

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 "Lumsa"

MARIO CARAVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 "Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOSZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI

Rettore Università
"Lumsa"

MARIO CARVALE

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO

Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO

FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI

Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA

Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO

Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI

Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI

Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI

Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID

Cat. Universitat
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO

Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLIV - Fascicolo 1 2022



STEM Mucchi editore

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Trento
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Università di Padova; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Darjn A.N. Costa

DALLA *LEX BARBARIUS* ALLA L. 241/1990. PROSPETTIVE STORICO-COMPARATISTICHE SULL'ATTIVITÀ DEL FUNZIONARIO DI FATTO

I. TRA POTERE, BILANCIAMENTO DI INTERESSI ED EQUITÀ*

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il funzionario di fatto. – 2. Uno schiavo fuggiasco eletto pretore. – 2.1. Altre analoghe vicende. – 3. Funzionario di fatto, usurpatore di pubbliche funzioni, funzionario in *prorogatio* e *falsus procurator*: le molte maschere di un unico attore? – 3.1. Funzionario di fatto ed usurpatore. Una differenziazione non solo *quod poenam*. – 3.2. Funzionari di fatto e *prorogatio*. – 3.3. Funzionario di fatto e *falsus procurator*.

Premessa

Con questo scritto si intende fornire un quadro sintetico, ma quanto più esaustivo possibile, sulla figura del funzionario di fatto, in particolare affrontando il tema della validità degli atti da questo emessi, analizzando le teorie sviluppatesi a partire da quella che potrebbe essere la vicenda che diede i natali a tale istituto, ossia la nomina a pretore, nell'antica Roma, del servo fuggitivo Barbario Filippo¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Essenziale la lettura di M.E. LUCIFREDI PETERLONGO, R. LUCIFREDI, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, 1, Maria Emilia Lucifredi Peterlongo: *Barbarius Philippus ... Servus fugitivus ... Praetor designatus est*, 2, Roberto Lucifredi: *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, Milano, 1965; *Il funzionario di fatto*, a cura di B. CAVALLO, Milano, 2005, p. 117 ss.; N. RAMPAZZO, *Quasi praetor non fuerit. Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Napoli, 2008.

A tale auspicato intento, si aggiunge l'indagine sull'influenza della *lex Barbarius* in diritto canonico e nella vigente disciplina italiana, con aggiornati spunti giurisprudenziali e legislativi in materia, ricostruendo in tal modo una proiezione dell'attuale regolamentazione che possa rivelare possibili analogie o influenze derivanti dalla disciplina romanistica.

Risulta, infatti, sempre più vivo il dibattito riguardo all'attualità degli insegnamenti storici negli istituti universitari e, soprattutto, nella pratica delle professioni giuridiche, per cui ulteriore scopo – seppur indiretto – sarà il prender ad esempio la vicenda di *Barbarius* per rilevare la presenza e la validità dei principi romanistici nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto moderno.

1. *Il funzionario di fatto*

L'esplicazione, e talvolta la formazione, della volontà della pubblica amministrazione² avviene per mezzo di suoi organi nominati *ad hoc* (*Organträger*³). Vi sono però casi in cui la nomina degli stessi è viziata *ab origine* o *ex post*, insorgendo così il problema della validità degli atti *medio tempore* prodotti da tali soggetti, ascrivibili alla figura del 'funzionario di fatto'. Una figura che, sebbene oggetto di attenzione da parte della moderna dottrina e giurisprudenza, troverebbe le sue origini già nel diritto romano, ove l'episodio del *servus fugitivus Barbarius Philippus* fornì le basi per la disciplina approntata nei secoli successivi, anche da ordinamenti extranazionali (compreso quello canonico, su cui *infra*).

Attualmente non vi è una specifica previsione normativa che possa delineare con chiarezza i caratteri della figura del funzionario di fatto (di creazione dottrinale) con una definizione univoca, dovendosi individuare la stessa nel «soggetto

² Sul punto F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 425 ss.

³ Cfr. B. CAVALLLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, p. 137 ss.

che esercita potestà pubbliche in assenza di una valida investitura all'ufficio cui appartengono le funzioni "di fatto" esercitate»⁴. Un'ipotesi, quindi, di 'acompetenza'⁵, in cui in capo al soggetto manchi del tutto la qualità di organo della pubblica amministrazione (non avendo mai posseduto i requisiti soggettivi⁶) o l'investitura⁷, o la stessa sia inficiata da invalidità o inefficacia (per il venire meno degli anzidetti requisiti a seguito di annullamento, in via giurisdizionale o amministrativa, dell'atto di nomina⁸).

⁴ Cfr. R. GAROFOLI, *Compendio superiore di diritto amministrativo*, Roma, 2015², p. 74. Si v. anche A. AGOSTINELLI, *Il funzionario di fatto*, Campobasso, 1921; C. VITTA, *Il funzionario di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1923, I, p. 473. ss.; M.E. LUCIFREDI PETERLONGO, R. LUCIFREDI, *Contributi*, cit., p. 20 ss.; S. TERRANOVA, voce *Funzionario di fatto (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 285 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 224 ss.; M. DE PALMA, *Sulla teoria del funzionario di fatto. Nota a Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853, in Urbanistica e appalti*, 2000, IV, p. 429 ss.; B. CAVALLO, *Il funzionario*, cit.; A. LIUZZO, *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, in *www.giustamm.it*, 2009; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2012, p. 120 ss.; M. SCIASCIA, *Ruolo e responsabilità del pubblico funzionario nell'evoluzione dello stato di diritto*, Torino, 2017, p. 23 ss.

⁵ Sulla teoria dell'acompetenza: M. FRATINI, *L'opposizione alle sanzioni amministrative*, Milano, 2008, p. 307; G.P. IARICCI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 421. Si è discusso anche di carenza di potere in astratto, poiché inesistente (*ex art. 27 septies*, L. 7 agosto 1990, n. 241, che stabilisce la nullità degli atti in tal contesto prodotti; così *ex multis* TAR Toscana, III, sent. n. 1700/2015 e 1576/2017); o di carenza di potere in concreto, o incompetenza relativa, in quanto derivante da un potere esistente ma con nomina inesistente (i cui atti sono annullabili *ex art. 21 opties*, L. 241/1990).

⁶ Un rapporto organico costituitosi, quindi, meramente di fatto, «in assenza degli elementi contrattuali o incardinativi utili ad istituire un rapporto di servizio con l'ufficio» (G. NAPOLITANO, *Manuale di diritto amministrativo*, Matelica, 2008, p. 137).

⁷ Il rapporto organico viene in rilievo ai fini dell'imputazione delle fattispecie e, talora, viene costituito in via di mero fatto (assenza di investitura), così come il rapporto di servizio (da cui però si distingue – v. *infra*), e l'organo di fatto è definito, appunto, funzionario di fatto; cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 145.

⁸ Cfr. F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, p. 167; F. CARINGELLA, L. DELPINO, F. DEL GIUDICE, *Diritto amministrativo*, Napoli, 2007, p. 150. Sulle nozioni di funzio-

Lo stesso termine ‘funzionario’ è adoperato nell’ordinamento non di frequente e con significato non sempre univoco. La Costituzione, ad esempio, con tale definizione «a volte indica soltanto i funzionari onorari (art. 28 Cost.), a volte i funzionari onorari e quelli con rapporto di impiego, limitatamente agli uffici della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), oppure gli impiegati della carriera direttiva (art. 98 Cost.)»⁹.

Per la giurisprudenza la figura del funzionario di fatto trova applicazione nelle ipotesi in cui il soggetto svolga funzioni prive di valido titolo, ove l’investitura sia del tutto mancante *ab origine* (o non preveda le mansioni ‘di fatto’ esercitate) o divenga oggetto di una declaratoria di nullità¹⁰. Grazie a tale rimedio, nonostante i prospettati vizi, non viene esclusa la validità degli atti compiuti¹¹ e la qualifica soggettiva dell’agente¹². Al funzionario di fatto può essere riconosciuta, infatti, la veste di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, ma soltanto ove vi sia concreta tolleranza o acquiescenza (almeno tacita) – nei confronti del suo operato – da parte dell’amministrazione pubblica di riferimento. In caso contrario si tratterebbe di usurpazione (su cui *infra*¹³).

Nella dottrina canonistica è stato affermato che trattasi di terminologia non nuova ma che «risale a vari secoli addietro e

nario di fatto si veda anche M. SCIASCIA, *Ruolo*, cit., p. 23, nt. 16; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*, cit., p. 120 ss.

⁹ Cfr. S. TERRANOVA, voce *Funzionario di fatto (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 281.

¹⁰ È stata prospettata anche l’ipotesi della c.d. ‘ingerenza autorizzata’ «ravvisabile allorché l’atto di investitura si riveli, successivamente, invalido» (Corte Cass., SS.UU. Civ., sent. n. 26275 del 20/12/2016).

¹¹ In proposito rileva il distinguo tra invalidità caducante e invalidità viziante, la quale ultima lascia in vita gli effetti dell’atto posto in essere nell’esercizio di funzioni di carattere generale; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 2407 del 21/5/2008 e Sez. VI, sent. n. 992 del 10/3/2005.

¹² Cfr. Corte Cass., Sez. VI Pen., sent. 10589 del 12/3/2015; Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 5092 del 6/11/2017.

¹³ Cfr. Corte Cass., Sez. VI Pen., sent. n. 9438 del 7/3/2016; v. anche Sez. VI, sent. n. 406 del 19/6/1990; Sez. VI, sent. n. 26697 del 7/4/2003; Sez. V, sent. n. 41004 del 5/5/2015; Sez. VI Pen., sent. n. 8070 del 26/2/2016. Si v. anche Corte Cass., Sez. VI Pen., sent. n. 10589 del 12/03/2015; Sez. V. Pen., sent. n. 41004 del 12/10/2015.

che nella dottrina giuspubblicistica moderna, italiana, francese e americana sull'argomento ha avuto molta fortuna»¹⁴, ove il conio moderno di 'funzionario' risulta già frutto della giurisprudenza inglese ed americana (le prime ad aver usato l'espressione *'de facto officer'*¹⁵).

2. *Uno schiavo fuggiasco eletto pretore*

Come accennato in premessa, la figura del 'funzionario di fatto' troverebbe le sue origini già nel diritto romano, in particolare nella vicenda di Barbario Filippo (*Barbarius Philippus*), un servo fuggitivo che si presentò a Roma come candidato alle elezioni per la carica di pretore e venne eletto (*Romae praeturam petiit et praetor designatus est*). Vi è chi ha ritenuto tale accostamento un 'precedente storico'¹⁶ della figura del funzionario di fatto e chi, invece, una 'ipotesi un po' forzata'¹⁷.

¹⁴ Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, vol. I, Firenze, 1936, p. 330 (in cui ampia bibliografia a p. 330 s., nt. 31), riprendendo, tra gli altri, A. AGOSTINELLI, *Il funzionario di fatto*, Campobasso, 1921; C. VITTA, *Il funzionario di fatto*, Milano, 1923, p. 473 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1930, p. 113; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Torino, 1933, p. 163.

¹⁵ Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 331, nt. 31, riportando F.J. GODNOW, *Cases on American Administrative Law*, vol. II, Callaghan & co., Chicago, 1906, p. 141 ss. Così anche M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1965, p. 276, il quale rivendica i natali francesi del termine.

