

IL MANDATO E LA PROCURA

1. — È il corso di diritto romano che l'a. è stato improvvisamente chiamato a svolgere, nell'anno accademico 1948-49, a seguito della dolorosa scomparsa di Emilio Albertario, dalla cattedra di Pandette dell'Università di Roma. È dedicato, dal maestro davvero indimenticabile, agli « indimenticabili » allievi, ch'egli ha avuto nei 25 anni di insegnamento a Napoli.

Il libro si divide in 30 paragrafi, di cui il primo contiene una breve premessa (p. 1-2) e i rimanenti sono raggruppati in 5 capitoli e una appendice.

A) Nel cap. I (§§ 2-9, p. 3-43: « Il mandato e gli altri casi di gestione per conto altrui ») l'a. procura, a titolo preliminare, di differenziare dal mandato ogni altra fattispecie di gestione per conto d'altri. Egli parla, pertanto, brevemente, dei casi originari di gestione (*cognitor*, *fiducia cum amico*: § 2, p. 3-6), dei negozi compiuti *ab antiquo* per conto del *pater familias* dal figlio e dallo schiavo (§ 3, p. 7-8), della figura del *procurator omnium rerum* (§ 4, p. 8-12), della posteriore figura del *procurator ad litem*, di cui difende (contro l'Albertario) la classicità (§ 5, p. 12-17), e dedica una succinta dimostrazione al carattere postclassico di ogni altra figura di *procurator unius rei* (§ 6, p. 17-19). Subordinatamente, passa a sostenere la tesi che l'azione relativa ai rapporti tra principale e *procurator (omnium rerum, ad litem)* non sia stata, in età preclassica e nel primo secolo dell'età classica, l'*a. mandati*, ma l'*a. negotiorum gestorum*, e più precisamente la formula *in ius ex fide bona*, di cui assume l'antiorità rispetto alla formula *in factum*: lo desume da Cic. *Top.* 10.42 e 17.66, da Sen. *de ben.* 4.27.3, da Pomp. D. 27.3.3 e 34.3.8.6, ove traspare più o meno chiaramente il ricollegamento originario al *procurator* dell'*a. neg. gest.* (§ 7, p. 19-20);

* In RISG. 3 (1949) 483 ss. Rv. ad ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano* (Napoli 1949) p. VIII-211.

lo comprova col famoso (Paul.-)Sab. D. 17.2.38 pr., di cui difende la genuinità e in cui l'*a. neg. gest.* è classificata tra i *iudicia bonae fidei generalia* (§ 8, p. 23-29); lo conferma con un *excursus* sulla storia delle formule dell'*a. neg. gest.* (§ 9, p. 29-43), nel quale tenta di provare (in parziale adesione al Kreller) che l'*a. neg. gest. in factum* fu introdotta dal pretore, posteriormente al riconoscimento (giurisprudenziale) della formula *in ius*, per provvedere all'ipotesi di chi si sostituisse di sua propria iniziativa ad una delle parti del processo, e che soltanto la giurisprudenza classica unificò i casi di gestione di affari sotto il regime dell'*a. neg. gest. in ius*, dando modo alla successiva giurisprudenza postclassico-giustiniana di isolare come casi tipici di *negotiorum gestio* quelli di spontanea sostituzione (nel processo o fuori di esso) di un terzo al soggetto di un rapporto giuridico. Secondo l'a., insomma, soltanto in periodo classico si verificarono i presupposti di una parziale commistione tra l'istituto del *procurator* e quello del *mandatum*, perché soltanto allora si profilò la tendenza a non considerare come tipica *negotiorum gestio* la gestione effettuata, non spontaneamente, ma in base a *praepositio*, dal *procurator* per conto del *dominus negotii*.

