

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXIII-XXIV

2010-2011



Publicación de la

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

L'ITINERARIO DEL SALMONE

Sulle tracce del 'mandatum credendi'

P O R
ANTONIO GUARINO
Universidad Federico II de Nápoles

SOMMARIO: 1. PRELIMINARI.—2. L'ASSETTO GIUSTINIANEO.—3. L'ASSETTO ADRIANEO.—4. LA GENESI DELL'ISTITUTO: RINVIO.

1. PRELIMINARI

1. Le pagine che seguono espongono in sintesi un 'corso di diritto romano' o, come si diceva in altri tempi, un 'corso di Pandette'. Esse cioè riassumono un piccolo ciclo di lezioni, e di connesse esercitazioni di seminario, che ho svolto nell'anno accademico, 1981-82 e ripetero nel 1982-83 allo scopo di guidare gli studenti (prendendo non di rado consiglio anche da loro) nello studio approfondito, sul piano tecnico-giuridico e su quello storico, di un 'istituto' del diritto romano: quello del *mandatum pecuniae credendae* o, in corrente italiano, del mandato di credito. Dal 'processo verbale' di tante discussioni (ediz. Jovene, Napoli) è derivato un saggio intitolato *Alle origini del 'mandatum credendi'* inserito negli *Homenaje Murga Gener* (1994, p. 643 ss.), al quale rinvio il lettore. Tutto il resto lo riproduco (ulteriormente ridotto) in questa sede a testimonianza del modo in cui ho compiuto il mio lavoro con i miei studenti di ieri, e di l'altro ieri. Alcuni dei quali (parlo di avantieri, si intende) mi sono attualmente collaboratori o colleghi, mentre altri, lo so e mi piace, degli studenti attuali sono i genitori, se non addirittura i nonni.

2. Visto che li ho citati, parliamo un momento dei 'nonni'. Non dei pochi e, tutto sommato improbabili giovani di una volta che siano stati miei studenti negli anni lontani in cui iniziai (fu

nel 1938-39, se ben ricordo) il mio insegnamento universitario, ma di quelli (di quelli che restano, dovrei precisare): di quelli, voglio dire, che furono con me e prima di me gli allievi dei corsi biennali di diritto romano (corsi che erano allora obbligatori per tutti, si badi) impartiti nelle Università italiane da illustri ed austeri studiosi. Studiosi che ci parlavano (e ci scrivevano, nei loro 'corsi' a litografia od a stampa) con la tranquilla certezza che il nostro bagaglio di nozioni di riferimento (alla storia del diritto romano in generale e agli istituti del diritto privato romano in particolare) fosse non solo notevolmente cospicuo, ma pronto in ogni occasione a sovvenire la memoria; e con la sicurezza, si aggiunga, che il latino ed il greco, di cui letteralmente ci inondavano, noi lo capissimo, anche nelle sottigliezze, a colpo d'occhio. Chi, ad esempio, ha frequentato l'Università di Napoli negli anni trenta (e lo stesso può dirsi per il decennio precedente e per quello successivo) è stato necessariamente allievo (più o meno assiduo, non so) del mio maestro Siro Solazzi e ricorderà ancora di lui, non senza qualche sgomento, i densissimi due tomi sul diritto ereditario, o i quattro volumi sulle servitù prediali, o quelli sull'estinzione delle obbligazioni e sulla compensazione, o quelli ancora sul concorso dei creditori, o infine, di gran lunga il più aspro di tutti, il corso sulla revoca degli atti fraudolenti. Un libro, l'ultimo, di cui il primo capitolo toccava le cento pagine e portava il lettore alle soglie dell'allucinazione nella ricerca inesorabile, in polemica serratissima con i più risonanti nomi del Gotha romanistico internazionale, di quel che si potesse congetturare essere stato il tenore genuino, 'classico', di due malconci editti pretorii pervenutici attraverso i *Digesta* di Giustiniano.

3. Per un complesso di ragioni, sulle quali non vale la pena di fermarsi, questi tempi 'eroici' (e anche parecchio mitizzati, intendiamoci, da quelli che, come me, ne sono gli smunti superstiti) sono tempi ormai superati e, almeno in parte, giustamente superati. Al giorno d'oggi, in Italia, il corso di diritto romano 'approfondito' non è più obbligatorio, nella maggioranza degli Atenei, per gli studenti di giurisprudenza e non può essere comunque più impartito, agli studenti che scelgono di seguirlo, pretendendo dagli stessi una conoscenza delle lingue classiche superiore al 'quantum' ed al 'quale' (tra noi ci si intende, nevero?), che viene loro insegnato negli anni della scuola preuniversitaria. D'altra parte, se lo studente è autorizzato a decidere di seguirlo oppure no, è chiaro che egli deve essere posto in condizione di sapere preventivamente, non diciamo 'a che gli serve', che fa tanto brutto, ma diciamo piuttosto 'perché', sotto

quale profilo culturale, in vista di quale miglioramento della sua preparazione di base, gli può convenire di immettere il biennio di diritto romano nel suo 'piano di studi', affrontando liberamente una fatica non del tutto trascurabile. Bene. Vogliamo vedere, in succinto, quali sono le motivazioni 'specifiche' di un invito rivolto oggi dal docente (dal particolare docente che qui si dimena) ai discenti (ai particolari discenti disposti a tenergli compagnia nell'indagine) affinché tutti insieme ci si dedichi ad una ricerca storica sul *mandatum pecuniae credendae* romano? In fondo non è difficile rispondere, sia pure, è bene ammetterlo, in modo volutamente accattivante. In primo luogo, ha la sua importanza il 'giuoco', in cui la ricerca praticamente si concreta. Vi è poi, in secondo luogo, l'interesse delle riflessioni che la ricerca praticamente sollecita in ordine al diritto moderno, e in particolare in ordine al diritto italiano vigente.

4. Parliamo del 'giuoco', anzi tutto. Non lo si intenda, banalizzando, come divertimento e spasso. Tra un corso di diritto romano e le 'strisce' del bracchetto Snoopy e dei suoi pensosi compagni sono di gran lunga piú divertenti (e talvolta piú intelligenti) queste ultime. Il corso di diritto romano non è solitamente in grado di far ridere o sorridere chi lo segue, anche se non è detto che debba essere ad ogni costo un indigesto macigno. Non vi è dubbio, peraltro, che esso, se è un vero corso di diritto romano, cioè un esercizio di ricerca storica applicata ad un problema giuridico, ha i suoi misteri da risolvere, le sue sorprese da registrare, i suoi appostamenti da compiere, le sue deduzioni da svolgere. L'accostamento esplicito dell'indagine storica al gioco (al '*ludus*', come dicevano i Romani) è già stata fatta in maniera mirabile dall'olandese Johan Huizinga, autore di un saggio famoso sull'*'homo ludens'*. L'accostamento, in particolare, della ricerca storica all'investigazione poliziesca (beninteso, '*mutatis mutandis*', '*si parva licet parare magnis*', '*salvis iuribus*' eccetera eccetera) non è a sua volta il prodotto del mio estro personale. Anche questo accostamento, che piú precisamente è una constatazione, è stato fatto già da piú di uno storico ad alto livello ed è di evidenza, starei per dire, solare. La sola differenza tra un libro di storia ed una 'detective story' è che, mentre l'autore di quest'ultima i personaggi e le vicende se li inventa a suo criterio, dando modo al suo eroe di fare immancabilmente una bella figura nella scena finale, lo storiografo la sua materia (almeno di solito) non se la inventa, ma la trova così come è (o, a meglio dire, così come sembra). Caratteristico della 'storia', rispetto alle 'storie' di tipo poliziesco, è che l'assassino non confessa mai, ed anche quando confessa bisogna chiedersi (come

sempre, del resto, con la confessione) se la confessione è veritiera. Ragion per cui l'importante (e il fascino) della ricerca storica, ivi compresa la ricerca storico-giuridica, non è nel 'risultato' cui si perviene, che è un risultato sempre provvisorio e sempre approssimativo, ma è proprio nella 'ricerca', nei suoi metodi sempre più elaborati, nelle sue finezze sempre più penetranti, nelle sue astuzie sempre più sottili. Nel 'giuoco', insomma. E, sotto questo profilo, la storia del mandato di credito nel diritto romano non sarà fascinosa e stuzzicante come quella dei rapporti tra Antonio e Cleopatra, ma una sua congrua considerazione la merita. E dico subito uno dei principali perché. Perché se ne discute da secoli, ma ancora non si è capito bene per quale motivo uno tra i più grandi giuristi di tutti i tempi romani, Servio Sulpicio Rufo, abbia preso (almeno così sembra) il *mandatum pecuniae credendae* a malvolere, sino al punto da contestare (almeno così dice Gaio) la sua cittadinanza giuridica. Se si trattasse di un fatto personale, sarebbe poca cosa. Ma Servio Sulpicio esprime, e con particolare autorevolezza, un modo di pensare, che non è solo il suo e di cui bisogna pur rendersi conto. Dunque, non fosse altro che per risolvere questo 'mistero' di Servio, il *mandatum pecuniae credendae* va perquisito ancora una volta nelle sue molteplici pieghe. E chi sa che da questa ennesima perquisizione non salti fuori, finalmente, la 'soluzione del caso', o qualcosa che in qualche modo le somigli.

5. Sospendiamo per ora questo discorso e veniamo al secondo motivo per cui, almeno a mio parere, se prendiamo un po' di interesse alla storia del mandato di credito, il giuoco di cui si diceva, tutto sommato, vale la candela. Semplice. Dato che del nostro istituto, come di una sottospecie del contratto di mandato avente funzione di garanzia delle obbligazioni, parlavano autorevolmente le fonti del diritto romano, e in particolare quelle raccolte nel *Corpus iuris civilis*, il mandato di credito è stato applicato alla pratica degli affari, così come tanti altri istituti del buon vecchio diritto romano, anche nell'età postromana. In Germania esso è stato utilizzato, per essere precisi, sino alla notte di San Silvestro dell'anno di grazia 1899. A partire dal 1° gennaio 1900 ebbe vigenza l'elaboratissimo codice civile (il famoso 'Bürgerliches Gesetzbuch', o BGB) e da quel giorno il mandato di credito, che nel codice Napoleone del 1805 e nei codici da esso derivati, tra cui il codice civile italiano del 1865, era assente (ed era perciò rimesso integralmente all'autonomia dei soggetti giuridici), è stato disciplinato nel § 778, dopo lavori preparatori particolarmente industri. Portato sulle orme del BGB, anche

il Codice svizzero delle obbligazioni del 1911 ha ritenuto opportuno dedicare ben quattro articoli, gli articoli 408-411, al nostro istituto. E sulla stessa strada è venuto a porsi, da ultimo, con gli artt. 1958 e 1959, il nostro nuovo Codice civile, quello entrato in vigore, nel testo unificato, con il 1° gennaio 1942. Sicché oggi, posti come siamo di fronte a queste leggi, la domanda che emerge, per ciò che concerne il mandato di credito, è questa: vi è proprio una esigenza attuale che porti ad aver bisogno di questo istituto? In altri termini: la funzione sociale che esplica oggi, nel mondo degli affari, il mandato di credito sarebbe soddisfatta meglio da piú appropriati ed aggiornati istituti? Vale veramente la pena di avallare legislativamente questo curioso contratto?

6. Sono quesiti, quelli ora esposti, cui la ricerca storica non è certo in grado di rispondere da sola, ma alla cui risposta la nostra indagine è certamente in grado e in diritto, con le altre discipline di vario genere, di concorrere, come suol dirsi, 'per quanto di spettanza'. Per secoli e secoli, come tutti sanno, i naviganti si sono affidati nei loro viaggi a quell'ingegnoso strumento che si chiama l'astrolabio. Poi avvenne che fu inventata la bussola e le cose andarono meglio. Ma ciò non escluse che durante molti e molti anni il novissimo aggeggio fosse guardato male da parecchi capitani di vecchio stampo, i quali mantennero ostinatamente in uso l'astrolabio ereditato dagli avi. È appunto ciò che qui ci si chiede in ordine al mandato di credito. Il mandato di credito, nella ferma determinazione di tenerlo in piedi che mostra il nostro legislatore, non sarà per caso diventato come un astrolabio, che ritarda ed intralcia, superato dai tempi, la navigazione della società cui viene in qualche modo imposto?

7. A chiusura dei preliminari di questo corso, vediamo ora di fissare, in linea di larga approssimazione, il programma della nostra escursione esplorativa tra le fonti romane relative al *mandatum pecuniae credendae*. La letteratura di tipo 'pandettistico', cioè quella essenzialmente intesa ad inquadrare l'istituto del *mandatum pecuniae credendae* sulla traccia delle fonti giustinianee, per poi adattarlo alle esigenze dei secoli XVIII e XIX, è piena di sottilissime interpretazioni e di spunti pratici altamente apprezzabili, ma è dominata per l'appunto dalla preoccupazione di tracciare un panorama unitario rapportato esclusivamente alla situazione giustiniana. Essa risponde quindi ben poco alle esigenze di una ricostruzione storica degli assetti e delle vicende del mandato di credito attraverso i secoli. Quanto alla letteratura storico-critica (per la quale ci limitiamo a ricorda-

re l'indagine specifica del Bortolucci, i corsi generali sul *mandatum* del Sanfilippo, dell'Arangio-Ruiz e del Watson, le pagine del Frezza nell'ambito di un suo corso sulle garanzie delle obbligazioni), ciò che in essa non mi convince gran che è la subordinazione di tutto il discorso ai paragrafi delle istituzioni di Gaio, nel testo del codice 'Veronese', in cui si discute della inerenza del mandato di credito alla categoria del *mandatum tua gratia*. Questa impostazione non falsa la ricostruzione del *mandatum pecuniae credendae* nell'età classica avanzata (del II-III secolo dopo Cristo), né certamente ostacola il discorso sulla storia successiva dell'istituto sino a Giustiniano, ma tronca sul nascere ogni velleità di chiedersi se il *mandatum pecuniae credendae* sia venuto in essere, alle origini, proprio come istituto di garanzia delle obbligazioni e se la sua genesi non possa essere altrimenti ricostruita.

8. L'itinerario della presente ricerca e della relativa esposizione sarà pertanto, se così si può dire, l'itinerario del salmone. Come il salmone, giunta l'opportuna stagione, smette di fare il corridore dei mari e risale un fiume (generalmente il nativo suo fiume) dalla foce alle fonti per deporre presso queste le uova, così faremo noi, risalendo dall'assetto finale a quello originario del *mandatum pecuniae credendae* (o '*mandatum credendi*', come preferiremo, a suo tempo, qualificarlo). Cominceremo perciò (nel paragrafo II) col tracciare un quadro generale dell'assetto giustiniano dell'istituto; e siccome ci accorgeremo immediatamente che il mandato di credito e la fideiussione sono, nel *Corpus iuris civilis*, tanto vicini tra loro da essere praticamente intercambiabili, ci domanderemo se questa quasi completa equiparazione sia stata il prodotto di un'improvvisa riforma giustiniana o sia stata invece il risultato di un processo di accostamento avvenuto (o almeno iniziato) ben prima nel tempo. Vedremo abbastanza agevolmente, a tale proposito, che tutto induce a concludere nel secondo senso e che le premesse dell'assetto giustiniano si ritrovano già nell'assetto che l'istituto ebbe sul finire del periodo classico e sul principio del periodo postclassico: diciamo, all'ingrosso, nel terzo secolo dopo Cristo. Fissato questo primo punto, passeremo (nel par. III) a disegnare un quadro più articolato dell'assetto del mandato di credito, sempre posto a confronto con la *fideiussio*, nella 'fase adrianea' del periodo classico, cioè in quella età della storia giuridica romana alla quale dette lo stampo preminente della sua personalità l'imperatore Adriano: l'età, fra l'altro, in cui (più precisamente, sotto il successore di Adriano, Antonino Pio) il giurista Gaio scrisse le sue *institutiones*, a noi direttamente perve-

nute, e tracciò nelle *institutiones* (almeno, così sembra) quel profilo del mandato di credito che tanto influenza le moderne trattazioni dedicate all'istituto.

9. Ecco la ragione per cui, dopo aver identificato l'assetto adrianeo del *mandatum pecuniae credendi*, ho cercato, nel mio corso universitario, di andare ancora più indietro nel tempo e mi sono posto il problema se il *mandatum pecuniae credendae* sia stato sin dall'inizio concepito come mandato di garanzia, cioè come istituto concorrenziale rispetto alla *fideiussio*. Rispondere con sicurezza non mi è stato possibile. Ma, sia pur muovendo in parte sul piano delle congetture, potremo finalmente capire perché il *mandatum credendi* fu fieramente avversato, in periodo preclassico, da Servio Sulpicio Rufo ed avremo anche approssimativamente intuito perché esso, tra la fine dell'età preclassica e la fase 'augustea' dell'età classica, passò ad essere impiegato in modo nuovo. Ma l'argomentazione relativa, essendo già stata pubblicata nel saggio in onore del caro collega indicato all'inizio del presente articolo (ed essendo stata altresì riprodotta nelle mie *Pagine di diritto romano*, vol. VI, 1995, pp. 197 ss.), prego il lettore di leggerla ivi.

