

**Patrizia Sciuto**

*Università degli Studi di Catania*

## **La rilevanza funzionale del *mandatum credendi* alla luce delle attestazioni di Servio Sulpicio Rufo e di Masurio Sabino**

ABSTRACT – Some reflections are proposed on the origin of the *mandatum credendi* and on its economic-social function, in light of the positions of Servius Sulpicius Rufus and Masurius Sabinus, recalled by Gaius in his *Institutiones*, with particular attention to the most eminent theories on the subject formulated within the doctrine.

**1.** Nella compilazione giustiniana, il mandato di credito – collocato, nelle *Institutiones*, all'interno del titolo 3.26 *'De mandato'*; nei *Digesta*, all'interno di D. 17.1 *'Mandati vel contra'* e di D. 46.1 *'De fideiussoribus et mandatoribus'*; e nel *Codex*, in C.I 4.35 *'Mandati'* – svolge, in ragione della particolare attività oggetto del rapporto, una funzione di garanzia personale<sup>1</sup>, quando il mandante, incaricando il mandatario di dare a mutuo, con o senza previsione di interessi, una certa quantità di denaro o di altre cose fungibili a un terzo determinato, assume l'impegno di risarcirlo qualora quest'ultimo non estingua il suo debito.

Infatti, in virtù del mutuo concluso in esecuzione del mandato, il mutuante potrà recuperare quanto dato in prestito sperando, nei confronti del mutuuario, la relativa azione contrattuale (l'*actio certae creditae pecuniae* o la *condictio certae rei*) e, in qualità di mandatario, avrà a disposizione anche l'*actio mandati (contraria)* nei confronti del mandante per il rimborso delle spese sostenute e per l'eventuale risarcimento dei danni subiti in esecuzione del mandato. Pertanto, il

---

<sup>\*</sup> Contributo realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo – Piano per la ricerca 2024-2026.

<sup>1</sup> Di «adattamento funzionale» del mandato ai fini di garanzia parla A. GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli, 1982, p. 21 s.; ID., *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, p. 372 s. Del mandato di credito come frutto di «interpretazione estensiva» parla, invece, C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania, 1947, ora in *Rivista di Diritto Romano*, 4, 2004, p. 39, su cui mostra perplessità V. GIUFFRÈ, *Il mandatum pecuniae credendae di Caio Giulio Prudente a Caio Sulpicio Cinnamo*, in *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna* (cur. C. CASCIONE, C. MASI DORIA), 4, Napoli, 2007, p. 2307 nt. 5.

mandante assumerà il ruolo di garante, il mandatario (mutuante) quello di creditore garantito e il mutuatario quello di debitore, a favore del quale viene prestata la garanzia<sup>2</sup>.

La contemporanea presenza di due rapporti contrattuali, uno di natura consensuale e l'altro di natura reale, oltre al ruolo di garanzia che, nel corso dell'evoluzione, ne costituirà ulteriore funzione<sup>3</sup>, inducono a chiederci, innanzitutto, quali furono le ragioni che spinsero i Romani a riconoscere valore a questa particolare figura di mandato, per la quale non si può fare a meno di esaminare, in primo luogo, il noto passo delle Istituzioni di Gaio:

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*

---

<sup>2</sup> Per tutti, G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 27, 1914, p. 129 ss.; A. BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz nel XLV del suo insegnamento*, 1, Napoli, 1953, p. 219-243; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. 2. Le garanzie reali*, Padova, 1963, p. 199; A. GUARINO, *Mandatum*, cit., p. 21 ss. e p. 55 ss.; T. ESPINOSA GOEDERT, *Mandato de crédito (El mandatum pecuniae credendae en el Derecho Romano)*, Barcelona, 1994, p. 13 ss. Inoltre, N. SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, 3, Milano, 1973, p. 1195 ss.; A. GUARINO, *Alle origini del «mandatum credendi»*, in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener (cur. J. PARICIO)*, Madrid, 1994, p. 649 ss., ora in *ID.*, *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli, 1995, p. 197-212; V. GIUFFRÈ, *Il mandatum pecuniae credendae*, cit., p. 2305 ss.; É. JAKAB, *TPSulp. 48 e 49: contratti e operazioni bancarie a Puteoli*, in *Fides, humanitas, ius*, cit., 4, p. 2595 ss.; F. DEL SORBO, *L'autonomia negoziale dei servi nella prassi giuridica campana: un'applicazione del mandatum pecuniae credendae (TPSulp. 48)?*, in *Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno (cur. F. REDUZZI MEROLA)*, Roma, 2012, p. 434 ss.; M. T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, *El mandatum pecuniae credendae en el derecho romano de instrumento para la promoción del crédito a instrumento de garantía*, in *Revista General de Derecho Romano*, 5, 2015, p. 1697 ss.

<sup>3</sup> È appena il caso di ricordare che per le operazioni di credito e di finanziamento lo sviluppo del *mandatum credendi* quale ulteriore forma di di garanzia da accostarsi alla *fideiussio* venne a determinarsi, in età classica, per alcuni aspetti vantaggiosi che da esso ne scaturivano, soprattutto per ciò che riguarda la natura *consensu* del contratto, che permetteva di evitare le necessarie e ingombranti formalità della *fideiussio*, oltre alla possibilità che esso potesse concludersi, a differenza dell'originaria *adpromissio*, senza dover ricorrere alla *stipulatio* e, quindi, anche in assenza delle parti; oltre al fatto che da esso nasceva un *iudicium bonae fidei*, certamente più agevole per le conseguenze favorevoli che determinava, collegate alla natura dell'*actio mandati (contraria)* e all'innovazione più significativa connessa al fatto che le obbligazioni del mutuatario e del mandante divenivano solidali, tanto che il mandatario/mutuante avrebbe potuto rivolgersi, indifferentemente, contro il primo o il secondo: se avesse agito, innanzitutto, contro il debitore, l'effetto estintivo sarebbe stato ricollegato all'effettivo soddisfacimento del creditore e non alla *litis contestatio*; se il mandante, invece, fosse stato convenuto per primo, avrebbe potuto chiedere al mandatario la cessione delle azioni che questi aveva nei confronti del mutuatario, in virtù del *beneficium cedendarum actionum*. Al di là di tutto ciò, in epoca postclassica e nel diritto giustiniano, il *mandatum credendi* assunse una funzione recessiva rispetto alla *fideiussio*, pur essendo ancora ricordato in alcuni frammenti dei *Digesta* e, sporadicamente, nell'intera compilazione.

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 tuae te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis iam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeris, quam <vis> 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: non 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.

Emerge come ancora ai tempi di Gaio fosse controverso fra i giuristi se riconoscere o meno valore al mandato avente a oggetto un prestito di denaro (*Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares*): comunemente, la dottrina che si è interrogata sull'argomento ha ricavato dal testo gaiano che Servio ne negasse la validità, ritenendo che anche qui operasse la medesima regola secondo cui vi è mandato solo quando l'incarico viene conferito nell'interesse del mandante o di un terzo, a differenza di Sabino, invece, secondo cui il mandatario non avrebbe prestato il denaro al terzo se non fosse stato incaricato dal mandante, opinione che viene condivisa dallo stesso giurista adrianeo<sup>4</sup>.

In particolare, a di là di coloro che – soprattutto in passato e in seno alla Pandettistica – hanno ritenuto che il *mandatum (pecuniae) credendae* fosse stato qualificato, tanto da Servio quanto da Sabino, come *mandatum tua gratia* e che, pertanto, oggetto della controversia tra i due giuristi (e le rispettive scuole) fosse stata la possibilità di considerarlo comunque valido<sup>5</sup> – interpretazione seguita anche da esponenti della romanistica italiana, i quali, partendo proprio dal presupposto che il *mandatum (pecuniae) credendae* sia sempre stato considerato un *mandatum tua gratia*, hanno sostenuto che esso fosse da ritenersi valido per la sussistenza di due elementi, il conferimento dell'incarico da parte del mandante con l'intenzione di obbligarci e il consenso del mandatario, desumibile dal fatto che senza l'incarico del

<sup>4</sup> Fra tutti, BORTOLUCCI, *Il mandato*, cit., p. 158; ID., *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, in *BIDR*, 28, 1915, p. 219 ss.; GUARINO, *Mandatum*, cit., p. 107 ss. e p. 118 s.

<sup>5</sup> A. VINNI, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Venetiis, 1747, p. 327; S. (VON) COCCEJI, *Ius civile controversum*, Francofurti, 1779, p. 326; A.F.J. THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena, 1817, p. 321; C.F.F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, Leipzig, 1844, p. 208; B. TEWES, *Haftung aus Rath und Empfehlung*, in *Archiv für der civil Praxis*, 51, 1868, p. 322; P. SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht*, Halle, 1891; H. DERNBURG, *Pandekten*, Berlin, 1894, p. 392 ss.

mandante egli non avrebbe tenuto quel determinato comportamento<sup>6</sup> –, altri hanno affermato che il *mandatum tua gratia*, e quindi il *mandatum (pecuniae) credendae*, sarebbe stato valido solo in presenza dell'*animus se obligandi* del mandante, da intendersi quale implicita assunzione di garanzia per il *periculum*, cioè come intento volontario del mandante di essere responsabile delle conseguenze dannose che sarebbero potute derivare dalla corretta esecuzione del mandato stesso<sup>7</sup>.

Alcuni studiosi, invece, hanno criticato tali ricostruzioni, con argomentazioni, pure di carattere dogmatico, incentrate sul presupposto che la controversia tra i giuristi romani avrebbe riguardato un diverso elemento, e cioè l'individuazione della categoria entro la quale far rientrare il *mandatum (pecuniae) credendae*, da ricondurre o meno al *mandatum tua gratia*, con conseguente negazione o riconoscimento della sua validità. In sintesi – a detta di Costoro –, il *periculum* oggettivamente connesso all'attività mandata avrebbe portato Sabino a negare che il mandato di credito fosse un *mandatum tua gratia*: per il giurista, prestare il denaro con interessi sarebbe stata un'operazione obiettivamente rischiosa, e il fatto che il mandatario non avrebbe posto in essere il mutuo senza l'incarico del mandante ne sarebbe stata la conferma, in quanto avrebbe dimostrato che il negozio oggetto del mandato, pur essendo afferente alla sfera patrimoniale del mandatario (criterio a cui Servio faceva riferimento per delimitare i confini del *mandatum tua gratia*), presentava dei rischi congrui a escludere che l'atto fosse stato compiuto nell'interesse del mandatario<sup>8</sup>. A tal proposito, vi è stato anche chi ha individuato nel contratto di mandato del terzo, con il quale il mandatario avrebbe dovuto concludere il mutuo, la ragione che avrebbe indotto Sabino a qualificare tale mandato come *mandatum aliena gratia*<sup>9</sup>.

