ALLE ORIGINI DEL « MANDATUM CREDENDI »

1. — In un corso di lezioni del 1982-83¹, dopo aver analizzato lo stadio « giustinianeo » del mandato di credito (« mandatum pecuniae credendae » o, piú esattamente, « mandatum credendi »), risalii al periodo classico, distinguendo tra la fase « augustea » (sino a Traiano) e la fase « adrianea » (da Adriano in poi) dello stesso. Per quanto attiene alla fase adrianea, convenni con la communis opinio che il contratto 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. Ma è a questo punto che sorgono i dubbi.

È probabile che l'assetto adrianco 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 e, prima ancora, all'ultimo secolo del periodo preclassico, risulta abbastanza evidente che l'affermazione dell'assetto di garanzia del mandatum credendi sia stata, si sia concretata, in modi progressivi e non certo del tutto lineari. Si intravvedono 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.

Purtroppo, non è 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, in-

^{*} In Homenaje Murga Gener (1994) 649 ss.

¹ Su tutto: A. Guarino, «Mandatum credendi» (Napoli 1982) passim, ma specialm, p. 107 ss. V. anche: A. Guarino, Diritto privato romano¹⁰ (1994) n. 89.7. L'occhio esperto dei lettori di questa raccolta, e in primo luogo quello del collega ed amico J. L. Murga Gener cui essa è dedicata, mi affrancano dall'onere di appesantire questa nota con altre citazioni bibliografiche.

fatti, alla lettura di tre soli testi, che rappresentano altrettante distinte versioni di un unico discorso fatto, peraltro soltanto in età adrianea (e più precisamente, sotto Antonino Pio), dal giurista Gaio: Gai 3.155-156, Gai. rer. cott. D. 17.1.2, I. 3.26 pr.-6.

2. — Cominciamo con Gai 3.155-156, che ci viene presentato, per quanto solitamente si insegna, come un brano appartenente al testo « genuino », pervenuto sino a noi indipendentemente dalla compilazione di Giustiniano, del celebrato manuale elementare del diritto (privato) romano scritto dal giurista non altrimenti a noi noto che con il prenome di Gaio.

La tentazione è forte, ma eviterò di fermarmi, sia pure brevemente, sulla questione gaiana, almeno per ciò che tocca la identità di Gaio, la profondità del suo pensiero, i modelli cui egli si rifece nelle *Institutiones*, le fonti cui attinse nello scriverle e il grado di elaborazione della materia cui pervenne nel licenziarne il manoscritto. La letteratura in materia è vastissima, quasi sconfinata, e le cose che (piú o meno attendibilmente) sono state dette sui vari punti dianzi elencati svolgono, si può dire, tutta la gamma delle possibilità argomentative o, non di rado, inventive e fantastiche.

Fermarsi sul testo « genuino » di Gaio di cui disponiamo è, peraltro, necessario. Ed è necessario per puntualizzare che esso, in verità, non è genuino al cento per cento. Cosa che non può e non deve poi tanto stupire chi ricordi che il manoscritto di Gaio è costituito, in massima parte, da un codice pergamenaceo che non sembra per nulla redatto, nella materialità della sua trascrizione, nel secolo di Gaio (il secondo), o magari anche nel secolo successivo, ma è stato compilato nel quinto secolo dopo Cristo, cioè appena un secolo prima della compilazione giustinianea: il famoso « manoscritto veronese », cui si aggiungono un paio di ritrovati papiracei o pergamenacei piú o meno coevi, ma di estensione estremamente minore.

Qualcosa di molto affine ad un glossema « privativo », cioè ad un taglio mal rabberciato, si scorge, a mio avviso, in Gai 3.155-156.

Gai 3.155: Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet. 156. Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam

faenarares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. item si hortatus sim, ut rem aliquam emeres, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. (sed) Servius negavit, nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. (sed) sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Come si vede, Gaio (3.155) apre i suoi cenni sull'istituto, dicendo che il mandatum prende consistenza (cioè si realizza validamente, cioè ha ragion d'essere) in due ipotesi: che sia fatto nell'interesse del mandante, oppure che sia fatto nell'interesse di un terzo estraneo sia al mandante che al mandatario (« mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena »). E questo concetto viene da lui subito ribadito col dire che l'obbligazione da mandato si può contrarre (beninteso, se il mandatario accetta) tanto se io (Tizio) abbia dato incarico a te (Caio) di gerire i miei affari, quanto se io Tizio abbia incaricato te Caio di gerire gli affari di un terzo, diciamo gli affari di Sempronio (« itaque, sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio »).

