



**Università degli Studi di Padova**  
**Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto**  
**Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario**

Corso di Laurea Magistrale in  
Giurisprudenza  
a.a. 2021/2022

**Tesi di laurea magistrale in Diritto romano**

**STUDI SULLA BILATERALITÀ DEL MANDATO**

Relatore: Chiar.mo Prof. Luigi Garofalo

Correlatore: Chiar.mo Prof. Roberto Scevola

Laureanda: Camilla Allegra Rizzardini

Matricola: 1170174



*Ai miei genitori, per avermi sempre fatto sentire compresa*



## INDICE

INTRODUZIONE.....	7
LINEE DEFINITORIE DELLA DISCIPLINA DEL MANDATO .....	11
1. <i>Uno sguardo alla disciplina generale del mandato.</i> .....	11
2. <i>Bilateralità perfetta o imperfetta? Lo status della ‘quaestio’</i> .....	19
QUANDO IL MANDATO PUO’ DIRSI CONCLUSO: .....	
UNA PROPOSTA DI ELEMENTO GIURIDICIZZANTE.....	45
1. <i>Premessa. Il rapporto tra ‘officium’, ‘amicitia’ e mandato.</i> .....	45
2. <i>L’amicitia’ e la stretta di mano.</i> .....	52
3. <i>Una proposta circa l’elemento giuridicizzante.</i> .....	60
4. <i>Conseguenze sull’assetto obbligatorio.</i> .....	70
5. <i>Contro la concezione personalistica dell’‘obligatio’.</i> .....	80
IL MOMENTO GENETICO DELLE OBBLIGAZIONI.....	87
1. <i>Il sinallagma genetico.</i> .....	87
2. <i>Implicazioni: il ruolo dell’effettivo accollo delle spese.</i> .....	100
3. <i>Osservazioni.</i> .....	105
UNA PROVA PROCESSUALE.....	113
1. <i>Previa ricognizione del punto.</i> .....	113
2. <i>Quando è esperibile l’‘actio mandati contraria’?</i> .....	116
CONCLUSIONI.....	125
INDICE DELLE FONTI .....	131
BIBLIOGRAFIA.....	133



## INTRODUZIONE

La fattispecie del contratto di mandato è stata oggetto, nel corso del secolo passato, di molteplici trattazioni, realizzate soprattutto nel modello di dotte monografie, il cui obiettivo può facilmente immaginarsi consistere nello scioglimento degli innumerevoli problemi che tale figura può far sorgere. La materia del mandato romano è invero tanto interessante, quanto difficile da ricostruire, soprattutto per la ragione che, rispetto a certi aspetti, la controversialità del diritto romano ostacola l'accoglimento di prospettive di certuni giuristi, le quali, nell'ottica riflessa dai frammenti pervenuti, potrebbero apparire lapalissiane, ma che, ad una attenta analisi e paragone con l'opinione di certaltri, non solo di tempi differenti, ma persino tra loro contemporanei, risultano totalmente contraddette. La molteplicità di visioni nella quale, spesso, ci troviamo a districarci, costringe lo studioso non tanto a fidarsi più di un'opinione, piuttosto che di un'altra, ma a ricostruire, nell'utilizzo della maggior accortezza, una versione valida di ciò che, almeno da una parte (la più estesa possibile) della giurisprudenza del tempo, poteva essere sostenuto. Proprio in quest'ottica, prima di addentrarci nel merito della trattazione, vorrei riportare, condividendolo, quanto elegantemente espresso da Nasalli Rocca, il quale, in riferimento all'istituto del *mandatum*, configura un paragone con un «terreno talmente ingombro di ardue e non ancora risolte questioni da lasciare ampia messe, ed assicurare un abbondante raccolto a chi voglia con originalità di criteri e con amore intelligente di studioso esercitare la sua falce in questo campo promettente e ricco del diritto romano»<sup>1</sup>.

Premessa la complessità dell'argomento che si andrà trattando, sicuramente non in ottica giustificativa, né tantomeno auto elogiativa, è opportuno indicare i punti critici del contratto che saranno oggetto d'esame in tal sede. Stante l'ampia scelta dei temi discussi su cui concentrarsi in relazione a tale materia, mi sono indirizzata sulla dibattuta – frequentemente in passato, meno di recente – questione relativa al rapporto tra le

---

<sup>1</sup> A. NASALLI ROCCA, *Il mandato. Studio di diritto romano*, Roma, 1972, 1.

obbligazioni nascenti da tale contratto. L'originalità in un tema che ha visto così tante voci esprimersi è certamente un obiettivo ambizioso, tuttavia, nel tentativo di distaccarmi dal coro, ho cercato di fornire una prospettiva, che, sebbene possa sembrare non tener conto della controversialità del diritto, vede, in materia delle obbligazioni nascenti da mandato il frutto dell'evoluzione di un pensiero, dipanatosi nell'arco di un tempo che, partendo da Labeone, giunge sino alle elaborazioni dei giuristi severiani. Forse l'accoglimento di una prospettiva, definibile 'irenica', potrebbe far dubitare della validità delle conclusioni raggiunte, tuttavia, ciò cui si vuole mirare non coincide tanto con la negazione dello *ius controversum* – operazione che senz'altro andrebbe considerata 'eretica' –, quanto una dimostrazione del perché possa risultare logico vedere nelle differenze di pensiero non solo delle incongruenze, ma anche un *fil rouge*, giustificato da una maturazione della consapevolezza concettuale, evitando un appiattimento di quella che può essere considerata la dimensione storica. Con un *caveat*, mascherato da premessa metodologica, intendo specificare che le conclusioni raggiunte sono, più che altro, suggestioni, in un tentativo di sistematizzazione dei miei pensieri, prima ancora che delle categorie del diritto romano.

Nonostante, come è possibile evincere dal titolo del presente elaborato, la ricerca sia indirizzata alla soluzione del detto problema, cui sono connessi riflessi, non meramente dogmatici - che consentirebbero di definire una tale indagine come uno studio finalizzato ad esiti descrittivi, che rimarrebbero privi di conseguenze concrete, solo per tentare di placare delle esigenze di coerenza del sistema romano – ma caratterizzati da notevoli risvolti pratici, si rinviene, nel corso della trattazione, l'analisi di un ulteriore profilo di tensione dogmatica. Quest'ultimo consiste nella risoluzione di quell'*empasse* consistente nella individuazione e definizione del momento in cui, un accordo configurante mandato, stante la sua essenziale gratuità, possa configurare un contratto, il cui inadempimento permette al mandante di convenire in giudizio il mandatario. Su questo profilo il dibattito dottrinale non vede molti esponenti, forse perché considerato di poco conto, forse perché ogni tentativo di cercare una soluzione appare vano e contestabile. Tuttavia, l'importanza di tale tema rileva non solo in merito all'essenziale localizzazione della linea di demarcazione tra sociale e giuridico, ma anche in riferimento alla tematica di quando un contratto può dirsi concluso, per capire, in tale momento, quali obbligazioni (se solo quella del mandatario o anche quella del mandante) possono considerarsi esistenti nella realtà del



diritto. Si tratta pertanto di due problemi, quello della bilateralità del mandato e quello dell'elemento giuridicizzante l'accordo che lo fonda, che, in questa prospettiva, possono ritenersi profondamente connessi, quasi complementari, in quanto l'adozione di una certa soluzione rispetto all'uno, può ripercuotersi a cascata sull'altro, facilitandone una piena comprensione.