¹⁶ F. ARCARIA, *Senatus consulta de servis fugitivis investigandis*, in *Miscellanea senatoria*, a cura di P. BUONGIORNO, S. LOHSSE, F. VERRICO, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2019, p. 217 ss., in partic. p. 217, nt. 13; in tal senso anche: P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 332; V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*, *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 2016, p. 56; A. TRISCIUOGGIO, *Diritti umani e principî del diritto amministrativo e fiscale. Tra Roma antica e l'attualità*, in *URBE et IUS*, 2015, p. 57 ss., in partic. p. 58.

¹⁷ Cfr. N. RAMPAZZO, *Quasi praetor*, cit., p. 551; G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Milano, 1940, p. 128 s., per cui quella di Barbario non era una magistratura di fatto. Per Cerami, dal frammento di D.1.14.3 non possono, per lo iato storico, ricavarsi soluzioni per la moderna problematica in tema di funzionario di fatto, ma l'indagine storica può giovare all'approfondimento dogmatico, non con intenti applicativi ma piuttosto con interessi spic-

Non fu questo l'unico caso di funzionario di fatto *ante litteram*, ma sicuramente è quello che ancor oggi desta maggior interesse per l'incertezza riguardo alla ricostruzione storica della vicenda e per l'influenza che ha avuto sulla disciplina in materia negli ordinamenti posteriori.

Prima di affrontare la vicenda di *Barbarius* e l'influenza nel tempo delle teorie che ne derivarono, con particolare riguardo alla validità degli atti prodotti dal 'funzionario di fatto', va primariamente ricordato che il servo fuggitivo¹⁸ doveva

catamente ed esclusivamente storici (P. CERAMI, *Strutture costituzionali romane e irrituale assunzione di pubblici uffici*, in *AUPA*, 1970, p. 27 ss., in partic. pp. 28 e 44).

¹⁸ Uno schiavo sfuggito al padrone che, cercando migliori condizioni, si fingeva libero; cfr. J.A. CROOK, *Law and Life of Rome*, Thames and Hudson, London and Southampton, 1967, p. 186. Aulio Ofilio fornisce una qualificazione di 'fuggitivo' da cui discorda Celio Sabino; secondo il primo si tratterebbe di qualsiasi schiavo che si allontani dalla *domus* del padrone fuggendo o nascondendosi, per il secondo, invece, è *fugitivus* lo schiavo che si allontani dalla casa con l'intenzione di non farvi più ritorno (assenza di *animus revertendi*) anche se in un secondo momento cambi idea tornando. Testimonianza delle due scuole di pensiero si rinviene in D. 21.1.17 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Quid sit fugitivus, definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit. 1. Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit.* Sulla qualificazione di servo fuggitivo e le relative fonti si veda F. REDUZZI MEROLA, *Schiavi fuggitivi, schiavi rubati, «servi corrupti» (Fugitive slaves, stolen slaves, «servi corrupti»)*, in *Studia historica. Historia antiqua*, 2007, p. 325 ss.; ma soprattutto F. ARCARIA, *Senatus consulta*, cit., ove a p. 216, nt. 7, ampia bibliografia; I. RUGGIERO, *Il maestro delle Pauli Sententiae: storiografia romanistica e nuovi spunti ricostruttivi*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario Internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2021)*, a cura di C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI, Trento, 2012, pp. 485-532, in partic. p. 498 ss., ove l'Autrice afferma come «il termine *fugitivus* indicasse in differenti contesti o lo schiavo in fuga, o quello con tendenze alla fuga (così ad esempio nel caso delle previsioni edilizie): tra i due, il significato originario fu il primo, mentre il secondo si sarebbe poi affermato per estensione metonimica». Sul fenomeno della fuga degli schiavi in epoca giustiniana si veda *ex multis* M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Presses universitaires Franco-Comtoises, Paris, 2000; ed ID., *In tema di servi fuggitivi in ecclesia in epoca giustiniana. Le Bullae Sanctae Sophiae*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, 2002, 1, p. 61 ss. Il servo che fuggiva senza *animus revertendi* faceva venir

essere catturato e restituito al padrone¹⁹. Essendo considerato

meno la *possessio* da parte del padrone, conservata invece ove fosse presente l'intenzione di tornare, così come in D. 41.2.47 (Pap. 26 *quaest.*); si veda anche D. 41.2.3.12-13 (Paul. 54 *ad edict.*). Sul punto P. FERRETTI, *Animo Possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, p. 14 ss.; N. RAMPAZZO, *Quasi praetor*, cit., p. 401 ss. La qualificazione di fuggitivo risultava essenziale non solo ai fini del rapporto padrone-schiavo, ma anche e soprattutto nei confronti dei terzi che con quest'ultimo venivano a confrontarsi. Non soltanto era previsto uno specifico apparato sanzionatorio per coloro che avessero aiutato il *fugitivus* (v. *infra*), ma qualora quest'ultimo fosse stato oggetto di mercimonio, l'acquirente avrebbe potuto proporre nei confronti del venditore l'*actio redhibitoria* o *quanti minoris*, al pari di ogni celato difetto della 'cosa' che doveva essere comunicato dal venditore secondo l'editto dei curuli, emanato *Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint ...* (D. 21.1.1.2, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). Al riguardo si veda: Cic., *Off.* 3.1.9 (*Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium. Heredum alia causa est*); D. 21.1.1.1, ove si fa espresso riferimento ai vizi del servo che il venditore doveva comunicare, tra cui la condizione di fuggitivo (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*: *Aiunt aediles: "Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitium cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto ..."*); Gell., *Noct. Att.* 4.2.1 (*In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: "Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitium cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit"*). Sulla tutela redibitoria si veda, tra gli altri, L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto De mancipiis vendundis*, Milano, 1994.

¹⁹ Al tempo, deputata alla cattura dei servi fuggiti al proprio padrone, vi era una figura assimilabile ad un moderno cacciatore di taglie, il *fugitivarius*, come attestatoci da D. 19.5.18 (Ulp. 30 *ad ed.*), il quale poteva anche svolgere una funzione 'rieducativa' del servo fuggito dopo la sua cattura (C.Th. 10.12.1); cfr. J. CROOK, *Law*, cit., p. 186; D. DAUBE, *Slave-Catching*, in *Juridical Review*, 1952, p. 12 ss., ora in *Id.*, *Collected studies in Roman Law*, I, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1991, p. 501 ss. In epoca classica il nascerne un servo fuggitivo rientrava nelle ipotesi del *furtum* (D. 11.4.1 [Ulp. 1 *ad ed.*]: *Is qui fugitivum celavit fur est*), punito con multa ma perdonato nei confronti di chi avesse restituito entro venti giorni i fuggitivi ai legittimi padroni o li avesse portati ai magistrati (D. 11.4.1.1, Ulp. 1 *ad ed.*). Ulpiano si riferisce ad un senatoconsulto che consentì l'accesso a militari o civili nei fondi di senatori o di civili per ricercare i fuggitivi, prevedendo una lettera da consegnare ai magistrati, i quali, ricevuta la stessa, dovevano prestare aiuto agli inquirenti; sanzioni erano previste per i magistrati che non collaboravano e per chi vietava l'accesso al proprio fondo (D. 11.4.1.2, Ulp. 1 *ad ed.*). Sul senatoconsulto si v. F. ARCARIA, *Senatus consulta*, cit., in partic. p. 222 ss. Costantino stabilì nuove pene, compresa la tortura, per coloro che avessero occultato o favorito la fuga di un *servus*,

alla stregua di mera *res* è evidente come fosse del tutto inconcepibile che un tal soggetto potesse ricoprire una carica magistratuale²⁰.

La vicenda di *Barbarius Philippus* ci è tramandata da Ulpiano:

Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturae petiit et praetor designatus est. sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. quod ius multo magis in imperatore observandum est²¹.

Nei *Basilicorum Libri* il passo è stato riassunto, concentrando l'attenzione sulla validità degli atti compiuti e la capacità dell'imperatore di conferire la libertà al servo fuggitivo una volta conosciuta la sua vera condizione:

γ'. 'Εὰν δοῦλος λαθὼν γένηται πραιτωρ, οὐχ ἀχυροῦται τὰ παρ' αὐτῷ πραχθέντα. εἰ δὲ ὁ βασιλεὺς, γινώσκων αὐτὸν δοῦλον, ψηφίσεται πραιτωρ, ἐλευθεροῦται²².

(C.I. 6.1.4, [a. 317], 6.1.6 [a. 332] d.C.). Cfr. B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, II, *La giustizia, le persone*, Milano, 1952, p. 400 ss.; A.D. MANFREDINI, *Misericordia ductus*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1992, p. 203 ss., in partic. p. 206 ss.; L. MINIERI, *Corruzione in Roma tardo antica: il caso dei «nequissimi» funzionari*, in *Rivista di Diritto Romano*, 2013, p. 7.

²⁰ Si ricordi come, secondo quanto ci tramanda lo stesso Gaio nella sua *summa divisio de iure personarum*, i servi erano considerati appartenenti al genere umano (Gai., *Inst.* 1.9) ma anche alle *res corporales* (Gai., *Inst.* 2.13-14), così risultando essere al contempo uomini e cose. Sul punto G. TURELLI, *Res incorporales e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti*, in *Afferrare ... l'inafferrabile*. *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento. Atti della Giornata di studi storici e giuridici (Brescia, 11 maggio 2012)*, a cura di A. SCIUMÈ, E. FUSAR POLI, Milano, 2013, p. 71 ss.; V. MAROTTA, *Esercizio*, cit., in partic. p. 55 ss.

²¹ D. 1.14.3 (Ulp. 38 *ad Sab.*).

²² *Bas.* 6.7.3. G.E. HEIMBACHIO, *Basilicorum libri LX*, Tom. I, sumtibus Joh. Ambrosii Barth, Lipsiae, 1833, p. 180: «*Si servus, qui latuit, Praetor fac-*

Secondo Aspe la vicenda di Barbario Filippo, riportata dal Digesto, «fue la base de la equidad del sistema jurídico romano»²³; altri hanno messo in discussione la carica e l'identità del *servus fugitivus*. Probabilmente si trattò di uno schiavo fuggito al proprio padrone intorno al 41 a.C. che, profittando del convulso clima triumvirale, riuscì a farsi candidare alla pretura celando il proprio *status* servile che lo avrebbe reso inegligibile²⁴.

tus est, quae apud eum gesta sunt, irrita non fiunt. Sin autem Imperator, sciens cum servum esse, Praetorem eum designaverit, liber fit».