B) Il cap. II (§§ 10-15, p. 44-78: « Mandato e procura ») è dedicato allo studio ed alla precisazione dei rapporti intercorsi tra mandato e procura in periodo classico inoltrato ed in periodo postclassico. Posto in luce il carattere *iuris gentium* del *mandatum* e quindi la sua origine extracivilistica dai rapporti commerciali tra Romani e *peregrini* (§ 10, p. 44-48), l'a., dopo aver illustrato la persistente efficienza della procura *omnium rerum* in tema di acquisto del possesso (§ 11, p. 49-52), espone le ragioni tecniche che consigliavano i giuristi classici ad abbracciare la procura nel mandato (§ 12, p. 52-55) e si pone il problema se già in età classica l'estensione del regime del mandato alla procura abbia avuto luogo. Il delicato quesito è da lui risolto affermativamente, almeno nel senso di un concorso dell'*a. mandati* con l'*a. negotiorum gestorum*: lo proverebbero, anzi tutto, alcuni passi in cui si usa « *mandatum* », « *mandare* » relativamente al *procurator* (Gai 4.84 e, in certo senso, 3.15, Paul. D. 3.3.41.2, Ulp. D. 17.1.10.1-3, Pap. D. 17.1.55; § 13, p. 55-62); lo confermerebbero poi altri testi, nei quali, più o meno evidentemente e sicuramente, traluce il concorso dei due mezzi processuali (Afric. D. 15.3.17 pr., Ulp. D. 44.2.5, Ulp. D. 3.5.16[17]) e dai quali l'a. ritiene lecito dedurre che i passi in cui l'*a. negotiorum gestorum* è ricordata al solo fine di escluderla (es. Ulp. D. 17.1.6.1) e alcuni di quelli in cui è menzionata la sola *a. mandati* (es. Iul. D. 17.1.31) sono stati alterati (§ 14, p. 62-76). Solo in diritto postclassico-

giustiniano si venne decisamente a ritenere che il *procurator*, istituito dal *dominus* (il cd. *verus procurator*), derivasse i suoi poteri di gestione (*omnium rerum* o *unius rei*) esclusivamente da un *mandatum* e che, viceversa, l'*a. negotiorum gestorum* fosse riservata solo a chi *negotiis alienis gerendis se optulit*, che già per i classici nulla aveva a che fare con il *procurator* (contro l'opposta opinione del Solazzi, v. p. 65 ss.) e che i giustiniani si compiacquero di definire *falsus procurator*, cioè « non-procuratore » (§ 15, p. 77-78).

C) Il cap. III (§§ 16-22, p. 79-133) fornisce la definizione (§ 16, p. 79) ed illustra partitamente gli elementi propri del contratto di mandato: consensualità, bilateralità, oggetto, gratuità, interesse. Pochi i cenni sulla consensualità del contratto, che è materia di dottrina più vasta (§ 17, p. 79-84). Relativamente al requisito della bilateralità, l'a. afferma che si trattò di bilateralità non perfetta, in quanto che l'obbligazione del mandatario non era essenziale ma eventuale, tuttavia aggiunge subito che i Romani non dettero rilievo teorico al punto e che, data l'alta frequenza dei casi di obbligazione del mandatario, non ebbero difficoltà a parlare, senza limitazioni, di bilateralità di tutti i contratti consensuali, mandato compreso (cfr. Gai 3.137 e 155; § 18, p. 84-92). Egli critica (p. 89 ss.) la tesi del Donatuti, secondo cui il *mandatum* sarebbe stato bilaterale perfetto solo nel senso che erano eventuali tanto l'obbligazione del mandante quanto la obbligazione del mandatario, e critica altresì (§ 19, p. 92-101) la tesi secondo cui il diritto romano avrebbe conosciuto azioni « bifronti », valevoli senza mutamento di formula contro l'una e l'altra parte (Partsch), e il *mandatum* sarebbe stato classificato tra i contratti bilaterali solo nel senso che sfociava appunto in una formula di questo tipo (Biondi). In ordine all'oggetto del *mandatum*, l'a. si sofferma (§ 20, p. 101-114) sul tema del mandato illecito e su quello del *mandatum incertum*: conformemente al Siber, egli ritiene valido il mandato con oggetto lecito, ma a scopo illecito, e trae dall'esegesi di Ulp. D. 17.1.12.11 e 13 la convinzione che i classici negassero al mandatario l'*a. contraria* solo nel caso di sua consapevolezza della causa illecita (p. 105 ss.); quanto al cd. *mandatum incertum*, l'esame di Paul. D. 17.1.46 lo spinge ad avversare la tesi del Donatuti, contraria alla classicità dell'ipotesi, che a lui invece sembra piuttosto relativa ad un *mandatum* con prestazione non tassativamente determinata, cioè meno certa dei casi soliti di *mandatum* (p. 109 ss.). Dopo una breve illustrazione del requisito della gratuità (§ 21, p. 114-118) l'a. si ferma, infine (§ 22, p. 118-133), a trattare dell'interesse nel mandato e del *mandatum pecuniae credendae*, di cui illustra rapidamente