## CAPITOLO PRIMO

### LINEE DEFINITORIE DELLA DISCIPLINA DEL MANDATO

#### 1. *Uno sguardo alla disciplina generale del mandato.*

Al fine di effettuare una corretta disamina circa l'effettivo momento in cui il mandato può dirsi sorto e la controversa *questio* relativa alla bilateralità del mandato, prima di scendere nel particolare, occorre gettare uno sguardo globale alla disciplina del mandato.

Sebbene le origini del mandato siano discusse in dottrina, l'opinione dominante<sup>2</sup> ritiene che la nascita del mandato, così come degli altri contratti consensuali, abbia trovato riconoscimento e tutela nello *ius gentium*. Il sorgere di dette figure sarebbe stato giustificato «dalle esigenze di commercio internazionale, sviluppatosi sempre più intensamente tra romani e peregrini a partire dal III secolo a.C.»<sup>3</sup>. L'affermazione riportata viene motivata con l'esplicito richiamo nell'*actio mandati* alla *fides bona* (richiamo che è presente anche nelle formule delle azioni degli altri contratti consensuali), che indurrebbe a pensare che le parti contraenti si ritrovassero vincolate sul piano della buona fede, piuttosto che su quello del *ius civile*. Tale giustificazione dell'origine di *ius gentium* del mandato è offerta anche da Arangio Ruiz<sup>4</sup>, il quale, afferma che «a mio giudizio, è proprio questo il senso originario di quel *dare facere oportere ex fide bona*, che si trova invariabilmente nelle formule processuali relative ai nostri contratti, e che è egualmente lontano dal *dare* o *facere oportere* puro e semplice, espressione di un obbligo riconosciuto dal diritto della città ...» e aggiunge che

---

<sup>2</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano, corso di lezioni svolto nell'università di Roma anno 1948-1949*, Napoli, 1949, 44.

<sup>3</sup> G. PROVERA, voce *Mandato (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, 312.

<sup>4</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 45 s. Questa idea è stata espressa da Arangio Ruiz in diversi luoghi. Non solo nella sua monografia sul mandato la rende palese, ma anche in *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1982, 336 in cui dice «i quattro contratti appartenenti al gruppo sono attribuiti dai giuristi al *ius gentium*, anzi di questi rappresentano il prodotto più cospicuo».

«oportere ex fide bona vuol dire che un obbligo c'è, ma scaturente non dal diritto della città bensì da quelle esigenze di lealtà senza le quali non possono sussistere relazioni commerciali fra uomini di popoli diversi ...»<sup>5</sup>.

Nonostante il disegno storico della nascita del mandato non possa essere ricostruito con certezza<sup>6</sup>, maggior chiarezza si può ottenere circa le linee definitorie del contratto nella giurisprudenza classica, delle quali abbiamo numerosi richiami nelle fonti, che permettono di renderne limpida la cognizione in relazione a una moltitudine di aspetti. Possiamo definire il mandato come un contratto consensuale per cui un soggetto conferiva un incarico a un altro soggetto, il quale si impegnava a eseguirlo gratuitamente. Le parti del rapporto nascente da contratto erano quindi il mandatario, che aveva il compito di eseguire «esattamente e coscienziosamente»<sup>7</sup> l'incarico affidatogli, e il mandante, soggetto

---

<sup>5</sup> Recentemente, riguardo al tema dell'origine del mandato, è intervenuto nel dibattito dottrinale S. RANDAZZO, *Mandare, radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 100, il quale è andato a criticare l'asserita nascita del mandato nello *ius gentium*. Lo studioso sostiene che il *mandatum* non sia altro che l'evoluzione dell'arcaico *mandare*. Infatti ammettendo che il mandato tragga la sua origine dallo *ius gentium* «...dovremmo attenderci una disciplina del contratto disancorata da principi e regole di quell'antico *mandare* e, se non completamente perfezionata, quantomeno ben delineata nei suoi profili concettuali – guida...», ma «ciò non sembra accadere per il mandato, per il quale una tale compiutezza di linee viene talvolta soltanto intravista, ma in termini tanto sfuggenti da mostrare, quantomeno, una singolare differenza con l'affermazione e la più o meno compiuta disciplina di altri rapporti obbligatori ritenuti *iuris gentium*...». In ragioni di tali osservazioni, Randazzo sostiene quindi che il mandato non sia altro che il risultato del graduale adeguamento dell'arcaico *mandare* alle nuove esigenze del commercio e quindi non lo si debba vedere come una figura nuova, che nasce dal *ius gentium*, ma come l'evoluzione di un istituto già esistente e pregnante nel tessuto giuridico romano. Sul punto si era anche espresso M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 604, il quale afferma che il mandato «si fonda sull'*officium* (l'insieme di doveri e di aspettative che si hanno fra soggetti legati da determinati vincoli personali) e non può aver trovato origine nei traffici internazionali tutelato nella *iurisdictio peregrina*».

<sup>6</sup> La diatriba circa l'origine del mandato vede come dominante la tesi che sostiene l'origine tarda del mandato, connessa all'intervento pretorio, da attestarsi in concomitanza con l'accrescimento della dimensione economica romana, e, in particolare posteriormente al 287 a. C., anno della probabile emanazione della *lex Aquilia*, il cui secondo capitolo pare far riferimento a un'azione simile all'*actio mandati*, ovvero a una azione rivolta al '*quanti ea res erit*', da esperirsi contro l'*adstipulator*, che avesse rimesso il debito al debitore mediante l'*acceptilatio*, facendo venir meno la fiducia in lui riposta, ciò risultando inquadrabile nella fattispecie in cui il mandatario si dimostra infedele al mandato ricevuto. Questa tesi è stata criticata dal O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 111 ss., secondo il quale la fattispecie descritta dalla *lex Aquilia* non sarebbe accostabile a un'ipotesi di mandatario infedele. Lo studioso si limita a criticare l'opinione tradizionale, senza offrire soluzioni alternative, ma limitandosi, forse con eccessiva vaghezza, a riconnettere il sorgere del mandato all'accrescimento commerciale di Roma, verificatosi a seguito delle conquiste territoriali.