²³ R. ASPE, *La suplencia de la facultad para confesar*, in *Periodica de Re Canonica*, 2010, 4, p. 583 ss., in partic. p. 593, nt. 20; v. anche N. RAMPAZZO, *Quasi praetor*, cit., p. 359, nt. 4. A favorire la *fuga servorum* furono la crisi della Repubblica del I sec. a.C., il convulso clima politico, le impegnative campagne belliche, la mancanza di un sicuro ed effettivo controllo sullo *status* dei soggetti, ed anche la difficile situazione economica che affliggeva la plebe, incapace molto spesso di far fronte anche ai più basilari bisogni dei propri schiavi che così venivano liberati senza regolare manomissione (come da procedura in *Gai., Inst.* 1.138: ... *vindicat, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt*). Cfr. E. CICCOTTI, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Torino, 1897; H. BELLEN, *Studien zur Sklaverflucht im roemischen Kaiserreich*, Steiner, Wiesbaden, 1971; L. AMIRANTE, *Sulla Schiavitù nella Roma antica*, in *LABEO*, 1981, p. 26 ss., in partic. p. 28; B. SANTALUCIA, *Incendiari, ladri, servi fuggitivi: i grattacapi del praefectus vigilum*, in *Index*, 2012, p. 387, in partic. p. 396 ss., evidenziando che dall'epoca di Augusto la ricerca degli schiavi fuggiti viene affidata alle *cohortes vigilum*; F. ARCARIA, *Senatus consulta*, cit., p. 219. Per il periodo giustiniano I. BIEZUNSKA-MALOWIST, *Les esclaves fugitifs dans l'Égypte gréco-romaine*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. 6, Milano, 1971, p. 75 ss.; M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Institut des Sciences et Techniques de l'Antiquité, Besançon, 2000.

²⁴ Questa sarebbe l'opinione prevalente (già J. GOTHOFREDUS, *De electione magistratus inhabilitis seu incapacis per errorem facta: dissertatio ad L. Barbarius Philippus III. D. de officio praetorum*, dissertatio Genevae, ai tipi in Helmstadii, Schnorr, 1654, p. 17) e difesa, *ex multis* da G. POMA, «*Servi fugitivi*» e *schiavi magistrati in età triumvirale*, in *Index*, 1987, p. 149 ss. Per Gotofredo risultava di interesse ricercare il vero senso del passo e della *lex Barbarius* che ne derivò, poiché le numerose interpretazioni operate su di essa la resero «ancor più barbara di prima», e perché: «*etsi hypothetis eius versetur circa servum, atque adeo his hodie moribus inutilis ea videatur, attamen definitio ea latissime porrigitur, et vero a Doctoribus ae Pragmaticis ad alias similes species complurimas ac nobilissimas traducitur: quodque de incapaci ob servile statum, rite tamen electo, hac lege definitur, ad alias incapacitates et incapacium species argumentatione trahitur; veluti ad excommunicates,*

Gamauf ipotizzò che *Barbarius* profitò della guerra civile in atto²⁵. Se ne rinverrebbe traccia in Appiano, il quale narra di un certo *Barbatius* questore di Antonio²⁶.

Klebs mise in discussione il passo ulpiano²⁷ ed ipotizzò che trattavasi di *M. Barbatius Philippus* Βαββάτιος ὁ Ἀπτωνίου (durante il triumvirato) ταμίας, il quale in realtà era questore (*pro praetore*), e che casi simili sono attestati in questo periodo di gran confusione²⁸.

iudaeos, paganos, gibellinos, simoniacos, per errore, rite tamen electos. Porritur et ad notarios seu tabelliones, consules mercatorum, episcopos, praelatos, imeratores, quascunque tandem dignitates, saeculares, ecclesiasticas, per errorem rite tamen collatas» (I. GOTHOFREDI, *De electione magistratus inhabilis seu incapacis per errorem facta: dissertatio ad L. Barbarius Philippus III. D. de officio praetorum*, apud Paul. Diet. Schnorrium, Genevae, 1732, p. 6).

²⁵ Cfr. R. GAMAUF, *Onesimus: fugitivus errove – Einsichten für die Bibelexegese aus der Digestenexegese? (Rechtshistorische Anmerkungen zum Umgang mit römischen Rechtstexten in der neueren Philemon-Auslegung)*, in *Constans et Perpetua Voluntas, Pocta Petrovi Blahovi k. 75 narodeninám*, Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2014, p. 159 ss., in partic. p. 171, nt. 63: «Einzelschicksale vermerken Juristen nur, wenn der Rahmen des Gewöhnlichen gesprengt wurde, wie durch Barbarius Philippus, der es aufgrund der Bürgerkriegswirren sogar zum Prätor brachte (D. 1,14,3, Ulp. 38 Sab.)». Si v. anche R. KNÜTEL, *Barbatius Philippus und seine Spuren (Falsus praetor, parochus putativus, Scheinbeamter)*, in *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, hrsg. D. SCHWAB, D. GIESEN, J. LISTL, H.-W. STRÄTZ, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 345 ss.

²⁶ App., *Hist. Rom.* 5.4.31 (32).

²⁷ Il passo è ritenuto interpolato anche da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. 4*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1920, p. 171, sulla base dell'uso di 'atquin', ritenuto di epoca postclassica. Secondo Guarino non può credersi che sia stato Ulpiano a scrivere 'atquin-functum', dovendosi meglio ritenere (come già asserito da O. LENEL, *Textkritische Miscellen*, in *ZSS*, 2018, p. 119 ss., in partic. p. 1229), che la frase sia frutto «della mano di qualcuno, il quale [...] ha creduto, diversamente da Pomponio e Ulpiano, che Barbario Filippo abbia fatto veramente uso, sempre in materia tutelare, dei suoi poteri di pretore» (A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, III, *La pretura di Barbario Filippo*, Napoli, 1994, p. 414).

²⁸ Cfr. E. KLEBS, voce *Barbatius*, in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, vol. III, 1, J.B. Metzler, Stuttgart, 1897, p. 2 s., sulla base di Dio Cass., *Hist. Rom.* 48.34. Anche Broughton inizialmente identificò il personaggio con *M. Barbatius Pollio*, questore, poi distinguendolo da *Barbarius Philippus*; cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic. 99 B.C. -31 B.C.*, American Philological Association, New York, 1952;

Anche Mommsen sostituì 'Barbarius' con 'Barbatius'²⁹.

L'ipotesi sarebbe avvalorata da un passo ciceroniano, in cui si procede ad un resoconto, non del tutto lusinghiero, dell'*entourage* di Antonio:

*Addite illa naufragia Caesaris amicorum, Barbas Cassios, Barbatios, Polliones; addite Antoni conlusores et sodales, Eutrapelum, Melam, Pontium, Coelium, Crassicium, Tironem, Mustelam, Petusium; comitatum relinquo, duces nomino. Huc accedunt Alaudae ceterique veterani, seminarium iudicum decuriae tertiae, qui suis rebus exhaustis, beneficiis Caesaris devoratis fortunas nostras concupiverunt*³⁰.

In effetti, non risulterebbe astruso che in un periodo di forte confusione sociale, uno schiavo, celando la propria condizione, abbia profittato della situazione³¹ per accedere a cariche riservate ai cittadini. Non può in alcun modo destare stupore il fatto che in un'epoca assai lontana, priva di controlli sulle persone paragonabili ai moderni strumenti³², un individuo, in

Id., *The Magistrates of the Roman Republic. Supplement*, Scholars Press, Atlanta, 1986.

²⁹ Cfr. TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, apud Weidmannos, Berolini, 1962-1963, p. 30, nt. 3, proponendo anche altre variazioni al testo di D. 1.14.3, accolte da Wilches (cfr. F.A. WILCHES, *De errore communi in iure romano et canonico*, Apud Pontificium Athenaeum Antonianum, Romae, 1940, p. 33) sulla base delle quali propose la seguente versione: «*Barbatius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est, sed enim ei servitutem obstitisse, ait Pomponius, quasi praetor non fuerit, atquin verum est praetura eum functum*».

³⁰ Cic., *Phil.* 13.3.

³¹ Per Rampazzo «le maglie larghe dell'ordinamento tardorepubblicano» (N. RAMPAZZO, *Professione tra regola ed eccezione nella storia elettorale della Roma repubblicana*, in *Histoire, espaces et marges de l'antiquité. Hommages à Monique Clavel Lévêque*, vol. 4, éditeurs M. GARRIDO-HORY, A. GONZALES, Presses universitaires Franche-Comté, Paris, 2004, p. 93 ss., in partic. p. 129).

³² Agli schiavi erano applicati dei *collaria servorum*, come quelli riportati in *ILS*, III, 8726-8733, ove si legge la proprietà dello schiavo e la richiesta, all'eventuale ritrovatore, di consegnare lo stesso al legittimo padrone (*ILS*, III, 8727: *Asellus se |rvus Praeiecti | officialis prae|e |cti annon[es], foras mu |ru exivi, tene me, | quia fugi, reduc | me ad Flora | ad tosor|es*). Sul punto J. POLENI, *Utriusque Thesauri antiquitatum romanarum graecarumque*

un particolare contesto storico sociale, sia riuscito a sfuggire alla propria condizione servile fingendosi libero e guadagnando una carica magistratuale³³.

Un'altra fonte riguardo alla questura di Barbario Filippo, sulla quale Klebs ha basato le proprie teorie, è di tipo numismatico. Si tratta di un denario coniato nel 41 a.C., riportante su un lato l'effigie di Marco Antonio, e sull'altro, *Barbatius Philippus quaestor provincialis* o *quaestor pro praetore*³⁴.



Alla testimonianza numismatica si riferisce anche il *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology* che attribuisce ad 'M.Barbat' l'identità di *Barbatius* e non *Barba-*

nova supplementa congesta. Volumen quartum, Jo. Baptistae Pasquali, Venetiis, 1737, p. 1247 ss.; L.A. MURATORI, *Novus Thesaurus veterum inscriptionum in praecipuis earundem collectionibus hactenus praetermissarum. Tomus quartus*, Ex aedibus Palatinis, Mediolanum, 1742, p. CDLXXIX, nn. 2-8; P. ALLARD, *Colliers d'esclaves*, in *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie*, vol. 3.2, Letouzey et Anéun, Paris, 1914, p. 2140 ss.; G.G. PANI, *Note sul formulario dei testi epigrafici relativi ai servi fuggitivi (collari, placche e contrassegni)*, in *Vetera Christianorum*, 1984, p. 113 ss.; M. ZAMBARDI, *Rinvenimenti su Monte Sambúcaro. Un collare da schiavo e ceramica a vernice nera*, in *Studi Cassinati*, 2012, 4, p. 276 ss.; I. RUGGIERO, *Il maestro*, cit., p. 498, nt. 24.

³³ Secondo N. RAMPAZZO, *Quasi praetor*, cit., p. 401, numerose fonti testimoniano servi fuggitivi che occultarono il proprio stato (difficile da distinguere nonostante i segni di riconoscimento) per accedere alle magistrature, e che spesso le fughe erano alternative alla manomissione o sollecitate da capi politici in lotta tra loro.

³⁴ Immagine di un denario in vendita sulla piattaforma *NumisBids* di *CoinArchives*: cfr. <https://www.numisbids.com/n.php?p=lot&sid=1425&lot=81>. Iscrizione sul lato sinistro raffigurante Barbatius: M.ANT.IMP.AVG.III VIR. R.P.C.M.BARBAT.Q.P.; lato destro: CAESAR.IMP.PONT.III VIR. R.P.C.

tus, e alle lettere 'Q.P.' il significato di *Quaestor Propraetore*; si tratterebbe, quindi di *Barbarius Philippus* menzionato da Ulpiano (per cui *Barbarius* sarebbe solo una falsa lettura di *Barbatius*, e anche del *Barbius Philippicus* di cui si parla in Suida³⁵), uno schiavo fuggiasco che si ingraziò i favori di Antonio³⁶, ma durante lo svolgimento delle proprie funzioni fu riconosciuto dal padrone, dal quale però – pagando una grossa somma di denaro – acquistò la propria libertà³⁷.