2. L'ASSETTO GIUSTINIANEO

10. Nella compilazione giustiniana del 530-534 d. C. il *mandatum pecuniae credendae* ci si presenta con le caratteristiche di un 'contratto misto', e precisamente di un contratto che ha l'apparenza esteriore del *mandatum*, ma esplica in sostanza la funzione obiettiva della *fideiussio*. I pandettisti che hanno parlato per esso di 'mandato di garanzia', o di 'malleveria mediante mandato', hanno colto in modo molto efficace la figura di questo ambiguo istituto. Quanto all'apparenza, cioè alla struttura formale, del mandato di credito giustiniano, non vi è dubbio che essa sia esclusivamente quella del contratto consensuale di mandato. Non a caso, nella esposizione giustiniana, l'istituto, a prescindere dalla sua denominazione caratteristica di *mandatum* (con la precisazione '*pecuniae credendae*' o altra consimile), ha per sede sua propria (per '*sedes materiae*', come si dice) il titolo 3.26 ('*De mandato*') delle *Institutiones*, il titolo 17.1 ('*Mandati vel contra*') dei *Digesta* e il titolo 4.35 ('*Mandati*') del *Codex Iustinianus*. Tuttavia, se guardiamo alla destinazione pratica del nostro istituto, constatiamo facilmente che essa non è quella tipica e normale del mandato. La sua evidente funzione obiettiva (la sua

'causa', per dirla con una certa terminologia tecnica) è di far sí che il mandante (*mandator*), mediante l'incarico conferito al mandatario (*mandatarius*) di concedere un certo credito ad un terzo individuo, garantisca il mandatario di rimborsarlo (tecnicamente di 'risarcirlo') nell'ipotesi che il terzo individuo, debitore del mandatario, non estingua il suo debito, procurandogli un danno patrimoniale.

11. In diritto giustiniano, insomma, vi erano due, anzi piú negozi di garanzia personale sostanzialmente equivalenti tra loro. Il posto di onore lo aveva la *fideiussio*, che era oltre tutto ritenuta il sinonimo di malleveria in genere. Una specie molto vicina alla *fideiussio* era l'*adpromissio*, istituto di origini anche piú antiche della *fideiussio* stessa, la quale veniva utilizzata per far assumere in una volta sola, anziché in due momenti successivi, sia l'obbligazione principale (del debitore verso il creditore principale) sia l'obbligazione di garanzia (del garante, *adpromissor*, verso il creditore principale). Vi era poi il *constitutum debiti alieni*, convenzione successiva ad un'obbligazione già esistente, mediante la quale il garante prometteva al creditore principale di pagarlo, se alla scadenza (o ad una successiva data convenuta) non avesse provveduto il debitore. Infine, a tacer di figure minori, si poteva ricorrere al *mandatum pecuniae credendae*, che si differenziava dalle altre figure negoziali per il fatto di non far riferimento ad una obbligazione sorta prima della sua costituzione o contemporaneamente ad essa, ma per il fatto di coprire con la garanzia offerta dal mandante un'obbligazione successiva, se ed in quanto realmente sorgesse, alla sua costituzione.

12. Vien naturale chiedersi a questo punto, quale particolare utilità offrissi, in diritto giustiniano, il *mandatum pecuniae credendae* nei confronti della *fideiussio*. E se una particolare utilità del *mandatum credendi* non vi era, vien fatto di domandarsi come mai Giustiniano, pur essendo pienamente libero di eliminare i doppioni e i relitti ('il troppo e il vano', per dirla con Dante), lasciò invece sussistere, accanto alla *fideiussio* ed al resto, quel singolare 'cocktail' di contratti che era il mandato di credito. La risposta al primo quesito, come vedremo anche meglio di qui a poco, è che il *mandatum credendi* offriva rispetto alla *fideiussio* quasi soltanto il vantaggio di poter essere costituito anche tra persone lontane tra loro (non necessariamente *inter praesentes*): vantaggio, peraltro, piú apparente che reale, dato che la necessità della compresenza del fideiussore e del garante era, in pratica, tutt'altro che insuperabile. Dunque, se Giustiniano si astenne dal togliere di mezzo il 'monstrum' del *mandatum credendi*, non fu certo per la considerazione che esso servisse

o potesse servire a qualcosa di rilevante nel quadro della vita sociale dei suoi tempi. Il *mandatum credendi* non serviva, praticamente, a nulla che già non fosse comodamente realizzabile mediante la fideiussione. Occorre pertanto rispondere al secondo quesito e chiarire i motivi per cui Giustiniano non procedette ad una 'ristrutturazione' del patrimonio di istituti di garanzia personale delle obbligazioni che aveva ricevuto in eredità dalle epoche precedenti. Non lo fece in questo caso (e non lo fece nemmeno in molti altri casi analoghi), essenzialmente in omaggio alla linea politica generale cui la sua famosa compilazione legislativa era ispirata.

13. È appena il caso di ricordare, a questo proposito, che il disegno politico perseguito ed attuato, con indubbia genialità, dal grande imperatore illirico (dal cui nome non può essere disgiunto quello dell'imperatrice Teodora e, sul piano della legislazione, quello del *quaestor sacri Palatii* Triboniano) fu il disegno di una 'restaurazione', in termini modernamente validi, della antica e gloriosa 'romanità', con specifico riguardo al mondo romano del principato, cioè dei primi tre secoli dopo Cristo. Il ripristino dell'antico, accuratamente adattato ai tempi nuovi, fu l'*instrumentum regni* su cui fece leva Giustiniano, e di questo grandioso programma fece parte il recupero del celebrato diritto classico. Posto ciò, chi consideri la 'compilazione' giustiniana del 530-534 (cioè, per intenderci meglio, i *Digesta*, le *Institutiones* ed il *Codex repetitae praelectionis*), cercando con l'immaginazione di mettersi nei panni di quei soggetti giuridici del sesto secolo ai quali la compilazione imperativamente si rivolgeva, non può fare a meno di andare col pensiero a quei cittadini inglesi del tempo nostro, cui la giustizia viene ancora impartita nelle corti da personaggi in toghe e parrucche dei secoli andati e con l'uso di un linguaggio circonvoluto e arcaico che si fa forte di principi e argomenti che risalgono a lontani antenati. Nessun dubbio che sia tutta una 'messa in scena' e che, quando occorra, l'esigenza di risolvere questioni giuridiche schiettamente contemporanee venga assolta in modo adeguato; nessun timore, dunque, che l'ordinamento giuridico inglese sia tuttora fermo alla 'Magna Charta' di Giovanni Senza Terra o ad ingialliti 'bills' elisabettiani. Tutto sta nella sana ripugnanza di gettar via un patrimonio giuridico ancora in qualche modo utilizzabile e nella saggia convinzione che, almeno in materia di diritto, la 'parola del passato' è spesso una voce che suona più autorevole. Ebbene lo stesso, e a maggior ragione, valeva per le genti del mondo giustiniano cui la compilazione del 530-534 era indirizzata. Anche a costo di creare in esse qualche piccola o grossa confu-

sione, Giustiniano seguì, sopra tutto nei *Digesta* e nelle *Institutiones*, il metodo di porle in reverente cospetto di una massa ingentissima di testi giuridici del passato, solo in parte ammodernati con interpolazioni di pugno suo (o meglio, di pugno di Triboniano e soci), e contò molto, ai fini della loro assimilazione pratica, sui chiarimenti e le specificazioni introdotti dalle costituzioni imperiali (sue e dei suoi predecessori) raccolte nel *Codex*, nonché sull'opera di adattamento al caso per caso esercitata dai funzionari-giudici da lui dipendenti e in suprema istanza, per via di *appellatio*, dello stesso imperatore '*legibus solutus*'. Quanto agli anni successivi al 534, è noto che hanno provveduto a introdurre innovazioni, a volte anche profonde, le così dette *Novellae (constitutiones)* di Giustiniano e dei suoi successori; ma si è trattato di innovazioni che non hanno intaccato, dal punto di vista formale, il monumento ormai consolidato della compilazione del 530-534. Non deve quindi stupire, concludendo, se Giustiniano, pur avendo a che fare con due istituti di garanzia personale quasi del tutto simili, la *fideiussio* e il *mandatum pecuniae credendae* (cui si aggiungevano, per buona misura, la già citata *adpromissio* ed il *constitutum debiti alieni*), non si propose di lasciarne in vita uno soltanto, e nemmeno si preoccupò troppo di equiparare a puntino i regimi relativi. Da un lato, il classicismo lo induceva a non eliminare il ricordo della varietà di istituti fioriti, sia pure in condizioni sociali diverse da quelle attuali, nell'ambiente del diritto romano dell'età classica. Dall'altro, il pragmatismo lo spingeva, là dove l'*exaequatio*' non fosse stata perfettamente attuata in sede normativa, a contare sull'accortezza dei giudici o anche, se è vero che '*habent sua sidera lites*', sulla benevola protezione delle stelle.

14. Prima di fermarci sul *mandatum pecuniae credendae* è necessario che conosciamo un po' più da vicino il contratto di garanzia per antonomasia del diritto giustiniano, la *fideiussio*. Di essa un quadro succinto si legge nelle Istituzioni (I. 3.20). Ma una vera conoscenza della *fideiussio* giustiniana (o più precisamente, di quel che era diventata la *fideiussio* in età giustiniana) non è realizzabile se della *fideiussio* non si tracci per sommi capi la storia, aiutandosi principalmente con Gaio e con i molti resti classici (peraltro interpolati) che si incontrano nei *Digesta* (D. 46.1, cfr. CI. 8.40). E infatti la funzione di garanzia personale delle obbligazioni cominciò con l'essere espletata, nell'età preclassica, da due contratti formali, e più esattamente da due negozi verbali, che erano la *sponsio* e la *fidepromissio*. La *sponsio*, forma di gran lunga più antica, era riservata ai cittadini romani e si concretava in una domanda di colui che voleva

essere garantito (in veste di *stipulans*) e in una congrua risposta adesiva di colui che accettava di essere il garante (in veste di *sponsor*): '*idem dari spondes?*' chiedeva il primo, '*spondeo*' replicava il secondo. L'*idem*, cioè la 'prestazione stessa' del debitore principale, che lo *sponsor* prometteva di dare o comunque di fare ottenere ('*dari*') al garantito, era quello indicato preventivamente dal garantito con riferimento ad una separata *stipulatio*, mediante la quale era stata costituita l'obbligazione tra lui e un terzo, il così detto debitore principale. La stessa struttura della *sponsio* ebbe la posteriore *fidepromissio*, la quale era però una *stipulatio 'iuris gentium'*, che evitava l'uso del verbo *spondere* ed era perciò aperta anche agli stranieri (*peregrini*): '*idem dari fidepromittis?*', '*fidepromitto*'.

15. I limiti della *sponsio* e della *fidepromissio* erano principalmente due: di essere i due contratti utilizzabili solo a garanzia di obbligazioni nascenti da *stipulatio*, e di essere essi validi solo in vita dello *sponsor* o del *fidepromissor*. Ma a questi limiti, dato il dilagare disordinato dei rapporti di affari e delle pretese di connesse garanzie verificatosi a partire dalla seconda metà del sec. III a. C., altri ne furono aggiunti da numerose *leges publicae*, giustamente preoccupate di tutelare i soggetti giuridici dall'eccessiva facilità con cui potevano indursi (e, per quanto sappiamo, effettivamente si inducevano) a promettere l'*idem* promesso da un debitore principale. Veniva loro sin troppo naturale, infatti, impegnarsi a tutela di un debitore principale, se questi sul momento non desse segni di insolvenza e magari insistentemente li pregasse (con l'eventuale aggiunta di qualche versamento in contanti di sottobanco) di pronunciare a suo favore una semplice 'paroletta' (cioè uno '*spondeo*' o un '*fidepromitto*'). Fu perciò che la prassi degli affari, accortamente guidata e consigliata dai giureconsulti, escogitò e fece affermare, sullo scorcio dell'età preclassica, il nuovo istituto della *fideiussio*.

16. Anche la *fideiussio* era una *stipulatio*, ma era una *stipulatio* molto 'sui generis', e basta a renderlo chiaro la lettura della sua formula. '*Quod Titius debet* (con relativa descrizione del debito di Tizio), *id fide tua esse iubes?*', chiedeva l'aspirante garantito: '*iubeo*' ribatteva prontamente il garante. L'obbligazione garantita ('*quod Titius debet*') poteva anche non essere stata contratta mediante *stipulatio*, ma derivare da un fatto causativo diverso, cioè da una *causa obligationum* che non fosse necessariamente l'*idem* della *stipulatio*. L'impegno del garante, scaturendo non da una semplice 'promessa' per il futuro, ma da un '*iussum*', cioè da un atto di volizione ancora più intenso, con cui il *fideiussor* faceva in qualche modo 'suo' (e del

suo patrimonio, e dei suoi successori *mortis causa*) il debito di Tizio, non si estingueva con la morte del garante, ma si trasmetteva ai suoi eredi. E finalmente, a tacer d'altro, l'intensità dell'impegno fideiusorio implicava che, se il garantito preferiva chiedere l'adempimento dell'obbligazione al *fideiussor*, piuttosto che al debitore principale, il fideiussore doveva tacere e pagare e mancava, a rigore, anche di una specifica azione di regresso verso il debitore. Come le altre due stipulazioni di garanzia, la *fideiussio* dava luogo ad un'*actio ex stipulatu* a favore del garantito e contro il *fideiussor* che fosse riluttante a mantenere l'impegno. Si trattava di un'*actio stricti iuris*, sottoposta a particolari rigori processuali. Basti pensare (con riferimento, beninteso, al processo *per formulas*) che il *iudex privatus* era bensì libero di valutare a proprio prudente criterio le prove addotte dalle parti in causa, ma mancava di ogni potere di valutazione discrezionale della questione nel suo insieme: se riteneva adeguate e sufficienti le prove addotte dall'attore a sostegno della sua domanda, egli doveva condannare il convenuto, attenendosi rigorosamente ai limiti prefissati per questa ipotesi dall'*iudicium* sortito dalla fase *in iure*, mentre in caso diverso non gli restava che assolvere.

17. I molti vantaggi comportati dalla *fideiussio* rispetto alla *sponsio* ed alla *fidepromissio* determinarono, nel corso dell'età del principato, non solo la prevalenza, ma addirittura il trionfo della *fideiussio* sugli altri due negozi. Nessuno pensò ad abolire la *sponsio* e la *fidepromissio*, ma nella vita degli affari i due contratti vennero quasi del tutto abbandonati. Peraltro anche la *fideiussio* cominciò a rivelarsi, col passare del tempo, un po' troppo scomoda per i gusti dei soggetti giuridici del mondo romano. Giusto era ritenuto che il *fideiussor* assumesse su se stesso e garantisse con tutto il suo patrimonio il rischio del mancato adempimento di un'obbligazione, ma altrettanto giusto non era che il debitore non fosse spremuto ben bene, dal creditore principale o da lui stesso, prima che egli, il fideiussore, dovesse abbandonare ogni speranza di rifarsi in tutto o in parte; né era giusto che, ove la garanzia fosse stata data da più fideiussori, il creditore principale non si scomodasse a chiedere a ciascuno la sua quota, ma si avventasse per il pagamento del totale sul fideiussore più solvibile. Già si sono accennati gli espedienti escogitati dalla giurisprudenza classica per permettere al fideiussore, dopo aver pagato il creditore principale, di agire in via di regresso contro il debitore: l'*actio negotiorum gestorum* e, se del caso, l'*actio mandati contraria*. Gli altri problemi furono superati, tra l'età classica (adrianea) e la successiva età postclassica, dal concorso tra giuristi,

in veste di consiglieri del principe, e imperatori, mediante le loro costituzioni, e si riassumono in tre così detti '*beneficia*' imperiali: il *beneficium divisionis*, il *beneficium cedendarum actionum* e il *beneficium excussionis*.

18. Il *beneficium divisionis*, introdotto da una *epistula* di Adriano sulla quale dovremo tornare, fu relativo all'ipotesi di piú fideiussori di uno stesso creditore principale. Esso comportò che, ove il creditore chiamasse in giudizio per il pagamento del tutto un solo confideiussore, questi potesse opporgli, mediante una *exceptio*, di essere tenuto a versargli solo la propria parte, piú una quota aggiuntiva per ciò che non fosse stato dato da confideiussori rivelatisi insolventi. Il *beneficium cedendarum actionum*, già sostenuto dalla giurisprudenza classica, ma regolato compiutamente solo da Giustiniano, fu relativo all'ipotesi che il *fideiussor* avesse pagato il debito di un debitore escusso senza successo dal creditore garantito. Nonostante che l'azione del creditore garantito contro il debitore fosse stata già esercitata e fosse perciò 'consumata', il *fideiussor* fu ammesso ad esercitarla nuovamente, come cessionario del creditore garantito, per vedere se gli riuscisse di ottener lui qualcosa, attraverso un nuovo processo, dal debitore. Infine, il *beneficium excussionis* (o *ordinis*), lungamente e inutilmente invocato prima, venne introdotto da Giustiniano solo dopo la chiusura della compilazione (con la NovI. 4.1). Il *fideiussor* e l'*adpromissor* furono ammessi a bloccare mediante una *exceptio* l'azione del creditore garantito, se (e fintanto che) questi non avesse esperito inutilmente l'azione esecutiva contro il debitore principale.