<sup>7</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 159.

incaricante il mandatario, «sul quale incombeva la responsabilità ‘primaria’ di tenere indenne il mandatario dalle spese affrontate e dai danni subiti per la gestione»<sup>8</sup>.

Per la conclusione del contratto era necessario e sufficiente il semplice consenso delle parti comunque espresso. Ciò viene affermato esplicitamente da Gaio nel Terzo Commentario, nella trattazione relativa ai contratti consensuali, elaborata in contrapposizione ai contratti formali, stabilendo che non si richiede *neque verborum neque scripturae ulla proprietas*<sup>9</sup>. Del consenso, comunque manifestato, bastante per la conclusione del contratto se ne trova anche conferma in Paul. 32. *ad. ed. D. 17.1.1-2*, in cui Paolo avverte:

*Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. 1. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest. 2. Item sive “rogo” sive “volo” sive “mando” sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.*<sup>10</sup>

La prestazione che poteva sorgere in capo al mandatario in ragione dell’accordo delle parti consisteva nel compimento di atti giuridici, tuttavia «per diritto romano, oggetto del mandato non è necessariamente un atto giuridico»<sup>11</sup>. Ciò risulta evidente da un passo di Gai 3.162<sup>12</sup>, in cui il giurista ammette la possibilità che il mandato potesse concretizzarsi anche in un’attività materiale, consistente nel lavaggio del vestiario del tintore o nel rammenare del sarto<sup>13</sup>. Randazzo precisa «la circostanza che il mandato abbia ad oggetto frequentemente, nella casistica delle fonti, il compimento di atti giuridici, non esclude certamente che esso possa riguardare anche attività materiali volte a ‘fare qualcosa’ per il

---

<sup>8</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 255.

<sup>9</sup> Gai 3.136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse...*

<sup>10</sup> Il passo di D.17.1.1.2 è stato richiamato da V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 82 per evidenziare come, per la conclusione del mandato (così come per la conclusione degli altri contratti consensuali), oltre alla forma, non si necessitasse nemmeno di documenti probatori, smentendo il pensiero per cui il verbo *scripserit* avrebbe implicitamente richiamato a un documento e sostenendo il dubbio rispetto alla genuinità del suddetto lessema.

<sup>11</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 101.

<sup>12</sup> Gai 3.162: *In summa sciendum est, quotiens fecindum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem, veluti si fulloni polienda curandave vestimenta dederim aut sarcinatori sarcienda.*

<sup>13</sup> Il passo di Gai 3.162 rileva anche in relazione al carattere della gratuità del mandato, in quanto Gaio evidenzia come tali attività, se fossero state compiute dietro compenso, non sarebbero andate a integrare la figura del mandato, quanto quella della *locatio operis*.

mandante» giustificando il statisticamente superiore richiamo alle fonti del mandato avente ad oggetto il compimento di atti giuridici (nello specifico, operazioni economiche) con il contesto in cui tale contratto veniva concluso, ovvero quello dello sviluppo commerciale romano.<sup>14</sup> Sebbene l'oggetto del mandato potesse andare a ricomprendere, oltre al compimento di atti giuridici, anche incarichi di *facere*, fino a spingersi a «servigi, di carattere intellettualmente superiore, inerenti alle professioni liberali»<sup>15</sup>, Arangio Ruiz specifica che l'estensione del potenziale oggetto del mandato trovava limite in «quelle attività che i romani consideravano come circondate da un così alto prestigio, da essere refrattarie non soltanto all'ipotesi di una mercede (che le avrebbe portate sotto il regime della *locatio conductio*, *operis* o *operarum* secondo i casi), ma in genere all'idea dell'impegno contrattuale onde nasca un'obbligazione»<sup>16</sup>. Una volta definito ciò che oggetto del mandato può essere, è bene specificare che, perché il rapporto possa dirsi validamente sorto, l'incarico deve rispettare i requisiti della liceità<sup>17</sup> e della determinatezza, ove quest'ultimo requisito deve intendersi «nel senso in cui una determinazione è necessaria per la serietà di qualsiasi obbligazione, non vigendo a proposito del mandato particolari restrizioni»<sup>18</sup>.

Un tratto saliente della disciplina del mandato consiste nella essenziale gratuità del contratto<sup>19</sup>: il mandatario si obbligava allo svolgimento dell'incarico conferitogli dal mandante senza la previsione di alcun compenso per l'attività da svolgersi<sup>20</sup>. Lapalissiano è il passo paulino D. 17.1.1.4, *mandatum nisi gratuitum nullum est*, a indicare che la non pattuizione della mercede è necessaria per l'esistenza stessa del contratto. La presenza o

---

<sup>14</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 163.

<sup>15</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 102.

<sup>16</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 102 s., porta come esempi di tale affermazione non solo l'attività dei giureconsulti, ma anche quella degli oratori e degli agrimensori.

<sup>17</sup> La necessaria sussistenza della liceità dell'incarico per il venire in essere di un valido mandato è chiaramente espressa da un passo di Ulpiano, D. 17.1.6.3, in cui afferma *rei turpis nullum mandatum est te ideo hac actione non agetur*.

<sup>18</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 109.

<sup>19</sup> Sul tema della gratuità contrattuale sono state scritte opere di ampio respiro, tra cui J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, 1962 (su cui E. H. KADEN, *Recensione* a J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, 1962, in *ZSS*, LXXXI, 1964, 446 ss.); B. ALBANESE, *L'amicitia del diritto privato romano*, in *Jus*, XIV, 1963, 130 ss. (ora anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, cit., 311 ss.).

<sup>20</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 191, rileva come «sia strettamente inerente all'habitat giuridico arcaico la presenza di modelli di comportamento che, pur caratterizzati da un'accentuata doverosità, appaiono connotati da gratuità, vista quasi come altra faccia dell'accezione giuridicamente rilevante di *amicitia*»

meno della remunerazione, oltre a fondare l'essere del mandato, coincideva anche con la linea di discriminazione tra il contratto oggetto d'esame e la *locatio operis*<sup>21</sup>, come si evince dal medesimo passo, *interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicitur*: «anche in questo secondo caso, infatti, il *conductor* si impegnava a fare alcunchè a favore del *locator*, ma vi si impegnava dietro corrispettivo di una *merces*, mentre il mandatario si impegnava a fare alcunché senza corrispettivo di sorta»<sup>22</sup>. Era comunque data la possibilità al mandante di manifestare la propria gratitudine al mandatario per l'esecuzione dell'incarico, anche attraverso la corresponsione di una somma di denaro<sup>23</sup>.