Chiamiamo, secondo l'uso, i due tipi di mandato indicati da Gaio come « mandatum mea gratia » e, rispettivamente, come « mandatum aliena gratia ». Il testo gaiano non vuole affatto escludere (ed anzi forse lo sottintende) che siano validi anche i mandati « misti », cioè i mandati « mea et aliena gratia », « mea et tua gratia », « tua et aliena gratia ». La sola cosa che a Gaio preme qui di mettere in chiaro è che non è valido un altro tipo di mandato: quello « tua gratia ». Del resto, egli passa ad affermarlo esplicitamente in apertura del paragrafo successivo (3.156): « nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum ».

Perché è « supervacuum », cioè assolutamente privo di contenuto ragionevole (quindi infondato, impensabile, invalido), il mandato contratto nell'interesse del solo mandatario? La risposta è evidente: perché un contratto è per definizione un componimento di interessi contrapposti, di interessi di due « parti » poste l'una di fronte all'altra, mentre nel mandatum tua gratia il mandator incarica il mandatario di fare ciò che è esclusivamente nell'interesse di quest'ultimo. Se quindi il mandato è fatto davvero ed esclusivamente per i comodi del mandatario, è inammissibile che quest'ultimo sia « obbligato » verso il mandator ad

eseguirlo. Il mandatario si troverà nella condizione di « doverlo » eseguire solo se ed in quanto avrà autonomamente deciso di farlo: « quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandato facere debes ».

Il ragionamento di Gaio è esatto, ma è piuttosto artificioso. La sua astrattezza si rivela allorquando Gaio tenta di confortarlo con un paio di esempi pratici: primo, se io Tizio ti ho genericamente esortato (« si hortatus sim ») a date in prestito ad interessi il danato che tenevi inutilizzato in cassaforte, a te Caio non spetterà l'actio mandati (contraria) contro di me nell'ipotesi che il prestito da te operato non sia andato a buon fine; secondo, se io Tizio ti ho altrettanto genericamente esortato (« si hortatus sim ») a comprare una certa cosa e la compera si rivelerà un cattivo affare, non sarò tenuto a rimborsare te Caio in base all'actio mandati (contraria). Due esempi, come ognuno può constatare, con i quali si cambiano letteralmente le carte in tavola: non solo perché non spiegano la inesistenza dell'obligatio del mandatario, ma perché fanno dipendere la inesistenza dell'obbligo del mandator dal fatto che non vi è stato nei fatti un « mandato », invalido anche se accettato, bensí si è verificata in realtà nulla più di una « esortazione » unilaterale, o comunque nulla piú di un'esortazione accettata e seguita dall'altra parte sul piano del consiglio, e non su quello dell'incarico. Ora, qualunque attività formi oggetto di una semplice mia esortazione a te, è chiaro che non sia vincolante: anche se si tratti di un affare compiuto da te mea gratia o aliena gratia.

Il paragrafo 3.156 gaiano si rivela, insomma, ancor piú del precedente paragrafo 155, una modesta esercitazione di logica giuridica. Allo scopo di sostenere che i generici consigli, i puri e semplici incitamenti, le esortazioni del tutto amichevoli, specie se compiuti in vista dell'esclusivo interesse del soggetto passivo, non fanno diritto, non danno luogo ad un rapporto giuridico da mandato, e tanto meno autorizzano il soggetto passivo a scaricare sul cattivo consigliere gli effetti dell'affare andato a male, ecco che Gaio escogita la categoria del mandatum tua gratia, contrapponendola alle categorie del mandatum mea gratia e del mandatum aliena gratia, di cui al paragrafo precedente. Ma si tratta di una categoria contrattuale veramente equivoca. Letteralmente presa, essa impedisce assurdamente di considerare valido qualunque mandato in cui sia implicato l'interesse del mandatario, o anche del mandatario. Interpretata restrittivamente, nel senso di mandatum tua « tantum » gratia, cioè fatto nell'esclusivo interesse del mandatario (e di nessun altro), essa non trova

in pratica serie possibilità di realizzazione, perché non si vede la possibilità di un contratto di mandato che, essendo veramente un « contratto », non coinvolga anche l'interesse del mandante a contrarlo.

3. — La ragione pratica per cui Gaio, stando almeno al manoscritto veronese, ha parlato di mandatum tua gratia, da considerarsi invalido, la si ricava dal séguito del paragrafo 3.156. Il giurista vi si comporta un po' come chi scenda da una perigliosa mongolfiera mettendo finalmente piede su terra, e dice: « al pratico, tutto questo discorso si traduce nel fatto che si giunge oggidí al punto di far questione in ordine al se sia tenuto ex actione mandati (contraria) verso di te (mandatario) colui che ti ha dato mandato di dare danaro ad interesse alla persona di Tizio » (« et adeo hacc ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares »).