Un'ulteriore differente interpretazione è stata poi fornita da chi ha sostenuto che il mandato di credito sarebbe stato considerato da entrambi i giuristi come un *mandatum tua gratia*: se, per Sabino, l'indicazione del nome del mutuuario avrebbe creato a carico del mandatario/mutuante un rischio che, altrimenti, non avrebbe corso, producendo, comunque, l'inclusione di questo tipo di rapporto nell'ambito del mandato giuridicamente rilevante, sarebbero state, poi, le scuole di età postclassica a sviluppare la riflessione in materia di *periculum*, qualificando il *mandatum credendi* come *mandatum aliena gratia* ovvero *tua et aliena gratia*<sup>10</sup>.

La questione della diversa qualificazione del mandato di credito da parte di Servio e di Sabino è stata pure ripresa da Frezza, sempre ai fini di una ricostruzione inerente ai presupposti di validità del mandato, per cui l'autore ha ritenuto che il

---

<sup>6</sup> F. MANCALEONI, '*Mandatum tua gratia*' e '*consilium*', in *RISG*, 27, 1899, p. 371 ss.

<sup>7</sup> G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico*, in *RISG*, 28, 1900, p. 227 ss.

<sup>8</sup> BORTOLUCCI, *Il mandato*, cit., p. 146 e p. 159 ss.

<sup>9</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 32.

<sup>10</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 127.

diverso giudizio espresso dai due *prudentes* sul valore del mandato di concludere un mutuo con un terzo predeterminato si sarebbe fondato sull'individuazione di un differente principio di responsabilità dei contraenti: per Servio, un negozio che si ripercuoteva nell'ambito della sfera patrimoniale del mandatario non avrebbe potuto dar luogo ad altro che a un *mandatum tua gratia*<sup>11</sup>; per Sabino, invece, presupposto determinante sarebbe stata la riconducibilità della libera determinazione del mandatario di compiere il negozio alla volontà dell'autore del mandato, con la conseguenza che il mandato di dare a mutuo a un terzo, poiché non sarebbe stato concluso senza l'incarico del mandante, avrebbe costituito un *mandatum mea gratia* e sarebbe stato pertanto valido<sup>12</sup>. Inoltre, il criterio individuato da Sabino come fondamento della validità del mandato – di ogni mandato – avrebbe reso inutile la distinzione tra *mandatum mea gratia*, *mandatum aliena gratia* e *mandatum tua gratia*, distinzione che avrebbe assunto solo per i giureconsulti successivi il valore di una classificazione tralatizia, mantenuta soltanto in ossequio alla tradizione: a partire dall'età adrianea, infatti, come criterio oggettivo per stabilire la validità del mandato, si sarebbe imposto quello dell'assunzione, da parte del mandante, del rischio connesso all'esecuzione del mandato<sup>13</sup>.

Le opinioni della dottrina in argomento sono state, quindi, le più varie; ma tutte inerenti a problemi di natura classificatoria che, in questo nostro contributo, invece, ci sforzeremo di superare.

Spiegata in chiave storica<sup>14</sup> da Guarino la differente posizione di Servio e di Sabino<sup>15</sup>, è proprio dal suo contributo che intendiamo partire, in quanto ci fornisce interessanti spunti di riflessione, non tanto per le critiche alla genuinità del testo gaiano mosse dall'insigne romanista<sup>16</sup>, quanto, in particolare, per le considerazioni espresse in ordine al mandato di prestito di denaro con interessi (*mandatum faenerandi*) e alle possibili connessioni con un generico *mandatum credendi* (con

<sup>11</sup> FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 202.

<sup>12</sup> FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 202 s.

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 204, secondo cui già in età adrianea si sarebbe venuto ad affermare tale criterio per la determinazione della validità del mandato, per cui la distinzione «tra *negotium tuum – meum* serviva ormai soltanto a soddisfare l'esigenza di una chiara delimitazione dei contorni della attività assunta (*suscepta*) dal mandatario».

<sup>14</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 197, il quale distingue fra fase «augustea», fino a Traiano, fase «adrianea», da Adriano in poi, e fase «giustiniana».

<sup>15</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 202 ss. Secondo l'autore, la divergenza fra i due giuristi, appartenenti a età diverse e distanti fra loro, viene ricordata nel manuale gaiano non per una sorta di diatriba ancora esistente fra Sabiniani e Proculiani ma perché, evidentemente, l'opinione negativa di Servio aveva fatto «epoca»; tanto che, Gaio 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» (p. 202).

<sup>16</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 197-212, che parla di un glossema «privativo», cioè di «un taglio mal rabberciato» del testo (p. 198).

o senza interessi) <sup>17</sup>.

Innanzitutto, si deve precisare che non vediamo le stesse contraddizioni che ha riscontrato lo studioso sui primi due esempi riportati da Gaio in *Inst.* 3.155 <sup>18</sup>: l'esortazione a dare in prestito il denaro e quella volta ad acquistare una certa *res* (fatti che potrebbero rivelarsi essere un cattivo affare). Entrambi i casi si riferiscono all'uso di denaro non impiegato in altro modo ma tenuto improduttivo in casa; pertanto, il dato significativo non sembra essere tanto il consiglio fornito dall'amico che, indubbiamente, non può di per sé determinare la nascita di un incarico, ma l'esistenza di una *otiosa pecunia*.

La questione relativa al valore da dare al semplice consiglio, rispetto alla configurabilità o meno di un contratto di mandato, viene affrontata dettagliatamente, invece, in *Inst.* 3.156 <sup>19</sup>, in cui si evidenzia la specificità dell'interesse negoziale quale elemento che deve – comunque e sempre – essere preso in considerazione affinché possa aversi (o meno) la nascita di un rapporto contrattuale fra le parti. Tanto che Gaio sente la necessità di richiamare quelli che sono i presupposti di validità del mandato, indicati all'inizio del suo discorso, e cioè: che l'incarico sia conferito nell'interesse del mandante o in quello di un terzo; che non vi è mandato se l'incarico viene conferito nell'interesse del mandatario (il che non esclude, però, che il mandato possa essere costituito a favore anche del mandatario, in quanto quel che rileva è che il vantaggio non sia 'esclusivo' del mandatario); che dal semplice consiglio (o esortazione) non deriva un incarico formale, a meno che non vi sia stata l'assunzione di un impegno ad adempiere da parte del mandatario. È chiara la conseguenza che se ne deduce: qualora non ricorrano tali presupposti, non potrà sussistere alcuna obbligazione e, quindi, non si avrà un contratto di mandato.

Conseguentemente, non vi sarà alcuna azione a tutela nell'ipotesi, in via esemplificativa, del caso di prestito di denaro tenuto improduttivo in casa, andato

---

<sup>17</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 203. Si mostra parzialmente contrario alle conclusioni di Guarino sulle ragioni del dissenso di Servio, GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2312 ss., di cui diremo nel prosieguo del nostro discorso.

<sup>18</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 200, per il quale i due esempi «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».

<sup>19</sup> Che Guarino (*Alle origini*, cit., p. 200) ritiene essere «una modesta esercitazione di logica giuridica», in cui Gaio 'escogiterebbe' «la categoria del *mandatum tua gratia*, contrapponendola alle categorie del *mandatum mea gratia* e del *mandatum aliena gratia*, di cui al paragrafo precedente», solo per sostenere che i generici consigli, soprattutto se compiuti «nell'esclusivo interesse del soggetto passivo», non danno luogo a un rapporto giuridico di mandato e «tanto meno autorizzano il soggetto passivo a scaricare sul cattivo consigliere gli effetti dell'affare andato a male».

perduto successivamente al prestito perché non restituito, ovvero, dell'acquisto consigliato ma risultato alla fine non conveniente per colui che lo ha compiuto: né azione del 'mandatario' nei confronti del 'mandante' per la perdita subita, e neanche azione del 'mandante' nei confronti del 'mandatario' per l'affare risultato privo di utilità, dato che non ci si trova di fronte a un mandato.

Sicché, dalla premessa e dagli esempi di Gaio si ricava che la questione innanzitutto affrontata attiene al mandato in quanto tale e non specificamente al mandato di credito; ed è questo ciò che sembra doversi arguire da Gai 3.155 e dalla prima parte di Gai 3.156.

Ma ai primi due presupposti se ne potrebbe aggiungere un terzo, e cioè l'impegno assunto per il sorgere dell'obbligazione da contratto, nel momento in cui il prestito venga fatto proprio alla persona indicata dal 'mandante': nel progredire della trattazione, infatti, Gaio affronta una diversa questione, e cioè il caso in cui un soggetto sia stato esortato a dare il denaro in prestito non a 'chiunque' ma a una persona ben precisa. La vicenda diviene più complicata perché ci si dovrà chiedere se si rientri ancora nel semplice consiglio o si sia andati oltre, e si possa configurare qui un contratto di mandato 'in senso proprio'.

Ebbene, al di là dell'inquadramento sistematico del rapporto all'interno delle varie distinzioni del *mandatum*, quel che rileva è, in primo luogo, la differenza fra ciò che si intende come una generica esortazione a non tenere in casa improduttivo il denaro (*otiosa pecunia*) rispetto al caso in cui vi sia un'indicazione precisa di dare il denaro in prestito a un soggetto determinato. Se è evidente, infatti, che così emerge un coinvolgimento di colui che fornisce il consiglio e che potrebbe avere un interesse specifico a che il denaro venga prestato a quella persona e non ad altri, vi è ancora qualcosa di più nel momento in cui la riflessione dei giuristi si amplia, perché prende in considerazione l'eventualità che il prestito di denaro sia collegato non solo a una persona indicata dal mandante ma anche alla volontà di trarvi un profitto, cioè al prestito *sub usuris* di cui beneficerà il mandatario/mutuante.