L'interesse che giustifica il conferimento dell'incarico al mandatario coincide normalmente con quello del mandante (*mandatum mea gratia*), tuttavia può aversi anche mandato

---

<sup>21</sup> Sul punto G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 1, «la qualificazione di un determinato accordo contrattuale come mandato, piuttosto che come *locatio conductio*, consegue ad una valutazione del rapporto, che si dice essere tutelato da un'*actio mandati*, sotto il profilo processuale, mentre una valutazione sotto il profilo sostanziale del rapporto medesimo, quando è prevista la dazione di un corrispettivo, porta alla sua definizione come *locatio conductionis*». In merito al tema della gratuità del mandato come tratto capace di distinguere tale contratto dalla *locatio operis* si sono espressi anche G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, 494 ss. (ID., *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità. Considerazioni sul contratto di mandato alla luce di recenti studi*, in *Teoria e storia del dir. Priv.*, in *TSPD*, III, 2010, 16 ss.); T. RUNDEL, *'Mandatum' zwischen 'utilitas' und 'amicitia'. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster, 2005, 84 ss. (su cui si sono espressi U. BABUSIAUX, *Recensione a T. RUNDEL, 'Mandatum' zwischen 'utilitas' und 'amicitia'. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, cit., in *ZSS*, CXXV, 2008, 844 ss.; C. CASCIONE, *Recensione a T. RUNDEL, 'Mandatum' zwischen 'utilitas' und 'amicitia'. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, in *Iura*, LVI, 2006-2007 [ma 2008], 267 ss.); D. NÖRR - S. NISHIMURA, *'Mandatum', 'fides', 'amicitia'*, in *'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin, 1993, 13 ss., nonché D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*, LX, 1994, 373 (saggi editi anche in ID., *'Historiae iuris antiqui'. Gesammelte Schriften*, III, Goldbach, 2003, alle pp. 1933 ss. e 2121 ss.); F. DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz nel XL anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1953, 307 ss.; O. BEREHENDS, *Die 'bona fides' in 'mandatum'. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag*, in *'Ars boni et aequi'. Festgabe für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart, 1933, 33 ss.

<sup>22</sup> G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 314.

<sup>23</sup> Cfr. G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 314 «a partire dall'epoca del Principato fu data facoltà al mandatario di perseguire, attraverso la *cognitio extra ordinem*, la ricompensa eventualmente promessagli dal mandante: era quindi per ciò stesso escluso il ricorso all'*actio mandati*, che restava utilizzabile solo per il rimborso delle spese e per il risarcimento dei danni». Sul punto anche V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 117, il quale afferma che «la distinzione è netta: per le spese, sia che il procuratore le abbia erogate di tasca sua sia che vi abbia provveduto con danaro preso a prestito, il procuratore ha l'*actio mandati*, con la quale può pretendere anche gli interessi; mentre per il *salarium* dovrà rimettersi alla (*extraordinaria*) *cognitio* del preside della provincia». Anche M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 604 s. riconosce che «si arrivò ad ammettere che la pattuizione di un *honorarium* dovesse considerarsi separata dal mandato, la cui fattispecie era così integrata, ma che l'*honorarium* stesso restasse incoercibile soltanto agli inizi del III sec. d.C. la cancelleria imperiale ammise che il compenso potesse essere richiesto nelle forme della *cognitio extra ordinem*».

nell'interesse di terzi (*mandatum aliena gratia*). È stata invece negata la validità del mandato concluso tra mandante e mandatario nel mero interesse del mandatario (*mandatum tua gratia*)<sup>24</sup>, il quale avrebbe configurato un semplice *consilium*<sup>25</sup> («un'esortazione giuridicamente non vincolante»<sup>26</sup>), come tale non suscettibile di comportare la sussunzione del rapporto nella sfera del giuridicamente rilevante e di fondare di conseguenza una responsabilità del mandatario per l'inadempimento dell'incarico.

Dalla conclusione del mandato sorgono obbligazioni in capo al mandatario e al mandante. Il mandatario ha l'obbligo di eseguire rigorosamente l'incarico, nei termini esatti in cui gli è stato affidato, e di trasferire al mandante beni, diritti e crediti acquistati in relazione al mandato espletato. È infatti chiaro dalle fonti che «il profitto dell'affare, in quanto ce ne sia stato e anche se non fosse stato previsto, debba essere completamente riservato al mandante»<sup>27</sup>. Quanto a tale obbligazione del mandatario, l'esigenza che il mandatario trasferisse al mandante beni, diritti e crediti acquistati, e che il mandante si accollasse i debiti assunti dal mandatario, derivava dal fatto che il mandatario non era rappresentante diretto del mandante, in quanto il modello adottato era quello della rappresentanza indiretta, coerente con il sistema romano che non ammetteva che si potesse acquistare *per extraneam personam* (di conseguenza «l'esclusione della rappresentanza diretta faceva sì che dal contratto concluso dal mandatario con un terzo in adempimento dell'incarico conferitogli non sorgessero rapporti di diritto e obbligo fra mandante e terzo, ma solo fra questo e il mandatario»<sup>28</sup>). L'aderenza rispetto al *finis mandati* (implicante la perseguibilità tramite *actio mandati* dello scostamento tra quanto eseguito e quanto stabilito) è indubbio debba essere considerato principio cardine del contratto, ma subisce un temperamento in quei casi in cui il mandatario abbia ottenuto quanto richiesto dal mandante sopportando

---

<sup>24</sup> La possibile esistenza del *mandatum mea gratia* e *aliena gratia*, e la certa invalidità del mandato *tua gratia* viene esplicita chiaramente da Gaio 3. 155-156, passo che è stato oggetto in passato di una infinita discussione dottrinale (soprattutto in relazione alla figura del *mandatum pecuniae credendae*, che si configura quando il mandante dà incarico al mandatario di concedere credito a un terzo) della quale non andrò trattando in questa sede.

<sup>25</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 218, «nel *consilium* non verrebbe indicato nominalmente il mandatario e dunque la situazione andrebbe configurata al di fuori del mandato, rimarrebbe sul piano di un 'ausserrechtliches Verhältnis', trovando spazio soltanto nell'ambito di rapporti personali che, pur ispirati a 'correttezza sociale', sono comunque giuridicamente irrilevanti».

<sup>26</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 605.

<sup>27</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 159.