Cavallo ipotizzò un mero errore di trascrizione del nome da parte di un «distratto amanuense», trattandosi in realtà di *Barbatius*, un Illirico di Dyrrachium (attuale Durazzo), il quale giunse in Italia attraverso il canale di Otranto³⁸.

Secondo Campianus, invece, *Barbarius* sarebbe identificabile con Vibius Maximus, designato questore nel 38 a.C. ma in

³⁵ AEMILIUS PORTUS, *Suidas, cuius integram latinam interpretationem, et perpetuam Graeci textus emendationem*, Apud Petrum & Iacobum Chouët, Genevae, 1619, p. 534: «Βάρβυθς, *Barbius Philippicus*. Hic sub tribus tyrannis imperavit. Erat autem moribus fernilibus, adulatoriis, blandisque praeditus, quippe quòd olim servus fuisset. Quinetiam in Antonij coetum, & societatem allectus fuit, & Praetor è servo factus. Huncautem magistratum in illius gratiam gessit. Hunc igitur tunc insolètem, & ob honorem purpurâ-vestitum, & in Romanorum foro sublimen, & ius dicentem herus agnovit ad eum profectus, qui prius quidem aufugerat ab ipso: sed tunc temporis pompa, & gloria clatus superbiat, & propter magistratum delicias faciebat. Cum autem tacitè ad eum accessiffet, & vestem à tergo prehédisset, Salve (inquit) antiquum, & seruire nomen addens. Ille verò percellitur antiquo domino facilè agnito, ipsumque rogat, vt taceat. Domumque ducit, maximáque pecunia numerata, sic tandem se redemit, & in libertatem vindicavit. Et Antonij pudore, ob ista, seruitutis antiquae maculam, mancipium-aere-redemptum, grauissimum animi dolorem silentio dissimulavit. Quamobrem ne hunc quidem Fortunae Iudum-silentio praetereundum iudicavi».

³⁶ Riportando le vicende cui fa riferimento Cic., *Phil.* 13.2.

³⁷ W. SMITH (ed.), voce *M. Barbatius*, in *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, vol. I, Taylor and Walton, London, 1844, p. 461. Non concorda sull'identificazione del personaggio numismatico, con il *Barbarius* del passo Ulpiano, L. LAFFRANCHI, *La monetazione di Augusto. Parte sesta*, in *Rivista italiana di numismatica*, 1917, p. 247 ss., in partic. p. 251; altra bibliografia in N. RAMPAZZO, *Quasi praetor*, cit., p. 370, nt. 50.

³⁸ Cfr. B. CAVALLO, *Profilo storico di una metodica organizzatoria*, in *Il funzionario di fatto*, a cura di B. CAVALLO, Milano, 2005, p. 1 s.

seguito riconosciuto dal proprio padrone e a questi consegnato, non ricevendo però alcuna punizione³⁹.

Diversa fu la sorte del servo in base alla ricostruzione di Cassio Dione per cui *Barbarius* sarebbe stato un pretore, ma una volta riconosciuto dal padrone venne prima liberato e poi scagliato giù dalle rocce del Campidoglio:

[4] τῶν δ' οὖν ἀναλωμάτων πολὺ μειζόνων ἢ πρότερον γιγνομένων, καὶ τῶν προσόδων οὐτ' ἄλλως ἀρκουσῶν καὶ τότε ἐλαττόνων διὰ τὰς στάσεις προσιουσῶν, καινὰ τινα τέλη ἐσήγαγον, ἕς τε τὸ βουλευτήριον πλείστους ὄσους οὐχ ὅτι τῶν συμμάχων ἢ καὶ στρατιώτας παῖδας τε ἀπελευθέρων, ἀλλὰ καὶ δούλους ἐνέγραψαν.

[5] Μάξιμον γοῦν τινα ταμειῦσειν μέλλοντα ἐγνώρισέ τε ὁ δεσπότης καὶ ἀπήγαγε. καὶ τούτῳ μὲν ἀδεὲς ἐγένετο τολμήσαντι τὴν ἀρχὴν αἰτήσαι· ἕτερος δὲ ἐν τοῖς στρατηγούσι φωραθεὶς κατὰ τῶν τοῦ Καπιτωλίου πετρῶν ἐώσθη, προελευθερωθεὶς ἵνα ἀξίωμα ἢ τιμωρία αὐτοῦ λάβῃ⁴⁰.

2.1. Altre analoghe vicende

Non pochi, in realtà, sono i casi, nella storia di Roma, di soggetti che riuscirono a ricoprire cariche a cui non avrebbero potuto aspirare per mancanza dei requisiti essenziali, oggettivi e soggettivi. Che episodi analoghi non fossero infrequenti – specialmente in seno alle magistrature – è un dato testimoniato dalla previsione contenuta in C. 7.45.2, in cui si tratta di uno schiavo nominato arbitro, dal magistrato, alle cui sentenze fu attribuito valore di cosa giudicata, ribadendo il concetto stabilito nel passo su Barbario:

³⁹ Cfr. M. AUG. CAMPANUS, *De officio et potestate Magistratum Romanorum*, Augustae Taurinorum, 1724, c. 75, p. 228.

⁴⁰ Dio Cass., *Hist. Rom.* 48.34.4-5: «4. Poiché le spese erano maggiori di prima e le entrate, già scarse, erano diventate ancora più scarse a causa delle discordie civili, i triumviri introdussero nuove tasse, e nominarono moltissimi nuovi senatori, scelti non solo tra gli alleati, i soldati e i figli dei liberti, ma anche tra gli schiavi. 5. Un certo Massimo, che stava per essere nominato questore, fu riconosciuto dal padrone e quindi non eletto. Non fu però punito, benché avesse osato chiedere quella carica; un altro schiavo invece, che era pretore, dopo il riconoscimento fu gettato giù dalle rupi del Campidoglio; ma prima fu reso libero, perché la sua punizione acquistasse dignità.»; trad. G. NORCIO, *Cassio Dione. Storia Romana (Libri XLVIII-LI)*, vol. IV, Milano, 1996, p. 73.

*Si arbiter datus a magistratibus, cum sententiam dixit, in libertate morabatur, quamvis postea in servitutum depulsus sit, sententia ab eo dicta habet rei iudicatae auctoritatem*⁴¹.

Tra i personaggi che illegittimamente ricoprono cariche pubbliche, senza averne i requisiti, si può menzionare Marco Perpenna (o Perperna), il quale pur essendo un peregrino si fece credere cittadino e fu nominato console. La vicenda (a cui fa riferimento la decisione del Consiglio di Stato di cui sopra) ci è tramandata da Valerio Massimo:

*Marcus Perpenna [...] cum esset peregrinus pro cive Romano obreperat ad honorem consulatus errore populi*⁴².

Infine, volendo previamente far nostre le conclusioni ciceroniane secondo cui l'adottato doveva avere un numero di anni minore rispetto all'adottante⁴³, si potrebbe citare anche la vicenda di Publio Clodio, patrizio romano che, proprio per tale *status*, non avrebbe potuto assumere la carica di tribuno della plebe, e pertanto pensò bene di aggirare tale causa ostativa facendosi adottare da un plebeo in realtà più giovane di lui (tale Fonteio, tramite *adrogatio* dinnanzi ai *comitia curiata*). In realtà, l'indagine preventiva che i pontefici avrebbero dovuto effettuare sull'età dei soggetti coinvolti nella procedura d'adozione, non era di tipo obbligatorio ma dipendente dalla assolu-

⁴¹ C.I. 7.45.2. Sul punto P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 333, il quale, non soltanto afferma che di tali testi si giovarono i canonisti di ogni tempo, per lo studio dell'argomento, ma volge anche l'attenzione alle previsioni contenute in D. 49.1.12 (Ulp. 2 *opin.*), D. 50.2.10 (Mod. 1 *resp.*), ed infine agli atti compiuti *tyrannicis temporibus* che restarono tuttavia validi, elencati in C.Th. 15.4.9 (a. 395 d.C.). Su tale ultimo testo cfr. U. AGNATI, *Costantino abolisce la privata testatio (C.Th. 2.4.2)*, in *TSDP*, 2012, p. 7 ss.

⁴² Val. Max. 3.4.5. Si veda *ex multis* U. LAFFI, «Consul ante quam civis»: *la cittadinanza contestata di un console (Val. Max. 3, 4, 5)*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, a cura di L. GAGLIARDI, Milano, 2018, p. 91 ss.

⁴³ Cfr. Cic., *De domo sua* 14.38 e 16.42; Plut., *Cato minor*, 33.3 (... Πόπλιον δὲ Κλώδιον ἐκ πατρικίων εἰς δημοτικὸς παρανόμως μεταστήσαντες, ἀπέδειξαν δῆμαρχον, ἐπὶ μισθῷ τῇ Κικέρωνος ἐξέλαισε πάντα πρὸς χάριν ...); e Plut., *Cic.*, 30. Si veda P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 332, nt. 39; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, Roma-Bari, 2008, p. 47 (ove ampia bibliografia).

ta discrezionalità degli stessi, assumendo importanza primaria la formalità dell'atto da compiere⁴⁴. Il rispetto delle procedure, infatti, era specchio della artificialità del diritto romano, in quanto *ars*, e necessario passaggio per validare gli istituti giuridici intesi come mera creazione umana, perciò bisognosi del compimento dell'atto e delle relative forme per considerarsi rati *ex ius sacrum e civile*⁴⁵.

3. *Funzionario di fatto, usurpatore di pubbliche funzioni, funzionario in prorogatio e falsus procurator: le molte maschere di un unico attore?*

Come già sopra descritto, il funzionario di fatto è configurato come tale ove la nomina dello stesso sia inesistente, viziosa, illegittima ecc., *ab origine* o tale divenendo in un momento successivo. Ai fini dell'analisi condotta in questa sede è nella fonte della nomina che va ricercata la validità della carica stessa e, quindi, degli atti prodotti dal soggetto che l'ha ricevuta. Inoltre, in base alla fonte da cui il funzionario di fatto trae il proprio – legittimo o illegittimo – potere, derivano diverse conseguenze in ambito penale e civile.

⁴⁴ Esame (δοχμασία) che invece era svolto con particolare acribia nell'ordinamento ateniese, attraverso un'inchiesta (ἀνάκρισις) svolta secondo le forme di un processo pubblico, in occasione della quale venivano accertati tutti i requisiti necessari a ricoprire l'ufficio pubblico e per validamente esercitarne le funzioni; cfr. P. CERAMI, *Strutture costituzionali romane e irrituale assunzione di pubblici uffici*, in *AUPA*, 1970, p. 45.