Servio è contrario a riconoscere alla vicenda in argomento un valore tipizzato in quanto, affermando che, in questo caso, non vi sia alcun obbligo maggiore a carico del mandante di quello che ci sarebbe stato se il mandatario/mutuante fosse stato nella condizione di colui che *generaliter* presta il suo denaro, fa rientrare la fattispecie nell'ambito di un 'generico' dovere di mandato a contrarre il prestito, derivante da una qualsiasi ragione negoziale (*non magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur*). Ma, qualora si tratti di un prestito di denaro con interessi (tanto che Gaio parla di *pecunia faenera*, cioè di denaro che possa essere prestato a fini speculativi), quanto rileva la predeterminazione del soggetto a cui fare il prestito e, di conseguenza, l'indicazione proveniente dal mandante?

2. La fattispecie, a questo punto, non risulta tanto semplice da delineare.

Se ci si trova di fronte a un mutuo di denaro con interessi (quindi, con l'evidente scopo di trarne profitto) e vi è indicazione specifica del soggetto a cui il denaro deve essere prestato, sorge in capo a colui che l'ha data un obbligo nei confronti di chi ha effettuato il prestito?

Secondo Servio ciò è marginale, in quanto l'indicazione di Tizio – anche se poi rivelatosi insolvente (*a quo servare non potuerit*) – non muta la causa del rapporto di mandato 'generico' che, ricordiamolo, è un contratto a base fiduciaria<sup>20</sup> e gratuito: il mandatario viene scelto dal mandante, che confida sull'adempimento da parte di quest'ultimo, il quale si obbliga a eseguire l'incarico senza pretendere alcun corrispettivo per il compito svolto. Ciò comporta che eventuali obblighi del mandante nei confronti del mandatario, connessi a spese sostenute o a danni subiti, sono da ritenersi del tutto secondari e eventuali e, comunque, non dipendenti dall'obbligazione tipica nascente dal mandato, che è quella del mandatario tenuto a svolgere l'attività mandata.

Ma Sabino non è dello stesso avviso. Nella fattispecie è da riscontrarsi un'intermediazione specifica, considerato che vi è un'indicazione puntuale del soggetto a cui il denaro deve essere prestato (e a prescindere dal fatto che il prestito rientri in quelli con *usura* o si tratti di *otiosa pecunia* per la quale se ne esortì l'impiego). Il rapporto che sorge è oggettivamente differente, secondo il giurista, perché non rientra in quella che è la più ampia *'usura pecunia cum faenore'* essendovi stata l'individuazione di colui a cui il denaro deve essere prestato, al quale il prestito (forse) non sarebbe stato concesso se non vi fosse stata l'intercessione di un altro.

Relativamente a ciò – e in opposizione a quel che è stato detto da Servio – sorge il legittimo dubbio che possa configurarsi un contratto di mandato se il prestito sia stato fatto proprio e soltanto perché indirizzato a una persona ben precisa. Rileverà, in questo caso, l'interesse di tutte le parti in causa: il mandante, che indica il beneficiario del prestito; il mandatario/mutuante, che effettua il prestito; il mutuatario/beneficiario che riceve il prestito. Sabino – seguito dallo stesso Gaio – la pensa diversamente da chi lo ha preceduto perché, considerato l'interesse presupposto, il *periculum* coinvolgerà tutte le parti; e il mutuante, in ottemperanza all'indicazione ricevuta – che, a questo punto, riflette un incarico accettato –, non potrà esimersi dall'adempire, prestando il denaro a Tizio.

Si apre così la strada al riconoscimento di quello che sarà poi considerato il mandato (di credito) a favore anche del mandatario (beneficiario, nel caso descritto

---

<sup>20</sup> Sulle radici sociali del vincolo, in rapporto alle nozioni di *amicitia* e *officium*, anche in relazione ai valori connessi alla *fides* e al concetto di *iustitia*, si veda S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 15 ss. Cfr., anche, C. CASCIONE, Rec. di S. RANDAZZO, *Mandare Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, in *Iura*, 56, 2006-2007, p. 265 ss.

da Gaio, degli interessi derivanti dal prestito) e non solo del mandante e del terzo, a cui si accompagna anche la questione connessa alla causa che giustifica tale rapporto: se la funzione economico-sociale che prevale è quella della cooperazione fondata sull'incarico fiduciario, si avrà il tipico mandato generico; se diverrà quella di assicurare la copertura del credito, si avrà essenzialmente un *mandatum (pecuniae) credendae*.

A seconda del suo inquadramento, quindi, il rapporto condurrà a diverse conseguenze giuridiche, pure sotto il peculiare profilo risarcitorio; ma quando si arriverà a questa configurazione finale del mandato di credito come strumento di garanzia personale? Si può pensare che questa fosse già, in età adrianea, la caratteristica tipica di questo contratto?

3. Assunto come requisito qualificante del rapporto l'interesse al mandato, risulterà fondamentale verificare, quindi, se ci si trovi di fronte (o meno) a un prestito effettuato al fine di ricavarne un profitto, che si rivelerà, pertanto, un dato connesso intrinsecamente a tale specifico presupposto. Il che ci riporta – ma solo in parte – al problema inerente alle varie tipologie di mandato, in quanto soltanto nel caso di un prestito *sub usuris* si potrà parlare di *mandatum tua et aliena gratia*, perché, diversamente, a detta dello stesso Gaio in D. 17.1.2.5<sup>21</sup>, il mandato sarebbe solo *aliena gratia*.

In primo luogo, non risultano divisibili le ricostruzioni secondo le quali sia Servio che Sabino avrebbero qualificato il mandato di credito come *mandatum tua gratia* e la controversia tra le due scuole si sarebbe incentrata sulla possibilità di individuare o meno alcuni requisiti, sussistendo i quali, pur non venendo meno la natura originaria del rapporto, il mandato di credito avrebbe potuto essere considerato valido<sup>22</sup>. Affermare, infatti, che il *mandatum tua gratia* sarebbe stato valido qualora vi fosse stata una promessa di garanzia da parte del garante è in sé contraddittorio, giacché, com'è stato evidenziato anche in passato<sup>23</sup>, una garanzia del genere si sarebbe potuta prestare solo con *stipulatio* e, in tal modo, la responsabilità

---

<sup>21</sup> *Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum*

<sup>22</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 28-29. Lo studioso evidenzia, criticando sia coloro che ritengono il *mandatum tua gratia* – talvolta non equivalente al puro e semplice *consilium* – valido quando ricorrono determinati requisiti, sia chi pensa sussistere un'identità fra *mandatum tua gratia* e *consilium*, quale fonte di obbligazione nel caso in cui in esso concorrano gli stessi requisiti richiesti per la validità del primo, la difficoltà di precisare quali siano questi requisiti. Per alcuni, il requisito fondante risiederebbe soltanto nella «speciale volontà del mandante di obbligarsi verso il mandatario», per altri, nell'«assunzione di una formale garanzia da parte del mandante», per altri ancora, oltre che nell'assunzione di tale garanzia, nell'«accertamento che il mandatario non avrebbe mai compiuto l'atto se non fosse intervenuto il mandato» (p. 29).

<sup>23</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 29.

del mandante sarebbe derivata dalla *stipulatio* e non dal contratto di mandato.

Appare un errore «tecnico», inoltre, affermare la validità del *mandatum tua gratia* e del *consilium* (o anche solo del primo), soltanto se vi fosse stato l'incarico specifico del mandante di prestare a Tizio, in quanto è proprio la sussistenza di questo elemento a far sorgere i dubbi fra i giuristi, e non i motivi – giuridicamente irrilevanti – che avrebbero indotto il mandatario a tenere il comportamento oggetto del contratto<sup>24</sup>.

Allo stesso modo, sostenere che il *mandatum tua gratia* sarebbe stato valido solo in presenza della volontà del mandante di obbligarsi non è da ritenersi pertinente, perché – com'è stato lucidamente affermato – ci si servirebbe «di cotesto atteggiamento psichico come mezzo di prova del consenso tacito del mandatario»<sup>25</sup>.

Fermo restando, infatti, che il consenso del mandatario si richiede per qualunque tipo di mandato e che la sua presenza, comunque, non potrebbe rendere valido un contratto considerato, per ragioni oggettive inerenti all'interesse, privo di valore dall'ordinamento<sup>26</sup>, qui la questione – vogliamo aggiungere – non riguarda l'intento del soggetto di obbligarsi ma il fatto che l'incarico dato a un'altra persona di fare qualcosa nel suo esclusivo interesse possa configurare o meno un mandato valido. Semmai, tale intento potrebbe rappresentare un criterio per distinguere tra un atto con effetti obbligatori e un generico *consilium*, non tra un *mandatum tua gratia* valido e un *mandatum tua gratia* invalido.

In secondo luogo, sono le fonti in argomento che non sembrano idonee a giustificare quanto affermato in dottrina. Innanzitutto perché, come in parte abbiamo già evidenziato, in *Inst.* 3.155-156, Gaio non sembra chiedersi se (e a quali) condizioni il *mandatum (pecuniae) credendae* sia da considerarsi valido quale *mandatum tua gratia*, bensì affronta un diverso problema, cioè se l'indicazione di dare a mutuo a una persona determinata dall'autore dell'invito costituisca un ordine, se faccia sorgere un rapporto avente valore giuridico e se esso sia da ricomprendere nell'ambito di un mandato valido<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Ancora, SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 29.

<sup>25</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 29.

<sup>26</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 29.