Queste parole del Veronese destano l'attenzione del critico almeno per tre motivi. In primo luogo, varia qui radicalmente l'impostazione formale del discorso: il mandator, infatti, non viene più impersonato da Ego, cioè da colui che scrive, ma è diventato una terza persona che dà incarico a Tu (il mandatario) di fare credito al debitore. In secondo luogo, il mandato non ha qui per oggetto un mutuo da farsi a chicchessia, ma ha per oggetto un prestito ad interesse da farsi a persona determinata, cioè a Tizio. In terzo luogo, si dà qui per attualmente controverso, cioè per una questione che è tuttora aperta e discussa ai tempi di Gaio (« ut quaeratur », al presente), quello che invece, per quanto sappiamo, sotto Antonino Pio era un principio ormai largamente riconosciuto: la possibilità di porre validamente in essere un mandatum pecuniae credendae a persona determinata, con o senza interessi, relativamente ad un ammontare anche esso determinato, quanto meno nel massimo.

A rilievi di questo tipo certi studiosi si affrettano solitamente a replicare (e lo hanno fatto su larga scala), ricorrendo alla solita solfa del Gaio giurista di « serie B ». Gaio era, tutto sommato (dicono), un giurista alquanto arretrato, incline cioè a considerare ancora vive e vegete le dispute ormai in gran parte superate, che erano intervenute, nel primo secolo e ai primi inizi del secondo secolo, tra la scuola dei Proculiani, facenti capo a Labeone ed a Proculo, e la scuola dei Sabiniani, facenti capo a Capitone e Sabino. Di riferire queste vecchie diatribe, anche se ormai fatiscenti, Gaio visibilmente si compiace, così come visibilmente si compiace di mettere in evidenza la sua fedele adesione alle tesi dei Sabiniani, che egli chiama rispettosamente « praeceptores nostri ». Nulla di strano, dunque, e nulla di male (affermano gli studiosi di cui

sopra), che Gaio introduca visibilmente a forza, nel contesto di 3.156, la notizia relativa alla trapassata questione (se mai questione vi fu) del mandato di credito, anzi del mandato di prestito ad interesse (mandatum faenerandi) e che mostri altresi di ritenere questa controversia come tuttora attuale.

La tesi ora esposta avrebbe qualche consistenza, se la questione circa la validità o meno del mandatum faenerandi fosse davvero una tra le varie questioni dibattute tra Sabiniani e Proculiani. Ma non è cosí. Non solo la divergenza tra Servio Sulpicio Rufo e Masurio Sabino è la divergenza tra un morto ed un vivo (o, piú precisamente, tra due giuristi fioriti in epoca diversa), ma la distinzione tra Sabiniani e Proculiani non risale a tempi anteriori a quelli di due giuristi di età augustea, rispettivamente Ateio Capitone e Antistio Labeone. Anzi, per Gaio Labeone è già un illustre giurista che precede quella distinzione e che esprime opinioni indipendenti dall'etichetta proculiana o sabiniana e ininfluenti sulle dottrine proculiane: il che si può riscontrare, ad esempio, in 3.140, ove l'opinione di Labeone in tema di prezzo nella compravendita viene indicata come approvata dal sabiniano Cassio, o in 3.183, ove l'opinione di Labeone sui genera furtorum viene presentata a guisa di un'opportuna correzione delle categorie individuate anni prima da Servio e perfezionate anni dopo da Sabino. Gaio, dunque, non allude ad una diatriba tra Sabiniani e Proculiani, ma riporta l'opinione negativa di Servio perché fu un'opinione che dovette fare epoca, e passa poi ad esporre e ad accogliere la tesi diffusa parecchi decenni più tardi da Sabino perché è quella che viene seguita dalla generalità dei giuristi del suo tempo.

Leggiamo, infatti, piú attentamente i due periodi. Posta la questione circa la validità del mandatum Titio faenerandi, Gaio dice, come di una cosa del remoto (ed estinto) passato, che Servio Sulpicio negò la validità dell'istituto (« Servius negavit »), sostenendo che il mandato di fenerare specificamente a Tizio non è poi molto diverso dal mandato generico di fenerare a chi si voglia il danaro di cui si dispone. Dopo di che, facendo ostensibilmente un salto nel tempo, Gaio passa a dirci che, ai suoi giorni, « seguiamo l'opinione di Sabino, il quale la pensa in senso opposto, perché tu mandatario non avresti fatto credito a Tizio, se non ti fosse stato dato il relativo mandato » (« sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset »).