⁴⁵ Sul punto: R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 1967, p. 180 ss. e p. 352 ss.; P. CERAMI, *Strutture costituzionali*, cit., p. 39 s.; F. GALLO, *Definizione celsina e dottrina pura del diritto*, in *TSDP*, 2011; ID., *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP*, 2010 (già in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 631 ss.); A. PALMA, *Lo 'ius controversum' quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, in *Celso teorico del diritto*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2016, p. 167 ss.; P. GARBARINO, *L'eredità perduta del diritto romano. Il pensiero giuridico di Filippo Gallo (1924-2019)*, in *Diritto@Storia*, 2019, p. 17.

3.1. *Funzionario di fatto ed usurpatore. Una differenziazione non solo quod poenam*

Prima di dare spazio alla disamina su quali siano le conseguenze derivanti dall'esercizio di funzioni da parte del funzionario di fatto, va preliminarmente distinta tale figura dall'usurpatore.

Secondo l'art. 347 cod. pen. l'usurpatore di pubbliche funzioni è chiunque 'usurpa' una funzione pubblica o le attribuzioni inerenti ad un pubblico impiego (co. 1), o continua ad esercitare funzioni prima ricoperte, e a tal fine destinate, la cui cessazione gli è stata comunicata e conosciuta (co. 2)⁴⁶. Un soggetto, quindi, in capo al quale manchi del tutto qualsivoglia atto di preposizione dell'ufficio, per cui l'investitura risulti carente in assoluto (sin dall'origine o per cessazione), ovvero frutto di una 'trasparente truffa' perpetrata a danno della pubblica amministrazione e dei suoi amministrati⁴⁷. Per il perfezionamento della fattispecie criminosa è necessario che le funzioni usurpate siano concretamente svolte, altrimenti ricadendosi nella diversa fattispecie di cui all'art. 498 cod. pen., ossia «Usurpazione di titoli o di onori»⁴⁸ (reato depenalizzato dal D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507).

La differenziazione tra la figura dell'usurpatore e funzionario di fatto⁴⁹, opera essenzialmente su due piani strettamente interconnessi tra loro, il materiale e lo psicologico, con particolare riguardo all'ipotesi di cui al co. 2 dell'art. 347 cod. pen., ove il *discrimen* che integra la figura dell'usurpatore si

⁴⁶ Un reato contro la pubblica amministrazione, diversamente da quanto, invece, previsto dal Codice penale tedesco – StGB – il quale annovera la considerata fattispecie al § 122, tra i *Straftaten gegen die öffentliche Ordnung* ('Reati contro l'ordine pubblico').

⁴⁷ Cfr. B. CAVALLLO, *Profilo storico*, cit., p. 5.

⁴⁸ Sul punto cfr. M. CASSANO, sub. art. 347, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2010, p. 647. Per A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. IV, *Altri scritti II*, Milano, 2009, p. 149, è necessario (e sufficiente) che il soggetto «si sia impadronito delle leve di comando».

⁴⁹ Sul punto *supra* Corte Cass., Sez. VI Pen., sent. n. 9438 del 7/3/2016.

verifica allorquando il soggetto abbia «ricevuto partecipazione del provvedimento che fa cessare o sospendere le sue funzioni o le sue attribuzioni» (c.d. persistenza abusiva⁵⁰). Pertanto, la conoscenza circa la totale assenza o il venir meno del provvedimento di nomina da parte dell'interessato, opera nei confronti dello stesso l'integrazione della figura del funzionario di fatto (mancata conoscenza) o dell'usurpatore (conoscenza-persistenza abusiva⁵¹).

L'inquadramento nelle diverse prospettate ipotesi non rileva soltanto ai fini dell'applicazione della disciplina penale in materia di usurpazione, ma anche, e soprattutto, sulla natura e gli effetti degli atti posti in essere dal soggetto durante il periodo inficiato. L'attività dell'usurpatore, infatti, risulta del tutto avulsa da ogni esercizio di pubbliche funzioni da parte della pubblica amministrazione. Come è stato opportunamente osservato, il soggetto usurpatore non assume né i diritti né i doveri del pubblico ufficiale⁵², e la sua attività o è riconosciuta

⁵⁰ Cfr. M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 239 ss.

⁵¹ Si è discusso se integrino la fattispecie in esame anche le ipotesi in cui la cessazione della carica avvenga *ope legis* (per suo naturale cessare o provvedimento legislativo sopravvenuto). Secondo alcuni la 'dolosa' prosecuzione delle funzioni, da parte dell'agente, allo scadere del termine *ope legis* (o per altra causa) integra la fattispecie di cui al co. 1 dell'art. 347 cod. pen., essendo questi assimilabile alla figura del privato che usurpa la pubblica funzione o il pubblico servizio (cfr. G. AMATO, sub. art. 347, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, VI, Milano, 2000, p. 438 ss.; anche M. CASSANO, sub. art. 347, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 647). Per altri non è sufficiente la cessazione *ope legis*, essendo sempre e comunque richiesto un provvedimento che abbia disposto la stessa, portato a conoscenza dell'interessato (cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2008, p. 138 s.; A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, cit., p. 150; *Analisi sistematica della giurisprudenza penale*, a cura di P. FAVA, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 166).

⁵² È stato evidenziato che nella pratica si è arrivati a riconoscere come funzionario di fatto anche il soggetto non soltanto irregolarmente investito, ma anche concretante un fatto criminoso (M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 295), quindi la qualifica di pubblico ufficiale non sarebbe esclusa neppure quando le funzioni siano usurpate (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, Milano, 2008, p. 17).

ab initio come valida nell'ordinamento statale oppure non lo è; ma una successiva validazione degli atti da questo compiuti non significa riconoscere tale qualifica. Semmai, essa è frutto di motivi estrinseci «come la tutela dei terzi in buona fede o la esigenza di pacificare gli animi»⁵³.

Esempio di tale differenziazione è il caso affrontato dal Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.)⁵⁴ in cui, a seguito di decisione giudiziale amministrativa, confermata dallo stesso C.S.M., si giunse all'annullamento della delibera di conferimento di incarico ad un Procuratore della Repubblica. Venne sollevato il quesito vertente sulla legittimità della nomina del Procuratore a seguito della pronuncia giudiziale, e sulla validità degli atti da questo *medio tempore* prodotti, avanzando riserve circa la possibile perpetrazione del reato di usurpazione di pubbliche funzioni. Il C.S.M. rispose affermando che la nomina era da ritenersi pienamente legittima, in quanto il soggetto interessato non è tenuto e non può dare autonoma e/o spontanea esecuzione al provvedimento giurisdizionale, ed il giudicante amministrativo non ha potere in tal senso mancando tra i due il c.d. 'rapporto di servizio', che

⁵³ Cfr. A. PAGLIARO, *Il diritto penale*, IV.II, cit., p. 155. Sulla totale invalidità degli atti posti in essere dall'usurpatore: C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, p. 120 (secondo cui l'inesistenza – o meglio la nullità – dell'atto deriva dal mancato perfezionamento dello stesso per mancanza di un requisito essenziale – l'elemento soggetto); E. LA PLACA, *Il funzionario di fatto, in Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di G. GARDINI, L. VANDELLI, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 121 ss., in partic. p. 121 (che fa eccezione per le occasioni di stato di necessità); G.P. IARICCI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 422. In giurisprudenza si v. *ex multis*: Corte Cass., Sez. VI, sent. n. 406 del 19/6/1990; Sez. VI, sent. n. 26697 del 7/4/2003; Sez. VI Pen., sent. n. 10589 del 12/3/2015; Sez. V Pen., sent. n. 38784 del 3/8/2017. Con riferimento alle funzioni di fatto in veste di incaricato di pubblico servizio: Cass. Sez. VI, sent. n. 2745 del 9/12/2008 dep. 2009; Sez. VI, sent. n. 34086 del 26/6/2013.

⁵⁴ CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Effetti immediati scaturenti dall'annullamento, da parte del Giudice amministrativo, della delibera di conferimento di incarico direttivo e dal conseguente giudizio di ottemperanza, ai fini della necessaria continuità dell'ufficio*. (Risposta a quesito del 16 ottobre 2013), consultabile in <http://www.csm.it/documents/21768/86569/Risposta+a+quesito+del+16+ottobre+2013/10429ccb-e0fd-426c-8929-d7de03d97cfb>.

sussiste solo tra il magistrato e l'organo di cui è dipendente e da cui la nomina (successivamente annullata) proviene⁵⁵.

Diversamente, invece, si prevedeva per le magistrature della Roma repubblicana, per le quali non era prevista la possibilità di revoca della nomina, prima della naturale scadenza del mandato (*abrogatio magistratum*⁵⁶), da parte dell'organo responsabile dell'investitura⁵⁷: tale caratteristica valeva a distinguere i magistrati dai successivi funzionari imperiali, per cui i primi svolgevano il proprio potere in modo autonomo, con investitura da cui derivava la titolarità in tal modo gestita *iure proprio*⁵⁸. Qualora si fosse ritenuta necessaria una destituzione del magistrato, la stessa poteva avvenire soltanto per spontanea abdicazione di quest'ultimo (*abire magistratu, abdicare se magistratu*) spesso su spinta del senato, il quale motivava sulla base di presunti vizi nell'assunzione degli *auspicia* relativi all'elezione⁵⁹.

⁵⁵ Sul rapporto di servizio v. E. CASSETTA, *Manuale* 2004, cit., p. 144.

⁵⁶ Su cui, tra tutti, P. CERAMI, *Abrogatio magistratum*, in *Sodalitas. Studi in onore di A. Guarino*, vol. I, Napoli, 1984, p. 349 ss. Si v. anche C. MASI, *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giusdicente nella tarda repubblica, tra il cd. editto di ritorzione e l'abrogatio iurisdictionis*, in *Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für D. Liebs zum 75. Geburtstag*, ed. K. MUSCHELER, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 419; G.J. Blicharz, *Giudicare una decisione del pretore. La relazione tra diritto e fatto nel passo di Paolo (D. 1,1,11) e nel caso di Barbarius Philippus (D. 1,14,3)*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 2016, p. 335 ss., in partic. p. 348.

⁵⁷ Cfr. F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto Romano*, I, *Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, p. 129.

⁵⁸ Cfr. G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della Costituzione e del diritto di Roma*, I, Catania, 1989, p. 163. Si v. anche G. GILBERTI, *Constitutio e costituzione*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2014, p. 19 s.

⁵⁹ Sul punto F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto Romano*, cit., p. 129; G. NICOSIA, *Lineamenti*, cit., p. 163 s., ove si descrive la procedura di 'pressione' alle dimissioni da parte del senato, in cui si allega la scoperta (più o meno artificiosa e anche dopo parecchio tempo) di un *vitium* (nella presa degli *auspicia* relativi all'elezione del magistrato) fatta accertare dal collegio degli *auguri* (riportando Liv., *Ab Urb. cond.* 23.31.13 [*vocati augures vitio creates videri pronuntiaverunt*], 45.2.10 [*vitio diem dictam esse augures, cum ad eos relatum est, decreverunt*] e Cic., *De leg.* 2.2.31 [*quid magnificentius quam posse decernerent magistratus se abdicant consules?*]), e così invitando il magistrato *vitio creatus* ad abdicare, ma non per questo potendolo obbligare, restando

Tornando alla vicenda sottoposta al vaglio del C.S.M., il Consiglio aggiunse che il titolare dell'ufficio è tenuto a garantire la continuità dello stesso (al contrario incorrendo in illeciti disciplinari e/o penali), sino al momento in cui la pubblica amministrazione responsabile dell'investitura non provveda alla sua rimozione o riassegnazione, anche nel caso in cui la cessazione del rapporto dipenda da proprie dimissioni. Venne dato rilievo, con tale assunto, al principio di continuità dell'azione amministrativa, il quale non può esser derogato neppure in caso di dimissioni da parte dell'interessato, ed individuando, in tali ipotesi, non già una usurpazione di pubbliche funzioni (persistenza abusiva), quanto al più un funzionario privo di investitura, con applicazione della relativa disciplina sugli atti da questo prodotti. Naturale conseguenza degli atti prodotti dall'usurpatore sarebbe, invece, la radicale nullità, eccezion fatta per quelli compiuti in stato di necessità (c.d. usurpazioni di interesse pubblico, quali si verificano, ad esempio, in caso calamità naturali, stato di guerra ecc.⁶⁰).