<sup>27</sup> Già SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 32 ss., nell'esaminare Gai 3.156, sottolineava correttamente che qui la disputa fra Servio e Sabino non verte sulla validità del *mandatum tua gratia* ma su quella del *mandatum pecuniae credendae*, per quanto poi giustificasse, comunque, l'opinione di Servio – secondo cui il mandato di prestare a Tizio non differirebbe dal mandato 'generico' di impiegare il denaro a mutuo senza indicazione del mutuatario – riconducendo il rapporto a un mandato *tua gratia*, equivalente a un semplice *consilium* e, per ciò, *supervacuum*. Per Sabino, fra le due fattispecie vi sarebbe stata una netta differenza, configurandosi il mandato di dare a mutuo il denaro a Tizio come *aliena gratia*; di conseguenza, se il credito non fosse stato restituito, ciò avrebbe legittimato la responsabilità del mandante verso il mutuante/mandatario. Per cui, la disputa fra i due giuristi si

La risposta di entrambi i giuristi ricordati da Gaio è positiva; solo che, per Servio, si tratterebbe di un mandato ‘generico’, poiché la predeterminazione del mutuatario non aggiungerebbe nulla di nuovo al caso in cui il prestito di denaro abbia riguardato chiunque; per Sabino, invece, si configurerebbe una situazione diversa perché, senza un incarico specifico riguardante la scelta del mutuatario, il mutuante non avrebbe concluso il contratto proprio con quel soggetto. Pertanto, l’indicazione della persona a cui concedere il prestito trasforma per tutti e due i *prudentes* la semplice esortazione in un rapporto rilevante per il diritto, solo che per l’uno l’indicazione del beneficiario non incide sul tipo di mandato, mentre per l’altro ciò costituisce un elemento decisivo.

La discriminante conduce alle due diverse soluzioni.

Per Servio, la segnalazione non fa sorgere alcun impegno a carico del mandante nei confronti del mandatario che vada oltre quel che deriverebbe dall’esercizio dell’*actio mandati (contraria)*, per gli eventuali danni subiti o per le spese sostenute nell’esecuzione dell’incarico, perché l’indicazione in sé non costituisce causa di assunzione di un obbligo specifico del mandante che implichi un indennizzo ulteriore rispetto a ciò che normalmente avverrebbe nell’ambito del tipico rapporto di mandato.

Per Sabino, invece, in una prospettiva che, evidentemente, risulta essere più avanguardista, tale indicazione aggiunge alle obbligazioni che insorgerebbero dall’esercizio dell’azione, qualora ricorressero danni o spese, un’obbligazione a carico del mandante non secondaria ma principale, che fa da contraltare a quella del mandatario di adempiere al mandato. Il che costituisce un’anomalia per quelle che erano le caratteristiche di gratuità del mandato (che non prevede alcun tipo di corrispettivo), ma che diviene, in sede di sviluppo del contratto come *mandatum credendi*, una prestazione a quest’ultimo tipicamente connessa, quindi un’obbligazione congenita al contratto concluso, dovuta dal mandante a titolo risarcitorio, da far valer – puramente e semplicemente – con l’*actio mandati*. D’altronde, è sempre Gaio, in *Inst.* 3.156, a dire ‘*Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati tenentur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares*’, richiamando esplicitamente l’azione che sorge direttamente dal mandato, anche qualora si sia dato incarico al mandatario di dare in prestito il denaro a Tizio<sup>28</sup>.

Inoltre, non è solo l’indicazione del mutuatario da parte del mandante a costituire il nodo della vicenda, assumendo rilievo anche il tipo di attività svolta dal

---

sarebbe concentrata sempre «nel determinare se il *mandatum pecuniae credendae* sia o non sia un *mandatum tua gratia*» (*op. cit.*, p. 32-33). Così dicendo, però, si ricade nuovamente nel problema meramente classificatorio, da cui lo stesso autore aveva inteso, invece, discostarsi.

<sup>28</sup> E per quanto nelle fonti l’azione spettante al mandatario per il recupero delle spese o per i danni subiti nel dare esecuzione al mandato sia spesso indicata senza l’attributo *contraria* ma semplicemente denominata come *actio mandati*. Cfr., G. NICOSIA, *Profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania, 2017, p. 327.

mandatario/mutuante, se essa sia o no idonea ad ammettere o a escludere la riconducibilità del prestito alla sfera degli interessi patrimoniali del mutuante (oltre che del mutuatario). Servio non dà importanza a questo aspetto, tanto da delineare il rapporto come mandato ‘generico’, ritenendo che l’obbligazione che ne scaturisce è del medesimo tipo di quella a questo inerente: non vi è, quindi, il rinvio a un *mandatum tua gratia* valido ma solo la considerazione secondo cui la segnalazione del beneficiario del prestito nulla aggiunge (e nulla toglie) alla figura del mandato di dare a prestito (a chiunque) una somma di denaro. Conseguentemente, eventuali danni subiti dal mandatario, per mancata restituzione del prestito, rientrerebbero in quella che è la c.d. bilateralità imperfetta del contratto di mandato <sup>29</sup>.

Per Sabino (e Gaio) emerge, invece, un altro elemento, in cui l’indicazione specifica del mutuatario riflette certamente la sussistenza di un interesse in capo al mandante, oltre a quello di chi ne ha ricevuto l’incarico, che l’ha accettato (anche tacitamente) nel momento in cui ha dato a mutuo proprio a quella persona individuata dal mandante; e che, pertanto, ricaverà dal prestito i consequenziali vantaggi (o gli eventuali danni) patrimoniali.

Non ci si trova di fronte all’elargizione di *otiosa pecunia* ma a un’attività ben precisa, produttiva di ricavi economici. Dunque, le diverse soluzioni dei due giuristi non attengono a una differente concezione del *mandatum* e della sua classificazione (*tua gratia* o meno), ma, ammessa da entrambi la configurabilità di questa figura contrattuale, Servio ritiene sufficiente che il mandatario venga incaricato del prestito, a prescindere dal suo interesse concreto, perché si tratterebbe di un mandato ‘generico’, mentre Sabino ne prospetta la riconducibilità con l’aggiunta di un’ulteriore prestazione, volta a indennizzare il mandatario, in considerazione del fatto che il mandante ha fornito il nome di colui a cui il mutuo doveva essere fatto.

Oltretutto, il mandato non difetterebbe comunque qualora l’attività in questione sia idonea a realizzare anche un vantaggio patrimoniale per il terzo predeterminato. È l’oggetto del prestito, quindi, collegato all’attività esercitata da colui che lo effettua, ad assumere una portata non indifferente quando si tratti di denaro a cui riconnettere delle *usurae*.

Da Gai 3.155-156 si può solo inferire che la validità del *mandatum (pecuniae) credendae* sia stata ammessa dalla giurisprudenza romana classica in forza del

---

<sup>29</sup> Sulla questione relativa al riconoscimento di una bilateralità perfetta del mandato, più di recente S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell’area contrattuale* (cur. L. GAROFALO), Padova, 2011, p. 407 ss. Interessante, al riguardo, la posizione di P. P. ONIDA, *In tema di natura del mandato*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 13, 2015, il quale afferma che il mandato «si caratterizza per una struttura e una identità complesse che rivelano una tensione interna fra due anime differenti e complementari, riconducibili da un lato alla relazione intra-potestativa/gerarchica conseguente a uno *iussum* e dall’altro alla relazione intra-potestativa/paritaria conseguente al *contractum*».

riconoscimento della coesenzialità, in questo tipo di mandato, dell'interesse del terzo (mutuatario) e di quello del mandante, con la conseguente esclusione della sussumibilità di tale contratto entro la categoria del *mandatum tua gratia*.

4. È dallo stesso Gaio che ricaviamo, attraverso il frammento tratto dalle *Res cotidianae*, il relativo chiarimento:

D. 17.1.2 pr.-6 (Gai 2 rer. cott.): Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. 1. Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeris vel ut pro me fideiubeas. 2. Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emeris vel ut pro eo fideiubeas. 3. Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et Titio fundum emeris vel ut pro me et Titio fideiubeas. 4. Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur. 5. Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum. 6. Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.

Gaio affronta il tema della distinzione tra le varie tipologie di mandato, dando rilevanza all'interesse da realizzarsi e fornendo, in questo modo, una spiegazione a quanto già sembrava emergere dalle sue Istituzioni, proprio con riferimento al *mandatum credendi*: gli interessi di mandante, mandatario e terzo possono combinarsi tra loro e dar luogo a contratti di mandato validi, in quanto ciò che risulta determinante è che il contratto non risulti essere stato concluso nell'esclusivo interesse del mandatario (la nota partizione in: *mandatum mea tantum gratia*, *mandatum aliena tantum gratia*, *mandatum mea et aliena gratia*, *mandatum mea et tua gratia*, *mandatum tua et aliena gratia*).

Nel § 5 il giurista rende esplicito il caso del *mandatum credendi* a favore di una persona determinata dal mandante come esempio di *mandatum tua et aliena gratia*, se sono state stipulate *usurae*, ovvero di *mandatum aliena tantum gratia*, se non sono stati previsti interessi, concludendo, nel § 6, che è privo di valore solo il *mandatum tantum tua gratia*, esemplificato con un consiglio che, più che rientrare in un incarico specificamente attribuito, ha valore extragiuridico (*Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques*), configurandosi come generico invito a che il dena-

ro venga ben utilizzato.

Per quanto si possa obiettare che il frammento in questione sia derivato da un'elaborazione postclassica del manuale gaiano<sup>30</sup>, non si può disconoscere che al pensiero del giurista sia da attribuirsi la delimitazione della portata giuridica del *mandatum (pecuniae) credendae*, che non è mai un mandato se è concluso nel solo interesse del mandatario, poiché, richiedendo la predeterminazione del mutuatario, è sempre 'almeno' nell'interesse di quest'ultimo.

D'altronde, l'assimilazione al semplice *consilium* e non a un *mandatum* (in senso stretto) del caso in cui venga ordinato al 'mandatario' di investire il denaro nell'acquisto di terreni piuttosto che nell'*usura* o, viceversa, nell'*usura* piuttosto che nell'acquisto di terreni, è una spiegazione che fornisce ulteriore nitidezza al fenomeno: questo tipo di comando, infatti, viene ritenuto più un consiglio che un comando e, per questa ragione, non è vincolante, perché nessuno può ritenersi obbligato da un consiglio, anche se quest'ultimo non dovesse rivelarsi adeguato per la persona a cui è stato rivolto, in quanto ognuno è libero di valutare da sé se il consiglio è più o meno opportuno per lui (*cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium*).