19. A parte i *beneficia* ora ricordati ed altri minori ritocchi, le caratteristiche della *fideiussio* furono apparentemente sempre le stesse, tanto in età classica, quanto in età postclassico-giustiniana. Ma solo apparentemente. In realtà, le sole caratteristiche che rimasero sempre tali e quali furono quella del riferimento (normale, peraltro, e non piú essenziale) della *fideiussio* ad un'obbligazione già sorta o contemporaneamente sorta (non ad un'obbligazione futura) e quella dell'accessorietà del contratto alla obbligazione principale, il cui venir meno implicava il venir meno dell'obbligazione fideiussoria. Solo apparentemente identiche a se stesse si mantennero invece, nel corso dei secoli considerati, altre tre caratteristiche: della formalità verbale, della necessaria compresenza delle parti e dell'azionabilità mediante l'*actio ex stipulatu 'stricti iuris'*. La formalità verbale e la connessa esigenza dell'incontro personale tra le parti (l'una per porre la domanda, l'altra per rispondere aderendo) non vennero mai

negate in modo esplicito, ma si ritenne sempre piú convintamente bastevole un documento probatorio scritto, nel quale si indicava il contenuto dell'accordo e si inseriva, in particolare, la cosí detta '*clausula stipulatoria*': una clausola affermante che alla domanda dello *stipulans* il *promissor* aveva risposto di sí ('*fideiussor interrogatus spondit*'). E siccome vi poteva essere sempre qualcuno che contestasse la prassi in nome di un principio giuridico mai formalmente abolito, Giustiniano, in una famosa costituzione del 532 diretta agli avvocati di Cesarea, stabilí che la clausola stipulatoria potesse essere contrastata solo dalla prova, peraltro difficilissima a darsi, che per tutto il giorno indicato come quello del contratto l'uno o l'altro contraente non si fosse mai, nemmeno per un istante, trovato nella località indicata come luogo del contratto, o comunque nella stessa località in cui si trovava la controparte (cfr. I. 3.19.12, in relaz. a C.I. 8.37.14.2). Infine, per ciò che attiene all'*actio ex stipulatu* contro il fideiussore, bisogna dire che già dalla età classica avanzata i litiganti avevano preso l'usanza di non tradurla in un processo formulare, ma piuttosto in un processo *extra ordinem*. Questa usanza divenne in età postclassica, dopo l'abolizione della procedura *per formulas*, addirittura la regola. E la ovvia conseguenza fu che, venuta meno la distinzione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*, le eccezioni erano proponibili per tutto il corso del procedimento, il funzionario-giudice aveva piú libertà di inquisire e di adeguare la propria *sententia* alle particolarità del caso e contro la *sententia* di primo grado era ammessa l'*appellatio*. Tutto, o quasi, come per le azioni che non fossero qualificate *stricti iuris*.

20. Le accennate trasformazioni dell'assetto della *fideiussio* nell'ambito del diritto postclassico-giustiniano fanno abbastanza facilmente capire perché in quell'ambito, e particolarmente nel diritto di Giustiniano, differenze apprezzabili tra *mandatum credendi* e *fideiussio* non ve ne fossero. Non tanto era cambiato il mandato di credito quanto era cambiata la fideiussione, anzi tutta quanta la categoria delle *obligationes verbis contractae*. Lo schema generale della *conventio*, come accordo tra due o piú parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale anche non obbligatorio (quello che è oggi, per l'art. 1321 del codice civile italiano, lo schema generale del 'contratto') aveva parificato al *mandatum credendi* la *fideiussio*. Ed il processo di equiparazione era stato agevolato dall'abbandono della procedura formulare e dal principio per cui una *stipulatio* fideiussoria attestata documentalmente come avvenuta fosse da ritenere, pur se con *praesumptio iuris tantum*, realmente

avvenuta (*'in stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum'*: I. 3.20.8).

21. Tuttavia le differenze, e notevoli, vi erano state. Se anche non ce lo dicesse il manuale di Gaio e se anche non ce lo indiziasse-ro molteplici frammenti classici accolti nella compilazione giustiniana, è l'intitolazione stessa dei luoghi dei *Digesta* e del *Codex* che ci induce a ritenerlo. Già si è detto che la 'sedes materiae' del *mandatum pecuniae credendae* nella compilazione di Giustiniano è quella del *mandatum*, ma non si può non rimarcare che la 'sedes materiae' della *fideiussio* è intitolata '*de fideiussoribus*' solo nelle *Institutiones* (3.20). Nei *Digesta* (tit. 46.1) e nel *Codex* (tit. 8.40) l'intestazione è '*de fideiussoribus et mandatoribus*': segno evidente che la prassi pre-giustiniana (sia extragiudiziale sia giudiziale) si rifaceva largamente non solo alla *fideiussio*, ma anche, a titolo alternativo, al *mandatum credendi*. Né son rari (ce ne accorgeremo) i casi in cui nei *Digesta* si denomina il garante di un'obbligazione '*mandator*'. In attesa del discorso più lungo ed approfondito da dedicare all'assetto adrianeo dell'istituto, sarà opportuno dedicare fin da ora qualche cenno a quell'assetto: allo scopo di mettere in evidenza che in età classica avanzata il *mandatum pecuniae credendae* costituiva un'alternativa molto importante nei confronti della *fideiussio* e degli altri negozi verbali di garanzia.

22. Nel *mandatum pecuniae credendae* del diritto romano adrianeo l'obbligazione di garanzia del *mandator* derivava dal fatto che egli (chiamiamolo Tizio) desse incarico al mandatario (diciamo a Caio) di aprire un credito (eventualmente sino ad un 'tetto' massimo) a Sempronio (è d'uso che così si denomini, negli esempi, il 'terzo uomo') e che il *mandatarius* Caio accettasse l'incarico, dal quale era posto in condizione di sentirsi coperto alle spalle. La forma del contratto era libera, occorrendo solo che si raggiungesse inequivocamente l'intesa tra i due contraenti. Né i contraenti, cioè Tizio e Caio, erano tenuti ad incontrarsi di persona, potendo la contrattazione avvenire *inter absentes*, cioè a distanza, magari attraverso uno scambio di lettere o con l'intervento di un messaggero (*nuncius*) chiamato Mevio oppure, se schiavo di Tizio o di Caio, chiamato Stico. Se poi il debitore non pagava il suo debito, il creditore, ricordandosi di aver avuto un *mandatum credendi*, poteva esercitare contro il *mandator* garante l'*actio mandati contraria*. Dato che l'*actio mandati* era un *iudicium bonae fidei*, il pretore si sarebbe astenuto dal formulare per il giudicante una troppo rigida e dettagliata 'regola di

giudizio' (così detto '*iudicium*'), ma avrebbe rimesso al giudicante ampi poteri discrezionali sul modo di giungere ad una decisione il più possibile giusta e commisurata al caso. La questione si sarebbe dunque dibattuta liberamente tra le parti davanti all'*iudex privatus*. Il giudice avrebbe sentenziato che il mandatario garantito (Caio) avesse effettivamente diritto al rimborso, ed avrebbe perciò condannato il mandante-convenuto Tizio, solo se ed in quanto gli risultasse che Caio avesse avuto cura di fare, sia pure inutilmente, tutto il possibile, sul piano sostanziale e su quello processuale, per ottenere da Sempronio l'adempimento.

23. Questi i vantaggi. Quanto agli svantaggi, quel che indeboliva il mandato di credito, messo a confronto con la fideiussione, era (sempre con riferimento all'assetto adrianeo) di non essere un contratto accessorio del rapporto di credito garantito, anzi di essere un contratto, in certo senso, 'preliminare' rispetto al contratto di mutuo (o, più in generale, rispetto all'atto causativo di un credito) interveniente tra mandatario garantito (Caio) e terzo debitore (Sempronio). Per conseguenza, non solo era inconcepibile il mandato di garanzia relativo ad un credito già sorto, ma era inammissibile che il garantito, cioè il mandatario Caio, citasse *in ius* il garante, cioè il *mandator pecuniae credendae* Tizio, se prima non avesse sparato tutte le sue cartucce contro il debitore Sempronio. Inoltre al mandante di credito non furono mai espressamente riconosciuti i *beneficia* che sappiamo essere stati più o meno largamente concessi sin dall'età classica al *fideiussor*: il *beneficium divisionis* e il *beneficium cedendarum actionum*.

24. Il risultato di tutte queste tendenze fu, in periodo postclassico, che si pervenne, anche per effetto delle trasformazioni generali già indicate, ad una '*exaequatio*' sostanziale quasi completa tra *mandatum credendi* e *fideiussio*. Siccome la nostra indagine è centrata sul *mandatum pecuniae credendae*, solo dall'angolo visuale di quest'ultimo, cercheremo di stabilire sino a che punto, e possibilmente in quali tempi, esso si è man mano accostato alla *fideiussio*. Ma prima di farlo in dettaglio, quando ci fermeremo sull'assetto adrianeo dell'istituto e sulle modifiche postclassiche appottate ai testi della giurisprudenza classica ad esso relativi, è opportuno, per concludere questo 'excursus' sull'assetto giustiniano, che si esaminino in via preventiva gli indizi che, almeno a mio avviso, militano a favore, non di una evoluzione integralmente postclassica, bensì di un chiaro inizio, già nell'età classica, o meglio tardo-classica, del processo di accostamento tra mandato di garanzia e fideiussione. La cesura

che solitamente si opera tra 'classico' e 'postclassico-giustiniano' è, infatti, opportunissima ai fini di un quadro generale della storia del diritto romano. Ma solo un ingenuo può credere che dal diritto classico al diritto postclassico i Romani siano passati quasi varcando la soglia di divisione tra due stanze, e non attraverso processi ben più lunghi e laboriosi.

25. La tesi della verosimiglianza di un inizio tardo-classico del processo di avvicinamento del mandato di credito alla *fideiussio* si basa, senza con ciò voler pregiudicare l'esame esegetico che faremo a suo tempo, su una riflessione che già abbiamo in parte anticipato, ma che troppo spesso si ha il torto di trascurare. In età classica avanzata, cioè in quella che abbiamo detto poter essere chiamata la 'fase adrianea' del periodo classico del diritto romano, gli istituti sorti nell'ambito dei modi di produzione giuridica tipici della *libera respublica*, subirono tutti, in linea generale, un livellamento progressivo nell'unico sistema detto del *ius vetus*, dunque del diritto 'vetusto': non solo per il fatto di essere contrapposti alle innovazioni ed ai ritocchi del così detto *ius novum*, essenzialmente imperniato sulle costituzioni imperiali, ma anche e sopra tutto per il fatto di realizzarsi processualmente attraverso il *ius novum* e le sue procedure *extra ordinem*. Non che il processo antico (quello *per formulas*, dell'*ordo iudiciorum privatorum*) fosse stato abolito. Esso era sempre a disposizione delle parti, ma le parti erano sempre più d'accordo (e non è detto che a questo accordo si adattassero sempre volentieri) nel preferire il ricorso alla giustizia *extra ordinem* facente capo al principe, ai suoi funzionari, o a magistrati repubblicani da lui eccezionalmente incaricati di risolvere certi particolari tipi di questioni. Il nuovo tipo di giustizia spesso funzionava meglio dell'altra, ma in ogni caso era, per ovvie ragioni, dell'altra molto più autorevole, e quindi anche più efficace. Potendo usare sia il vecchio che il nuovo sistema, il soggetto giuridico comprensibilmente faceva uso del sistema nuovo. Quanto alla giurisprudenza dei tempi, il suo sforzo, altamente apprezzabile, era di tenere in vita sul piano concettuale le vecchie istituzioni e di riferirle imperturbabilmente alle vecchie (e praticamente neglette) procedure loro proprie, cioè alle procedure tuttora formalmente valide dell'*ordo iudiciorum privatorum*: con il che già i suoi rappresentanti compivano un'opera meritoria di perenne richiamo dei *principes* al rispetto del vecchio diritto.

26. Le possibilità, e aggiungiamo le intenzioni, della giurisprudenza classica non arrivavano però sino al punto di osteggiare il *novum ius* e le sue procedure, sconsigliando eventualmente alle parti

il ricorso a queste ultime. Sarebbe stato assurdo. Non solo i giuristi classici se ne astennero, ma quelli operanti specificamente nell'età severiana (principalmente Papiniano, Paolo e Ulpiano) addirittura dedicarono degli scritti appositi alla illustrazione degli istituti e dei procedimenti *extra ordinem*. Per ciò che particolarmente attiene ai rapporti tra mandato di garanzia e *fideiussio* fu inevitabile, oltre che fondamentalmente gradito al pubblico, che il loro sempre più frequente apparire (e mettersi indirettamente a confronto) davanti ai funzionari-giudici del processo *extra ordinem*, cioè di un processo largamente alieno dai formalismi, comportasse una specie di osmosi, entro i limiti del ragionevole, delle loro caratteristiche. Fu inevitabile, in linea specifica, che per ovviare a quelle che parevano le manchevolezze dell'uno si ricorresse, in linea di analogia, a quelli che parevano i pregi dell'altro istituto. Certo, in un ambiente in cui il *ius vetus* conservava ancora molta vitalità e tutta la sua funzionalità processuale, non si sarà osato pensare, mettiamo, a scolorire il formalismo verbale della *fideiussio* e a svalutare il carattere *stricti iuris* dell'*actio* da essa scaturente, così come non si sarà osato pensare, per converso, a considerare il mandato di credito come un accessorio del rapporto obbligatorio principale. Ma non può e non deve scandalizzare la possibilità che altri, meno vistosi, accostamenti vi siano stati, magari non sul piano delle affermazioni generali, ma piuttosto su quello del 'caso per caso'. Stupirebbe forse l'accertamento del contrario.

27. Beninteso, la possibilità ora lumeggiata non deve affatto indurci a presumere che già in età classica avanzata l'avvicinamento tra *mandatum pecuniae credendae* e *fideiussio* si sia realizzato al di là di qualche incerto stadio iniziale, né deve affatto distoglierci dal sottoporre i testi della compilazione giustiniana ad accurata esegesi critica per accertare se hanno subito alterazioni postclassiche di carattere sostanziale e innovativo. Checché ne dicano certi studiosi troppo radicalmente insofferenti della ricerca interpolazionistica svoltasi tra la fine del secolo XIX e il primo cinquantennio del secolo XX (ricerca che è caduta indubbiamente in non pochi deplorabili eccessi), la presunzione su cui bisogna fondare l'analisi dei testi di fonte classica raccolti nella compilazione giustiniana ed in qualche minore silloge postclassica è la presunzione che essi, se ed in quanto presentino segni rilevanti di impurità formale, o di intime contraddizioni, o di contrasto con altri e più sicuri dati relativi al diritto romano classico, e così via dicendo, siano stati alterati, a fini vari e sopra tutto a fini di aggiornamento, da mani

postclassiche, a culminare con Giustiniano. Si tratta però solo di presunzione, che non esclude affatto la ragionata difesa della possibilità, talvolta della probabilità e persino della estrema probabilità, se non proprio della certezza, del contrario. Se guardiamo, in quest'ordine di idee, alle fonti giustiniane, non solo vi troveremo interventi espressamente firmati da Giustiniano, vale a dire qualificati dalle costituzioni che di lui portano il nome, ma vi incontreremo altresì alcuni testi di apparente derivazione classica, sui quali i sospetti dell'alterazione, sopra tutto dell'alterazione postclassica, ma pregiustiniana, non possono non addensarsi. E valgano per tutti due esempi.

28. In primo luogo va segnalato CI. 4.18.3 (a. 531), dove Giustiniano si richiama ad una costituzione di cui già abbiamo parlato, quell'*epistula Hadriani* che introdusse il così detto *beneficium divisionis* tra più fideiussori: egli dispone che lo stesso regime si applichi anche al patto di *constitutum debiti alieni*, cui anche si era soliti ricorrere sin dall'età classica a fini di garanzia personale delle obbligazioni. La motivazione del provvedimento contiene però una sorpresa. L'imperatore, dopo aver proclamato che l'equità esige che il beneficio sia uguale per tutti gli istituti di garanzia (affermazione giustissima), continua dicendo della *epistula Hadriani* che essa '*de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur*'. Egli, dunque, attribuisce ad Adriano la concessione del beneficio non solo ai *plures fideiussores*, ma anche ai *plures mandatores (pecuniae credendae)*, mentre noi sappiamo da Gaio (3.121) che Adriano si occupò solo dei fideiussori ('*nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere...; sed ex fideiussoribus, etsi unus tantum solvendo sit, ad hunc onus ceterorum quoque pertinet*'). Chi si è sbagliato: Giustiniano o Gaio? La lettura di un responso di Papiniano, autore fiorito successivamente a Gaio, inviterebbe, a tutta prima, a ritenere che l'errore sia stato di Giustiniano. Ma occorre esaminare più da vicino il frammento papiniano. La fattispecie cui si riferisce Papiniano (3 *resp. D. 27.7.7*) consta di tre 'tempi' successivi. Primo: un *tutor* (Caio) aveva prestato al pupillo (Sempronio), prima di assumere la tutela, la *cautio rem pupilli salvam fore* (cioè la *promissio*, provocata da una domanda del pupillo in veste di *stipulans*, di fare correttamente tutto ciò che competesse al suo ufficio) e a garanzia del pupillo erano intervenuti a confermare la *cautio* del *tutor* più fideiussori, nelle persone (diciamo) di Tizio primo, Tizio secondo e Tizio terzo. Secondo: finita la tutela e diventato il pupillo Sempronio *adulescens*, cioè di età pu-

bere, era risultato che il tutore Caio aveva provocato delle perdite al patrimonio pupillare, sí che l'ex-pupillo aveva la scelta, a tutela dei propri diritti, tra l'esercizio dell'*actio ex stipulatu* nei confronti del tutore Caio e l'esercizio della stessa nei confronti dei fideiussori Tizio primo, secondo e terzo. Terzo: a questo punto i confideiussori (i tre Tizii del nostro esempio) avevano chiesto all'ex-pupillo il favore di citare *in ius* anzitutto il tutore (*tutorem adulescens ut ante conveniret petterant*) e gli avevano promesso in cambio, mediante una nuova *stipulatio*, che gli avrebbero restituito tutte le spettanze che egli non fosse riuscito ad ottenere dal tutore Caio. Ciò posto, ecco la domanda: l'azione *ex stipulatu* per il residuo (azione non derivante direttamente dalla fideiussione) poteva essere esercitata dal pupillo contro uno qualunque dei *promissores*, o doveva essere divisa tra coloro che fossero solvibili? La risposta di Papiniano figura riassunta con queste parole: '*placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur*' (si ritiene che l'azione per il residuo fosse da dividere tra i soli *promissores* solvibili, perché dagli stessi era stata rilevata la situazione passiva dei fideiussori), ed è una risposta da cui risulta con sufficiente chiarezza che Papiniano, pur non citando espressamente l'*epistula Hadriani* sui fideiussori, l'aveva tuttavia ben presente. Senonché il frammento non termina qui. Esso contiene un ultimo periodo dedicato a dare una giustificazione (lo si deduce dal '*nam*' iniziale) della tesi secondo cui il principio cui si rifà l'*epistula Hadriani* è applicabile per analogia anche ad una ipotesi contigua a quella dei *plures fideiussores*: '*nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequè dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?*'. Il discorso è alquanto contorto, anzi nella seconda parte (da *si enim* in poi) pressoché incomprensibile, ed ha dato luogo a molteplici congetture di guasti subiti dal dettato originario. Il senso generale, comunque, sembra questo: la *divisio* del debito tra i promissori (solvibili), pur non trattandosi di confideiussori, va ammessa perché anche nel caso di un *mandatum pecuniae credendae* conferito da piú *mandatores* l'azione si divide e perché, dunque, non si vede, a lume di equità, quale sia il motivo per non applicare il regime della *divisio* ad ogni ipotesi in cui si sia tenuti in piú persone a pagare per altri (*quodam modo pro alio solvitur*, secondo la convincente correzione proposta dal Mommsen). In altri termini, Papiniano sembra farsi forte del fatto che il *beneficium divisionis* si applica anche ai *plures mandatores*, oltre che ai *plures fideiussores*, e sembra dedurne, sia pure in forma di dubbio, l'applicabilità genera-

le della *divisio* alle obbligazioni comunque assunte da piú persone a copertura di un debito altrui.