Insomma, la netta impressione che si trae dalla lettura di Gai 3.156,

nella redazione del Veronese, è che il discorso sia fortemente accorciato, probabilmente a causa di tagli e ricuciture operati successivamente alla stesura di Gaio. Mentre Gaio, quello vero, si era diffuso sulle questioni relative al mandatum Titio faenerandi ed aveva fatto il quadro di tutto un movimento giurisprudenziale che partiva dalla tesi negativa di Servio e arrivava gradatamente (e motivatamente) alla impostazione positiva di Sabino, il Veronese ci presenta, a causa dei tagli sopravvenuti, un sorprendente « tu per tu » tra Servio e Sabino (e seguaci di Sabino). Il quale Sabino, si badi, non limita il suo discorso al « mandatum Titio faenerandi », ma parla piú in generale di « mandatum credendi » (con o senza interessi a carico del mutuatario ed a favore del mutuante) e ricorre, per sostenerne la validità, ad una proposizione sostanzialmente tautologica: un mandatum credendi impegna il mandante verso il mandatario per il fatto che il mandatario mai avrebbe fatto credito ad una certa persona (Tizio) se non ne avesse avuto il preciso mandato (che è quanto dire che un « mandatum Titio credendi » produce effetti giuridici obbligatorii se è un « mandatum » giuridico e non è un consiglio).

4. — Prima di trarre le nostre conclusioni, è molto importante segnalare che i paragrafi 3.155-156 del Gaio veronese trovano una rispondenza piuttosto distorta, ma non assolutamente infedele, negli altri due testi gaiani già indicati: D. 17.1.2, estratto dal libro 2 rerum cottidianarum, e I. 3.28 pr.-6, chiaramente riflettente sia il dettato riprodotto nel Veronese, sia il dettato delle res cottidianae.

Il frammento delle res cottidianae deriva (cosí ancora da molti giustamente si pensa) da una opera che è attribuita dai Digesta anch'essa a Gaio, ma che, secondo autorevoli studiosi, è da ritenere piuttosto il frutto di una rielaborazione postclassica del manuale gaiano. L'Arangio-Ruiz ha addirittura sostenuto che delle « res cottidianae », anche note come « aurea » o « libri aureorum », le stesure postclassiche, non in tutto identiche tra loro, sarebbero state due e che la copia usata dai compilatori dei Digesta sia stata diversa da quella utilizzata dai compilatori delle Institutiones: il che, anche per quanto concerne il nostro argomento, varrebbe a spiegare il diverso modo in cui le istituzioni gaiane vengono utilizzate dai frammenti delle res cottidianae trascritti nei Digesti e dagli squarci che ad esse probabilmente si riallacciano nelle Istituzioni di Giustiniano.

Per mio conto, non vi sono molti dubbi circa le rielaborazioni postclassiche delle Institutiones Gai che vanno sotto il nome di res cottidianae o di aurea, ma non deve commettersi l'errore di prendere il manoscritto di Verona a specchio del Gaio genuino. L'esistenza delle res cottidianae e degli aurea conferma solo la tesi che il manuale di Gaio fu largamente usato e manipolato in età postclassica, sicché il Codice veronese del quinto secolo non autorizza affatto i lettori a giurare « in verba Gai ».

Comunque, ciò che si legge nel frammento delle res cottidianae (e che qui non riproduco letteralmente per ragioni di brevità) è piú articolato ed è, nel contempo, sostanzialmente meno ambiguo di ciò che si legge in Gai 3.155-156. Il mandato, vi si trova detto, può essere validamente contratto secondo cinque schemi: « mea tantum gratia », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favor mio (es.: comprare un fondo per mio conto o prestare fideiussio per me); « aliena tantum gratia », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore del terzo Sempronio (es.: comprare un fondo per suo conto o prestare fideiussione per lui); « mea et aliena gratia », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore mio e anche del terzo Sempronio (es.: comprare un fondo per noi due o prestare fideiussione per entrambi); « tua et mea gratia », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore tuo e anche mio (es.: dare un prestito ad interessi ad un terzo, cui altrimenti dovrei mutuare io la somma); « tua et aliena gratia », se io Tizio incarico te Caio di compiere un affare a favore tuo e anche del terzo Sempronio (es.: fare a Sempronio un prestito ad interessi, col risultato che Sempronio ci ricava il prestito che gli occorre, mentre tu Caio ci guadagni gli interessi).

La classificazione non è certo un modello di chiarezza e senza l'adduzione degli esempi sarebbe di comprensione non poco difficile. Ad ogni modo, essa riesce a sistemare tra i mandati validi sia il mandatum pecuniae credendae sine usuris (che chiaramente rientra nell'ipotesi di mandatum aliena gratia, cioè a favore del terzo debitore), sia il mandatum pecuniae credendae cum usuris (che è visto come mandatum tua et aliena gratia, cioè nell'interesse del mandatario, quanto agli interessi, e del terzo debitore, quanto alla somma mutuata). Questa sistemazione spiana il campo che resta, sí che il giurista può tranquillamente concludere che invalido, cioè non determinativo di effetti obbligatori, è solo il mandatum « tua tantum gratia » (o « tua autem gratia », come per verità si legge nei manoscritti), cioè l'invito generico a fare buon uso dei propri danari (es.: l'invito a impiegarli in compere di fondi anziché in prestiti ad interesse, oppure in prestiti ad interesse anziché

in investimenti fondiarî): un mandato che è tale per modo di dire, dal momento che si tratta piuttosto di un consiglio extragiuridico (« cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia ex consilio nemo obligatur »).