Significativo ed estremamente interessante risulta poi l'esempio, espressione di un *mandatum tua et mea gratia*, richiamato nel § 4 del frammento (*Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur*), dove viene descritta la situazione in cui il mandante chiede al mandatario di prestare *sub usuris* a un soggetto 'in rem suam' (letteralmente, nell'interesse proprio, per suo conto): in sostanza, qui viene in considerazione un mandato di dare a mutuo il denaro a colui al quale il prestito potrebbe servire per curare affari per il mandante, caso stranamente trascurato dalla dottrina. Potrebbe, infatti, accadere che il terzo, per la gestione degli affari del mandante, abbia bisogno di liquidità di cui non dispone; se il mandante, beneficiario della gestione, dovesse ordinare a un altro soggetto di prestare (con interessi) il proprio denaro al fine di permettere tale gestione, si configurerebbe certamente un atto negoziale concluso nell'interesse (secondario) del mutuatario, che ottiene il denaro necessario per il compimento dell'affare (o degli affari) del mandante, ma, soprattutto, si avrebbe un interesse (prevalente) del mandante, che godrà dei risultati della gestione, oltre che del mutuante, che ne ricaverà le *usurae* inerenti al prestito.

Ci sembra che questo sia il caso da potersi ricondurre a quello descritto da Gaio nelle sue Istituzioni. Le ragioni che inducano il mandante a chiedere che un altro soggetto effettui il prestito possono essere le più varie, dalla mancanza in capo

---

<sup>30</sup> Per tutti, V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma (anno 1948-1949)*, Napoli, 1949, p. 109; GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 203.

a lui del denaro essenziale a garantire la corretta gestione da parte del suo ‘collaboratore’/curatore all’intento di non voler essere ricondotto al gestore e/o all’attività che questi dovrà svolgere; motivazioni che, in quanto tali, sono di per sé giuridicamente irrilevanti.

Pertanto, il punto da definirsi non è se questa fattispecie rientri o meno in un ‘generico’ mandato (soluzione proposta da Servio) ma se il rapporto possa configurarsi come un mandato (speciale) di credito. È innegabile, infatti, che qui l’interesse del mutuatario che ottiene il prestito risulti recessivo rispetto a quello del mandante (che godrà della cura dei suoi affari da parte del terzo) e del mandatario (che potrà ricavare dal prestito le relative *usurae*).

Si può anche pensare che questo sia il fondamento in virtù del quale siano mandante e mandatario (mutuante) i soggetti privilegiati in una classificazione, riportata nella fonte giustiniana, fondata esclusivamente su coppie di interessi. D’altronde, non appare di poco conto il fatto che nel testo tratto dalle *Res cottidianae* non venga ricordata la disputa giurisprudenziale riconducibile a Servio e Sabino: il che potrebbe giustificarsi con il dato per cui i vari esempi riportati definiscono in modo puntuale le diverse tipologie, fra cui il *mandatum ‘Titio faenerandi’* e quello *‘sine usuris credendi’*, aventi entrambi idonea collocazione nel frammento che si è esaminato.

5. Vi è ora da soffermarsi sul brano delle Istituzioni giustiniane, in cui viene mostrato come l’incarico di prestare denaro a un soggetto determinato sia valido come mandato nell’interesse (almeno) del terzo.

Il testo riesce a provare la piena compatibilità tra quanto descritto nelle Istituzioni gaiane e quanto riferito nelle *Res cottidianae*, ricalcando, nella prima parte, ciò che viene detto in D. 17.1.2 ss. sui cinque tipi di mandato e, nel finale – relativo alla validità del mandato di dare a mutuo alla persona indicata dal mandante –, riportando ciò che viene detto nel manuale gaiano in merito alla posizione di Sabino.

E però, al di là della «stucchevolezza» del passo rilevata da Guarino<sup>31</sup>, è strano che sia proprio quest’ultima posizione a essere ricordata, senza alcun cenno a quella anteriore di Servio, probabilmente per fornire profondità storica alla descrizione fornita ma eludendo, al contempo, l’originaria diatriba giurisprudenziale, che, evidentemente, si riteneva ormai tanto superata da non doverne dare neppure sommaria notizia.

Per di più, va precisato che i vari tipi di esempi illustrati in Iust. *Inst.* 3.26 pr.-6 non sono del tutto corrispondenti a quelli della fonte dei *Digesta* tratta dall’opera gaiana, prima analizzata:

---

<sup>31</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 205.

Iust. *Inst.* 3.26 pr.-6: *Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur. 1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet ut negotia eius gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes. 2. Tua et mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutuaretur, aut si, volente te agere cum eo ex fideiussoria causa, mandet tibi ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat. 3. Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes. 4. Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emereres, vel ut pro eo et Titio sponderes. 5. Tua et aliena, veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quodsi ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum. 6. Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quem in emptiones praediorum colloques. 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 emereres vel eum crederes, quamvis non expedierit tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset.*

Ribadito nel *principium* il concetto per cui il mandato nell'esclusivo interesse del mandatario non è tale (in quanto '*si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur*'), il primo paragrafo risulta sostanzialmente equivalente a D. 17.1.2.1 (*Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emereres vel ut pro me fideiubeas*).

Già nel secondo paragrafo, invece, non si riscontra una sovrapposibilità rispetto a ciò che è stato detto in D. 17.1.2.2 (*Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emereres vel ut pro eo fideiubeas*), in quanto si afferma: '*Tua et mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutuaretur, aut si, volente te agere cum eo ex fideiussoria causa, mandet tibi ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat*'. Qui appaiono esplicitate tutte le ipotesi in cui vi possa essere un mandato concluso nell'interesse del mandatario e del mandante; a) il caso in cui il mandante abbia ordinato al mandatario di dare denaro a interesse a qualcuno che lo prenderebbe in prestito per le cose sue (*in rem ipsius*); b) il caso in cui il mandante abbia ordinato al mandatario, sulla base di una fideius-

sione, di trattare con il terzo a rischio del mandante; c) ovvero, il caso in cui, tramite *stipulatio*, sia indicato dal mandante a suo proprio rischio (*ipsius periculo*) ciò che si deve al mandatario. Il pronome *ipse* al genitivo viene utilizzato per dare particolare enfasi alla persona su cui si intende puntare l'attenzione.

Il § 3 (*Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes*) esprime chiaramente che il mandato può intervenire anche quando sono altre le ragioni che inducono il mandante a ordinare qualcosa, ad esempio quando si dia incarico di gestire gli affari di Tizio, ovvero di acquistarne la terra o di esserne garante. In D. 17.1.2.3, questi casi venivano fatti rientrare nelle ipotesi di mandato a favore del mandante e di un terzo (*Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et Titio fundum emeris vel ut pro me et Titio fideiubeas*).

Il § 4 delle Istituzioni giustiniane afferma poi testualmente '*Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeris, vel ut pro eo et Titio sponderes*': il mandato si configura come concluso nell'interesse del mandante e di un terzo quando sia dato incarico di gestire atti in comune fra lui e il terzo, ovvero di acquistare un fondo per entrambi o anche di garantirli. In D. 17.1.2.4, come abbiamo visto, si era parlato di mandato concluso nell'interesse del mandante e del mandatario se il mandato avesse avuto a oggetto il prestito di denaro *sub usuris* a un terzo per il compimento di un atto favorevole al mandante (*Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaetur*).

Dopodiché, i §§ 5 e 6, sia delle Istituzioni di Giustiniano che del frammento tratto dalle *Res cottidianae*, tornano a essere sostanzialmente identici. Vi si afferma come si riscontri un mandato concluso nell'interesse del mandatario e di un terzo quando si dia al mandatario l'incarico di dare denaro a credito *sub usuris* a quest'ultimo, mentre, qualora non fossero previste *usurae*, il mandato sorgerebbe a favore solo del terzo (*aliena tantum gratia*: Iust. Inst. 3.26.5 e D. 17.1.2.5). Inoltre, si ribadisce che l'interesse del solo mandatario si avrebbe qualora gli venisse ordinato di investire il suo denaro nell'acquisto di una proprietà piuttosto che di prestarlo, oppure, viceversa, di prestare il denaro piuttosto che investirlo in un acquisto, perché un comando di questo tipo sarebbe più un consiglio che un comando e, per questo motivo, non diverrebbe vincolante, anche se il consiglio non si rivelasse adeguato per la persona a cui viene dato, poiché ognuno è in grado di valutare da sé se il consiglio è più o meno propizio (Iust. Inst. 3.26.6 e D. 17.1.2.6).

Questa corrispondenza viene meno nella chiusa di Iust. Inst. 3.26.6, in cui sono riportati gli esempi di chi venga esortato a comprare qualcosa con il denaro tenuto in casa o a prestarlo a qualcuno, a cui si aggiunge il dubbio sorto fra i *prudentes* (*ut quaesitum sit*) in ordine al denaro prestato a un soggetto indicato espresamente da chi abbia fornito il consiglio, richiamando, a tal proposito, la sola opinione di Sabino, secondo cui, in questo caso, vi sarebbe stato un mandato vinco-

lante perché il mutuante non avrebbe avuto fiducia nel mutuatario se non vi fosse stato un apposito comando (*itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeret vel eum crederet, quamvis non expedierit tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenentur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset*).

Come si vede da questo confronto, se, da un canto, nel diritto giustiniano è venuto meno ogni dubbio circa la validità del mandato di credito, consolidandosi l'interpretazione secondo la quale esso è, a seconda della previsione o meno di interessi nel mutuo, un *mandatum tua et aliena gratia* ovvero un *mandatum aliena gratia*, con garanzia di risarcimento assunta dal mandante, allo stesso tempo, emerge una sorta di confusione da parte dei compilatori: la necessità di dar conto di tutte le ipotesi possibili in cui i vari interessi delle parti – quindi, non solo del mandante e del terzo ma anche del mandatario – possano venire in rilievo conduce a elaborare un testo estremamente caotico e, per il tratto finale, addirittura di sapore anacronistico.