29. Stabilita questa interpretazione del passo papiniano, si potrebbe essere fortemente tentati di chiudere la discussione, affermando che la testimonianza di Gaio, quando parla dei soli confideiussori, è falsa, perché Papiniano dimostra che l'*epistula Hadriani* riguardava anche i *plures mandatores*: ciò darebbe pienamente ragione a Giustiniano. Oppure si potrebbe sostenere che Gaio non aveva motivo, in 3.121, di riferire tutta quanta l'*epistula Hadriani*, visto che in quel punto delle sue *institutiones* egli si occupava solo della *fideiussio*, non anche del *mandatum credendi*: ciò salverebbe il buon nome di Gaio. In ogni caso, Papiniano dimostrerebbe, integrando la notizia di Gaio, che Adriano realmente introdusse il *beneficium divisionis* sia in ordine all'ipotesi dei *plures fideiussores*, sia in ordine all'ipotesi dei *plures mandatores*, sicché Giustiniano, che a tutta prima (secondo le precise parole da me usate) pareva essersi sbagliato, in realtà non si sarebbe sbagliato affatto. Eppure, queste conclusioni ancora non convincono. In primo luogo, è discutibile che l'*epistula Hadriani* si sia occupata tanto dei *plures fideiussores*, quanto dei *plures mandatores*, dal momento che le *epistulae principum*, nella gamma delle costituzioni imperiali, appartenevano alla tipologia che si disse delle '*leges speciales*', cioè delle costituzioni dirette a risolvere (in modo autorevole ed esemplare, certo) casi pratici singoli, piuttosto che volte a stabilire principii generali: dunque, o un caso di *plures fideiussores*, oppure un caso di *plures mandatores*, non tutte e due le serie di casi. In secondo luogo, il riferimento dell'*epistula* di Adriano alla sola ipotesi dei confideiussori è reso probabile dal fatto che Gaio, nel paragrafo 3.121, pone l'*epistula Hadriani* a confronto con la *lex Furia de sponsu*, mettendo in evidenza le diversità di regime che essa, rispetto a quella *lex*, comporta per i *plures fideiussores*. In terzo luogo, il frammento di Papiniano, posto che si riferisca all'*epistula Hadriani*, ha tutta l'aria di riferirsi solo per il caso dei *plures fideiussores*, mentre il caso dei *plures mandatores* dà l'impressione nettissima di essere addotto in aggiunta ad un argomento che si deduce dall'epistola di Adriano e di essere pertanto estraneo alle previsioni esplicite di quell'epistola. Diremo allora che l'*epistula Hadriani*, originariamente relativa alla sola ipotesi dei confideiussori, è stata estesa dall'*interpretatio prudentium*, nel periodo intercorrente tra Caio e Papiniano, anche all'ipotesi dei *plures mandatores*? A nostro avviso, la verosimiglianza è a favore dell'ipotesi (piú semplice) che Giustiniano, redigendo la

costituzione del 531, avesse davanti a sé il frammento di Papiniano già alterato in epoca precedente e che, influenzato dalla lettura di quel frammento, egli già nel testo del 531 abbia riferito l'*epistula Hadriani* tanto ai *plures fideiussores*, quanto ai *plures mandatores*. A parte ciò, tutto è ammissibile: sia che l'estensione sia stata escogitata in età postclassico-pregiustiniana, sia che essa sia stata riconosciuta già in età tardo-classica e sia stata solo registrata come avvenuta, nel suo stile confusionario ed oscuro, dall'annotatore postclassico dei *libri responsorum* di Papiniano.

30. Il secondo esempio di sicuro, o quasi sicuro, intervento postclassico nel processo di equiparazione tra *fideiussio* e *mandatum pecuniae credendae* è offerto da un frammento di Salvio Giuliano, nell'opera *ad Ursetum Ferozem*, che si incontra nel tit. 17.1 (il titolo dedicato al *mandatum*, ricordiamolo) dei *Digesta*. Il caso è esposto da Giuliano (*3 ad Urs. Ferozem*, D. 17.1.32) in prima persona, che è un modo non infrequente dei giuristi romani di trattare, 'docendi causa', una *quaestio* teorica. Il protagonista andrebbe pertanto qui designato come *Ego*, ma si vedrà subito perché, rifuggendo oltre tutto da linguaggi di sapore freudiano, preferirò denominarlo Caio. Caio è stato, dunque, istituito erede da un terzo ed è in dubbio se accettare o non accettare l'eredità. Solo se fosse stato istituito dal proprio *pater familias*, egli sarebbe stato *heres necessarius*, costretto a tenersi l'eredità: il fatto che egli evidentemente non è un *heres necessarius*, ma è un *heres extraneus* (non sottoposto al testatore da vincoli di *patria potestas*), lo mette in condizione di decidere se effettuare o non effettuare l'accettazione (*aditio*). Le ragioni del dubbio sono facilmente intuibili: l'*hereditas* potrebbe rivelarsi, alla stretta dei conti, passiva (*damnosa*, come usava dirsi in termini tecnici) e in tal caso Caio ci verrebbe a perdere, o addirittura rischierebbe di essere sottoposto ad una *bonorum venditio*, con *infamia* conseguente, provocata a suo danno dai creditori del *de cuius*. Intanto i creditori del testatore (cui daremo il nome di Tizio primo, Tizio secondo e Tizio terzo) fanno pressione su Caio affinché accetti e passi a pagarli *iure hereditatis* in luogo dello scomparso (oppure fanno pressione su lui per analoghi motivi i *legatarii*). Finalmente Caio scioglie la riserva, dicendo agli interessati che farà l'*aditio* subordinatamente ad una *cautio* mediante la quale gli si prometta di rilevarlo da ogni perdita se l'*hereditas* risulterà passiva. Gli interessati accettano, ma invece di garantire Caio con una *cautio* (che è sinonimo di *stipulatio*), lo coprono mediante un mandato di adire l'eredità (*mandatum adeundae hereditatis*). Quesito: se incontrerà delle perdite, potrà

Caio esercitare l'*actio mandati (contraria)* per farsi rimborsare dai suoi mandanti?

31. Leggiamo ciò che risponde Giuliano. Egli risponde che non vi è dubbio che Caio possa contare sull'*actio mandati*, perché è nelle normali previsioni di un *mandatum adeundae hereditatis* che l'*hereditas* possa essere *damnosa*. Quando si dà incarico a taluno di accettare una certa eredità, implicitamente ci si addossa il rischio che l'eredità si riveli passiva. E qui il giurista, per mettere in maggiore evidenza la sua tesi, indica un'ipotesi che porterebbe invece alla conclusione opposta: l'ipotesi di un *mandatum* rilasciato ad un legatario affinché non rifiuti un certo legato (*'ne legatum a se repellat'*). Se dal legato derivano delle perdite patrimoniali al legatario (per esempio, a causa della costosa manutenzione della *res legata*), questi non potrà prendersela con i suoi mandanti perché il legato è, per definizione, un acquisto, un incremento per il suo patrimonio (*'legatum acquisitum numquam illi damno esse potuit'*). Dopo di che il frammento formula una regola generale: *'et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, (utrum) praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens vel praesens mandet'*. È un latinaccio difficile da tradurre alla lettera, ma abbastanza facile da intendersi alla buona. Il senso approssimativamente è questo: che, in definitiva (*in summa*), tutte le volte in cui si configura la possibilità di un valido contratto di *fideiussio*, deve ritenersi configurabile anche un altrettanto valido contratto di mandato (un contratto che dà luogo, cioè, ad una valida *obligatio mandati*), né fa molta differenza se uno presta *fideiussio* rispondendo ad una interrogazione fatta a lui presente o se uno dà mandato da assente o da presente. Tutto sommato, è esatto. Ma è stato proprio Giuliano a gettar giù questo periodo? Accodandomi ad una lunga processione di precedenti studiosi, io, francamente, lo escluderei. Non mi scandalizza il fatto che la frase esca dal seminato dell'ipotesi della *cautio* e del *mandatum adeundae hereditatis*: visto che qui si trattava di una *quaestio*, è ben possibile che Giuliano abbia tratto spunto dal 'casus' per impostare analogicamente un discorso relativo ai rapporti tra *fideiussio* e *mandatum pecuniae credendae*. Tuttavia Giuliano aveva tutto il tempo e la capacità di scrivere in un latino decoroso e in una maniera meno aggrovigliata. Chiaro, dunque, che il 'puto' (con tutto ciò che ne dipende) non è suo, ma di un tardo annotatore della sua *quaestio* o, sia pure, di un tardo epitomatore di qualche suo più lungo e articolato discorso. Sia che si accolga la prima, sia che si ac-

colga la seconda conclusione esegetica, l'intervento dei compilatori giustiniani è poco probabile. Essi non avrebbero usato il 'puto' in prima persona singolare, né avrebbero perso tempo nel cincischiare malamente il testo. Ancora una volta si delinea come probabile un interessamento al *mandatum credendi* che ha radici ed adherenze postclassiche, ma pregiustiniane.

3. L'ASSETTO ADRIANE0

32. I due frammenti dei *Digesta*, l'uno di Papiniano e l'altro di Giuliano, che abbiamo poc'anzi esaminato mettono, dunque, in chiara evidenza che la sostanziale commistione del regime del *mandatum pecuniae credendae* con quello della *fideiussio* non fu operata da Giustiniano soltanto, ma ebbe i suoi inizi ben prima della compilazione giustiniana e si attuò progressivamente lungo tutto l'arco dell'età postclassica. Anzi non è da escludere, come pure abbiamo visto, che gli spunti più lontani del processo di accostamento si siano avuti già nell'ambiente dell'avanzato diritto romano classico. Più in là, peraltro, non si può andare. Nonostante che le fonti relative al mandato di credito ci siano pervenute, la massima parte, attraverso la compilazione giustiniana, esse rappresentano, malgrado i guasti che hanno sofferto in età successiva, un quadro del diritto classico in cui il mandato di credito è nettamente distinto dalla fideiussione e da ogni altra stipulazione di garanzia. Anzi, se teniamo presente che tutte le fonti classiche sono di epoca adrianea, rimontano cioè al secondo ed ai primi decenni del terzo secolo, possiamo dire qualcosa di più: che l'assetto adrianeo del *mandatum pecuniae credendae* era quello di un negozio di garanzia, ma di un negozio di garanzia del tutto diverso dagli altri tipi di malleveria. Diverso in questo senso: che l'istituto non aveva ancora assunto la caratteristica di un contratto misto, di un 'mandato di garanzia', ma era un contratto autonomo, un contratto di *mandatum* come tutti gli altri, normalmente 'collegato' peraltro con uno o più contratti finalizzati ad operazioni di mutuo con o senza interessi. Tenendo presente che nulla vietava il collegamento con mutui non aventi ad oggetto *pecunia*, ma aventi ad oggetto altre cose fungibili (*res quae pondere numero mensura constant*), la denominazione che meglio si attaglia ad esso è quella di '*mandatum credendi*'. Il quadro generale dell'assetto adrianeo del *mandatum credendi* si riversa in cinque 'punti' che è opportuno indicare.

33. Punto primo: Il *mandatum credendi* è, per l'appunto, un *mandatum*, con tutte le caratteristiche di questo contratto consensuale, così detto '*iuris gentium*': libertà della forma di contrattazione; possibilità di contrattare a distanza (*inter absentes*); essenziale gratuità della prestazione del mandatario, al quale cioè non spetta un compenso; sfocio processuale in un *iudicium bonae fidei* (fondamentalmente rimesso, con larga elasticità di valutazioni, all'*iudex privatus*); spettanza di un'*actio mandati (directa)* al mandante; spettanza di un'*actio mandati contraria* al mandatario. Si applicano, dunque, all'istituto anzi e sopra tutto le regole relative al mandato, ai suoi caratteristici limiti di realizzabilità (per esempio, nullità del *mandatum post mortem*, revocabilità dell'incarico da parte del *mandator*, rinunciabilità dell'incarico da parte del *mandatarius*), a certi suoi regimi caratteristici (per esempio, in tema di eccesso del mandatario dai limiti del mandato), alla peculiare misura della responsabilità del mandatario per l'inadempimento.

34. Punto secondo: Oggetto del *mandatum credendi* è la apertura di un determinato credito, con o senza interessi, che il mandatario si impegna verso il mandante di fare ad un terzo ben determinato. Siccome il *mandator* non rifiuta il rischio (*periculum*) dell'operazione, il quale fa naturalmente parte delle richieste che il *mandatarius* potrà al caso rivolgergli con l'*actio mandati contraria*, basta ciò a qualificare il mandatario come un soggetto che opera in nome proprio, ma per conto del *mandator*. Giuridicamente irrilevante, anche se praticamente molto interessante, è stabilire a chi giova o a chi interessa tutta la fattispecie. Una cosa sola è evidente, e cioè che la fattispecie non è pensabile come predisposta, almeno sul piano formale, nell'esclusivo interesse del mandatario.

35. Punto terzo: Funzione tipica del *mandatum credendi* è quella di garantire con l'intero patrimonio del *mandator* il *mandatarius* di fronte all'eventualità che il suo debitore principale non paghi, o non sia ritenuto in grado di adempiere, in tutto o in parte, la sua obbligazione. Dato che il mandatario si è impegnato a '*credere*' (ad una certa persona, entro un certo limite di valore, generalmente sino ad un certo termine esplicito o implicito) e non si è impegnato ad ottenere l'adempimento dal debitore principale, o comunque a fare il possibile per farsi pagare da lui, egli ha la scelta tra l'agire giudiziariamente prima contro il debitore e poi, in caso di mancato o inesatto pagamento, contro il *mandator*, ed il rivolgersi per il pagamento, sia in sede giudiziale e sia in sede extragiudiziale, direttamente al *mandator*, purché gli ceda, a sua richiesta, le azioni contro

il debitore principale. Del resto, lo stesso *mandator* può, se crede, pagare di sua iniziativa per il debitore e agire poi contro il mandatario con l'*actio mandati (directa)* per ottenere la cessione delle azioni. In ciò, almeno inizialmente, un'altra forte differenza tra *mandator credendi* e *fideiussor*: il quale ultimo può ottenere la *cessio actionum* dal suo garantito (sempre che questi non sia disposto ad effettuarla volontariamente) solo chiedendola formalmente, una volta che sia convenuto con l'*actio ex stipulatu*, nella fase *in iure* del processo.

36. Punto quarto: Se vi sono *plures mandatores pecuniae credendae* a favore di un unico mandatario e per lo stesso credito, bisogna distinguere tra l'ipotesi di garanzia data con una pluralità di mandati e l'ipotesi di una garanzia data con un mandato unico. Nella prima ipotesi è evidente che il garantito può rifarsi di tutta la perdita, a sua scelta, su uno qualunque dei suoi *mandatores*. Nella seconda ipotesi, analoga a quella dei *plures fideiussores* (i quali sono tenuti insieme dalla partecipazione ad un unico atto o dal riferimento con più *fideiussiones* ad un *idem debitum*), non è riconosciuto il *beneficium divisionis*, sí che il mandante, proprio come nella prima ipotesi, può citare per il *solidum* il *mandator* che preferisca.

37. Punto quinto: Tra mandato di credito e credito garantito esiste un collegamento, non un rapporto di accessorietà come nella *fideiussio* (itp. è D. 46.1.71 pr.). Dunque: se il mandatario agisce contro il debitore principale, la *litis contestatio* con costui non fa perimere l'azione contro il mandante, e se il mandatario agisce contro il mandante, resta esperibile l'azione contro il debitore principale (cfr. Paul. 2.17.15-16). Ancora: contro il mandatario il mandante può far valere solo le eccezioni connesse col suo rapporto obbligatorio, non anche quelle spettanti al debitore (cfr. Paul. 4 *quaest.*, D. 17.1.58). Infine: l'obbligazione del mandante è valida anche se sia invalida quella del debitore principale, purché ciò non avvenga '*contra bonam fidem*' (cfr. Ulp. 31 *ed.*, D. 17.1.12.13; Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4.4.13 pr.).