<sup>28</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., 352.



un sacrificio economico inferiore rispetto a quanto originariamente previsto contrattualmente dal mandante<sup>29</sup>. Prospetticamente opposta è invece la situazione, concernente tanto le obbligazioni del mandatario quanto quelle del mandante, in cui il mandatario esegua l'incarico conferitogli dal mandante a condizioni più onerose rispetto a quelle individuate dal mandante. Questa ipotesi, come specificato da Gaio 3.161, può derivare da diverse eventualità, alle quali sono connesse conseguenze differenziate: se dipende da impossibilità oggettiva «non compete né al mandante l'azione diretta né al mandatario la contraria»<sup>30</sup>, se invece dipende dalla diligenza impiegata dal mandatario «egli resta obbligato verso il mandante per il mancato adempimento, mentre il mandante non è obbligato a niente nei suoi riguardi»<sup>31</sup>. Si va quindi a configurare un inadempimento del mandato, al pari del caso in cui il mandatario non eseguisse affatto l'incarico, e pertanto il mandante può esercitare l'*actio mandati*.

Quale sia l'elemento soggettivo che vada a giustificare il sorgere della responsabilità del mandatario è oggetto di viva discussione in dottrina. L'Arangio Ruiz<sup>32</sup> ritiene che nel diritto classico il mandatario sarebbe stato responsabile soltanto per dolo<sup>33</sup>, adducendo come motivo fondante della sua opinione il fatto che la condanna del *iudicium mandati* comportava l'*infamia*.

Quanto alle obbligazioni del mandante, la *bona fides* su cui si basava il contratto di mandato gli imponeva che fosse tenuto a tenere indenne il mandatario, rimborsandogli spese

---

<sup>29</sup> Significativo in materia di scostamento dell'esecuzione del mandatario rispetto alla volontà del mandante è il passo di Gaio 3.161: *cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest implere eum mandatum, si modo implere potuerit: at ille mecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C mibibus emeris, tu sestertiis CL mibibus emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem. Idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur.*

<sup>30</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 170.

<sup>31</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 170.

<sup>32</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 191, «è tra i risultati più sicuri della moderna dottrina romanistica che la massima fondamentale a cui s'ispira la compilazione di Giustiniano – che cioè, ad eccezione di qualche caso particolarissimo in cui la responsabilità è limitata al dolo, ogni obbligato da contratto sia responsabile verso la controparte sempre che il mancato o imperfetto adempimento dipenda o da dolo o da colpa – non corrisponda al pensiero della giurisprudenza classica: la quale, invece, operava nella maggior parte dei casi col solo concetto del dolo».

<sup>33</sup> Contro la tesi dell'Arangio Ruiz, G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 317, osserva che nella compilazione, oltre a esservi numerosi richiami al *dolus*, ve ne sono anche alla *culpa* e non tutti sembrano essere frutto di interpolazione.

sopportate e a risarcendo i danni derivanti dall'esecuzione<sup>34</sup>, «senza, in ogni caso, esimersi dal recepire i risultati dell'incarico, anche se si fossero rivelati negativi o svantaggiosi, ove l'attività del mandatario sia stata svolta in conformità alle istruzioni impartite al mandatario, il quale si era in buona fede gravato delle spese conseguenti, che dunque gli vanno rimborsate»<sup>35</sup>. Qualora il mandante risultasse inadempiente, sorgeva sua responsabilità, operante *ex fide bona*, e tali somme erano perseguibili con *l'actio mandati contraria*<sup>36</sup>.

Il mandato può veder venir meno il vincolo obbligatorio creatosi a seguito della sua conclusione in ragione del palesarsi delle cause di estinzione. Essendo un contratto consensuale, ovvero bastando il consenso di ciascuna delle parti per la conclusione del contratto, dovrebbe ammettersi che, per perseverare l'esistenza del rapporto obbligatorio, il consenso di entrambe le parti dovrebbe essere continuato e, qualora venisse meno, il rapporto cesserebbe. La volontà di recedere unilateralmente dal contratto prende denominazione diversa a seconda della parte che la manifesta: si parla di revoca del mandante e di recesso del mandatario. Entrambe, recesso e revoca, sono possibilità contemplate dalle fonti<sup>37</sup>, le quali però richiedono che, per il loro esercizio, vengano rispettati il criterio della *res integra*, cioè che il mandato non sia ancora stato eseguito, e della tempestiva manifestazione della volontà recessiva. Il requisito della *res integra* non è però vincolante e invalidante per la revoca del mandante, la quale può essere attuata anche quando l'adempimento del mandato sia già stato avviato dal mandatario: in tal caso il requisito della *res integra* si riduce alla pretesa che il mandatario sia tenuto indenne delle spese sopportate e delle obbligazioni contratte verso terzi.

Oltre al recesso unilaterale, estintiva del mandato è anche la morte di una qualsiasi delle parti, qualora l'evento morte si sia verificato *re adhuc integra*. Tuttavia, il mandatario in buona fede può agire con *l'actio mandati contraria* quando abbia iniziato l'esecuzione dell'incarico nell'ignoranza incolpevole della morte del mandante.

---

<sup>34</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 166, sul punto precisa che «vi sono, peraltro, decisioni assai rigorose circa le perdite che il mandatario abbia sofferte non a causa ma soltanto in occasione dell'adempimento, e per fatto di forza maggiore» e ancora in cit. 167 compare il concetto secondo cui «il caso fortuito esonera da qualsiasi responsabilità».

<sup>35</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 255.

<sup>36</sup> Cfr. vedi oltre, cap. 2.

<sup>37</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 133 ss., ricorda come la possibilità di recesso da parte del mandante, ovvero di revoca, sia contemplata da Gai 3.159; mentre la possibilità di *renuntiatio* da parte del mandatario sia presente in una diversa fonte, ovvero nelle I. 3.26.11.

Conclusa una sommaria trattazione degli aspetti principali dell'istituto romanistico del mandato ci si può concentrare su alcuni tra gli snodi più problematici del contratto in questione, o perché mai effettivamente affrontati o perché attenzionati dalla dottrina e, oggetto di molteplici opinioni divergenti. Pochi studiosi si sono soffermati sull'individuazione dell'elemento che permette il transito nella sfera del giuridicamente rilevante del conferimento dell'incarico (ovvero sul requisito, la cui sussistenza, consente di ricondurre il fare qualcosa a favore di qualcun altro, non sul piano del sociale, ma su quello del diritto), mentre molti si sono interrogati circa la configurazione dell'assetto obbligatorio nascente dalla conclusione del mandato. Infatti, posto che il mandato è un contratto consensuale dal quale nascono obbligazioni in capo sia al mandatario sia al mandante, è oggetto di opinioni discordanti il rapporto intercorrente tra queste obbligazioni, nel senso che ci si interroga se siano poste sullo stesso piano in quanto nascenti nel medesimo momento genetico, o su livelli sfalsati, perché una primaria e l'altra secondaria ed eventuale.