6. Guarino, dalla lettura sequenziale dei passi riportati, rileva contraffazioni che emergerebbero già nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio, tanto da non poter permettere di risalire in maniera sicura a quello che doveva essere «l'archetipo gaiano del secondo secolo»<sup>32</sup>. Il che gli fa proporre uno sviluppo del mandato di credito per diversi stadi.

Pur riconoscendogli una 'surrettizia' funzione di garanzia, l'illustre studioso ritiene che tale figura di mandato non avrebbe rappresentato inizialmente un istituto che potesse concorrere con la fideiussione o con altri strumenti di garanzia personale delle obbligazioni. Successivamente, invece, tale funzione sarebbe stata assunta alla stessa stregua di quella fornita dagli altri contratti di garanzia e, in particolare, per ciò che riguarda il *mandatum pecuniae faenerandae*, questo tipo di negozio sarebbe stato quello più favorevole per eventuali 'finanziatori occulti' che avrebbero utilizzato dei prestanome per gestire i loro loschi affari; pertanto, Servio avrebbe ritenuto privo di valore tale tipo di mandato, per l'illiceità intrinseca che da esso scaturiva.

Ma nell'epoca di Sabino le cose sarebbero cambiate, in quanto il prestito *sub usuris* avrebbe assunto un diverso carattere perché, «tra la gente comune», il prestito ad interesse sarebbe stato «praticato con moderazione e a tassi, almeno formalmente, molto ragionevoli»<sup>33</sup>. Sicché, venute meno le originarie caratteristiche negative – e considerato che era ormai «l'alta finanza» a operare ai limiti del diritto

---

<sup>32</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 206.

<sup>33</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 211.

– il *mandatum pecuniae faenerandae* «diventò o si ridusse a nulla più che ad una sottospecie del *mandatum pecuniae credendae* (quello «*sine usuris*»), che era un mandato da sempre (anche per Servio) ritenuto valido»<sup>34</sup>, tanto da venire utilizzato ai fini di delegazione e di garanzia delle obbligazioni con la stessa portata della *fideiussio*.

In merito a tale ricostruzione, alcune perplessità sono state avanzate da Giuffrè, in particolare per ciò che riguarda il valore sinonimico di *credere* e *faenerare* utilizzati da Gaio, in considerazione anche del fatto che appare improbabile che il prestito fosse stato elargito senza prevedere interessi, a meno che – sostiene lo studioso – non si fosse semplicemente trattato di «rapporti amicali» peculiari o «di *mandatum credendi* non di denaro (ma ... di derrate e simili)»<sup>35</sup>.

A ciò va aggiunto che «l'ipotesi dell'affarista occulto» – rilevazione che avrebbe indotto Servio a pronunciarsi per l'invalidità del *mandatum* – implicherebbe «che egli avrebbe impiegato danaro proprio, mentre l'uomo di paglia avrebbe solo compiuto le varie operazioni di credito e di esazione, insomma 'il lavoro sporco' (ovviamente lucrando qualcosa)»<sup>36</sup>, con tutte le conseguenze che ne sarebbero derivate. Inoltre, «dalla soluzione dell'invalidità assoluta del mandato *de quo* sarebbero state favorite proprio quelle persone così dette 'per bene' ... che non volevano 'sporcarsi le mani'»<sup>37</sup>, in quanto, se avessero utilizzato denaro proprio e i prestanomi avessero loro ceduto le azioni, affinché potessero esigere autonomamente i loro crediti, avrebbero potuto recuperare la *pecunia credita*, senza nulla temere dai finti mandatari, perché «il mandato sarebbe stato dichiarato inutile»<sup>38</sup>. Se, invece, si fosse trattato di vero mandato, non si sarebbe compreso perché ritennerli finanziatori qualora non avessero impiegato denaro proprio, fermo restando, comunque, il fatto che «il mandato era *nullius momenti*»<sup>39</sup>.

I rilievi ci appaiono abbastanza convincenti, anche perché inducono a non far apparire eccessivamente riduttiva – o, addirittura, finalizzata a dare valore a una sostanziale iniquità – la soluzione prospettata da Servio.

È, invece, sul mutamento di funzione economico-sociale, in diritto classico, del mandato di credito, da mezzo di «incentivazione del commercio» a semplice forma di garanzia personale, che riteniamo di dover in parte dissentire. Infatti, facendo leva su *TPSulp.* 48, un chirografo della prima metà del 48 d.C., da cui la maggiore dottrina ricava una testimonianza di applicazione del *mandatum credendi* con finalità (anche) di garanzia<sup>40</sup>, Giuffrè perviene alla determinazione se-

<sup>34</sup> GUARINO, *Alle origini*, cit., p. 211.

<sup>35</sup> GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2315.

<sup>36</sup> GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2316.

<sup>37</sup> GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2317.

<sup>38</sup> GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2318.

<sup>39</sup> GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2318.

<sup>40</sup> Di diverso avviso, J.G. WOLF, *Haftungsübernahme durchauftrag? Eine Urkunde aus dem*

condo cui il mandato sarebbe stato ‘piegato’ a questa nuova funzione, che ne avrebbe caratterizzato la causa (e, quindi, l’interesse), trasformando il negozio nella sua essenza: la causa del *mandatum*, avente a oggetto il *credere/faithenerare*, non sarebbe stata più quella sua tipica, della cura di affari altrui da parte del mandatario, ma sarebbe divenuta quella della promessa risarcitoria da parte del mandante<sup>41</sup>.

Ebbene, quest’affermazione radicale ci lascia perplessi, perché, secondo quanto già in parte abbiamo inteso evidenziare con i testi giuridici in precedenza esaminati, pensiamo che il mandato di credito, almeno sino all’età adrianea, e forse anche per tutto il tempo in cui a esso si sia fatto ricorso prima dell’età postclassica e giustiniana, abbia voluto realizzare più lo scopo di apertura di credito che di garanzia personale.

E il documento in argomento<sup>42</sup> ne darebbe, a nostro modo di vedere, conferma:

TPSulp. 48: [ --- ] C(aius) Iulius Prudens scripsi me rogasse C(aium) Sulpicium Cinnamum eique mandasse uti quantam c[u]mqu[e] p[ro] pecuniam is aut Eros aut +++++us aut Titianus aut Martialis ser(vi) eius aut C(aius) Su[l]p[er]iciu[s] Faustus aliusve quis iussu rogatu mandatu[ve] cuius eor[um] semel saepiusve Suavi l(iberto) meo aut Hygino ser(vo) meo alive cui iussu cuius eorum d[edit] edidisset aut pro quo eorum promississet spopo[ndisset] fideve sua esse iussisset aliove quo no[m]ine obligatus esset; quantaque ea pecunia [erit] ita data creditave cuiusve [pec]uniae obligatio quoque nomine, ita uti [supra] comprehensum est, facta erit, t[er]m[in]am p[ro] pecuniam d[edit] [dolum]que malum huic rei promissioniqu[e] abesse afuturumque es[se] a me heredeque meo et ab is omnibus ad q[ui]os ea res q[ui]a d[edit] a[gitur] pertinet, cui rei ita dolus malus no[n] abest, non aberit, quanti ea res erit,

---

*Jahre 48 n. Chr.*, in *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht* (cur. D. NÖRR, S. NISHIMURA), Berlin, 1993, p. 85 ss., secondo cui si tratterebbe di un atto di pagamento condizionato e non di un mandato qualificato, il cui fine sarebbe stato anche la garanzia dell’obbligazione. *Contra*, C. KRAMPE, *Das Mandat des Aurelius Quietus. Celsus bei Ulpianus D. 17.1.16 und die Kreditmandatsdiskussion*, in *‘Quaestiones iuris’. Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag* (cur. U. MANTHE, C. KRAMPE), Berlin, 2000, p. 140 ss. Per JAKAB, *TPSulp. 48 e 49*, cit., p. 2599 ss., non si può parlare di un mandato tipico, in quanto non si avrebbe «un’obbligazione nata tra le parti tramite *consensus*, con gli effetti giuridici caratteristici del contratto in questione» (p. 2606). Inoltre, G. CAMODECA, *Il credito negli archivi campani: il caso di Puteoli e di ‘Herculaneum’*, in *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli incontri capresi di storia dell’economia antica (Capri, 12-14 ottobre 2000)* (cur. E. LO CASCIO), Bari, 2003, p. 78, precisa che la concessione del credito, così come delle garanzie, sarebbe stato sempre a discrezione della banca, che avrebbe, di volta in volta, potuto valutare la variabilità dell’operazione intrapresa. Ma, se così fosse stato, non vi sarebbe stato un mandato in senso proprio: cfr. GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2309.

<sup>41</sup> GIUFFRÈ, *Il mandatum*, cit., p. 2319.

<sup>42</sup> Per esso, si veda G. CAMODECA, *‘Tabulae Pompeianae Sulpiciorum’*. Edizione critica dell’archivio puteolano dei Sulpicii, 1, Roma, 1999, p. 128 ss. e 2, p. 539 ss.; ID., *Il credito*, cit., p. 76 ss.

tantam pecuniam dari, haec sic recte dari fierique, stipulatus est C(aius) Sulpicius Cinnamus spopo[n]di C(aius) Iulius Prudens. (vac.) (S) Actum [P]ut[eolis].

Il testo descrive una particolare e complessa negoziazione avente a oggetto una serie di prestazioni finanziarie da compiersi nel corso del tempo fra l'impresa dei Sulpicii<sup>43</sup> e due collaboratori – il liberto Suavis e il suo schiavo Hyginus (e, eventualmente, anche altri che sarebbero stati successivamente indicati) – di un certo C. Iulius Prudens. Questi aveva conferito mandato a C. Sulpicius Cinnamus, quale rappresentante di detta impresa (presumibilmente una banca operante a Pozzuoli), di far loro credito, direttamente o tramite quattro schiavi nominati nel documento (oltre al *patronus* Faustus o ad altri in seguito incaricati), assumendosi, tramite *stipulatio*, la responsabilità di risarcire Cinnamus, obbligandosi a rifondere le somme da lui (o da altri per lui) sborsate ai suoi collaboratori durante tutta la durata (indeterminata) del rapporto. Per ben due volte, inoltre, nel documento veniva indicata la presenza della clausola *doli mali*.

