

ALLE ORIGINI DEL « MANDATUM CREDENDI »

1. — In un corso di lezioni del 1982-83¹, dopo aver analizzato lo stadio « giustiniano » 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 inadempimento del debitore. Ma è a questo punto che sorgono i dubbi.

È probabile che l'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 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 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*.

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 romano*¹⁰ (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 piú 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 pergameneo 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 giustiniana: il famoso « manoscritto veronese », cui si aggiungono un paio di ritrovati papiracei o pergamenei 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 factururus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam*

faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis tecum mandati actionem. item si hortatus sim, ut rem aliquam emeris, 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 gestire i miei affari, quanto se io Tizio abbia incaricato te Caio di gestire 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 factururus 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 dare in prestito ad interessi il danaro 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, bensì si è verificata in realtà nulla più di una « esortazione » unilaterale, o comunque nulla più 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 più 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 mandante. Interpretata restrittivamente, nel senso di *mandatum tua « tantum » gratia*, cioè fatto nell'esclusivo interesse del mandatario (e di nessun altro), essa non trova