## 2. *Bilateralità perfetta o imperfetta? Lo status della 'quaestio'.*

Argomento spesso al centro del dibattito della dottrina romanistica coincide con la configurazione dogmatica del vincolo obbligatorio nascente da *mandatum*. Punto focale del dibattito è costituito dal raffronto tra due passi di giuristi di epoche diverse, uno di Labeone, augusteo, e uno di Gaio, antoniniano, i quali divergono nell'individuazione dei contratti consensuali, ove sappiamo essere il requisito della consensualità strettamente connesso a quello della bilateralità perfetta delle obbligazioni<sup>38</sup>.

Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse,*

---

<sup>38</sup> Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1950, 156 ss., il quale mette in luce come «fra il concetto che l'obbligazione si contrae con il *consensus* e la bilateralità, o plurilateralità, di obbligazioni nascenti dal contratto ... esiste un profondo e sottile nesso» in quanto «a mettere di fronte obbligazioni reciproche, di cui l'una può trovare giustificazione nell'altra, basta il *consensus*; questo è stato assunto in negozi di *ius gentium* come produttivo di tale efficacia bilaterale (o plurilaterale)».

*sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sinallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Gai 3.135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse...*

Labeone, come riportata la sua opinione da Ulpiano, nel disegnare la categoria del *contrahere*, caratterizzato dall'*ultro citroque obligatio*<sup>39</sup>, individua come emblematiche le figure della *emptio venditio*, della *locatio conductio* e della *societas* (tutte caratterizzate dallo scambio, anche se mediato nella *societas*<sup>40</sup> in quanto «le prestazioni dovute, piuttosto che costituire l'una il corrispettivo dell'altra, sono funzionalmente indirizzate al comune intento

---

<sup>39</sup> L'*ultro citroque obligatio*, come elemento caratterizzante la categoria del *contrahere*, non deve essere inteso, nel pensiero labeoniano, nell'accezione di scambio in senso stretto, per cui una prestazione costituirebbe il corrispettivo dell'altra, in quanto un tale scambio della *societas* non si verificherebbe, essendo tutte le prestazioni dei soci indirizzate al comune intento sociale. L'*ultro citroque obligatio* deve essere inteso in altro modo, come evidenziato da L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, 2015, 63, nota 27, ovvero come «scambio in un'accezione lata, per indicare che la prestazione cui ogni parte è tenuta va, in via diretta (come nell'*emptio venditio* e nella *locatio conductio*) o mediata (come nella *societas*), a vantaggio dell'altra. Così inteso, dunque, lo scambio di prestazioni rappresenta proprio l'oggetto dell'*ultro citroque obligatio* di Labeone, che esprime non più che il simultaneo sorgere a carico di ciascuna parte, in forza di un accordo, del vincolo al compimento di una prestazione a beneficio (almeno indiretto) dell'altra». Non si condivide peraltro la visione dell'*ultro citroque obligatio* labeoniana avanzata da F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7 – 9 aprile 1987)* I, Milano, 1988, 50, per cui «l'elemento che caratterizza e delimita, secondo Labeone, la categoria del *contractum* è costituito dalla c.d. bilateralità oggettiva, dalla corrispettività – come si dice con maggior esattezza – delle prestazioni concordate. Si tratta della base dell'attività commerciale e in genere di scambio tra gli uomini. Labeone percepì che la corrispettività delle prestazioni è da sola sufficiente a rendere vincolante l'accordo».

<sup>40</sup> Ciò viene acclarato da S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano, Contributo allo studio del sinallagma funzionale in diritto classico*, Padova, 2008, 137 s., «è ben noto che, in linea generale, il contratto di società suole essere annoverato, dalla più parte degli esponenti della moderna dottrina romanistica, tra quelli di carattere bilaterale aventi natura corrispettiva o, se così si preferisce, sinallagmatica, intendendosi in tal modo sottolineare che le obbligazioni assunte dal socio troverebbero la loro ragion d'essere in quelle parimenti assunte dagli altri soci per il buon esito dell'impresa comune».

sociale»<sup>41</sup>), senza ricomprendere il *mandatum*. L'accostamento dell'istituto ai contratti simbolo della categoria del *contrahere* labeoniana avviene invece nel passo delle Istituzioni di Gaio, il quale, dopo aver individuato le *species* di fonti che possono produrre obbligazioni (enucleando la *summa divisio* delle fonti di obbligazioni, ovvero contratto e delitto), nell'enunciazione dei *quattor genera obligationes*, in contrapposizione alle obbligazioni nascenti da contratti formali, delinea quelle nascenti da contratti consensuali. Nell'elencazione delle *obligationes consensu contractae*, oltre alle figure originariamente individuate da Labeone (*emptio venditio*, *locatio conductio* e *societas*), Gaio comprende anche il *mandatum*, stabilendo che:

Gai 3.137 *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationis alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget aius obligetur.*<sup>42</sup>

Da ciò si denota come Gaio, dopo l'individuazione dei contratti consensuali, ne prosegue la trattazione, evidenziando come in questi ciascuno dei contraenti si obblighi reciprocamente a prestare quanto risulta *ex bono et aequo*.

*Ictu oculi*, appare evidente la contraddizione tra i due passi, i quali paiono darci informazioni nettamente contrastanti fra loro. Proprio in ragione di questa contraddittorietà, i passi dei due giuristi vengono variamente valorizzati: coloro che

---

<sup>41</sup> A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, 22 (ora anche in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura dello stesso A. Burdese, Padova, 2006, 120).