Al di là delle considerazioni sul tipo di negozio utilizzato, un chirografo, e sulle espressioni *mandare* e *rogare* intese come clausole di stile all'interno del formulario – e non usate, quindi, con significato tecnico ma riportate, magari per errore, dallo scriba<sup>44</sup> –, siamo qui di fronte a un documento in cui prende corpo un atto giuridico che prevede una serie di prestazioni, da far valere, a seconda dei casi, attraverso vari strumenti di tutela (*actio mandati*, *actio ex stipulatu*, *actio de dolo*), concretandosi, in tal modo, una giurisdizione che mostra, nella prassi, la complessità del fenomeno e le sue ampie articolazioni.

Difatti, il testo rappresenta una particolare situazione di finanziamento non ancora strutturata in un contratto tipico, con profili attinenti a diverse figure negoziali (*mandatum*, *stipulatio*, *mutuum*); ciò supporta – anche in considerazione dell'epoca a cui risalirebbe il documento – i dubbi giurisprudenziali e la posizione originaria attribuita da Gaio a Servio.

Affinché tutti gli interessi delle parti implicate potessero essere soddisfatti, infatti, si rendeva necessario dare vita a un delicato rapporto, in cui si combinavano varie cause negoziali e in cui non era ancora la funzione di garanzia a qualificare l'atto contrattuale. Tanto che, l'obbligo di restituzione del denaro prestato non

<sup>43</sup> Cfr., K. VERBOVEN, *L'organisation des affaires financières des C. Sulpicii de Pouzzoles (Tabulae Pompeianae Sulpiciorum)*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 11, 2000, p. 161-171; ID., *The Sulpicii from Puteoli and Usury in the early Roman Empire*, in *TR*, 71, 2003, p. 22. Si veda, anche, P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompeianischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, p. 57; J.-J. ANDREAU, *Présence des cités et des hiérarchies civiques dans les tablettes de Pompéi*, in *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain (cur. J.-J. AUBERT)*, Genève, 2003, p. 229-247.

<sup>44</sup> JAKAB, *TPSulp. 48 e 49*, cit., p. 2606 ss. Diversamente, DEL SORBO, *L'autonomia*, cit., p. 436 ss.

sorgeva automaticamente ma veniva assunto attraverso una formale *stipulatio*.

Le varie operazioni creditizie che ne scaturivano potevano ricollegarsi a molteplici attività, di natura commerciale o, in genere, a carattere patrimoniale, con la partecipazione di soggetti (il liberto Suavis, lo schiavo Hyginus e altri collaboratori, anch'essi di condizione servile) la cui condizione giuridica richiedeva l'avallo del *dominus/patronus*, il quale non solo avrebbe assunto in proprio la responsabilità della restituzione del credito, ma era anche l'unico ad avere piena capacità di agire<sup>45</sup> e che, conseguentemente, avrebbe potuto accedere direttamente al prestito, pure a tempo indeterminato.

In questa realtà, la funzione economico-sociale che sta alla base del mandato – se di mandato in senso tecnico si sta parlando nel testo – è ancora quella tipica della cura, da parte del mandatario, degli affari del mandante<sup>46</sup>. Con la nota distintiva che per tale cura poteva essere necessario avere una disponibilità di denaro liquido che soltanto una struttura finanziaria (come poteva essere una banca) avrebbe potuto nel tempo assicurare, tanto da addivenire a una forma di elargizione del credito di lunga durata. E non è neppure la previsione di eventuali *usurae* a essere qui determinante – che, tra l'altro, non appaiono esplicitamente indicate nel chirografo –, in quanto è sempre dalla *stipulatio* che dipende l'obbligo di restituzione, che funge, in concreto, da atto di garanzia dell'adempimento, a prescindere dalla pattuizione o meno di eventuali somme ulteriori oltre a quelle che erano state oggetto del prestito.

Ora, se torniamo alla posizione assunta da Servio, alla luce anche di quanto si è ricavato dalla fonte anzidetta, risulta agevole comprendere perché il giurista ritenga che il rapporto rientri nel mandato generico (a cui potranno accedere, quindi, *stipulationes* e, eventualmente, anche *pacta adiecta*, che possano precisare meglio il contenuto delle varie prestazioni contratte): nel momento in cui egli si esprime, ci troviamo di fronte una situazione i cui contorni giuridici non sono ancora del tutto definiti. Nel corso dell'evoluzione, invece, l'esigenza di ricorrere alla *stipulatio*, con tutte le formalità per essa previste – prima fra tutte, la necessaria presenza delle parti al momento dell'assunzione dell'obbligazione –, sarebbe stata pian piano superata, attraverso lo sviluppo del contratto di mandato nella particolare figura del *mandatum credendi*, anche nel suo aspetto attinente alla funzione risarcitoria oltre che a quella strettamente creditizia.

Pertanto, in virtù della natura *bonae fidei* del mandato, l'obbligo restitutorio

---

<sup>45</sup> Sul punto, si vedano anche le considerazioni svolte da JAKAB, *TPSulp.* 48 e 49, cit., p. 2618 ss. e da DEL SORBO, *L'autonomia*, cit., p. 440 ss.

<sup>46</sup> Per DEL SORBO, *L'autonomia negoziale dei servi*, cit., p. 440, la finalità di *TPSulp.* 48 sarebbe potuta essere anche quella di finanziare l'iniziativa economica del proprio liberto. Il che, nel caso di specie, sembra però improbabile, sulla base anche del riferimento contenuto nel testo al *iussum* del mandante da cui dipenderebbero tutte le operazioni future.

del mandante nei confronti del mandatario, nel caso in cui vi fosse stata l'indicazione del soggetto a cui effettuare il prestito, sarebbe derivato direttamente dal contratto di mandato avente a oggetto la *pecunia credita* e non più dalla *stipulatio*: in questo modo, in un'unica e unitaria forma negoziale sarebbero confluiti gli interessi di tutte le parti del rapporto, con gli ulteriori benefici derivanti dal relativo *iudicium*, di cui pensiamo abbia tenuto conto Sabino nell'esprimere la propria opinione, poi condivisa dalla giurisprudenza classica. Fermo restando, inoltre, il dato della combinazione del mandato qualificato con il contratto di mutuo, da cui sarebbe sorto nella pratica, in considerazione della natura reale di quest'ultimo, l'obbligo della *traditio* della *pecunia*.

Forse, nell'interpretazione del testo gaiano, si è stati spesso fuorviati da una specificità del *mandatum credendi* quale strumento di garanzia personale più che di finanziamento, senza tener conto del fatto che sarà proprio la funzione di garanzia, invece, a rivelarsi recessiva e a condurre i giustinianeî a trascurare questa figura di mandato rispetto alla più attuale *fideiussio*, che, per quanto caratterizzata dal compimento di specifiche formalità, si sarebbe mostrata più duttile e versatile rispetto al primo.

7. Passiamo ora a un'altra fonte, tratta dal titolo 17.1 dei *Digesta*, di particolare interesse ai fini della delimitazione della c.d. disputa fra Servio e Sabino:

D. 17.1.6.4-5 (Ulp. 31 ad ed.): Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus. 5. Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut, si non esses factururus, nisi ego mandassem, nisi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

La testimonianza di Ulpiano viene comunemente utilizzata in dottrina per dimostrare che il *mandatum (pecuniae) credendae* veniva considerato un *mandatum tua gratia tantum* valido. E, in effetti, il giurista esordisce richiamando il caso in cui sia dato mandato a un soggetto di fare qualcosa che non si allontani dall'interesse del mandante (*quod mea non intererat*), adducendo come esempio l'ipotesi in cui si chieda al mandatario di intervenire a favore di Seio o di fare credito a Tizio: il mandante avrà l'*actio mandati* nei confronti del mandatario e, nel contempo, sarà obbligato verso di lui.

È questa la fattispecie che più si avvicina a quella ricordata da Gaio, l'unica realmente significativa nella riflessione compiuta dalla giurisprudenza classica sulla rilevanza giuridica del mandato di credito, perché vi si afferma nettamente la validità del mandato di dare a mutuo a un terzo determinato, con l'ulteriore importante informazione che questa era la posizione di Celso<sup>47</sup> e, dunque, di quella stessa

---

<sup>47</sup> Su cui, cfr., R. MARTINI, *Il mandato*, in *Derecho Romano de obligaciones*, cit., p. 643 e

scuola proculiana di cui aveva fatto parte Servio.

Inoltre, la forma verbale utilizzata (*intererare*) non risulta indifferente nel contesto del frammento, in quanto pone l'accento sull'importanza che l'azione compiuta dal mandatario deve assumere pure per il mandante; in quest'ambito, l'elargizione del prestito a Tizio, strettamente correlato al coinvolgimento di colui che ha dato l'incarico, connota il rapporto che ne deriva come mandato conferito, seppure non esclusivamente, anche nell'interesse del mandante. Da qui, il sorgere dell'obbligazione tipica a carico del mandatario di adempiere, da far valere attraverso l'*actio mandati*, a cui si accompagnerà l'obbligazione a carico del mandante che, nel testo, non appare enunciata come eventuale, cioè nel solco di quella bilateralità imperfetta che generalmente viene ricondotta al mandato.

In sostanza, la confluenza nel contratto degli interessi di varie parti, del mandante e del terzo (oltre che del mandatario, qualora si preveda un credito *sub usuris*), trasforma il mandato in un atto (di credito) plurilaterale perfetto, avente una propria funzione economico-sociale. Pertanto, attraverso l'*actio mandati* e il relativo *iudicium bonae fidei* potranno essere fatte valere tutte le prestazioni dovute: il mandante si obbligherà a risarcire il mandatario nel caso di mancata restituzione del prestito (effettuato dal mandatario al terzo su sua indicazione); il terzo potrà svolgere il compito affidatogli, che sia (anche o solo) nell'interesse del mandante; il mandatario potrà ottenere, assieme alla restituzione delle somme versate, anche le *usurae* eventualmente previste.

La precisazione contenuta nel § 5 di D. 17.1.6 – secondo cui il mandato conferito per l'interesse del mandatario non farà sorgere alcuna azione, a meno che l'attività da svolgere non riguardi anche il mandante (o non sarebbe stata fatta se non vi fosse stato l'ordine del mandante e l'attività avesse anche riguardato lui) –, supporta quanto detto da Ulpiano nel § 4.