(p. 128 ss.) funzione e struttura. Riguardo alla figura del *mandatum tua (tantum) gratia*, egli propone questa soluzione del tormentato problema relativo alla sua estensione: Servio (cfr. Gai 3.156), seguito dai proculiani e da Celso (D. 17.1.48.1-2, Ulp. D. 17.1.6.4-5 itp.), considerò *tua gratia*, e quindi nullo, non solo il consiglio generico di impiegare in certo modo il proprio danaro, ma anche il consiglio specifico (cd. *mandatum*) *uti Titio credas*; Sabino, approvato dalla giurisprudenza della sua scuola e da quella post-adrianea, pur non negando che anche in questo secondo caso si avesse mandato *tua gratia*, sostenne che però il mandato fosse da considerare eccezionalmente valido, con conseguente esperibilità dell'*a. mandati contraria*; i postclassici e i giustinianeî (cfr. I. 3.26.6), aderendo pur essi a Sabino, separarono l'ipotesi *ut Titio credas* dalla figura del *mandatum tua gratia* e la qualificarono come *mandatum aliena gratia* oppure (nel caso di prestito ad interesse) *tua et aliena gratia*.

D) Nel cap. IV (§§ 23-25, p. 134-158) sono passate in rassegna le cause di estinzione del *mandatum*, e più precisamente il recesso unilaterale (§ 23, p. 134-139) e la morte di una delle parti (§ 25, p. 139-142), dopo di che si tratta il problema circa la validità del *mandatum post mortem* (§ 26, p. 142-158). In conformità con la dottrina tradizionale (Zimmern) e contrariamente a opinioni anche recentemente difese (Sanfilippo), l'a. ritiene nullo sia il *mandatum post mortem mandatarii* che il *mandatum post mortem mandantis*: egli inclina a spiegare il silenzio di Gai 3.158 su questa seconda figura come una omissione di copista determinata da omoioleuto (es. « *si quis quid post mortem (suam vel post mortem) meam faciendum mihi mandet . . .* »), e comunque afferma che, come nel caso analogo della *stipulatio post mortem (meam, tuam*: Gai 3.100), la massima *obligatio ab heredis persona incipere non potest* (esplicitamente richiamata da Gai 3.158) implica la nullità anche del *mandatum post mortem mandantis*.

E) Il cap. V (§§ 26-29, p. 159-196) è relativo alle obbligazioni delle parti. Nel parlare delle obbligazioni del mandatario (§ 26, p. 159-165), l'a. si occupa della possibilità di eseguire il mandato mediante sostituto e, contro l'opinione del Donatuti, opta col Sanfilippo per la soluzione affermativa (p. 161 ss.). Poche pagine sono dedicate alle obbligazioni del mandante (§ 27, p. 165-168), dopo di che l'a. torna al mandatario per affrontare le due questioni dell'eccesso di mandato (§ 28, p. 168-188) e del criterio soggettivo della responsabilità del mandatario (§ 29, p. 188-196). Quest'ultimo tema (che si inquadra in un noto e perspicuo corso precedente su *La responsabilità contrattuale in dir. rom.*² [1933] *passim* e 41