3.2. *Funzionari di fatto e prorogatio*

Diversa questione, rispetto all'ipotesi di cui al co. 2 dell'art. 347 cod. pen. (persistenza abusiva), è quella inerente all'esercizio delle funzioni esercitate dopo lo scadere del termine della nomina da parte di soggetto legittimamente preposto.

In passato, infatti, specialmente in caso di investiture onorarie, per poter assicurare la continuità dell'azione amministrativa, si riteneva che i titolari avessero potuto esercitare la propria carica anche al termine della stessa⁶¹. In tali ipotesi non si parla di funzionari di fatto ma di *prorogatio*, «un isti-

formalmente valida la nomina (Varr., *De ling. Lat.* 6.30: *magistratus vitio creates nihilo setius magistratus*).

⁶⁰ Cfr. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Effetti immediati*, cit.; v. anche E. LA PLACA, *Il funzionario*, cit., p. 121.

⁶¹ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2011, p. 159.

tuto che serve ad assicurare, in qualche modo, la continuità dell'esercizio delle pubbliche funzioni. Ed un istituto in forza del quale un organo, anche scaduto, ha la possibilità di continuare ad esercitare, sia pure limitatamente, i suoi poteri e ciò non in base ad un atto speciale che concede la proroga stessa, ma di diritto»⁶².

L'attuale disciplina dell'istituto è frutto dell'intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 208 del 4 maggio 1992⁶³) cui ha fatto seguito il D.L. n. 293 del 16 maggio 1994 (convertito in L. n. 444 del 1994⁶⁴). La normativa in esame dispone la validità degli atti posti in essere dagli organi 'prorogati' (con le eccezioni previste *ex lege*⁶⁵), proprio sulla base del principio di continuità dell'azione amministrativa. Tale copertura validante riguarda, invero, un limitato periodo temporale (45 giorni dalla scadenza della carica⁶⁶) e soltanto gli atti di ordinaria amministrazione o urgenti e non differibili, in tale ultimo caso dovendosi indicare i motivi di tale indifferibilità ed urgenza⁶⁷, altrimenti verificandosi la nullità di diritto degli stessi⁶⁸. Pertanto, gli atti prodotti nell'arco temporale previsto

⁶² Cfr. E. TOSATO, *Atti dell'Assemblea costituente*, p. 1435 s., anche in G. D'ORAZIO, voce *Prorogatio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 428 ss., in partic. p. 428.

⁶³ Che giustifica la *prorogatio* proprio con l'esigenza di garantire la continuità e l'efficienza dell'azione amministrativa (cfr. F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, p. 167, nt. 90) ma in via eccezionale e determinata, non potendosi concepire come principio generale una *prorogatio officii* a tempo indefinito e con pieni poteri. La Corte Costituzionale ha affermato che non vi possa essere una '*prorogatio di fatto*' (incerta nella durata e valevole in generale per gli organi amministrativi), e che ogni proroga possa aversi solo se prevista dalla legge e nei limiti della stessa, *ex art. 97 Cost.* (Corte Cost., sent. n. 208 del 4 maggio 1992).

⁶⁴ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale* 2011, cit., p. 79.

⁶⁵ D.L. n. 293 del 16/5/1994, art. 1, co. 2 e 3: «2. Sono esclusi dall'applicazione del presente decreto gli organi rappresentativi delle regioni, delle province, dei comuni e delle comunità montane e gli organi che hanno comunque rilevanza costituzionale. 3. Sono altresì esclusi gli organi per i quali la nomina dei componenti è di competenza parlamentare».

⁶⁶ Art. 3, co. 1. Salve le eccezioni *ex art. 1, co. 2 e 3*, di cui sopra.

⁶⁷ Art. 3, co. 2.

⁶⁸ Art. 3, co. 3. Così anche E. CASSETTA, *Manuale* 2011, cit., p. 79. Per G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 25, la scelta ope-

dalla *prorogatio* saranno validi, ed il soggetto che li ha emanati, svolgendo le proprie funzioni *secundum legem*, non potrà dirsi assimilabile ad un funzionario di fatto, figura che invece sarà generata ove si verifichi la violazione dei limiti indicati, con difetto di legittimazione dell'organo non di tipo originario ma sopravvenuto⁶⁹.

Sull'uso ingiustificatamente reiterato della *prorogatio* è intervenuta nuovamente la Corte Costituzionale (con sentenza n. 37 del 2015⁷⁰), affermando che nessun dubbio può nutrirsi in ordine al fatto che il conferimento di incarichi dirigenziali nell'ambito di un'amministrazione pubblica debba avvenire previo esperimento di un pubblico concorso, necessario anche nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio o passaggio ad una fascia funzionale superiore⁷¹. In caso di termine degli incarichi dirigenziali, sino all'espletamento delle apposite procedure concorsuali, gli stessi possono essere assegnati temporaneamente ai funzionari decaduti solo attraverso l'istituto della 'reggenza' (art. 20 del D.P.R. 8 maggio 1987, n. 266), che dal modello dell'affidamento di mansioni superiori a impiegati appartenenti ad un livello inferiore (art. 52 del D.Lgs. n. 165 del 2001⁷²) si differenzia per i caratteri di straordinarietà e temporaneità, perché serve a colmare vacanze nell'ufficio determinate da cause imprevedibili; per en-

rata dal legislatore realizza un compromesso fra il principio della continuità della funzione amministrativa e il principio di legalità. Gli atti posti in essere prima dell'entrata in vigore del presente decreto, in violazione dei termini ivi previsti, restano validi per espressa previsione dell'art. 8 della L. n. 444 del 1994 e le sanzioni previste dall'art. 6 non sono applicabili per irretroattività (Corte Cass., Sez. I Civ., sent. n. 12012 del 26/11/1998; *conf.* Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 565 del 26/5/1997).

⁶⁹ Cfr. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Diritto amministrativo. Manuale breve*, Milano, 2009, p. 118.

⁷⁰ Giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 8, co. 24, del D.L. n. 16 del 2/3/2012.

⁷¹ Da Corte Cost., sent. n. 194 del 2002; si v. anche *ex plurimis* le sentenze: n. 293 del 2009; n. 150 del 2010; n. 7 del 2011; n. 217 del 2012.

⁷² Sul punto Corte Cass., Sez. Lav., sent. n. 30811 del 28/11/2018 (anche *infra*), con particolare riguardo all'assegnazione di fatto ad una posizione dirigenziale del funzionario non dirigente, con conseguente diritto a ricevere le relative differenze retributive.

trambi è però necessario l'avvio della relativa procedura e nei limiti di tempo previsti⁷³.

La medesima esigenza di continuità dell'azione amministrativa, militare e politica, fu la base (insieme all'esigenza di governatori per le nuove province) dell'instaurazione delle promagistrature in Roma antica. Il limite annuale delle cariche, infatti, era d'ostacolo alla conduzione delle lunghe campagne belliche, rendendosi così necessario prorogare l'*imperium* dei magistrati impegnati in tali operazioni⁷⁴.

È Livio⁷⁵ che ci attesta come probabilmente il primo ricorso alla proroga di funzioni si ebbe nel 327 a.C.⁷⁶, nei confronti del console Publio Filone il quale, cessata la propria carica annuale, mantenne le funzioni anche per l'anno successivo, così potendo terminare la guerra in qualità di *proconsul*⁷⁷. Il procedimento con cui si provvedeva alla proroga dell'*imperium* non era 'costitutivo', cioè con *rogatio* indirizzata al popolo contenente la proposta elettiva del magistrato, quanto bensì 'sostitutivo' (*pro rogatio*) ossia costituito da un senatoconsulto seguito dall'approvazione popolare con plebiscito, mediante cui

⁷³ Corte Cass., SS.UU. Civ., sent. n. 4063 del 22/2/2010; n. 3814 del 16/2/2011; n. 10413 del 14/5/2014; Sez. Lav., ord. n. 27669 del 30/10/2018; sent. n. 30811 del 28/11/2018.

⁷⁴ Cfr. A. GUARINO, *Profilo di Storia romana*, Torino et al., 1944, p. 64 s.; F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto Romano*, cit., p. 151; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano. Ristampa emendata*, Torino, 2017, p. 54.

⁷⁵ Liv., *Ab Urb. cond.* 8.23.11-12: *itaque cum et comitiorum dies instaret et Publilium imminet hostium muris auocari ab spe capiendae in dies urbis haud e re publica esset, actum cum tribunis est ad populum ferrent ut, cum Q. Publilius Philo consulatu abisset, pro consule rem gereret quoad debellatum cum Graecis esset.* Sul punto I. BUTI, *Appunti in tema di «prorogatio imperii»*. I. *Scansioni temporali delle magistrature*, in *Index*, 1991, p. 245 ss., in partic. p. 255; ID., *Appunti in tema di «prorogatio imperii»*. II. *La casistica delle fonti fino al 218 a.C.*, *ivi*, 1992, p. 435 ss., in partic. p. 438; W. KUNKEL, R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik: Zweiter Abschnitt Die Magistratur*, Verlag C.H. Beck, Munchen, 1995, p. 16.

⁷⁶ Per uno studio delle promagistrature sino al 218 a.C. si veda I. BUTI, *Appunti*. II, cit.; anche ID., *Considerazioni sul primo periodo della prorogatio imperii*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. I, Napoli, 2007, pp. 581-596.

⁷⁷ Cfr. F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto Romano*, cit., p. 151; A. PETRUCCI, *Corso*, cit., p. 54 ss.

si provvedeva alla *prorogatio imperii* nei confronti di un soggetto che già tale potere aveva, ma le cui funzioni erano giunte a termine⁷⁸. Il limite temporale, infatti, era caratteristica delle magistrature repubblicane⁷⁹. Allo scadere dell'anno di carica il magistrato ordinario tornava immediatamente ed automaticamente *privatus*⁸⁰.

Oltre alla limitazione temporale vi era quella spaziale, per cui l'attraversamento del *pomerium* incideva sulla natura del potere del magistrato: al suo interno, nell'*urbs*, si esercitavano gli auspici urbani, il potere civile (*imperium domi*); all'esterno, nell'*ager*, si svolgevano le attività belliche ed il relativo potere militare dei magistrati (*imperium militiae*)⁸¹. L'*imperium militiae*, a differenza dell'*imperium domi*, era temporaneo e reversibile, per cui i magistrati *cum imperio*, prima di attraversare il *pomerium* per svolgere azioni militari, dovevano sottoporsi ad un rito di passaggio; una volta rientrati al suo interno, «l'*imperium militiae*, nel caso dei magistrati, *l'imperium tout court* in quello dei proconsoli [magistrati in regime di *pro-rogatio*] si estingue»⁸².