Sicché, al di là dei sospetti di interpolazione avanzati dalla dottrina<sup>48</sup>, ai nostri fini esso rileva per due ragioni: a) con riferimento all'*actio mandati*, non si distingue fra azione diretta e azione contraria; b) il mandato nell'esclusivo interesse del mandatario non darà luogo a nessun tipo di tutela, a meno che non si dimostri che il mandatario non avrebbe compiuto quell'azione specifica se non vi fosse stato il comando del mandante o che, comunque, l'attività da lui posta in essere non avesse avuto effetti anche nella sfera giuridica del mandante.

Sull'ultima parte del testo (*si non esses factururus, nisi ego mandassem, nisi mea non interfuit, tamen erit mandati actio*), che ammetterebbe la validità del mandato solo se il mandatario si fosse determinato ad agire unicamente in virtù del mandato, Sanfilippo riscontra una contraddizione con ciò che è stato affermato in precedenza da Ulpiano. Egli, infatti, sottolinea come del *mandatum aliena gratia* il giu-

---

bibliografia ivi citata.

<sup>48</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 31 s.

rista si fosse già occupato all'inizio del § 4 e, pertanto, l'inciso nel paragrafo successivo sarebbe stato incongruente, «anzi un'inutile ripetizione»<sup>49</sup>.

Inoltre, la frase in oggetto che chiude il § 5 (*si non esses factururus [...]*) sarebbe da ricollegarsi all'*aut* iniziale dello stesso paragrafo e, quindi, alla proposizione '*si tibi mandavero quod mea non intererat*', «logicamente riferita al *mandatum tua gratia*»<sup>50</sup>. Di conseguenza, secondo il grande romanista, qui vi sarebbe stata un'interpolazione; e ciò, anche sulla base della Palingenesia di Lenel, da cui si ricava che Ulpiano, «in quel luogo del suo commentario all'editto di cui fa parte il nostro § 5, si occupava del requisito dell'interesse dal punto di vista della concedibilità o meno dell'*actio mandati directa*, cioè dell'obbligo del mandatario ad eseguire il mandato, mentre la chiusa del § 5 [...] è rivolta al fine di concedere l'*actio mandati contraria*, cioè ad ammettere la responsabilità del mandante»<sup>51</sup>, di cui, sempre sulla base della ricostruzione palingenetica di Lenel, Ulpiano si sarebbe occupato «alquanto dopo, nel seguito del suo commentario»<sup>52</sup>.

Ebbene, è proprio su queste considerazioni che ci permettiamo di dissentire dal Maestro. Com'è stato già rilevato in passato<sup>53</sup>, la chiusa del § 5 non contempla necessariamente un *mandatum tua gratia tantum*, in quanto l'enunciato si limita letteralmente a dire che il mandato è valido '*etsi mea non interfuit*', cioè anche se non vi sia l'interesse del mandante, non escludendo, allo stesso tempo, l'interesse di un terzo, cioè un mandato che possa essere *aliena gratia*.

Si può, allora, arguire come il riferimento all'*actio mandati* che, nel primo caso di mandato a favore (seppure non esclusivamente) del mandante, riguarda l'obbligo del mandatario di eseguire il mandato, si concili perfettamente con il medesimo richiamo concernente la responsabilità del mandante, in quanto l'azione è strettamente connessa a un rapporto in cui rileva la validità di un mandato conferito non per l'interesse del mandatario (o dello stesso mandante) ma, soprattutto, per il ruolo determinante del tipo di incarico ricevuto (l'attività svolta a favore di Seio o il credito concesso a Tizio), da cui discende in capo al mandante la tutela fornita dal mandato per l'interesse che questi ha a che l'incarico venga portato a compimento.

Inoltre, l'uso di *plane* per introdurre la spiegazione contenuta nel § 5 non è un dato di poco conto, in quanto la forma avverbiale utilizzata serve a confermare ciò che è stato detto nel § 4, al fine di spiegare meglio quanto descritto: solo un coevo interesse, seppure non esclusivo, del mandante potrà consentire che si agisca attraverso l'*actio mandati*, tanto che il mandatario non si sarebbe determinato ad

<sup>49</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 32.

<sup>50</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 32.

<sup>51</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 32.

<sup>52</sup> SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 32.

<sup>53</sup> BORTOLUCCI, *Il mandato*, cit., p. 135 ss.

agire se non vi fosse stato l'ordine del mandante e l'attività posta in essere non producesse effetti anche su di lui. Non un'inutile ripetizione, quindi, ma il rafforzamento di un concetto.

A ciò va aggiunto che il dato secondo cui il mandante, in virtù del rapporto di mandato, possa assumersi il *periculum* di un'attività creditizia, qualora manchi da parte sua l'indicazione del mutuatario, è un fatto di per sé insufficiente a dare fondamento giuridico al contratto e, di conseguenza, a giustificare la validità.

Ciò viene messo in luce dallo stesso Celso in un frammento contenuto in:

D. 17.1.48.1-2 (Cels. 7 dig.): Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuius credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.

Il rischio derivante dall'operazione creditizia, così come l'eventuale profitto da essa ricavabile, dipenderà dal mandato solo se vi sia stata la predeterminazione, da parte del mandante, della persona del beneficiario della prestazione. Infatti – afferma il giurista –, qualora vengano condotti da un soggetto affari per proprio conto o venga scelto discrezionalmente colui di cui fidarsi per concedere un prestito, ricevendone interessi e lasciando che il rischio competa a un altro, si configurerà una situazione che non potrà essere ricondotta al mandato (*extra mandati forma*).

Viene così nitidamente precisato che la *ratio* del *mandatum credendi* non sia da rinvenire nella funzione di garanzia o nell'assunzione del *periculum* da parte del mandante ma sia imputabile ai requisiti strutturali del contratto di mandato, che si sostanziano nella scelta, da parte del mandante, del beneficiario del credito, così come nell'interesse che si intende realizzare e che, a seconda dei casi, potrà essere non soltanto quello del mandante e del mandatario ma anche quello del mutuatario.

D'altra parte, come abbiamo già osservato, l'azione creditizia richiesta dal mandante (e posta in essere dal mandatario), poteva essere stata indotta da varie ragioni: il mutuatario poteva essere un soggetto adibito alla cura degli affari del mandante, a cui il credito giovava ai fini della gestione; poteva essere un soggetto in condizione servile o, comunque, con capacità di agire limitata, che non avrebbe potuto accedere al credito se non vi fosse stato il mandato del *dominus* o di una persona pienamente capace; e ancora, poteva accadere che il mandante volesse investire nell'attività del mutuatario ma non avesse la necessaria liquidità economica o, comunque, non volesse essere ricollegato a tale attività o al soggetto che l'aveva intrapresa. Per il diritto, le motivazioni non avrebbero avuto alcuna incidenza.

Da accertare, invece, è se il mandatario avrebbe comunque agito in quel modo (e, quindi, devoluto il credito) se non vi fosse stato il mandato. Se l'attività del

mandatario fosse stata sollecitata soltanto a causa del *iussum* del mandante, ci si sarebbe trovati nell'ambito di un *mandatum* (generico); al contrario, si sarebbe avuto un semplice *consilium*. La presenza dell'indicazione del beneficiario del credito era irrilevante per Servio; il che dimostra che in età tardo repubblicana (e, forse, sino alla prima epoca classica) questa era da ritenersi la posizione prevalente.

Diversamente, l'indicazione del mutuatario è ritenuta determinante da Sabino; ma non perché il mutuante, qualora non vi fosse stata tale indicazione, non avrebbe elargito prestiti, ma perché non avrebbe concesso il mutuo proprio a quel soggetto. È la scelta della persona a cui accordare la fiducia a essere decisiva: nel *mandatum credendi* questa scelta acquista rilievo sia nei confronti del mandatario, a cui viene dato l'incarico di effettuare il credito e sul quale il mandante confida per la disponibilità del denaro, sia del mutuatario, su cui il mandante conta per la gestione (anche o solo) dei suoi affari; per la restituzione delle somme ricevute dal mutuatario, egli si assume il *periculum* di un eventuale risarcimento nei confronti del mandatario/mutuante.

Pertanto, si può concludere che, nel corso dell'età tardo repubblicana e sino alla prima epoca classica, la controversialità giurisprudenziale sul valore del *mandatum credendi* viene rappresentata dalla c.d. disputa fra Servio e Sabino, di cui ci dà notizia Gaio. Ma, al di là dell'adesione manifestata da quest'ultimo alla posizione assunta da Sabino – l'unica, tra l'altro, ricordata nelle Istituzioni giustiniane –, già dal pensiero di Celso, per quanto giurista di formazione proculiana come Servio, si ricaverebbe che il dibattito, nel II secolo d.C., fosse già superato, a favore del riconoscimento della validità giuridica di questo tipo di *mandatum*, soprattutto nel caso di predeterminazione del beneficiario del prestito dal parte del mandante.

Un altro dato che emergerebbe dalle fonti esaminate è che si sia trattato di un atto negoziale finalizzato all'incentivazione del credito e alla circolazione monetaria in ambito commerciale: il che condurrebbe a escludere che la funzione economico-sociale del rapporto fosse strumentale all'assunzione di garanzia da parte del mandante, allo scopo di indennizzare il mandatario/mutuante per il denaro eventualmente non restituito dal mutuatario. Tanto che, quando questa diverrà, in età postclassica, la causa principale del *mandatum credendi*, a tale strumento contrattuale si farà sempre meno ricorso a favore della più flessibile *fideiussio*.

Infine, in considerazione del fatto che gli interessi coinvolti nel rapporto potevano essere quelli di tutti i partecipanti (mandante, mandatario/mutuante, mutuatario), la questione meramente classificatoria attinente alla qualificazione del negozio come *mandatum tua gratia tantum*, che ha appassionato vari studiosi, perde di interesse, soprattutto per il carattere precipuamente dogmatico che l'accompagna, che nulla dimostra in ordine a quelle che erano, alla fine, le reali finalità percorribili attraverso questo strumento contrattuale.