Del tutto sottaciute dal frammento delle res cottidianae sono le opinioni di Servio e di Sabino, sulle quali si diffonde il Veronese. E se ne capisce il perché. Tanto il « mandatum Titio faenerandi », quanto il « mandatum Titio sine usuris credendi » sono stati precedentemente sistemati nelle loro caselle. Altro non occorreva ai compilatori dei Digesta giustinianei quando hanno messo insieme, con l'apporto di molteplici altri ritagli della giurisprudenza classica, il titolo D. 17.1.

5. — Venendo al testo delle *Institutiones* giustinianee, sia lecito notare (anche se non è rilevante) che il brano è di lettura alquanto stucchevole perché è scritto dall'imperatore col « nos » maiestatico, e Sua Maestà non si degna di figurare negli esempi e di parlare perciò di « mea gratia », di « mea et tua gratia » e via dicendo.

Ma guardiamo alla sostanza. In una prima parte il testo coincide con l'articolata classificazione delle res cottidianae, mentre in una seconda parte esso dice qualcosa che nel frammento delle res cottidianae non si legge, e che si legge, ma in termini non del tutto identici, nel manoscritto veronese: e cioè che vi fu in antico (ma ora non vi è piú) discussione (« quaesitum est ») circa la validità o meno del « mandatum Titio faenerandi » e l'opinione vincente (senza alcun cenno alla tesi negativa di Servio) fu quella di Sabino (« optinuit Sabini sententia »).

I. 3.26.6: Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius quam in emptiones praediorum colloces. cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio [mandati] obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres vel eam credas, quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo baec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares; sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Un esegeta non prevenuto difficilmente potrà continuare ad asserire,

giunto a questo punto, ciò che invece solitamente e con grande sicurezza dagli autori si sostiene: vale a dire che, delle tre versioni « gaiane » che abbiamo esaminate, quella piú vicina all'archetipo, anzi quella che riproduce fedelmente l'archetipo gaiano del secondo secolo, sia la versione tramandataci dal Veronese. Tutte e tre le versioni, ivi compresa quella del manoscritto di Verona, presentano, al contrario, chiari indizi di contraffazioni successive a Gaio ed ai tempi di Gaio. Tutte e tre riflettono in maniera presumibilmente deforme ciò che Gaio può aver scritto nell'edizione originale delle sue *Institutiones*.

Naturalmente, l'insegnamento originario di Gaio, fatti salvi gli improbabili ritrovamenti documentali che potranno avvenire in futuro, noi non siamo in grado di conoscerlo con sicurezza. Ma, guardando cosí al Veronese come alle due versioni giustinianee, una certa idea di esso, non del tutto campata in aria, possiamo pur farcela.

Gaio ha probabilmente davvero esordito con la distinzione tra « mandatum mea gratia » e « mandatum aliena gratia », che si legge in 3.155 del Codice veronese. Forse egli ha anche proseguito con le suddistinzioni e con gli esempi che si incontrano in D. 17.1.2: suddistinzioni ed esempi che non contrastano l'impostazione iniziale, ma che utilmente la svolgono e la chiariscono. Sia come sia, lo scopo ultimo del suo discorso era di mettere in chiaro che è uno pseudo-mandato, un « mandatum supervacuum », il mandato « tua gratia (tantum) », cioè il mandato in cui il cosí detto mandante incarica il cosí detto mandatario di esplicare, nell'interesse esclusivo di quest'ultimo, un'attività delle cui conseguenze dannose non è logicamente pensabile che la responsabilità possa cadere su lui.

È chiaro che la responsabilità del mandatum tua tantum gratia potrà essere assunta in concreto, dal mandator, con un separato contratto, per esempio con una stipulatio, ma quel che importa è che lo schema del mandatum tua gratia, isolatamente preso, quella responsabilità assolutamente non la implica. Non è infatti concepibile che dall'esortazione del tutto generica ad impiegare i propri danari in investimenti fondiari o in prestiti usurari derivi un obbligo giuridico di accollarsi le perdite di affari che il mandatario ha fatti di propria scelta esclusiva. Il discorso sul mandatum tua gratia che è supervacuum non fa, insomma, una grinza.