Dopo un periodo di stasi, la *prorogatio imperii* venne adoperata nuovamente in occasione della seconda guerra punica⁸³, in seguito divenendo prassi usuale. Livio afferma che nel

⁷⁸ Cfr. F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto Romano*, cit., p. 151.

⁷⁹ Liv., *Ab Urb. cond.* 2.1.7; Dion. Hal., 4.84.4; Cic., *De Re pub.* 2.32. Sul punto I. BUTI, *Appunti. I.*, cit., p. 245 ss.

⁸⁰ I. BUTI *Appunti. I.*, cit., p. 252, ove il riferimento a Liv., *Ab Urb. cond.* 3.38.1, 30.39.3., 42.22.7-8.

⁸¹ Cfr. V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione*, cit., p. 9. Drogula ha messo in discussione tale dicotomia: «I believe that imperium did not, under normal circumstances, exist within the pomerium, but rather that it was a strictly extra-mural military power» (F.K. DROGULA, *Imperium, Potestas, and the Pomerium in the Roman Republic*, in *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, 2007, 4, p. 419 ss., in partic. p. 419).

⁸² V. MAROTTA, *Esercizio*, cit., p. 10. Per Drogula «imperium was not necessary within the pomerium, because potestas provided all the power and authority magistrates needed to perform the duties of their offices» (F.K. DROGULA, *Imperium*, cit., p. 423).

⁸³ Sulle magistrature in tale periodo si veda M. BELLOMO, *Il comando militare a Roma nell'età delle guerre puniche (264–201 a. C.)*, fa parte di *Historia – Einzelschriften*, 260, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2019.

216 a.C. *consulibus prorogatum in annum imperium*⁸⁴, senza specificare nulla riguardo ai procedimenti di conferimento della proroga, in tal modo emergendo la necessità che gli stessi fossero attuati direttamente dal senato – prima della indizione dei comizi – per soddisfare le esigenze di carattere militare del momento, ossia mettere in campo quante più legioni con i rispettivi comandanti (la sconfitta al Trasimeno era precedente solo di un anno, ed Annibale ancora procedeva saccheggiando nell'Italia meridionale⁸⁵). Dagli inizi del II sec. a.C., nelle fonti viene a mancare anche ogni riferimento al plebiscito nella procedura di proroga⁸⁶, la cui durata era stabilita *in annum*, oppure sino alla fine delle esigenze militari⁸⁷ o alla realizzazione dell'obiettivo (con decisione del senato⁸⁸).

Nel 210 a.C. si arrivò a conferire l'*imperium proconsolare* a Scipione Africano, ma come *privatus*, non avendo mai ri-

⁸⁴ Liv., *Ab Urb. cond.* 22.34.1.

⁸⁵ Così I. BUTI, *Appunti in tema di «prorogatio imperii». III*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2014, p. 5. «La creazione di formidabili poteri personali, fondati sulla devozione di truppe fedeli al loro comandante, era favorita dalla prassi della *prorogatio*: Lucio Cornelio Silla poté impadronirsi di Roma, proprio grazie all'*imperium proconsolare* inizialmente conferitogli per la guerra contro Mitridate e prorogatogli ininterrottamente dall'87 all'82 a.C.» (A. SCHIAVONE, F. AMARELLI, F. BOTTA, L. DE GIOVANNI, V. MAROTTA, E. STOLFI, U. VINCENTI, G. LUCHETTI, *Storia giuridica di Roma*, Torino, 2016, p. 99). L'estensione universale dell'*imperium Romanum* era quindi resa possibile dal fatto che l'*imperium* dei singoli comandanti poteva essere esercitato, almeno potenzialmente, su tutta l'ecumene (cfr. M. BELLOMO, *Il comando*, cit., p. 9).

⁸⁶ Cfr. A. PETRUCCI, *Corso*, cit., p. 54, il quale ricorda che il ricorso alle pro-magistrature spiega «perché scompare la magistratura straordinaria del *dictator* per le emergenze belliche già agli inizi del III secolo a.C.» (ivi, p. 55).

⁸⁷ Cfr. Liv., *Ab Urb. cond.* 30.1.10: *non temporis sed rei gerendae fine, donec debellatum in Africa foret*. Una *prorogatio* senza termine ottenuta nel 203 a.C. da Scipione dopo aver conquistato l'Africa, al fine di portare a termine la guerra.

⁸⁸ Cfr. Liv., *Ab Urb. cond.* 27.7.17: *non in annum Scipioni Silanoque, sed donec revocati ab senatu forent, prorogatum imperium est*. Proroga concessa a Scipione dal 209 al 206 a.C., ossia sino alla vittoria in Spagna. Cicerone ricorda che: ... *qui consulatum petivit numquam, factus consul est bis, primum ante tempus, iterum sibi suo tempore, rei publicae paene sero, qui duabus urbibus eversis inimicissimis huic imperio non modo praesentia verum etiam futura bella delevit* (Cic., *Laelius de amicitia* 11).

coperto la magistratura consolare e nessuna altra *cum imperio*⁸⁹; peraltro lo stesso ebbe già accesso alla carica di edile curule (nel 213 a.C.) prima dell'età consuetamente legittima⁹⁰, ponendo quale giustificazione la prevalenza del 'consenso popolare' rispetto ai requisiti formali:

*“si me” inquit “omnes Quirites aedilem facere volunt, satis annorum habeo”*⁹¹.

La concessione del proconsolato a Scipione Africano aprì la strada alle promagistrature nei confronti dei privati, controblanciate – almeno sino ad un certo momento – dai *comitia centuriata*, ai quali si affiancarono nel 199 a.C. i *concilia plebis*⁹².

Gli stessi *comitia* in seno ai quali era necessario, per potersi parlare di *magistratus* in senso proprio, che fosse conferito l'*imperium* temporaneo, «ovvero una *potestas*, 'optima lege', cioè l'impiego di tutti gli atti e con l'osservanza di tutte le regole inerenti alla procedura elettorale⁹³: dalle formalità della candidatura alla *renuntiatio* finale»⁹⁴, in ossequio all'artificialità del diritto romano di cui sopra si è fatto cenno.

⁸⁹ Cfr. F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto Romano*, cit., p. 151; M. EVANGELISTI, *Principato auctoritas solutio legibus*, Torino, 2018, p. 83.

⁹⁰ Liv., *Ab Urb. cond.* 25.2.6: *Huic petenti aedilitatem cum obsisterent tribuni plebis negantes rationem eius habendam esse, quod non dum ad petendum legitima aetas esset*. L'età minima, dapprima stabilita per consuetudine, fu determinata con *lex Villia* intorno al 180 a.C. con cui si prescissero i requisiti anagrafici per accedere alle diverse magistrature; cfr. N. RAMPAZZO, *Professio*, cit., p. 101, in partic. nt. 18. Sulla *lex Villia annalis* si veda: A.E. ASTIN, *The Lex Annalis before Sulla*, Latomus, Bruxelles, 1958; G. RÖGLER, *Die Lex Villia Annalis. Eine Untersuchung zur Verfassungsgeschichte der römischen Republik*, in *Klio*, Issue JG, 1962, p. 76 ss; R.J. EVANS, M. KLEJWEGT, *Did the Romans like Young Men? A Study of the Lex Villia Annalis: Causes and Effects*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 1992, p. 181 ss.; F. VALLOCCHIA, *Qualche riflessione sul plebiscito del tribuno della plebe Villio del 180 a.C. (la cd. lex Villia annalis)*, in *Diritto@Storia*, 2011-2012.

⁹¹ Liv., *Ab Urb. cond.* 25.2.7; sul punto I. BUTI, *Appunti. III*, cit., p. 15.

⁹² Cfr. F. ARCARIA, O. LICANDRO, *Diritto Romano*, cit., p. 152.

⁹³ Così per Cic., *De leg. agr.* 2.17-18 e 29.

⁹⁴ Cfr. P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996³, p. 81, facendo riferimento anche alla differenza *rex-magistratus* e *magistratus-nova officia* imperiali, enunciata in D. 1.2.2.33 (Pomp.

Il ricorso alle promagistrature servì per governare le nuove province ed amministrare i nuovi territori. Sino al 197 a.C. il sistema della *prorogatio*, insieme alla costituzione di nuovi magistrati, fu adoperato per l'esazione dei tributi necessari al mantenimento dell'esercito impegnato nella seconda guerra punica (successivamente anche nella seconda guerra macedone), peraltro elevando in quell'anno il numero di pretori da quattro a sei⁹⁵.

Riguardo alla nomina di Barbario Filippo si è visto come è stato teorizzato che si sia potuto trattare di propretura o proquestura. Non è insolito ritenere che la stessa sia stata frutto di quella prassi già avviata già durante la seconda guerra punica, con cui venivano affidati incarichi magistratuali – anche *cum imperio* – a privati cittadini che mai avevano ricoperto cariche di tal genere, per sopperire a tutte quelle esigenze derivanti dalle particolari situazioni sociali provocate dal contesto bellico in atto, o – come durante l'epoca del nostro Barbario – dai tumulti sociali in corso. In tali ipotesi si trattava di *agere pro consule, pro praetore, o pro magistratu*, frutto di un atto di delega da parte di un soggetto dotato di *imperium*, e non come proroga dei poteri – scaduti – di quest'ultimo⁹⁶.

Una pratica, comunque, sempre più invalsa e coinvolgente le magistrature a più livelli, per cui fu Livio a lamentarsi dell'estensione della *prorogatio* alla pretura testimoniando un caso di abuso del titolo di propretore⁹⁷:

1 sing. enchir.): Nam praefectus annonae et vigilum non sunt magistratus, sed extra ordinem utilitatis causa constituti sunt. («Infatti il prefetto dell'annona e dei vigili non sono magistrati, ma sono stati istituiti *extra ordinem* [fuori, cioè, dell'*ordo magistratum*, e, quindi, senza investitura comiziale] per motivi di utilità pubblica»; traduzione *ivi*, p. 82).

⁹⁵ Cfr. *Storia del Mediterraneo nell'antichità. IX-I Secolo a.C.*, a cura di M. GUIDETTI, Milano, 2004.

⁹⁶ Cfr. I. BUTI, *Appunti. I*, cit., p. 253 s. Secondo Buti si potrebbe prendere in considerazione l'analogia tra *provocare-provocatio* e *prorogare-prorogatio*, per cui nel primo caso si tratterebbe di '*vocare*' in favore di qualcuno (appello del condannato al popolo in propria difesa), e nel secondo caso di '*rogare*' a favore di qualcuno; per cui *prorogare imperium* significherebbe *rogare l'imperium* in favore di qualcuno (*ivi*, p. 255).

⁹⁷ Sul punto I. BUTI, *Appunti. III*, cit., p. 6.