38. Un dubbio preliminare che il quadro precedente sollecita è questo. Nell'ipotesi di un Tizio che, senza ricorrere e poter ricorrere ad una formulazione determinata e come tale significativa, incarica, esorta, sprona un Caio affinché compia un negozio od una serie di negozi, che sono predisposti nell'interesse esclusivo di Caio e che nessun vantaggio arrecheranno in nessun caso a Tizio, si può parlare davvero di mandato, generatore di *actio mandati*, o si deve parlare solo di generico consiglio, cioè di una fattispecie improduttiva di effetti giuridici? Non si risponda che, se Caio ha accettato (e

subordinatamente eseguito) l'esortazione di Tizio, si è realizzato il '*consensus in idem placitum*', e che conseguentemente il contratto di mandato, con la scorta delle sue azioni, è sorto. È facile replicare che la società in cui viviamo noi oggi, e così pure la società in cui vivevano gli antichi Romani, è piena di persone che dispensano liberalmente consigli (talvolta anche buoni, addirittura ottimi) ed è piena altresì di persone che quei consigli fiduciosamente li seguono (talvolta con esiti buoni e talvolta con esiti cattivi). Se tutti coloro che, avendo aderito ad un consiglio ricevuto ed avendo riscosso risultati svantaggiosi dall'atto compiuto, potessero chiamare in giudizio i loro persuasori per chiedere il rimborso dei danni patrimoniali sofferti, le aule di giustizia non avrebbero più capienza per ospitare i processi relativi; oppure (cosa peraltro assai meno probabile) la categoria di coloro che danno consigli come fossero cioccolatini (a volte anche utili, spesso addirittura richiesti) si assottiglierebbe sino a sparire. D'altra parte, non basta a realizzare il '*consensus in idem placitum*' il fatto che Caio faccia proprio ciò che Tizio gli ha detto di fare nel suo interesse (nell'interesse di Caio). Affinché la risoluzione di Caio, sia pure determinata dal consiglio di Tizio, non sia una risoluzione unilaterale, ma l'espressione di una volizione bilaterale (di Tizio e di Caio), cioè di un contratto, occorre che Caio si impegni verso Tizio a compiere l'azione che Tizio gli ha proposto e occorre che Tizio accetti questo impegno di Caio. Il che significa che Tizio, per essere veramente mandante e non semplice e distaccato consigliere di Caio, deve poter anche pretendere, se del caso, che Caio compia l'attività, sia pure nel proprio interesse, che si è obbligato verso di lui a compiere.

39. Ecco il motivo per cui deve ritenersi che un mandato contratto nell'esclusivo interesse del mandatario sia una contraddizione in termini. Il contratto (o, in termini più generali, la *conventio*) è infatti, per definizione, la risultante dei divergenti interessi di due o più soggetti, i quali appunto perciò vengono tecnicamente designati come 'parti'. Le considerazioni che precedono sarebbero ai limiti dell'ovvio, se il *mandatum* fosse stato, in età adrianea, un contratto sempre e in ogni caso riconoscibile come tale. Sarebbe stato facilissimo, in una situazione come questa, individuare le ipotesi di mandato apparente (apparente perché contratto nell'esclusivo interesse del mandatario) e dichiararle giuridicamente invalide. Siccome il *mandatum* romano era invece, come sappiamo, un contratto a forma estremamente libera, che a volte era implicato persino da significativi silenzi di una delle parti, non può stupire che sorgessero

in pratica, molto spesso, i dubbi circa la validità di un *mandatum* avente per sua funzione (tecnicamente si direbbe oggi avente per sua 'causa') il compimento di un'attività di interesse del mandatario, quale poteva essere, ed era spesso, la concessione di un credito ad un terzo. Dato che il *mandatum* era per definizione gratuito, ed escludeva quindi 'a priori' ogni possibilità di vantaggio economico per il mandante, c'era o non c'era, in queste ipotesi, l'interesse del mandante al suo espletamento? Più precisamente: da che cosa si poteva e doveva concretamente desumere l'esistenza e la dimensione di questo interesse?

40. Secondo una fortunata formulazione di Masurio Sabino riferita in un passo di Gaio (3.156), il *mandatum pecuniae credendae*, e più precisamente il *mandatum pecuniae fenerandae* (cioè il mandato a far credito 'sub usuris', percependo il mandatario gli interessi) era valido, quindi obbligatorio, purché fosse ben determinata la persona del mutuatario e fosse obiettivamente presumibile che il mandatario non avrebbe fatto credito a quest'ultimo se non ne avesse avuto il mandato, se non risultasse incontestabilmente l'intervenuto consenso tra le parti: '*quia non aliter... credidisses, quam si tibi mandatum esset*'. Da altri testi, e in particolare da Gai 2 *rer. cott.* D. 17.1.2, e da I. 3.26, apprendiamo che valido era, alle stesse condizioni, anche il mandato a far credito senza interessi ('*si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum*'). La rilevanza determinante del *mandatum credendi* ai fini dell'apertura di un credito era il modo più ovvio per stabilire se non ci si trovasse di fronte ad un *consilium*, improduttivo di obblighi per chi lo desse. Ed è significativo, a questo proposito, non solo per il suo contenuto, ma anche e soprattutto per il suo tono, un parere espresso in materia affine a quella del mandato di credito dal giurista Pomponio, secondo quanto riferisce (approvandolo) Ulpiano.

41. Ulpiano (30 *ad ed.*, D. 16.3.1.14) riporta, più precisamente, una *quaestio* teorica discussa da Pomponio: questa. Caio voleva depositare una cosa presso Tizio e Tizio gli ha risposto invitandolo (*iusseris*) a depositare la cosa presso il suo liberto Sempronio, il quale poi non ha restituito a Caio la cosa depositata. Il quesito è se Caio possa citare Tizio, anziché il suo liberto, con l'*actio depositi*. Risposta di Pomponio: se Caio ha effettuato il deposito presso Sempronio sulla base di una chiara assunzione di responsabilità da parte di Tizio (*tuo nomine*), quasi che la custodia della cosa fosse stata assunta dallo stesso Tizio, l'*actio depositi* spetta a Caio proprio nei confronti di Tizio; se invece Tizio si limitò a convincere Caio

(*suaseris*) a depositare la cosa presso il proprio liberto, e non presso di lui, l'*actio depositi* non spetta a Caio nei suoi confronti, ma nei confronti del liberto Sempronio; né Caio può citare Tizio con l'*actio mandati contraria*, perché è chiaro che egli si è determinato al deposito presso il liberto Sempronio per sua autonoma iniziativa (*'nec mandati teneris, quia rem meam gessi'*). E qui aggiunge Pomponio (oppure lo stesso Ulpiano): *'sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum (libertum) deponam, cur non sit mandati actio, non video'* (cioè: se Tizio ha risposto a Caio di depositare presso il liberto, non suo nomine, tuttavia assumendosi il rischio connesso alla mancata restituzione, non si vede perché non sia esercitabile l'*actio mandati* da Caio contro di lui). Il passo di Pomponio-Ulpiano chiarisce ancor meglio le condizioni di validità di un *mandatum* nell'interesse del mandatario. Il mandato è valido, checché possa sembrare a tutta prima in contrario, se il mandante si è addossato il rischio (*periculum*) della mancata esecuzione e dei danni connessi. Ma il rischio dell'inesecuzione grava sul mandante proprio e solo se il mandato ha consistenza giuridica, e non mera apparenza di mandato: proprio e solo quando sia intervenuto tra le parti il consenso in ordine ad una ben determinata attività del mandatario, in ordine cioè ad una ben determinata fonte di rischio.

42. Alle stesse conclusioni di Pomponio e Ulpiano porta, proprio con riferimento specifico al mandato di credito, un frammento di Giuvenzio Celso figlio, caposcuola dei Proculiani nell'età di Traiano ed Adriano, cioè nell'epoca iniziale della fase adrianea del diritto classico. Celso (7 *dig.*, D. 17.1.48.1-2) esordisce dicendo che, se Tizio dà mandato a Caio di far credito ad un terzo, Sempronio, nel proprio suo interesse, a proprio rischio, allo scopo che il credito gli sia attribuito e nelle sue mani vada a finire il guadagno, in questo caso il mandato può assumere consistenza giuridica (*'puto mandatum posse consistere'*): se Caio accetterà l'incarico di Tizio, il contratto sorgerà e sarà valido. Nulla di più giusto. Ma leggiamo il seguito. Ivi si afferma che, se Tizio il suo mandato lo conferisce nel senso che Caio debba gestire l'affare nel suo proprio interesse, che Caio debba far dipendere il credito dal suo proprio arbitrio, insomma che Caio faccia credito a chi voglia lui (*'id est cuius credas'*) e non a chi gli dice Tizio, che Caio intaschi gli interessi e lasci a Tizio solamente il rischio, la fattispecie ripugna al contratto di mandato, al modo stesso in cui lo sarebbe l'ipotesi di Tizio che desse incarico a Caio di comprargli un fondo qualunque, a sua scelta (*'quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas'*).

43. Sulle orme del Bortolucci, in uno scritto del lontano 1908, gli esegeti del secolo scorso sono tutti (o quasi) concordi nel ritenere sostanzialmente genuino il paragrafo 1, ma profondamente alterato il paragrafo 2, in cui i giustinianeî (o un precedente glossatore) avrebbero inserito le frasi *'id est cuius credas'* e *'quemadmodum si mandem - fin'*. Ma davvero non se ne vede il perché, tanto più che, anche privo di quelle due frasi esplicative, il paragrafo ha chiaramente il senso che non si rientra nel perimetro del *mandatum pecuniae (alicui) credendae* laddove, pur essendo il *periculum* assunto dal mandante, la scelta della persona del debitore sia lasciata alla integrale discrezionalità del mandatario (*'tui arbitrii sit nomen'*). Il Frezza, che tutto ciò lo ha esattamente intuito, ha però talmente subito il fascino della pretesa interpolazione, da scrivere che Celso ha cercato di osteggiare la *'vittoriosa avanzata del post-sabiniano principio del periculum mandatoris'* (in base al quale il nostro mandato sarebbe stato valido) e lo ha fatto opponendo alla vittoriosa avanzata il nuovo ostacolo della mancata scelta del mutuatario da parte del mandante: un ignoto glossatore sarebbe poi venuto in aiuto a Celso, assomigliando la fattispecie già da lui rifiutata ad un *'mandato invalido per imperfetta determinazione dell'oggetto del mandato'*. Dove si vede sino a che punto può spingere un pregiudizio: nella specie, il pregiudizio che Celso fosse ostile al mandato di credito, di cui sarebbero stati difensori i *'vittoriosi'* Sabiniani. È solo in omaggio a questo pregiudizio, infatti, che si attribuisce ad un oscuro annotatore del periodo della decadenza (o ai soliti commissari giustinianeî) un rilievo esattissimo, che non si vede perché non sarebbe potuto provenire proprio dalla penna di Celso (né si vede, aggiungo, perché non sarebbe stato già implicito nel pensiero dello stesso Sabino e dei suoi seguaci).

44. La prevenzione, del tutto infondata, che Celso fosse, a differenza di Sabino, contrario in linea di principio allo schema contrattuale in cui si inserisce il *mandatum credendi* si manifesta in altri modi anche in uno studioso cauto, oltre che acuto, come l'Arangio-Ruiz. Questo autore non pone in dubbio neanche egli le due interpolazioni sopra indicate, attribuendole ai compilatori giustinianeî in quanto *'depositarii della grande e vittoriosa tradizione contraria facente capo a Sabino'*. Egli pensa inoltre che i giustinianeî *'hanno tolto ogni efficacia alla distinzione di Celso'* (*'mandato sì'* nel primo paragrafo, *'mandato no'* nel secondo paragrafo) attraverso l'assurdo di un *'invito a prestare alla persona che il supposto mandatario preferisca'*. Ora io sono d'accordo che non è ammissibile un mandato a

far credito a persona scelta a sua piena discrezione dal mandatario. Ma su questo punto (mi si conceda di insistere) era d'accordo anche Sabino ed era presumibilmente d'accordo qualunque altro giurista romano di buon senso. Dimodoché nulla di criticabile, e di sostanzialmente diverso dal 'vittorioso' pensiero di Sabino vi è, a ben vedere, nel pensiero di Celso. Il quale Celso (sia detto per rispondere ad un poco convincente rilievo dell'Arangio-Ruiz), quando nel paragrafo 1 scrive '*mando tibi*' e nel paragrafo 2 sottintende egualmente '*mando tibi*', non pensa al verbo '*mandare*' usato in due significati diversi (tecnico nel primo caso, atecnico nel secondo caso), ma attribuisce, con tutta evidenza, a '*mando tibi*' il senso di 'ti propongo un mandato' (un mandato che tu devi accettare): salvo che, mentre nel primo caso il mandato è stato accettato da Caio ed è valido, nel secondo caso la proposta del mandante Tizio, pur se accettata da Caio, ha un contenuto che non basta ad integrare un contratto valido.

45. L'insegnamento di Giuvenzio Celso ora ricordato non è contraddetto, ma è confermato da un frammento di Ulpiano, che addirittura cita il giureconsulto del secolo precedente. In un passaggio del suo libro trentunesimo *ad edictum*, relativo appunto al mandato, Ulpiano (D. 17.1.8.6) sottolinea (e non è affatto male che lo faccia) una cosa ovvia: che condizione essenziale per la spettanza dell'*actio mandati directa* è che vi sia un interesse attuale del mandante alla attuazione del contratto: se l'interesse del *mandator* all'esecuzione viene meno, viene meno l'azione ('*mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest*'). Ora io non direi col Frezza che ci troviamo in cospetto di una 'innovazione di Ulpiano', con la quale questi farebbe 'il tentativo di affiancare al criterio del rischio quello dell'interesse del mandante come fondamento della protezione giuridica del mandato'. Premesso che il principio vale anche per l'*actio mandati contraria* (quella del mandatario), a me pare evidente che Ulpiano, nel testo considerato, si riferisca al requisito della '*perseverantia consensus*', cioè alla esigenza che il mandante e il mandatario tengano fermo momento per momento il consenso seriamente manifestato all'inizio; essendo scontato che, se l'uno o l'altro venisse meno a quella *perseverantia*, da quel momento il mandato si estinguerebbe per recesso unilaterale (*renuntiatio*). Se leggiamo che cosa altro scrive Ulpiano, sempre nello stesso libro *ad edictum* (31 *ad ed.*, D. 17.1.6.4-5), a proposito dell'interesse delle parti nel mandato, noteremo che egli dice (traducendo in italiano): 'Se ti ho dato mandato in ordine a qualcosa che

non era di mio interesse, come nelle ipotesi del mandato di garanzia per Seio o di fare credito a Tizio, io avrò l'*actio mandati directa* contro te —come scrive Celso nel settimo libro dei suoi *digesta*— se non adempirai la tua obbligazione, mentre per il resto sono, a mia volta, obbligato *ex mandato* nei tuoi confronti'. Ma ciò è appunto quello che abbiamo letto nel frammento di Celso, limitatamente al '*mandatum ut Titio credas*' e sotto l'angolo visuale dell'*obligatio mandatoris*, quindi dell'*actio mandati contraria* del mandatario contro il mandante. Ed Ulpiano, volendo essere ancora piú dettagliato, così significativamente, continua il suo discorso nel paragrafo 5: 'A maggior chiarimento (*plane*), se ti ho dato mandato in ordine a qualcosa che era di tuo interesse (*quod tua intererat*), non vi sarà nessuna *actio mandati* (*directa* o *contraria*) se la faccenda non sia stata anche di mio interesse; tuttavia, se emerge dai fatti che tu non avresti compiuto quell'azione ove io non te ne avessi dato incarico, l'*actio mandati* vi sarà anche se la cosa non sia stata di mio interesse (*aut, si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio*)'. Questa seconda parte del discorso ulpiano, certamente piuttosto aggrovigliata, vuol confermare la prima, precisando che, ai fini dell'esistenza di un valido mandato, la regola è che esso corrisponda all'interesse del mandante, mentre l'eccezione è quella del '*mandatum ut pro Seio intervenias*', o del '*mandatum ut Titio credas*', o di qualunque altro *mandatum* che non sia nell'interesse del mandante, ma sia stato assunto dal mandatario solamente perché il mandante se ne è addossata la responsabilità, il rischio. Conclusione: la contraddizione col fr. 48.1-2 di Celso non vi è, anzi vi è la conferma di quell'insegnamento. D'altronde se la contraddizione vi fosse, davvero non si riuscirebbe a capire l'estrema leggerezza con cui i compilatori dei *Digesta* avrebbero disposto, nello stesso titolo D. 17.1 e a così poca distanza tra loro, due passi così contrastanti.

46. Il *mandatum credendi*, essendo anzi tutto ed essenzialmente un *mandatum*, non poteva, dunque, venir meno all'esigenza di una 'causa', di una funzione obiettiva (e obiettivamente riconoscibile) che giustificasse l'incarico conferito dal *mandator* al *mandatarius*: il che, nell'ipotesi di mandato ad aprire un credito, si traduceva nella esigenza di determinare il credito quel tanto che, sia pure al minimo, giustificasse il conferimento e l'accettazione dell'incarico. A parte ciò, il credito, cui il *mandatum* si riferiva, doveva anche essere tale da non ledere il buon costume (oltre che, ovviamente, quello che oggi vien detto l'"ordine pubblico", cioè le norme dell'ordinamento statale inderogabili dalla volontà privata): doveva essere, insomma,

rivolto a finalità lecite. L'esigenza del rispetto dei *boni mores* è espressa, in termini generali, da Gaio (3.157): '*illud constat si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem*'. Il mandato di attività *contra bonos mores*, solitamente detto *mandatum rei turpis*, non produce effetti, non fa nascere le obbligazioni *ex mandato*: il che significa che è un mandato invalido. Questa regola generale viene sostanzialmente confermata, con riguardo specifico al mandato di credito, in un frammento sin troppo famoso, che è tra i più discussi e torturati dalla moderna critica esegetica: Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.1.12.11. Ulpiano vi espone due casi, tra loro in qualche misura analoghi, che hanno entrambi a protagonista un '*adulescens luxuriosus*', un giovanotto dedito ai piaceri, che è stato evidentemente preso al laccio dai vezzi di una meretrice. La cosa non è certo fatta per meravigliarci, così come non ci può meravigliare il fatto che il giovanotto di danaro liquido per andare incontro alle richieste della donna non ne ha, o almeno non ne ha più, avendolo speso tutto: non a caso nel *Trinummus* di Plauto, proprio nel primo verso del prologo, la Lussuria si rivolge alla Miseria, chiamandola 'figlia mia' ('*gnata*'). Fortuna per il nostro *adulescens luxuriosus*, cui daremo senz'altro il nome di Tizio, che vi è a sua disposizione il compiacente Caio, pronto a favorire con il proprio patrimonio le sue inclinazioni per Sempronia, la meretrice. Può anche darsi che Caio (questo Ulpiano non lo dice) si metta a disposizione di Tizio per amicizia, oppure per dabbennaggine; ma la cosa più probabile (e per quanto sappiamo, più rispondente alle usanze della società romana) è che Caio sia uno spericolato usuraio, che si espone al rischio di non essere rimborsato da Tizio contro un vistoso corrispettivo.