Con riferimento al « mandatum faenerandi » Gaio (parlo sempre di quello genuino) dovette dire qualcosa di piú. Egli dovette dire, suppongo, che anche di fronte alla precisazione, fatta dal mandante al mandatario, di prestare i suoi soldi a Tizio, cioè ad un debitore de-

terminato, si dubitò a lungo, tra i giuristi romani, se il mandatum fosse vincolativo per le parti (e in particolare per il mandante), oppure non lo fosse. E, con un discorso che dovette essere ben più lungo di quello del Veronese, egli spiegò come mai dall'iniziale tesi contraria di Servio Sulpicio Rufo la communis opinio passò progressivamente a far sua la tesi, favorevole alla validità, di Masurio Sabino.

Già sappiamo, quando ci si occupi dell'assetto adrianeo del mandatum credendi, che l'opinione di Sabino coincideva non solo con quella di Pomponio ed Ulpiano, ma anche con quella del proculiano Giuvenzio Celso figlio. Sarebbe stato irragionevole pensarla diversamente, anche se era più che umano che dubbi e discussioni in proposito sorgessero tra le parti interessate (il che spiega perché i giuristi possano essersi adoprati per fugarli). Ma perché mai Servio Sulpicio Rufo, che giurista avventato certamente non era, negò tanto recisamente la validità del « mandatum Titio fenerandi » e, per dirla con Gaio, « nec magis boc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret »?

Ecco quello che dobbiamo ora tentare, sia pur congetturalmente, di spiegare.

6. — La nostra congettura deve fondarsi, se non vado errato, su due ordini di considerazioni. Da un lato, va tenuto presente che il mandatum pecuniae credendae non era probabilmente ancora concepito, ai tempi di Servio, come istituto (o prevalentemente come istituto) di garanzia delle obbligazioni. Dall'altro lato, merita di essere sottolineato che il prestito usurario, il cosí detto fenus, era largamente considerato, sempre ai tempi di Servio, come una prassi al confine con l'immorale.

Per quanto attiene al punto della funzione esplicata dal mandatum credendi nel primo secolo avanti Cristo, non siamo in grado di escludere che essa fosse anche, surrettiziamente, una funzione di garanzia, ma tutto porta a credere che l'istituto non facesse ancora una rilevante concorrenza alla fideiussio e agli altri contratti di garanzia personale delle obbligazioni. Nelle forme « ut (pro Sempronio) fideiubeas » e « ut (Sempronio) credas » il mandatum fungeva piuttosto da mezzo di incentivazione del cosí detto « commercium ». Il mandato di Tizio a Caio affinché prestasse fideiussione « pro Sempronio » aiutava a procurare un garante nell'interesse di una persona (Sempronio) che avesse trovato un possibile mutuante (Mevio), ma non fosse riuscito a convincerlo ad effettuare il prestito senza congrua garanzia. Il mandato di Tizio a Caio

affinché prestasse danaro (o altre cose fungibili) a Sempronio serviva a procurare indirettamente il mutuante (Caio) a persona (Sempronio) che avesse appunto bisogno di un prestito. In ambedue le ipotesi Tizio, cioè il mandante, si configurava come qualcuno che non avesse al momento la possibilità (pratica o economica) di prestare la *fideiussio* o di effettuare il mutuo a Sempronio; oppute anche si configurava come qualcuno che, per certi suoi motivi, non volesse figurare collegato da un nesso negoziale diretto con Sempronio.

Un famosissimo testo di Ulpiano (D. 17.1.12.11) ci ha fatto conoscere il caso di un « adulescens luxuriosus » che, non volendo (o non potendo) dare nell'occhio come mutuante di Sempronia meretrice, aveva rivolto all'amico Caio (anch'egli furbescamente incline a non farsi troppo notare come suo amico) un « mandatum ut pro Sempronia fideiubeas ». Ma altri casi possono facilmente immaginarsi. E fra questi casi non infrequente dovette essere quello (notissimo anche alla prassi contemporanea) dell'« affarista occulto », con particolare riguardo all'affarista appartenente nel mondo d'oggi alla « gente bene » (quella che si atteggia al disgusto verso ogni attività mercantile) e appartenente, nel mondo romano della libera respublica al cosí detto « ordo senatorius ».

Tutto si riconnette, se si riflette bene, al fatto ben noto che la società romana degli ultimi due secoli avanti Cristo fu caratterizzata da forte richiesta di danaro liquido, sia per impieghi di lucro e sia per necessità varie determinate dalle frequenti guerre. Tanto piú che la fornitura di questo danaro apriva le porte a fortissimi guadagni, il mondo romano era pieno di affaristi mascherati, ai quali non piaceva di figurare pubblicamente come elargitori di prestiti, sia pur formalmente gratuiti. Infatti, anche se il vecchio divieto del commercio marittimo, posto al ceto senatorio dal famoso plebiscito Claudio del 218 a.C., non era piú ritenuto in vigore, è peraltro certo che il ceto senatorio cercava in tutti i modi di non apparire impegnato in attività da negotiatores o da mercatores, tanto piú che queste attività erano considerate, dalla legislazione dell'epoca (che va dalla lex Acilia repetundarum del 123 alla lex Iulia repetundarum del 59 a.C.), come altrettanti indizi del reato di cui tipicamente si macchiava, o era accusata nelle piazze, la nobilitas senatoria: il reato di concussione (crimen repetundarum), con tutte le sue molteplici varianti.