<sup>42</sup> Sul nesso che si instaura nel pensiero gaiano tra il carattere della consensualità e quello della bilateralità si è espresso anche C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato. Parte prima*, (Catania, 1947, ma recentemente ristampato in) *Rivista di Diritto Romano* 4 (2004) (*Corso di diritto romano. Il mandato. Parte prima. Con introduzione di Giovanni Nicosia (ledonline.it)*), 36, il quale rileva che «Gaio non parla semplicemente di bilateralità senza altra aggiunta, né del sorgere di specifiche obbligazioni dall'una parte e dall'altra, ma parla di una peculiare caratteristica di cotesti contratti consensuali consistente nel far sorgere un '*alterum alteri ex bono et aequo praestare oportere*'. Secondo l'insegnamento di Gaio, cioè, le parti di questi contratti (consensuali) non soltanto si obbligano reciprocamente, ma si obbligano reciprocamente a prestare *ex bono et aequo*. Ora appunto il nesso fra consensualità e bilateralità dipende proprio da questa ulteriore specificazione della bilateralità stessa, cioè dell'obbligarsi le parti *ex bono et aequo*. Infatti, ciò sarebbe impossibile nei contratti formali (verbali e letterali), nei quali la forma stessa adibita per il contratto esclude che le parti possano obbligarsi così indeterminatamente a '*quidquid ex fide bona dare, facere, praestare oportet*'. Nei contratti formali la prestazione è esattamente e rigorosamente determinata nella formula impiegata».

sostengono che di bilateralità in merito al mandato non si possa parlare, fanno leva sul frammento del giurista augusteo, il quale non inserisce il mandato nella categoria del *contrahere*; chi, invece afferma la bilateralità delle obbligazioni nascenti da mandato rimarca la chiarezza con cui Gaio posiziona il mandato tra i contratti consensuali, ripetendo, prima con riferimento ai contratti consensuali in generale<sup>43</sup>, poi con riferimento al mandato in particolare<sup>44</sup>, come dallo stesso sorgano obbligazioni reciproche.

Ciò porta inevitabilmente i romanisti a chiedersi se tale contraddizione sia dettata dalla volontà dei giuristi o dall'errore. Che Labeone fosse consapevole nel non ricomprendere il mandato tra i contratti consensuali ne sono convinti diversi studiosi, che infatti sostengono l'errore gaiano<sup>45</sup>. Tuttavia, credo che, allo stesso modo in cui da alcuni viene autorevolmente sostenuto l'errore gaiano, sia altrettanto importante denotare come non sia così assurda e inimmaginabile l'ipotesi di un errore (più che da parte del giurista antoniniano) da parte del giurista augusteo, anzitutto in ragione del fatto che nelle fonti si possono osservare diversi richiami di Labeone all'obbligatorietà, tanto per il mandatario quanto per il mandante, quasi a indicare un ripensamento del giurista<sup>46</sup> rispetto all'originale scelta di non aver voluto inserire il mandato nella categoria del *contrahere*, in cui dal consenso delle parti sorgono reciproche obbligazioni. Ritengo ammissibile l'ipotesi che la non ricomprensione del mandato nei contratti consensuali possa essere dettata dall'errore, anche attraverso la constatazione che, nel medesimo *locus*, il giurista commette un'ulteriore imprecisione: infatti nella scelta degli elementi giuridicizzanti dell'accordo, tali da fagocitare

---

<sup>43</sup> Gai 3.136 - 137.

<sup>44</sup> Gai 3.155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandate obligatio, et vicem alter alteri tenebimur in id, quod vel tibi vel mihi bona fide praestare oportet.*

<sup>45</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 91 ss.

<sup>46</sup> Ne è esempio Ulp. 31 *ad ed. D.17.1.8: Si procuratorem dederò nec instrumenta mihi causae redda, qua actione mihi tenetur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam* rispetto al quale S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, in *Scambio e gratuità, Confini e contenuti dell'area contrattuale* a cura di Luigi Garofalo, Padova, 2011, 347 rileva che «non può lasciare indifferenti la considerazione che Labeone abbia qualificato alla stregua di *contractus* tanto il mandato quanto il deposito: riconoscendo a entrambi la natura di atti che, in ossequio a quanto precisato in D. 50. 16.19, sarebbero suscettibili di produrre obbligazioni bilaterali».

la semplice *conventio*<sup>47</sup> nella categoria del *contrahere*, Labeone, individuando la *ultra citroque obligatio* come espressiva di tale funzione, la accompagna all'inesatta locuzione *quod grecis synallagma vocant*. Le ragioni esplicative del suddetto errore<sup>48</sup> non saranno oggetto d'esame in tal sede, essendo per esse necessaria un'apposita trattazione, ma basti qui rilevare come ciò deponga nel senso che non sia inimmaginabile un panorama in cui l'affidabilità scientifica del giurista augusteo possa essere messa in discussione. Infine, per concludere, la ricomprensione del mandato nella categoria del *contrahere* potrebbe anche essere sostenuta dall'argomento per cui l'enunciazione delle figure emblematiche di categoria da parte di Labeone non vada a configurare un elenco tassativo, ma anzi si tratti di una categoria dalla forte portata espansiva<sup>49</sup>, che si tiene aperta la possibilità di andare a ricomprendere persino figure che non godono di una tutela editalizzata (non godono cioè di una tutela forte di *ius civile*, ma solo di una tutela debole data dalla *condictio causa data causa non secuta*, che permette di ottenere la soddisfazione del mero interesse negativo), ovvero i

---

<sup>47</sup> Accolgo la tesi di L. GAROFALO espressa in *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 67 ss., il quale, rinnegando la teoria sostenuta da La Pira per cui Pedio sarebbe stato il padre del consensualismo, ritiene che nella costruzione labeoniana, il giurista augusteo fosse già conscio della presenza della *conventio* in tutte le figure, ovvero sia nel *contrahere*, sia nell'*agere*, sia nel *gerere*. Labeone non avrebbe esplicitato la sussistenza di questo elemento in quanto il tema da indagare non ineriva alla presenza o meno della *conventio*, ma verteva sull'individuazione di quale fosse quel *quid pluris* che permettesse a un semplice accordo concluso dalle parti, a un incontro di volontà, di diventare giuridicamente vincolante e quindi tutelabile in sede processuale. L'intervento pediano indicante la necessaria presenza della *conventio* non avrebbe quindi avuto alcuna portata rivoluzionaria, ma tale punto sarebbe da degradare a una mera esplicitazione di quanto era già implicito nel pensiero di Labeone.

<sup>48</sup> Per una esaustiva trattazione sul punto si veda R. SANTORO, *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, Estratto dagli Studi in onore del Prof. Andrea Arena, Palermo, 1980, 4 ss.