47. L'impressione che Caio sia tutt'altro che uno sprovveduto è confermata dall'esame del primo caso: il solo, tra i due esposti da Ulpiano, che dia veramente adito, dal punto di vista del diritto, al dubbio. Ecco lo qui. Tizio, l'*adulescens luxuriosus*, dà mandato a Caio di prestare una *fideiussio* a favore della meretrice Sempronia (dunque, gli dà mandato di garantire con fideiussione un debito assunto da Sempronia nei confronti di un estraneo mutuante, Mevio) e Caio si sobbarca consapevolmente ('*sciens*') a questo mandato. Perché Ulpiano sottolinea la *scientia* di Caio è evidente: questi sa bene che il prestito concesso da Mevio a Sempronia per intercessione di Tizio, è la condizione posta da Sempronia per elargire i suoi favori al giovane. Caio, insomma, è perfettamente a giorno del fatto che tutta l'operazione è architettata per un fine immorale, ed è appunto perciò che egli, per meglio mascherare il combino, il da-

naro a Sempronio non lo ha prestato direttamente, ma ha atteso (o provocato) che il prestito fosse fatto da Mevio, cioè da persona che alle prestazioni della meretrice notoriamente non aspira. Senonché Ulpiano, dopo aver messo in evidenza la *scientia* di Caio, fa leva proprio su di essa per sostenere che in questo caso il mandato di Tizio a Caio sia invalido, e cioè che Caio non possa citare *in ius* Tizio, con l'*actio mandati contraria*, nell'ipotesi che Sempronio non abbia restituito il mutuo a Mevio e che Mevio si sia fatto rimborsare da lui. Rivolto idealmente a Caio, il severo giurista gli dice: 'è come se tu avessi messo consapevolmente la tua borsa a disposizione di uno che il danaro fosse stato sul punto di perderlo' (*simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*). E così che si spiega, nel frammento di Ulpiano, la presenza del secondo caso, che è quello di Tizio che abbia dato mandato a Caio di prestare direttamente (senza ricorrere all'interposizione di Mevio) la somma a Sempronio. Si tratta stavolta di un vero e proprio *mandatum credendi* (o meglio di un mandato di credito non dissimulato) e non vi è dubbio, afferma il giurista, che in questo caso l'*obligatio ex mandato* (di Tizio nei confronti di Caio) non prenda addirittura vita giuridica, essendo essa quasi in contraddizione con lo stesso requisito della *bona fides* delle *obligationes iuris gentium*. L'ipotesi, per dirla in altre parole, viene qui prospettata non perché dia luogo ad incertezze, ma perché aiuta ad eliminare la *ratio dubitandi* che invece sottende l'altra ipotesi.

48. Passiamo ora ad un rapido esame di un altro passo di Ulpiano (Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.1.12.13), il quale ci illustrerà ancor meglio il punto che il *mandatum credendi* non vale se collide con le esigenze dei *boni mores*. E siccome il testo fa riferimento ad un *senatusconsultum*, che altro non è e non può essere se non il *senatusconsultum Macedonianum*, cominciamo col dire qualche parola ad illustrazione di questo famoso provvedimento, emesso dal senato sotto il principato di Vespasiano (intorno al 69-70 d. C.). Sin dai tempi di Plauto e di Terenzio, che ne fanno ampi riferimenti nelle loro commedie, era diffuso a Roma il malcostume, coltivato da professionisti dell'usura, di fare prestiti, naturalmente contro promessa di elevatissimi corrispettivi, a coloro che fossero nella condizione di *fili familiarum* e che, come tali mancando di soggettività giuridica, fossero in attesa della morte (o della *capitis deminutio*) dei rispettivi *patres*. Beninteso, il rischio di questi prestiti 'a babbo morto' era grosso (ecco perché erano ingentissimi gli interessi): non solo il figlio poteva premorire al *pater familias* (e in questo caso addio *pecunia mutua*), ma il *pater familias* poteva anche morire senza lasciare un patrimonio sufficien-

te a soddisfare i creditori propri e quelli degli eredi, oppure poteva, prima di morire, aver diseredato il figlio crapulone. A ridurre queste sgradite possibilità l'unica era che il *pater familias* si affrettasse a chiudere gli occhi. E spiace di dover dire che non mancavano i casi di figli snaturati che, sollecitati al mal fare dai loro spietati creditori, affrettavano artificialmente l'evento di morte, oppure lasciavano a 'killers' specializzati (assoldati da loro o dai creditori stessi) il compiere la relativa operazione. A quanto narra Ulpiano (29 *ad ed.*, D. 14.6.1 pr.), un giovinastro di nome Macedonio si comportò, alla morte del padre, in maniera così cinicamente scoperta, che, se anche non si poté accusarlo con certezza di avere ucciso il genitore, certo lo si sospettò largamente di averlo fatto, e in ogni caso un'ondata di indignazione percorse Roma e giunse sino al livello del senato. Di qui il senatoconsulto, detto solitamente Macedoniano, con il quale si vietarono, in linea di massima, i mutui ai *filii familiarum*. Non però che i contratti di mutuo fossero dichiarati invalidi, potendo i creditori ben promuovere l'*actio certae creditae pecuniae* ed ottenere la condanna dei debitori al rimborso, ove questi non si opponessero. Piuttosto il pretore e gli altri magistrati giurisdicenti furono invitati a dar peso alle opposizioni dei debitori, generalmente promosse sotto forma di *exceptio*, e ad assolvere questi ultimi quando il mutuo non fosse giustificato da ragioni tali da impegnare alla restituzione proprio il *pater familias*: come nel caso che questi avesse concesso al figlio un *peculium*, o avesse tratto personalmente vantaggio dal versamento totale o parziale della somma nel suo patrimonio (*in rem versio*), o addirittura avesse invitato (con un *iussus*) il mutuante a prestar danaro al figlio.

49. Esaminiamo ora il passo ulpiano. Tizio dà mandato a Caio di dare una somma in prestito al *filius familias* Sempronio, il quale non ha introitato la somma *contra senatus consultum*, ma l'ha incamerata per uno di quei titoli (*de peculio, de in rem verso, quod iussu patris*) che rendono obbligato alla restituzione il *pater familias*: essendo lecito il mutuo, lecito è indubbiamente anche il *mandatum pecuniae credendae*. Di più (aggiunge qui Ulpiano): se Caio è in dubbio circa l'inapplicabilità del divieto del *senatusconsultum* al mutuo richiesto da Sempronio e Tizio (o chiunque altro) interviene a dirgli esplicitamente che assume a proprio rischio anche l'eventuale contrarietà del mutuo al Macedoniano (*'periculo meo crede; bene credis'*), in tal caso il mutuo potrà pure rivelarsi discutibile, ma il *mandatum pecuniae credendae* sarà valido e Caio, se non rimborsato da Sempronio, potrà sempre agire contro Tizio con l'*actio mandati*

contraria. La regola che il *mandatum credendi* non è valido se si riferisce ad un mutuo *contra bonos mores* (o, nel nostro caso, *contra senatus consultum Macedonianum*) trova nel primo periodo una piena conferma. Né è in contraddizione con essa il secondo periodo, là dove Ulpiano si spinge a dire (*'hoc amplius dico'*) che il *mandatum credendi* può essere valido anche se il mutuo da esso garantito si manifesta *contra senatus consultum*. A parte il fatto che di questa contrarietà vi era stato motivo per dubitare seriamente, nella nostra ipotesi il *mandatum credendi* è sorretto da una specifica assunzione di responsabilità del *mandator* Tizio. E nessuno può contestare a Tizio o a chicchessia di dare o far dare una somma di danaro ad un *filius familias*, affrontando ad occhi aperti il pericolo che questi, per un motivo o per l'altro, il danaro non possa renderlo.

50. Già abbiamo detto più volte della libertà delle forme e della gratuità caratteristiche del *mandatum* in generale e del *mandatum credendi* in particolare. Anche se non è strettamente necessario, qualche cenno di maggior chiarimento non guasterà. Rileggiamo pertanto ciò che è scritto in Gai 3.136, con riferimento a tutti i contratti consensuali: 'diciamo che in questi modi (cioè con questi contratti) le obbligazioni si contraggono *consensu*, per il fatto che non è richiesto (ai fini della loro esistenza) alcun requisito di pronuncia di determinate parole o di redazione di determinati documenti scritti (*neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur*), ma è sufficiente che coloro che geriscono l'affare si siano messi d'accordo (*sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*)'. Gaio non lo aggiunge (e di questo suo silenzio, che forse è soltanto una lacuna del manoscritto veronese, si è molto discusso), ma, come è ovvio, nemmeno una *datio rei* era necessaria a far sorgere un'*obligatio consensu contracta* (mentre la *datio* era alla base delle *obligationes re contractae*). Provvedono comunque a chiarirlo le Istituzioni giustiniane nel luogo corrispondente a Gai 3.136: '*ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio*' (I. 3.22.1). Se questa era la regola, che i giuristi mai mancavano di enunciare e di sottolineare, la realtà pratica era un'altra. Era difficile che un mandato seriamente inteso non fosse riversato per iscritto in una *epistula* (sono i casi, ad esempio, di D. 17.1.62.1 e D. 17.1.59.5) o non fosse comunque confortato, a fini probatori, dalla predisposizione di testimoni o di scritture confermatrice. Sopra tutto le scritture probatorie (sotto forma di *testationes*, di *epistulae*, di *chirographa*) dovevano essere frequenti: tanto frequenti che al giurista Paolo (32 *ad ed.*, D. 17.1.1.2) è avvenuto di incorrere, a questo proposito, in un '*lapsus*' rivelatore. Dopo aver

detto che il mandato si può concludere anche attraverso un messaggero o portavoce (un *nuntius*) o a mezzo di un'epistula, egli ha voluto aggiungere che anche le parole da usare sono pienamente libere, ma si è espresso così: '*item sive «rogo» sive «volo» sive «mando» sive alio quocumque verbo scripserit (mandator), mandati actio est*'. Il sospetto dell'Arangio-Ruiz che '*scripserit*' sia stato sostituito da un glossatore postclassico all'originale '*mandaverit*' non sembra giustificato, anche se è vero che in età postclassica gli atti giuridici si concretavano assai spesso in documenti. Vero è che questo sospetto salverebbe il giurista Paolo dal rilievo di svagatezza o di sciatteria che gli abbiamo poc'anzi mosso. Ma i giuristi romani, anche i maggiori, non erano quei superuomini che taluno crede, controllati in ogni espressione e incapaci di incorrere in un errore. Erano uomini come tutti gli altri, i quali perdipiù (alla pari di moltissimi giuristi dei tempi nostri) non distillavano, né curavano di distillare le parole in composizioni formalmente perfette, ma mettevano insieme le loro opere, spesso aiutati o sostituiti dagli allievi, attraverso l'utilizzazione di appunti che erano stati stesi, non di rado, 'sul tamburo', cioè in occasione di *responsa* dati ad interroganti o di *quaestiones* discusse con i colleghi ed i seguaci. Quanto a Paolo, basta uno sguardo al suo *curriculum vitae* (giunse nientemeno che alla carica di *praefectus praetorio* di Alessandro Severo) per rendersi conto che il moltissimo che egli ha pubblicato (pur deducendo da esso alcune opere più o meno probabilmente apocrife) non può essere passato attraverso un lavoro di lima troppo raffinato.

51. Anche la gratuità era uno di quei caratteri formalmente irrinunciabili della figura del *mandatum* al quale peraltro i Romani rinunciavano spesso e volentieri, ovviamente per vie traverse, nella pratica degli affari. Certo è parecchio singolare che l'incarico dato da un soggetto giuridico ad un altro soggetto giuridico, rispetto a lui completamente autonomo, non comportasse una congrua retribuzione del mandatario, anzi che una retribuzione esso non potesse in alcun modo comportarla. Ancora più singolare è che, malgrado ciò, di questi incarichi gratuiti, produttivi di pesanti responsabilità per il mandatario inadempiente, ne fossero dati e ne fossero accettati moltissimi nella prassi romana di ogni tempo. Queste singolarità erano state implicate, se non proprio imposte, dalle origini dell'istituto in età preclassica, ma siccome in età classica le situazioni originarie erano ormai fortemente sbiadite, non vi è dubbio che si diffuse in questa età l'uso di retribuire adeguatamente chi dalla esecuzione del mandato non traesse un personale vantaggio, dunque solitamente il

mandatario. Si trattava però di retribuzioni alle quali si procedeva al di fuori, in un certo senso quasi alle spalle, dello specifico contratto di mandato: o attraverso *stipulationes*, oppure attraverso *pacta*, o infine attraverso ricorsi alla giustizia *extra ordinem* facente capo ai *principes*. Qui sia solo segnalato, con riferimento al mandato di credito, che la questione del regolamento economico tra le parti, solitamente taciuta dalle fonti, doveva essere praticamente molto varia e non poco complessa. Se l'operazione di credito andava male, se cioè il debitore non adempiva (o non adempiva 'in toto', o non adempiva a tempo debito), le conseguenze cadevano di regola sul mandante, ma non è detto che il mandante non dovesse egualmente retribuire il mandatario che avesse correttamente, anche se con insuccesso, portato a termine il suo incarico: generalmente era un *pactum* (o una *stipulatio*) tra i due che provvedeva a questo. A maggior ragione il compenso poteva essere convenuto, o comunque richiesto *extra ordinem*, se il credito fosse stato ad interessi e questi interessi, unitamente alla restituzione della 'sors', cioè del capitale, esso li avesse prodotti: con l'avvertenza, in tale ipotesi, che, essendo il *mutuum* anch'esso, come il *mandatum*, essenzialmente gratuito, era necessario tener conto, oltre che di esso, anche della *stipulatio usurarum* che lo avesse accompagnato. Mancando l'accordo tra mandante e mandatario, gli interessi andavano al mandatario mutuante, perché il creditore era lui e lui soltanto, mentre la responsabilità della mancata corresponsione si riversava sul mandante, salvo che questi non avesse espressamente incluso nel suo mandato che il prestito dovesse essere ad interessi (Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.1.10.8: ... *quamvis, si periculo suo credidisset* [i.e. *mandatarius*], *cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati*).

52. Il tema, come si vede, è corposo, ma non presenta soverchie difficoltà. Semplicistico è peraltro il breve discorso che Paolo (ancora lui) dedica, almeno per quanto risulta da un brano ritagliato dai compilatori giustinianeî (D. 17.1.1.4, Paul. 32 *ad ed.*), alla gratuità del mandato. Il *mandatum*, comincia col dire il giurista, non può essere che gratuito, perché trae la sua origine dal doveroso aiuto dell'amicizia, dunque da una situazione incompatibile con la mercede ('*mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces*'): e sin qui va abbastanza bene, anche se la necessità attuale (ai tempi di Paolo) della gratuità del mandato non può essere giustificata col puro richiamo alle lontane origini extragiuridiche dell'istituto. Meno bene, anzi male, o almeno maluccio, va il seguito del passo paolino: 'in-

terveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit'. Non è detto che, se corre il danaro tra Tizio mandante e Caio mandatario, la fattispecie sia configurabile piuttosto come una *locatio conductio (operarum)*, nella quale *locator operarum* sia Caio e *conductor* pagante sia Tizio. Infatti il mandato non ha come suo possibile oggetto soltanto delle *operae*, delle attività materiali economicamente valutabili secondo tariffe di mercato (per esempio, la lavatura dei panni da parte di un *fullo*), ma ha per possibile oggetto anche attività di altro genere, tra cui (è il caso nostro) quella di *credere pecuniam*. Interpolazione, glossema, insomma alterazione del dettato genuino di Paolo? No, a questo estremo non è il caso di arrivare, tanto più che vi è quel '*potius*', nel testo riprodotto nei Digesti, che salva il nostro giurista dall'accusa di aver scritto una cosa irremissibilmente sbagliata. A parte le considerazioni che sulla pretesa infallibilità di Paolo e degli altri romani abbiamo accennato poco fa, la tendenza ad affermare semplicisticamente che il mandato retribuito sarebbe 'piuttosto' una locazione d'opere, un contratto di lavoro subordinato, si ritrova anche in Gaio (3.162), in un passaggio che tralascio qui di riferire un po' per stringere al massimo il nostro discorso e un po' perché mettersi a discutere delle possibili alterazioni al Gaio del manoscritto veronese aprirebbe inevitabilmente un altro e non del tutto pacifico capitolo.