Al fine di difendere dagli sguardi indiscreti del pubblico l'affarista occulto, specie della nobilitas, il mandatum pecuniae credendae si prestava, dunque, nel modo migliore. E nel modo migliore esso si prestava

a coprire l'attività tanto largamente deplorata sul piano sociale, quanto largamente svolta sul piano economico, del prestito ad interesse.

Alla nostra mentalità moderna può sembrare strano che il prestito, di danaro o di quel che sia, non produca interessi, beninteso nella giusta misura indicata dalle condizioni di mercato. Per i Romani, invece, il mutuo (lo sanno tutti) era di per sé un negozio a titolo gratuito, perché era sorto in un'epoca in cui veniva praticato su piccola scala, tra famiglie amiche, e solitamente in funzione di altri separati vantaggi (eventualmente, anche di mutui) ticevuti o da ricevere. Solo quando la vita economica romana, nel secolo III avanti Cristo, si aprí alla frequenza degli scambi, anche i prestiti produssero regolarmente interessi (« usurae »), sia pure a mezzo di contratti distinti da quelli di mutuo, e in particolare a mezzo di stipulationes usurarum.

La disponibilità dei soggetti al pagamento degli interessi svegliava, è ovvio, la disponibilità degli abbienti (cioè degli « equites » e dei « senatores ») a concedere loro somme in prestito. Ma difficilmente li rendeva ciechi o incauti. Come oggi, malgrado la sua buona disposizione a pagare interessi (o almeno a prometterli), è ben difficile che una persona in bisogno trovi un'altra persona o una banca che gli aprano prontamente la cassaforte (e occorrono preventive informazioni, dichiarazioni di « affidavit » da parte di gente conosciuta, eventualmente garanzie reali o personali), cosí era anche nella società romana. E anche allora come oggi, purtroppo, le riluttanze dei finanzieri a prestare, quando il debitore non fosse persona sicura o congruamente garantita, si vincevano offrendo loro interessi più alti di quelli indicati dal mercato o talvolta fissati dalle solite assurde leggi limitative dei tassi. Interessi tanto elevati, da invogliare i finanzieri al rischio, e da trasformare l'operazione di prestito in una sorta di scommessa tra le parti. Caratteristica era a Roma (nella Roma del III-I secolo avanti Cristo) l'ipotesi del fenus nauticum, del prestito marittimo (oggi detto « a cambio marittimo »), in cui gli interessi si convenivano in almeno un altrettanto della somma mutuata, dunque in almeno il 100%, spesso anche in molto di piú, col patto che tutto « andasse a ramengo » se naufragava (come sovente avveniva a quei tempi) la nave in vista del cui viaggio il prestito era stato concesso. Molto diffuso era anche il prestito effettuato, sempre contro promessa di interessi elevatissimi, a persone in stato di forte bisogno (il prestito che oggi viene definito tipicamente « usurario »), contando non tanto sulla possibilità che queste persone si rimpannucciassero e restituissero il capitale, quanto sulla possibilità di ottenere molto a lungo, anche con minacce e peggio, i copiosi interessi, più gli interessi sugli interessi non pagati a tempo debito, sino ad averle spremute del tutto.

Tra i gentiluomini che nel secondo secolo avanti Cristo praticavano spietatamente, anche se copertamente, l'usura non va dimenticato l'austero Marco Porcio Catone, il famoso e noioso censore del 184. E fra i gentiluomini che seguirono quell'esempio illustre nel primo secolo avanti Cristo potrei citare Rabirio Postumo, Licinio Crasso il triumviro e molti altri, ma mi limiterò a segnalare Giunio Bruto (sí proprio il Bruto che uccise Cesare in nome della libertà), di cui le vicende del prestito strozzinesco alla città di Salamina ci sono note attraverso le lettere di Cicerone a quell'altra buona lana in materia di speculazioni che era Tito Pomponio Attico.

Naturalmente (ecco un'altra analogia tra il mondo romano e quello in cui viviamo) allora, non meno di oggi, le eccessive richieste di « usurae », l'anatocismo (la pretesa di interessi sugli interessi non pagati), la stessa attività di prestare « cum usuris », sia pur modiche, erano cose vivamente deplorate da tutti sul piano morale e sul piano sociale. Ciò non significa peraltro che i vampiri non vi fossero. Significa solo, come si è detto, che si nascondevano, che usavano « uomini di paglia » (Scazio e Mantinio furono i due prestanome di Bruto nell'affare Salamina), che trovavano quindi assai comodo ricorrere al mandatum pecuniae faenerandae.