*Principio eius anni cum de litteris L. Marci referretur, res gestae magnificae senatui visae: titulus honoris, quod imperio non populi iussu, non ex auctoritate patrum dato 'propraetor senatui' scripserat, magnam partem hominum offendebat: rem mali exempli esse imperatores legi ab exercitibus et sollemne auspicandorum comitorum in castra et provincias procul ab legibus magistratibusque ad militarem temeritatem transferri*⁹⁸.

Proroga che, come ci attesta Livio, necessitava – formalmente – dello *iussus populi* e dell'*auctoritas patrum*; non ci è dato però sapere (per l'accennata mancanza di fonti in merito) se nella pratica tali requisiti venissero attuati⁹⁹. In epoca Augustea si fece ancora ampio ricorso alle promagistrature. Da ciò che narra Cassio Dione, l'Imperatore dispose che le province fossero governate e amministrare per mezzo di proconsoli (ἀνθύπατοι) e *legati Augusti pro praetore* (πρεσβευται αὐτοῦ ἀντιστράτηγοι¹⁰⁰).

3.3. Funzionario di fatto e falsus procurator

In ambito civilistico il potere di agire in nome e per conto altrui trova la propria base giustificativa nell'istituto della rappresentanza, caratterizzata da un incarico attribuito dal rappresentato al rappresentante in vista della gestione, da parte di costui, degli interessi del rappresentato stesso¹⁰¹. Tale rapporto (art. 1387 c.c.) può nascere da legge (cd. rappresentanza legale) o da un incarico di natura privata (cd. rappresentanza volontaria), tramite procura conferita secondo le

⁹⁸ Liv., *Ab Urb. cond.* 26.2.1.

⁹⁹ Secondo Buti è plausibile che, per snellire il procedimento di *prorogatio*, si proponesse ogni anno, ai concili della plebe, l'elenco delle proroghe decise dal senato, ed in alcuni casi particolari vennero coinvolti i comizi centuriati o i comizi tributi; vi furano anche casi di proroghe 'in blocco'. Cfr. I. BUTI, *Appunti*, III, cit., p. 34, nt. 177.

¹⁰⁰ Dio Cass., *Hist. Rom.* 53.12-13.

¹⁰¹ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015¹⁷, p. 1051.

forme prescritte per il contratto che il *procurator* deve concludere (art. 1392 c.c.), i cui effetti ricadranno direttamente nella sfera giuridica del rappresentato (art. 1388 c.c.).

Allorquando il soggetto agisca come rappresentante, compiendo i relativi negozi giuridici, senza però averne effettivamente i poteri o eccedendo i limiti della procura conferita dal *dominus*, ricadrà nella figura del *falsus procurator* (art. 1398 c.c.), responsabile dei danni arrecati ai terzi in buona fede¹⁰², ed i cui atti sono giuridicamente inefficaci (non nulli o annullabili¹⁰³) nei confronti dello pseudo-rappresentato. Solo nel caso in cui sia stato il *dominus* stesso ad ingenerare un affidamento incolpevole nel terzo in buona fede, il negozio giuridico posto in essere dal *falsus procurator* conserverà i propri effetti¹⁰⁴. Il soggetto falsamente rappresentato ha comunque il

¹⁰² Cfr. Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 3872 del 26/2/2004; Sez. II, sent. n. 2860 del 7/2/2008; Sez. II, sent. n. 14618 del 17/6/2010; Sez. I, sent. n. 24643 del 19/11/2014.

¹⁰³ Cfr. Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 2860 del 7/2/2008, per cui l'inefficacia non è rilevabile d'ufficio ma su istanza di parte. Secondo Cass. Civ. Sez. I, sent. n. 18219 del 5/5/2019: «il negozio concluso dal *falsus procurator* costituisce una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, che si perfeziona con la ratifica del *dominus*, e, come negozio *in itinere* o in stato di pendenza (però suscettibile di perfezionamento attraverso detta ratifica), non è nullo, e neppure annullabile, bensì inefficace nei confronti del *dominus* sino alla ratifica di questi». Sul punto C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 108 ss.; F. CARINGELLA, *Contratti. Normativa e giurisprudenza aggiornata*, Milano, 2008, p. 1399; *Commentario del Codice civile*, diretto da ENRICO GABRIELLI, III, *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, Torino, 2012, p. 150 ss.; *Il contratto*, a cura di P. FAVA, Milano, 2012, p. 451 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*¹⁷, cit., p. 1066.

¹⁰⁴ *Ex multis* Corte Cass., Sez. III Civ., sent. n. 408 del 12/1/2006. In dottrina F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, p. 469 ss.; G. BASSI, *Cause di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 20, nt. 19. In generale N. DISTASO, *Natura giuridica delle autorizzazioni amministrative e vizio di validità degli atti compiuti senza di esse. Considerazioni in tema di vizio di validità del contratto del falsus procurator*, Roma, 1950; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, 2, Verus et falsus procurator, Perugia, 1922; G. AUGUGLIARO, *A proposito della rappresentanza senza potere, responsabilità del falsus procurator e del contraente promittente il fatto del terzo (ratifica)*, Palermo, 1950; S.A. CERRATO, *Osservazioni in tema di limiti della rappresentanza degli amministratori e di falsus procurator*, Torino, 2002.

diritto di ratificare il contratto posto in essere con il *falsus procurator*, con effetto retroattivo, fatti salvi i diritti dei terzi (art. 1399 c.c.)¹⁰⁵.

Nel caso di soggetto che agisca in nome e per conto non di persona fisica ma giuridica, si parla di c.d. rappresentanza organica. In tale ipotesi l'ente non è in grado di esprimere autonomamente la propria volontà, così operando attraverso coloro che volta per volta ne ricoprono l'ufficio di organo rappresentativo¹⁰⁶. Devono distinguersi i casi in cui il soggetto che manifesti tale volontà è lo stesso che si occupi della sua formazione (ad esempio, l'amministratore unico di una s.r.l.), dai casi in cui l'organo deliberante sia distinto da quello che manifesta la volontà verso l'esterno. Soltanto nella prima delle due ipotesi, infatti, potrà parlarsi di immedesimazione organica tra organo ed ente, per cui nella seconda si tratterà di mero *nuncius*¹⁰⁷.

È nell'immedesimazione che il funzionario pubblico costituisce emanazione della pubblica amministrazione¹⁰⁸. Dalle varie teorie sviluppatesi sul punto emerge che «attraverso il nesso di immedesimazione organica è possibile imputare direttamente alla persona giuridica l'atto, e in generale l'attività, dei suoi organi», quindi «l'imputazione di un atto, dei suoi effetti e dell'attività di un organo, comporta altresì che questi e la persona giuridica, alla quale l'organo appartiene, rispondano anche degli eventuali danni cagionati a terzi»¹⁰⁹.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel negare l'applicabilità dell'art. 2028 c.c. al campo dell'attività amministrativa, salvo i casi di attività di diritto privato svolte dalla stessa¹¹⁰.

¹⁰⁵ Cfr. da ultimo Corte Cass., Sez. I Civ., sent. n. 18219 del 5/5/2019, p. 15.

¹⁰⁶ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale*¹⁷, cit., p. 1053.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Cfr. G. TERRACIANO, *Spunti interpretativi della nozione di funzionario ai sensi della legge n. 142 del 1990*, in *Legalità e giustizia*, 1991, p. 633.

¹⁰⁹ M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di Imputazione della responsabilità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 39 ss., in partic. p. 41, ove anche bibliografia in materia.

¹¹⁰ Corte Cass., Sez. III Civ., sent. n. 2320 del 31/1/2017, secondo cui «la disciplina propria dell'istituto giuridico, rinvenibile negli artt. 1398 e 1399

Non è quindi ammessa spontanea *negotiorum gestio*, da parte di un privato, degli ‘affari’ della pubblica amministrazione ed in nome della stessa¹¹¹, vi è più quando tale autonoma gestione d’affari sia intrapresa sulla base di una nomina *ab origine* inesistente o tale divenuta successivamente. Di recente è stato però affermato che «la disciplina del negozio concluso da un rappresentante senza poteri si applica anche alla rappresentanza organica degli enti pubblici, poiché l’organo competente ad esprimere la volontà dell’ente può procedere alla ratifica del contratto sottoscritto dal *falsus procurator*, per la quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di un contratto della P.A.»¹¹².

c.c., da ritenersi pacificamente applicabile anche alla attività *jure privatorum* della Pubblica Amministrazione (cfr. Corte Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2681 del 05/03/1993; id. Sez. 3, Sent. n. 195 del 10/01/2003; id. Sez. 1, Sent. n. 8876 del 14/04/2006; id. Sez. 1, Sent. n. 10631 del 09/05/2007)».

¹¹¹ Cfr. G.P. IARICCI, *Istituzioni*, cit., p. 423.

¹¹² Corte Cass., Sez. I Civ., sent. n. 18219 del 5/5/2019, p. 15, citando Sez. II, sent. n. 28753 del 9/11/2018. Sul punto v. anche Corte Cass., Sez. III Civ., sent. n. 2320 del 31/1/2017, ove si ricorda che è «esclusa, per tale tipo d’incarico, la disciplina relativa alla categoria dei contratti di natura privatistica e l’idoneità di tali rapporti di fatto a costituire fonte dell’obbligazione di pagamento del compenso ex artt. 2126 e 2129 c.c.».

DARJN A.N. COSTA, Dalla *lex Barbarius* alla L. 241/1990. Prospettive storico-comparatistiche sull'attività del funzionario di fatto. I. Tra potere, bilanciamento di interessi ed equità

L'esercizio, e talvolta la formazione, della volontà della pubblica amministrazione, avviene per mezzo di propri organi e funzionari. Vi sono ipotesi in cui la nomina degli stessi è viziata *ab origine* o *ex post*. In tali casi si pone il problema della validità degli atti *medio tempore* prodotti da questi soggetti, inquadrati dalla dottrina nella figura del 'funzionario di fatto'. Tale istituto avrebbe origine già nel diritto romano, in cui l'episodio del *servus fugitivus Barbarius Philippus* ebbe influenze sugli ordinamenti giuridici successivi, anche extranazionali (incluso il diritto canonico). La *lex Barbarius* potrebbe essere una delle tracce romane che ancor oggi si rinvengono sulla strada del diritto moderno.

Parole chiave: funzionario di fatto, *Barbarius Philippus*, *lex Barbarius*, *error communis*.

DARJN A.N. COSTA, From *lex Barbarius* to L. 241/1990. Historical-comparative perspectives on the activities of the *de facto* officer. I. Between power, balance of interest and equity

The exercise, and sometimes the formation, of the will of the public administration takes place through own organs and officers. There are cases in which the appointment of the same is flawed *ab origine* or *ex post*. In such cases arises the problem of the validity of the *medio tempore* acts produced by these subjects, framed by the doctrine in the figure of the 'de facto officer'. This institute would already acquire its origins in Roman law, in which the episode of the *servus fugitivus Barbarius Philippus* had influences on subsequent legal systems, and extra-national ones (including canon law). The *lex Barbarius* could be one of the Roman traces that are still found today on the path of modern law.

Key words: *de facto* officer, *Barbarius Philippus*, *lex Barbarius*, *error communis*.

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; SCOPUS.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@muccheditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.