53. Un ultimo punto, prima di chiudere il discorso relativo ai requisiti del contratto. Già si è detto in precedenza che il *mandatum credendi*, a differenza dalla fideiussione, poteva avere ad oggetto (almeno come esigenza 'tipica', normale della fattispecie relativa) solo un credito futuro e che questa caratteristica si mantenne in qualche modo anche in diritto giustiniano. È opportuno ora tornare sull'argomento per esaminare più da vicino il testo di Ulpiano (31 *ad ed.*, D. 17.1.12.14) che si occupa di queste ipotesi: le quali sono, per l'esattezza, due. L'ipotesi prima e fondamentale è quella di Tizio che abbia dato mandato a Caio di prestar danaro a Sempronio, ma lo abbia fatto a mutuo già effettuato. Ebbene, dice Ulpiano, '*nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait*': dare incarico a qualcuno di fare una cosa che egli ha già fatto è una contraddizione in termini (cfr. Ulp. D. 17.1.8.6). Ma perché Ulpiano questa affermazione addirittura lapalissiana non la fa come ovvia e sente il bisogno di citare a suo conforto Papiniano? Forse che la cosa è stata mai dubbia? Potremmo limitarci a ricordare che Ulpiano, al pari di Paolo, era stato negli anni giovani *adessor* del *praefectus praetorio* Emilio Papiniano e che probabilmente l'ammirazione per questo severo personaggio,

che incontrò la morte per ordine di Caracalla (212 d. C.) non avendo voluto approvare l'assassinio di Geta, sarà stata in lui particolarmente viva. Sarebbe una spiegazione abbastanza plausibile, se pensiamo che Ulpiano divenne a sua volta *praefectus praetorio*, ma morì anch'egli di morte violenta (222 d. C.) evidentemente per non essersi comportato neanche lui da duttile opportunista. Tuttavia va anche considerato che Ulpiano, per quanto ci risulta, non usava citare Papiniano con particolare frequenza, sì che la citazione da lui fatta in questo caso non può non avere una peculiare significanza. Tutto porta a credere allora che nell'età dei Severi l'ovvietà del *mandatum* nullo fosse andata alquanto sbiadendosi a causa dell'iniziato, anzi alquanto avanzato accostamento del *mandatum pecuniae credendae* alla *fideiussio*. Perché il credito già sorto può essere garantito con *fideiussio*, e non può esserlo con un mandato di garanzia? Questo si saranno chiesto i pratici nell'età classica avanzata. E Papiniano, autore celebre per le sue opere di casistica, avrà risposto: perché, malgrado sia ormai impiegato a scopo di garanzia come la *fideiussio*, un *mandatum* è pur sempre un *mandatum*, e destrutturarlo non si può. Giustissima risposta, che Ulpiano, sempre incline ad appoggiarsi a qualche 'precedente' nella sua vastissima opera, avrà richiamato con particolare soddisfazione di allievo e di ammiratore del grande maestro di diritto.

54. A guardar bene, vi è però anche un'altra ragione per cui Ulpiano, nel brano che stiamo esaminando, apre il suo discorso con l'affermazione ovvia (ma, ormai lo sappiamo, non troppo) della nullità di un *mandatum credendi* relativo ad un credito già sorto. La ragione è che egli ha bisogno di questo esordio, se vuole dire, come certo vuol dire, quello che segue: un séguito che non è certamente all'altezza dello stile di Cicerone o di Sallustio, ma che insitico, come alcuni sostengono, non è e non può essere. Sta bene, anzi benissimo quello che ha detto Papiniano. Tuttavia, continua qui Ulpiano, se Tizio, in presenza del credito di Caio verso Sempronio, gli abbia dato mandato di attendere, di non esigere il credito alla scadenza precisa, insomma di dare una dilazione al debitore Sempronio, assumendosi Tizio tutta la responsabilità di un eventuale inadempimento, e allora il rischio di tutto quanto il credito deve spettare al mandante: *'plane si, ut expectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, [ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam,] verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere'*. In questo dettato, in cui Ulpiano si pone nei panni di Tizio mandante che spiega le cose a Caio *mandatarius*, ha tutta l'aria di una

glossa esplicativa (denunciata in parte dalla ripetitività e in parte dal mutamento di tempo del verbo: congiuntivo presente in luogo del futuro anteriore, 'dicam' in confronto con 'mandavero') la frase 'ut ei des-dicam'. Tutto il resto funziona peraltro benissimo e rivela non soltanto la liceità del così detto 'mandato di dilazione del credito', ma anche l'espedito mediante il quale già in epoca classica si è pervenuti a superare praticamente, in ordine ai crediti già sorti, la conclamata differenza con la *fideiussio*. Molto semplice e, in fondo, per chi vada col pensiero al meccanismo del *constitutum debiti proprii*, niente di trascendentale. Attraverso il *mandatum* (accettato dal mandatario) di non esigere subito o, in caso di credito a termine, di non esigere alla scadenza, fissando o non fissando una certa dilazione (magari anche brevissima), il *mandator* si assume il rischio del credito già sorto. E si badi: egli non si assume verso il mandatario 'il pregiudizio cagionatogli dal ritardo', come sembra all'Arangio-Ruiz, ma si assume il '*periculum omnis nominis*'. Sicché Tizio, *mandator*, non potrà opporre al *mandatarius* Caio, quando questi lo converrà *in ius* con l'*actio mandati contraria*, che non gli deve un bel nulla perché, mettiamo, il debitore Sempronio era insolubile già al momento della scadenza regolare. Egli dovrà risarcire Caio sino all'ultimo sesterzio, proprio come un fideiussore, di tutto il danno sofferto.

55. L'azione che più frequentemente, e si vorrebbe dire più naturalmente, scaturiva da un *mandatum credendi* era l'*actio mandati contraria* del *mandatarius* contro il *mandator*. Secondo l'opinione dominante, cui credo di dover aderire, la nostra azione si traduceva, nella procedura formulare, in questa formula-tipo: '*Quod Numerius Negidius (il mandator convenuto) Aulo Agerio (il mandatario attore) mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutuaret (o feneraret), qua de re agitur, quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna; si non paret, absolvo*'. Premesso, nella '*demonstratio*' ('*quod rell.*'), che vi era stato (se vi era stato) un mandato del convenuto Numerio Negidio (il Tizio dei nostri esempi) all'attore Aulo Agerio (cioè al Caio degli esempi fin qui fatti), ad aprire un credito (eventualmente con interessi) a Sempronio, e proclamato che la materia del contendere era compresa entro questi limiti ('*qua de re agitur*'), il pretore non fissava egli stesso (come nella *actiones stricti iuris*) la regola di giudizio cui si sarebbe dovuto adeguare il giudice. Egli investiva direttamente quest'ultimo (cui si rivolgeva con il vocativo '*iudex*') del potere di condannare il mandante Numerio Negidio (in ciò la '*condemnatio*') a tutto ciò che, avendo accertata la verità dei fatti e avendo analizza-

to la fattispecie alla luce dei principii della *bona fides*, egli ritenesse doversi dare o fare da Numerio Negidio per ripagare Aulo Agerio, il mandatario-attore, dei pregiudizi sofferti (e qui era l'*intentio*' del *iudicium*). Ovviamente, se al giudice fosse parso che Aulo Agerio, il mandatario, non aveva in realtà sofferto nulla di rilevante, l'invito del pretore, nella *'pars pro reo'* del *iudicium*, era quello di assolvere Numerio Negidio, il mandante (*'si non paret, absolvito'*).

56. Gli amplissimi poteri rimessi al giudice, e la correlazione degli stessi con i criterii sempre evolventisi assunti dalla società romana come criterii di *bona fides*, cioè di correttezza nei comportamenti, lasciava indubbiamente all'*iudex privatus* la possibilità pratica di compiere arbitrii, di subire sbandate o interessate influenze, di mostrarsi grettamente conservatore, oppure troppo audacemente progressista. Ma la cosa era molto piú rara di quanto si possa pensare. I 'giudici privati' non erano scelti a caso, ma erano estratti da un selezionato *album iudicum*, e svolgevano la loro attività sotto tanti occhi severamente scrutatori, che ben difficilmente si gettavano ad adottare criterii di valutazione non condivisi dalla maggioranza dei 'ben pensanti' dei tempi loro. Unico neo (se cosí vogliamo eufemisticamente chiamarlo) era che i ben pensanti non erano sempre quelli che pensassero realmente bene, con sensibilità adeguata a tutti i molteplici aspetti del vivere sociale, ma erano gli esponenti del ceto dirigente: un ceto che, col procedere del periodo del principato, sempre piú si identificò con i ristretti e gretti ambienti sociali che prosperavano intorno al *princeps*. Il che poi spiega perché, in età classica, quando un pretore o sopra tutto un giudice uscissero dai binari tracciati dalla classe dirigente, intervenisse *extra ordinem* a correggerne le decisioni, su richiesta delle parti soccombenti, la giustizia, come pure era detta, dell'imperatore o dei suoi funzionari.

57. A che avesse diritto il mandatario nei confronti del mandante può essere precisato, in considerazione dell'elasticità e della indeterminatezza del *iudicium bonae fidei*, in maniera sempre piuttosto approssimativa. Anzi tutto il mandatario aveva diritto al rimborso del capitale prestato (lo abbiamo detto: la *sors*), sempre però che avesse tempestivamente e diligentemente escusso, senza felice esito, il debitore; ove fosse riuscito a recuperare (a salvare, a *'servare'*) solo una parte della *sors*, il diritto al rimborso si limitava ovviamente al residuo (cfr. Iul. 14 *dig.*, D. 46.1.13 = Gai. 9 *ad ed. prov.*, D. 17.1.27.5: *'si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris'*). In piú il mandatario aveva diritto agli interessi non riscossi, se il mandante

lo aveva autorizzato al relativo negozio (generalmente una *stipulatio usurarum*); ed ovviamente vi aveva diritto al tasso autorizzato del mandante e permesso dalla legislazione vigente. Infine spettava al mandatario il rimborso di tutte le diminuzioni patrimoniali risentite senza sua colpa: per esempio, i danni o gli interessi da *mora debendi*, le spese per l'intimazione di pagamento e per l'esazione. Della inesigibilità di un compenso da parte del mandatario si è già detto. Ma a tutto si può porre rimedio: Settimio Severo e Antonino Caracalla (CI. 4.35.1, a. 216?) ammisero la possibilità per il mandatario di esigere *extra ordinem* un *honorarium* o un *salarium*, cioè una gratifica rimessagli dal mandante: '*de salario, quod (mandator) promisit, a praeside provinciae cognitio praebebitur*'. Ed è forse a quest'azione *extra ordinem* che si riferiva anche Ulpiano (31 *ad ed.*, D. 17.1.6 pr.) in un testo peraltro certamente stravolto da un intervento postclassico ('*si remunerandi gratia honor intervenit, erit [mandati] <extra ordinem> actio*: cfr. Pap. 3 *resp.*, D. 17.1.7). Ad ogni modo, una cosa era assodata. Il mandatario (sempre che fosse incolpevole dell'inadempiamento) non doveva venirci a perdere. Lo proclama molto chiaramente, checché si sia detto in contrario da qualcuno, il giurista Paolo (11 *ad Sab.*, D. 17.1.20 pr.): '*ex mandato apud eum, qui mandatum susceperit (cioè presso il mandatario), nihil remanere oportet; sicuti nec damnum pati debet (mandatarius) si exigere feneratam pecuniam non potuit*'.

58. Non ritornerò sulla fattispecie dei *plures mandatores*, già esaminata in precedenza, se non per ribadire che durante tutto il corso del periodo classico, malgrado non mancassero le istanze di una estensione ai *plures mandatores* del così detto *beneficium divisionis* ammesso da un'epistola di Adriano per la *fideiussio*, il mandatario fu libero di citare *in ius* e per l'intero (per il *solidum*) uno qualunque tra i due o più soggetti che gli avessero rilasciato un certo *mandatum pecuniae credendae*. Bisogna peraltro distinguere, come abbiamo del pari accennato, l'ipotesi che il credito fosse stato oggetto di più mandati diversi e paralleli tra loro dall'ipotesi che il mandato fosse stato emesso in una sola volta da più mandanti in concorso tra loro. Nella prima ipotesi il mandatario poteva anche chiedere il *solidum*, anziché la sua parte, ad uno dei suoi mandanti, contando sul fatto che questi, dopo aver pagato, agisse in regresso contro gli altri mandanti; se non otteneva la soddisfazione integrale richiesta, egli era sempre libero di agire contro gli altri mandanti. Nella seconda ipotesi, il mandatario egualmente poteva chiedere il *solidum* ad uno dei co-mandanti, ma, se si verificava la *litis contestatio* con lui,

l'*actio mandati contraria* era ormai stata consumata: quindi gli altri *mandatores* erano liberati dalla loro obbligazione.

59. Si riferisce, almeno a mio parere, alla prima ipotesi (quella dei *plures mandatores* accettati uno per uno, con atti negoziali distinti, pur se collegati dallo stesso *creditum*) un rescritto di Diocleziano e Massimiano (a. 294, CI. 8.40 [41].23), in cui si afferma che al mandatario insoddisfatto dal debitore '*licet*' tanto '*eligere*' (scegliere uno fra tutti i suoi mandanti affinché paghi il *solidum*) quanto convenire, ciascuno per la sua parte, '*reos principales vel mandatores simpliciter acceptos*' (i debitori principali o i mandanti *pecuniae credendae*, che siano stati accettati ciascuno per suo conto, senza collegamenti tra loro). Gli imperatori inoltre proclamano che in questo caso, se il primo convenuto non paga o non paga tutto, si può passare tranquillamente a citarne un altro ('*ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet*'). Erra, almeno a mio avviso, chi (come il Frezza) sembra riferire questa costituzione alla seconda ipotesi (quella di un unico *mandatum*) e ne deduce che già in età classica l'*actio mandati contraria* promossa per il *solidum* contro uno dei comandanti sfuggisse, a titolo del tutto eccezionale, al destino della consunzione processuale: la regola della consunzione processuale venne abolita da Giustiniano solo nel 531 (cfr. CI. 8.40 [41].28), con parole che non sembrano implicare la preesistenza al 531 di qualche rilevante eccezione alla stessa.

60. Per quanto riguarda la seconda ipotesi (ripetiamo: quella dei *plures mandatores* intervenuti in un unico atto contrattuale a garantire un certo credito), si può essere indotti a supporre che lo spunto classico della parziarietà delle obbligazioni dei mandanti, per come essa fu riconosciuta in età postclassica, sia consistito nell'uso di stabilire mediante patti aggiunti che la responsabilità dei mandanti, nell'ipotesi di mandato unico, non dovesse essere solidale: il giudice dell'*actio mandati*, trattandosi di un *iudicium bonae fidei*, avrebbe dovuto tener conto anche di questi *pacta adiecta* ed avrebbe quindi potuto (anche se non necessariamente dovuto) concludere per la inesistenza della solidarietà. A sostegno di questa supposizione è stato addotto da alcuni un responso di Paolo, del quale purtroppo i *Digesta* non riportano, né riassumono la domanda che lo ha provocato. Si legge nel passo (Paul. 4 *resp.*, D. 17.1.59.3) che il mandatario può liberamente citare *in ius* come convenuto uno qualunque tra i suoi due mandanti, e ciò anche se questa *electio* non sia stata prevista dal contratto ('*etiamsi non sit concessum in mandato*'); se però egli ha citato ambedue i suoi mandanti, ottenendone la condanna in

solido, sarà per necessità di cose che poi, passando alla fase esecutiva, e più precisamente all'*actio iudicati*, dovrà convenirli ciascuno per la sua metà. Che infatti l'*obligatio ex causa iudicati* fosse parziaria era cosa abbastanza pacifica (vedi, per tutti, Ulp. D. 49.1.10.3). La proposizione '*etiamsi non sit concessum in mandato*' del testo paolino ha fatto molto discutere gli interpreti, i quali sono stati concordi solo nel ritenere che da essa si deduca 'e contrario' che in un *mandatum* rilasciato da più co-mandanti può anche essere ammesso, mediante un *pactum adiectum*, che il mandatario agisca contro ciascuno dei co-mandanti *pro parte*. Dopo di che alcuni hanno sostenuto che già in età classica (per lo meno nell'età di Paolo e dei Severi) era riconosciuta valida una pattuizione speciale di parziarietà (così, se ben ho compreso, il Frezza), mentre altri hanno sostenuto che proprio perciò la frase '*etiamsi rell.*' sia da giudicarsi interpolata. A mio giudizio il carattere insiticio della frase sarebbe assai azzardato sostenerlo, sicché propenderei per la testimonianza implicita del ricorso, in età adrianea, al *pactum adiectum*: ricorso che, oltre tutto, è verosimile per se stesso, indipendentemente da ogni testimonianza anche esplicita.

61. A chiusura delle note dedicate all'*actio mandati contraria*, va ribadito che il mandatario, se incaricato di prestare ad interessi e se non soddisfatto negli interessi dal debitore principale, aveva indubbiamente diritto di chiedere gli interessi stessi al *mandator*: '*placet mandatorem teneri etiam si feneratoro creditori mandet pecuniam credere*' (Paul. 4 *quaest.*, D. 46.1.72.2; cfr. Paul. 4 *quaest.*, D. 17.1.59.5). Nessun diritto aveva invece il *mandatarius* verso il *mandator* nell'ipotesi in cui egli avesse ecceduto dai limiti del mandato stesso, vuoi in ordine all'ammontare del capitale mutuato (ad esempio, per aver prestato 200 invece di 100), vuoi in ordine alle garanzie con cui coprirsì. In proposito si applicavano le regole, peraltro contestatissime tra gli storici del diritto romano (vedi specialmente Gai 3.161 messo a confronto con I. 3.26.8), circa l'eccesso del mandatario dai limiti del mandato. E, quanto alle garanzie, particolarmente espressivo è Paolo (4 *resp.*, D. 17.1.59.6), il quale afferma che le condizioni poste dal mandante (Tizio) al mandatario (Caio) non si possono ritenere rispettate quando si è stabilito che il credito debba essere coperto da '*idonea cautio*' del debitore (Sempronio) e invece risulta che non sono stati ottenuti né fideiussori né pegni. Per conseguenza, l'*actio mandati contraria* non spettava quando le garanzie mancavano del tutto o risultavano non idonee (cfr. Antonin. a. 215, CI. 8.40 [41].7). Il succo della casistica ora esposta era che

il mandatario fosse tenuto a concludere ed a gestire il credito con buona diligenza, pena la soccombenza nell'*actio mandati* o la riduzione della condanna ad ammontari minimi. Lo si legge, detto con particolare efficacia, in Pap. 4 *quaest.*, D. 46.3.95.11: se il creditore (cioè il mandatario Caio) sia stato sconfitto dal debitore (Sempronio) per sua colpa, '*prope est ut actione mandati (contraria) nihil a mandatore consequi debeat*'. Dove il '*prope est*' sta a significare che il mandatario, Caio, pur se il mandante Tizio sarà condannato nel giudizio *bonae fidei*, potrà ottenere dal giudice, causa la leggerezza con cui ha gestito l'operazione di credito verso Sempronio, qualcosa di molto vicino al niente.