7. — Cerchiamo ora, alla luce delle premesse formulate, di immaginarci la posizione di Servio Sulpicio Rufo di fronte alla probabile diffusione, ai suoi tempi, del *mandatum pecuniae faenerandae*.

Salvi casi speciali (quello del fenus nauticum, a quanto pare), il prestito « cum usuris » era proclamato universalmente immorale: pari all'omicidio, aveva detto, esageroso come sempre, Catone. Visto che vi erano leggi limitative delle usurae, certamente illecito era il prestito pattuito ad usurae superiori a quei limiti (generalmente considerati ristretti). Una lex Marcia di epoca imprecisata, della quale ci parla Gaio (4.23), legittimava i debitori a ricorrere direttamente alla legis actio per manus iniectionem per ottenere dai feneratores la restituzione degli interessi percepiti. Cesare si era addirittura fatto promotore di una vera e propria crociata, purtroppo a noi non nota nei particolari, contro gli usurai. Tutto in quegli anni portava, insomma, a ritenere nulli i prestiti cum usuris, e da non pagarsi quanto meno le usurae. Di piú: i finanziatori

occulti, di cui abbiamo sopra visto, si vedevano piovere sul capo le richieste di rimborso dei prestiti usurari fatti dai prestanome su loro mandato, sia pur con l'offerta della cessio actionum per poter poi andare di persona, se si sentissero di farlo, ad esigerli personalmente presso i debitori.

Tutto ciò posto, finalmente si chiarisce il motivo plausibile per cui Servio, interrogato circa la validità o meno del mandatum pecuniae faenerandae, sostenne che il negozio fosse invalido e che pertanto il mandatario non potesse convenire con l'actio mandati contraria il mandator. Invalido, il mandatum pecuniae faenerandae, non solo nel caso che fosse stato generico (« si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret »), ma anche, ed a maggior ragione, se fosse stato specifico e determinato nella persona del debitore: nel caso di « qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares ». Nel clima del primo secolo avanti Cristo, nell'età cesariana in ispecie, un giurista non poteva concludere altrimenti.

Molto diversa la situazione storica e socio-economica in cui si trovò a pronunciarsi Sabino.

All'epoca della fioritura di Masurio Sabino, nel primo cinquantennio dell'era volgare, i tempi delle guerre civili e del disordine sociale erano ormai da parecchio finiti, imperava la pax Augusta, i grandi affaristi di una volta si identificavano col princeps o si coprivano all'ombra di lui, tra la gente comune il prestito ad interesse era praticato con moderazione e a tassi, almeno formalmente, molto ragionevoli, mentre solo gli usurai in senso odierno, cioè gli strozzini, avevano una vita difficile. Non era l'età dell'oro, sia chiaro, ma era un'età in cui l'alta finanza viveva al di fuori del diritto e risolveva le sue questioni con transazioni, arbitrati, rimessioni al giudizio illuminato del princeps, evitando insomma il piú possibile la giustizia ordinaria. I giureconsulti se la facevano dunque con la gente comune e con le questioni economiche di calibro medio e piccolo, con un mondo cioè almeno apparentemente risanato dai mali piú gravi del passato.

Nel nuovo ambiente politico, sociale, economico del principato il mandatum pecuniae faenerandae perse quindi quelle connotazioni di radicale illiceità che avevano indotto Servio Sulpicio Rufo a proclamarlo nullo. Diventò o si ridusse a nulla piú che ad una sottospecie del mandatum pecuniae credendae (quello « sine usuris »), che era un mandato da sempre (anche per Servio) ritenuto valido. Anzi si iniziò in questi tempi anche l'utilizzazione dell'istituto a fini di delegazione ed a fini di garanzia delle obbligazioni, in concorrenza con la fideiussio.

Che altro poteva pensare, dunque, il saggio Masurio Sabino, se non che il mandatum pecuniae credendae, purché determinato nell'ammontare del credito e nella persona del debitore principale, fosse perfettamente valido? Lo scontro, come già detto, non avvenne tra Sabino e Servio, ma tra i tempi dell'uno e quelli dell'altro.

8. — Certo, negli anni, nei decenni, addirittura nei secoli che seguirono, almeno fino all'esaurimento dell'età classica, i dubbi e le discussioni non mancarono di presentarsi o ripresentarsi, in questa come in tante altre materie del diritto. Ma è nell'umano che tali cose succedano.

Ed è, in fondo, un bene che di tanto in tanto le perplessità vecchie o nuove che emergono dalla vita richiamino i giuristi al controllo, ed eventualmente alla correzione, delle conclusioni raggiunte.