenti per inadempimento dello schiavo o institore in condominio secondo parti diseguali (*Si duo - praeposuerint ... Iulianus quaerit*): i primi tre criteri implicavano una responsabilità parziaria in relazione *a)* alle quote dominicali; *b)* in parti uguali; *c)* in proporzione ai conferimenti, il quarto era invece quello della responsabilità solidale (*utrum pro dominicis - an vero in solidum*). Giuliano, intorno alla metà del II secolo d.C., finisce con l'ammettere quest'ultimo criterio, seguendo l'esempio dell'impresa collettiva di navigazione (cap. II, § 3) e dell'impresa collettiva gestita dallo schiavo in comune provvisto di peculio (cap. III, § 2) (*et verius esse - conveniri posse*) e concedendo in via di regresso a chi avesse pagato l'azione di società, qualora gli imprenditori (come avveniva normalmente) fossero stati soci, oppure quella di divisione della comunione in mancanza di un vincolo sociale (*et quidquid - consequetur*).

La prevalenza del parere di Giuliano in favore di una "solidarietà

²⁶ Cfr. soprattutto DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 343 ss.; FÖLDI, *Remarks on legal structures of enterprises in Roman law*, cit., 199 s.