62. Non sapremmo tuttavia porre termine a questo 'excursus', senza aver parlato, sia pur fuggevolmente, dell'interessante caso di Blesio Severo, un personaggio altrimenti sconosciuto, il cui nome figura in una *epistula* riassunta da Paolo (4 *resp.*, D. 17.1.59.5): '*Ille illi salutem. Mando tibi, ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo: in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum*'. Per favorire il proprio 'affine' Blesio Severo (al quale, nei nostri esempi, spetterebbe la denominazione di Sempronio) il mandante Tizio ('*ille*') commette al mandatario Caio ('*illi*') di dargli a credito ottanta, coprendo il credito con un certo pegno e facendogli fruttare anche interessi, e si impegna inoltre a sollevare Caio da ogni danno sinché Blesio Severo sarà in vita. Visto che il mandante conta di vivere più di Blesio Severo (a meno che non si tratti di un Blesio Severo giovane e malaticcio, o esposto a gravi rischi per motivi di guerra o di altro), è da pensare che questo affine del mandante Tizio sia piuttosto il suocero o il patrigno, o magari un cognato già avanti negli anni, che non il genero o il figliastro. Certo, il mandante non si è esposto un gran che, dal momento che il prestito ad interessi deve essere assistito da precise garanzie reali. Ed è abbastanza chiaro anche che il favore egli intende farlo (od è socialmente tenuto a farlo) esclusivamente a Blesio Severo in persona propria, tanto è vero che la sua garanzia la limita alla vita del debitore principale.

63. Strano tipo il mandante, ma strano tipo, oserei chiamarlo un po' allocco, anche il mandatario Caio, le cui traversie ed i cui interrogativi sono sintetizzati da Paolo in queste parole: '*postea saepe conventus mandator non respondit; quaero, an morte debitoris liberatus sit*'. A quanto pare, Blesio Severo il debito non lo pagò, né le garanzie reali da lui offerte si rivelarono tali da far rientrare il mu-

tuante Caio nei suoi esborsi. Sono cose che succedono di frequente, ma va detto che molto meno frequentemente avviene ciò che risulta aver fatto il creditore: anziché avventarsi sul mandante Tizio e farsi risarcire da lui prima della morte di Blesio Severo, egli lo ha *'saepe conventus'*, lo ha chiamato spesso in giudizio a rendere i conti, ma il mandante Tizio per altrettante volte non se ne è dato per inteso (*'non respondit'*), impedendo con ciò al processo di andare avanti, sino a che l'evento, temuto dal mandatario e forse desiderato dal mandante, è avvenuto: Blesio Severo è morto. Verrebbe tanto la voglia, a questo punto, di mandare l'incauto Caio a farsi benedire. Ma Paolo, generosamente, se ne è astenuto, ed anzi ha risposto al quesito di lui con un sottile, ma esattissimo distinguo: l'obbligazione sorta a carico del mandante Tizio dal *'mandatum pecuniae Blaesio Severo credendae'* è tuttora pienamente in vita (*'mandati obligationem perpetuam esse'*), perché le parole con cui Tizio ha assicurato, nella sua *epistula*, che pagherà sino all'ultimo soldo il conto a Caio, ma manterrà questo impegno solo sino al giorno della morte di Blesio Severo, costituiscono una formulazione separata che, tutto sommato, non limita l'*obligatio mandati* in quanto tale. E qui il giurista, non senza una punta di sottile malizia, mette sotto gli occhi dello stupefatto, ma felicissimo suo interrogante, ripetendole una per una, tutte le parole che dimostrano la seconda (e separata) obbligazione assunta dal mandante: *'indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem quoad vixerit Blaesius Severus praestaturum'*.

64. Contro il mandatario spettava al *mandator pecuniae credendae* l'*actio mandati*, chiamata da noi moderni *directa*. La formula relativa era corrispondente a quella dell'*actio mandati contraria*, già vista in precedenza, con l'ovvia differenza che nella *demonstratio* era indicato come attore (*Aulus Agerius*) il mandante Tizio e come convenuto (*Numerius Negidius*) il mandatario Caio: *'quod A.s A.s N.o N.o mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutaret (o feneraret), q. d. r. a., quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna; s. n. p. a.'* Senonché l'affermazione ora fatta, strano a dirsi, non è pacifica. Vi è infatti chi considera il diritto del mandante verso il mandatario un effetto puramente eventuale, non regolare, del contratto. E vi è addirittura chi pensa che dal mandato di credito scaturisse solo l'*actio mandati contraria* del mandatario. Due tesi, delle quali la prima convince poco, la seconda non convince affatto.

65. La prima teoria è molto diffusa, ed è particolarmente difesa dall'Arangio-Ruiz, peraltro anche contro taluni eccessi dei suoi

sostenitori. Mentre dagli altri contratti consensuali romani (*emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas*) scaturiscono sin dall'inizio obbligazioni (e relative azioni) di tutte le parti contraenti, obbligazioni che sono ciascuna la ragion d'essere e il corrispettivo dell'obbligazione della o delle controparti, nel *mandatum* non è così: di norma, nasce la sola obbligazione del mandatario verso il mandante; mentre solo eccezionalmente e subordinatamente, nell'ipotesi di spese o di danni incontrati dal mandatario, nasce l'obbligazione del mandante verso il mandatario. Si verifica, insomma, nel *mandatum* una situazione analoga a quella dei contratti reali di *depositum* e di *commodatum*: l'obbligazione tipica è quella del 'ricevente', e dà luogo all'azione, a sua volta, tipica del contratto (*actio depositi*, *commodati*), mentre del tutto eventuale è una contro-obbligazione del 'dante', a tutela della quale si riconosce un'azione detta appunto 'contraria'. Questa costruzione del *mandatum*, ripresa anche dall'Albanese, ha certamente il merito di cogliere il diverso peso delle due obbligazioni *ex mandato* nella realtà e di tener conto della diversa frequenza statistica delle due azioni contrapposte. Essa però è contrastata, fra l'altro, dall'esplicita dichiarazione di Gaio, il quale per tutti e quattro i contratti consensuali (mandato compreso) afferma (3.137) che '*alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*' e riafferma più in là il principio anche in ordine proprio al mandato (3.155: '*et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*'). Il fatto innegabile che l'obbligo del mandatario di eseguire fedelmente il mandato viene alla luce sempre e in ogni caso, oltre tutto contraddistinguendo l'istituto, mentre l'obbligo del mandante verso il mandatario emerge solo quando il rapporto, a così dire, soffre, non significa che entrambi gli obblighi contrapposti non siano sorti al momento del contratto.

66. Veramente singolare è, comunque, quel che da altri studiosi si afferma, almeno limitatamente al *mandatum credendi*: e cioè che da questa figura specifica di mandato nasce, sí, l'obbligo del mandante di risarcire il mandatario delle eventuali perdite, ma non nasce un vero e proprio obbligo del mandatario ad eseguire il mandato. L'asserzione è basata sul ragionamento che, se un mandato di credito è un *mandatum 'tua gratia'* (nell'interesse del mandatario), il mandante non può proclamarsi in diritto di pretendere che il mandatario conceda il credito, come promesso, a Tizio. È proprio questa, peraltro, la ragione per cui deve opporsi che il mandato di credito non è un mandato contratto nell'interesse esclusivo del man-

datario, ma è un mandato al quale il mandante, visto che lo contrae, ha anche un proprio personale interesse. Ad ogni modo, vi è un responso di Cervidio Scevola (6 *dig.*, D. 17.1.62.1), che, salvo a volerlo ritenere ad ogni costo (ed irragionevolmente) interpolato, taglia la testa al toro. Tizio, l'interrogante, comunica al giurista di aver emesso un mandato in questi termini: 'Lucio Tizio augura buona salute al caro Caio. Ti chiedo e ti do incarico di dare fideiussione (*ut fidem dicas*) a favore di Publio Mevio presso Sempronio (suo creditore), e tutto ciò che da Publio Mevio non sarà stato eventualmente pagato io ti dichiaro, con questa lettera manoscritta, che me ne assumerò la responsabilità (*me repraesentaturum*)'. Ciò premesso, Tizio chiede se Caio, il mandatario, sia tenuto verso di lui (*an actione teneatur*) nella ipotesi che non abbia prestato la fideiussione per Mevio, ma abbia invece dato a sua volta mandato (di prestare a Mevio) al creditore (Sempronio). Malgrado le sue contorsioni stilistiche, il dettato è chiaro e la risposta di Scevola è per il sí (*respondit teneri*): Caio, pur avendo dato la garanzia in modo diverso dalla fideiussione, e precisamente mediante un mandato di credito, può essere citato e fatto condannare da Tizio, con l'*actio mandati directa*, nell'ipotesi che non si sia attenuto alla sostanza del contratto (per esempio, abbia coperto Mevio per un importo minore o per un tempo inferiore a quello convenuto con Tizio). Non vi è dubbio che perplessità altrettanto notevoli sarebbero potute scaturire dalla fattispecie esposta nel testo di Scevola se Tizio, il mandante, si fosse ritenuto libero da ogni responsabilità nei riguardi di Caio, il mandatario, e fosse stato Caio a citarlo con l'*actio mandati contraria* per farsi rimborsare di tutto il perduto. Ma in questo caso avremmo dovuto leggere un '*teneatur*' o un '*teneretur*', al posto di '*teneatur*', e per di più la risposta di Scevola sarebbe dovuta essere, forse, in considerazione dell'eccesso di Caio dai limiti del mandato: '*respondi (Titium) non teneri*'.

67. Sia che agisse con l'*actio directa* contro un mandatario inefficiente nei confronti del debitore principale, sia che fosse convenuto con l'*actio contraria* da un mandatario scoraggiato ed eventualmente addirittura scornato in giudizio dal debitore stesso, il *mandator pecuniae credendae* poteva subordinare il rimborso dovuto al mandatario alla preventiva cessione da parte di costui delle sue armi contro il debitore principale. Con questo sistema, il mandatario veniva assolto, oppure condannato dal giudice, '*ex fide bona*', ad un ammontare limitato, mentre il mandante, agendo contro il debitore principale in luogo del mandatario-creditore, cercava di ottenerne prima la condanna al pagamento, e poi, in subordinata, l'effettiva costrizione al

pagamento in sede esecutiva. Salvo che il debitore principale, convenuto dal mandatario-creditore per il pagamento, fosse già stato assolto, l'espedito della cessione del credito al mandante poteva avere, tanto per il mandante quanto per il mandatario, la sua convenienza pratica. Il modo piú semplice e piú diffuso per attuarlo, prima che si diffondesse il riconoscimento di un'*actio utilis suo nomine* al cessionario contro il debitore principale, consisteva in ciò: che il cedente (nel caso nostro, il mandatario) nominasse il cessionario (nel caso nostro, il *mandator pecuniae credendae*) suo *procurator ad litem* contro il debitore principale, esentandolo però dalla resa dei conti e facendone, per conseguenza, un '*procurator in rem suam*', un rappresentante a vantaggio proprio (e non del rappresentato). Il difetto maggiore di questo sistema era che la *procuratio* scadeva automaticamente con la morte di una delle due parti, e che inoltre il rappresentato (cedente) poteva sempre revocare la procura (ed esigere personalmente il debito) sino a che il *procurator* (nel caso nostro, il mandante cessionario) avesse ottenuto la *litis contestatio* processuale. Ma le incertezze in materia sono, si ripete, numerose, e non vale rivangarle in questa sede.

68. In questa sede val piuttosto la pena di riferire alcune decisioni giurisprudenziali di indubbia classicità, le quali dimostrano con quanta cautela ed attraverso quante incertezze si sia addivenuti all'ammissione della *cessio* in ordine al *mandatum credendi*. Va ricordato, in primo luogo, un frammento di Salvio Giuliano (14 *dig.*, D. 46.1.13), che piú tardi Gaio (9 o 10 *ad ed. prov.*, D. 17.1.27.5) riproducesse, per la grande importanza attribuitagli, quasi alla lettera. 'Io (Tizio) ho dato a te (Caio) mandato di prestar 10 a Sempronio e tu agisci contro di me con l'*actio mandati contraria*: questo non significa che Sempronio sia liberato dall'obbligazione, implica però che io mandante non dovrò essere condannato al pagamento, se prima tu mandatario non mi passi le azioni creditorie che avevi contro Sempronio. Se poi tu, anziché prendertela con me mandante, agisci per il pagamento contro Sempronio, non perciò io sarò liberato dalla mia obbligazione *ex mandato*, perché ti sarò sempre debitore nei limiti di ciò che non avrai potuto ottenere da Sempronio'. Giuliano, come si vede, pone molto chiaramente in luce che, nel caso di *mandatum pecuniae credendae*, l'azione esercitata contro il debitore non preclude al mandatario garantito il diritto di chiedere il residuo al *mandator* e l'azione esercitata contro il *mandator* non porta alla condanna (nella fase *apud iudicem*) se non vi sia cessione delle azioni al *mandator*.

69. Altro insegnamento da ricordare è contenuto in un responso di Papiniano (28 *quaest.*, D. 46.3.95.10), del quale la eco ci è pervenuta, in una redazione meno complessa e criticamente più discutibile, anche attraverso Ulpiano (14 *ad ed.*, D. 17.1.28), che comunque ha avuto sotto gli occhi un dettato diverso (l. 3 *quaest.*, invece di l. 28 *quaest.*). Secondo Papiniano ed Ulpiano, dunque, il *mandator pecuniae credendae* che, essendo intervenuto col mandato a favore di un certo debitore, paga il mandatario non libera *ipso iure* il debitore, perché egli ha pagato per conto del debitore: ne consegue che il debitore, non essendo stato liberato *ipso iure*, potrà opporre una *exceptio doli* al mandatario che lo convenga in giudizio per il pagamento, mentre il mandatario sarà tenuto a cedere le azioni contro di lui al mandante. E ciò significa, se non andiamo errati, che la cessione delle azioni poteva essere pretesa dal mandante anche fuori del processo, ove egli effettuasse nelle mani del *mandatarius* la *solutio* del debito.

4. LA GENESI DELL'ISTITUTO: RINVIO

70. Le analisi testuali condotte dianzi ci hanno fornito, nella varietà dei casi esaminati, una sostanziale conferma delle linee generali del *mandatum credendi* durante la fase adrianea del periodo classico, così come esse sono state tratteggiate all'inizio: il contratto (ripetiamolo ancora una volta) svolgeva funzioni di garanzia personale delle obbligazioni, analoghe a quelle della *fideiussio*, ed era strutturato come un mandato a far credito ad un certo debitore: mandato che obbligava il *mandator* (garante) a rivalere il *mandatarius* (garantito) di ogni perdita derivante da inadempienza del debitore. È probabile che questo assetto adrianeo del nostro istituto si sia profilato in buona parte già nella fase augustea del periodo classico, e forse anche prima. Tuttavia, ove si guardi alla fase augustea del diritto classico ed all'ultimo secolo del periodo preclassico, risulta abbastanza evidente che l'affermazione è stata progressiva e non certo del tutto lineare. Si intravedono infatti i segni di un processo di formazione partito, a quanto è dato presumere, da una base iniziale alquanto diversa da quello che fu il traguardo di arrivo: ciò, sia per quanto concerne la funzione, sia per quanto concerne la struttura stessa del *mandatum credendi*. Tuttavia non è purtroppo possibile andare in argomento oltre i limiti di una congettura. Gli indizi del supposto processo di formazione sono troppo scarsi ed

ambigui per permettere di piú: essi si connettono, infatti, alla lettura di tre soli testi, che rappresentano altrettante distinte versioni di un unico discorso fatto, peraltro soltanto in età adrianea (e piú precisamente, sotto Antonino Pio), dal giurista Gaio: Gai. 3.155-156, Gai 2 *rer. cott.* D. 17.1.2, I. 3.26 pr. 6.

71. Giocando su questi tre testi gaiani, io sono pervenuto, nel saggio del 1994 che qui non riproduco, alla conclusione ipotetica che il *mandatum pecuniae credendae* sia spuntato e si sia diffuso nel corso avanzato del primo secolo a. C.: in quello cioè che io tendo a chiamare il ‘periodo augusteo’ dell’età preclassica. In quell’intenso periodo di alte fortune di Roma, ma anche di torbidi, di ipocrisie e di menzogne (di cui molto traspare tra le righe delle virtuose *Res gestae divi Augusti*), si moltiplicarono le attività di guadagno illecito, anche e sopra tutto a favore della *nobilitas*, e ovviamente gli espedienti intesi a nascondere tali attività. Il *mandatum credendi* (istituto non a caso avverso da Servio Sulpicio Rufo) fu uno di questi espedienti: in apparenza aveva funzioni di garanzia, in realtà mascherava il prestito a usura, oppure quella che si dice in Italia la ‘tangente’.

72. Tutto qui. È un’ipotesi, solo un’ipotesi: tengo a ripeterlo, a confermarlo e a ribadirlo. Può essere che mi sbagli, forse anche perché influenzato dalla ‘nausea’ (nel senso sartriano della parola) dell’Italia del 2010 in cui vivo e in cui sono destinato a morire. Ad ogni modo mi si consenta di dire, a mia attenuante, che un’ipotesi esplicitamente confessata vale qualcosa in piú della convinzione di don Chisciotte quando esclamava: ‘Yo pienso y es así’. Ecco, pensate a Galileo Galilei (1564-1642). Perché a un certo punto accettò la condanna di una sua teoria che il mondo contemporaneo tuttora proclama una certezza? Perché anche quella sua convinzione non era esente in lui dal dubbio che fosse in avvenire bollata come frutto di mera fantasia (‘Secondo l’opinione mia, a chi vuol una cosa ritrovare bisogna adoperar la fantasia, e giocar d’invenzione e indovinare’: (cfr. *Capitolo contro il portar la toga*).

Napoli, 31 dicembre 2010