<sup>49</sup> Il carattere non tassativo e meramente esemplificativo dell'elenco di Labeone viene sostenuto da C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale Aristerev (Palermo -Trapani, 7-10 giugno 1995)* a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 37 ss., in cui rileva come Labeone avesse costruito il concetto di contratto per induzione, guardando agli elementi comuni delle figure contrattuali tipiche, ma non guardando solo a quelle indicate in D. 50.16.19. Secondo Cannata «non possiamo sapere quali fossero queste figure, dall'insieme delle quali egli partiva per la sua costruzione concettuale, perché l'enumerazione, come la riporta Ulpiano in D. 50.16.19, ha carattere meramente esemplificativo». Di opinione diversa è invece M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 558, il quale sostiene che la categoria del contratto individuata da Labeone «aveva carattere descrittivo o classificatorio, in quanto serviva soltanto a indicare – nell'ambito delle fattispecie tipiche previste dal *ius civile* – i casi i cui nasceva una *ultra citroque obligatio*».

contratti atipici<sup>50</sup>, al fine di offrire alle stesse tutela con l'*actio praescriptis verbis*<sup>51</sup>, rimedio processuale capace di garantire protezione anche alla soddisfazione dell'interesse positivo, in maniera paritaria alla tutela fornita dallo *ius civile* ai contratti emblematici di categoria. Ecco che se la potenzialità espansiva della categoria del *contrahere* permette di fagocitare figure di contratti atipici, a maggior ragione ritengo razionale ammettere che la detta categoria possa ricomprendere figure contrattuali tipiche, come ne era sicuro esempio il mandato. Questa ricomprensione del mandato nella categoria del *contrahere* in ragione della portata espansiva di tale categoria sembra anche essere avallata dal fatto che il mandato, pur essendo indubbiamente conosciuto come contratto tipico in epoca augustea<sup>52</sup>, non viene menzionato nelle altre due categorie, quella dell'*agere* e del *gerere*. A tale argomento si potrebbe obiettare che la non menzione del mandato in dette categorie non escluderebbe la sua potenziale implicita ricomprensione, in quanto la riconduzione di figure contrattuali non espressamente citate avviene già per la categoria del *contrahere*, perciò, nulla osterebbe alla logica estensione della medesima operazione interpretativa anche alle altre categorie citate. Tuttavia, da un lato non si potrebbe affermare che se si può estendere la categoria del *contrahere* allora automaticamente - e senza addurre alcuna ragione a sostegno della espansione dell'operazione di interpretazione estensiva - si può estendere anche quella dell'*agere* fino a ricomprendere il mandato, in quanto tale categoria,

---

<sup>50</sup> Sul punto L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione*, cit., 64 s., secondo cui la categoria del *contrahere* labeoniana «in quanto edificata astraendo dalle figure tipiche dell'*emptio venditio*, della *locatio conductio* e della *societas* l'elemento minimo presente in tutte (ovviamente in aggiunta a quello convenzionale), ossia l'*ultra citroque obligatio* senza ulteriori specificazioni, vi era inquadrabile un qualunque accordo in virtù del quale le parti si assumessero il peso reciproco di una prestazione, integrante o meno una delle richiamate figure». A favore di questa impostazione si schiera anche A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 25, nota 20, il quale ritiene che Labeone «abbia inteso, con la sua definizione, isolare valori rigorosi, in contrapposizione ai valori correnti, di *agere*, *gerere* e *contrahere*» ritenendo «più probabile che ciò egli abbia fatto in riferimento a concreti interessi di regime giuridico come potrebbe essere, almeno in relazione al concetto di *contractum*, quello di aprire la via alla tutela di figure atipiche, piuttostoché a interessi meramente filologici».

<sup>51</sup> Si tratta di un rimedio processuale con il quale è possibile far valere, sulla base dello *ius civile*, l'inadempimento della controparte. Rispetto alla sua struttura C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, cit., 43 ritiene che si tratti di un'azione a cui corrispondeva una formula con *intentio in ius concepta*, corrispondente alla «canonica *intentio civilis incerta* delle azioni da contratto consensuale (*quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet ex fide bona*)», accompagnata da una *demonstratio*, nella quale veniva descritta la fattispecie concreta cui la formula doveva essere applicata.

<sup>52</sup> Il riconoscimento di tale figura si ha certamente con l'intervento pretorio verso il III sec. a. C., pertanto in epoca preclassica. Ciò indica che la tipicità contrattuale del mandato risultasse oramai indubbia in epoca classica e augustea.



a differenza di quella del *contrahere*, si presume sterile, non suscettibile di espansione per come costruita da Labeone. Inoltre, anche se fosse ammissibile l'estensione di detta categoria, ciò non inficerebbe la potenziale riconduzione del mandato nella categoria del *contrahere*, in quanto, in alcun modo il mandato sarebbe avvicicabile alla categoria dell'*agere* poiché non presenta nessuno di quegli elementi formali ed esterni peculiari della categoria stessa (ovvero la consegna della *res*, l'esatta pronuncia di *certa verba*<sup>53</sup> o le scritturazioni reciproche). Ma, come il mandato non risulta sussumibile nell'*agere*, difficile è anche la riconduzione dello stesso nella categoria del *gerere*, sebbene per motivi diversi. Con il *gerere* si identifica la *res sine verbis facta*, e, sebbene si possa denotare anche nel *mandatum* un *gestum*, consistente nel darsi la mano per suggellare l'accordo<sup>54</sup>, la riconduzione del mandato alla categoria del *gerere* sulla base della detta motivazione appare labile, in ragione del fatto che è difficile immaginare che la stretta di mano non venga accompagnata dalla pronuncia di una qualche parola<sup>55</sup>.

Ecco che il mandato, contratto tipico, da un lato non può essere ricompreso nelle categorie del *gerere* e dell'*agere*, e dall'altro lato deve necessariamente essere incasellato in una qualche categoria: conclusione logica di questo ragionamento è che l'istituto debba essere visto come membro implicito della categoria del *contrahere*, caratterizzata dall'*ultra*

---

<sup>53</sup> Certamente nella conclusione del mandato è immaginabile la pronuncia di *verba*, ma tale pronuncia si configura in maniera differente rispetto al valore che essa assume in contratti verbali, di cui l'esempio lampante viene offerto dalla *stipulatio*. Infatti, la *stipulatio* pretende, per la sua conclusione, un perfetto combaciare delle parole pronunciate dal creditore nell'interrogazione e dal debitore nella risposta, a testimonianza di una sovrapposizione di consensi tanto nella forma quanto nella sostanza.

<sup>54</sup> Emblematico a tal fine è il passo Isid. *et.* 5.24.20: *Mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat.*

<sup>55</sup> La pronuncia di *certa verba* per la conclusione del mandato non deve essere intesa come quella che integra un contratto verbale. Infatti con pronuncia di *certa verba* in relazione alla conclusione del contratto di mandato vado a intendere una pronuncia con la quale si va a esprimere un consenso, e quindi non necessariamente orale e connotata dalla esatta rispondenza delle parole pronunciate dai soggetti contraenti (come avviene, ad esempio, nella *stipulatio*), ma si tratta di una pronuncia che può avvenire anche per iscritto, in accordo con l'idea per cui i contratti consensuali si possono concludere anche per messo e tra assenti e senza un formalismo tale da rendersi necessario il combaciare delle *verba* di chi assume l'incarico e di chi lo conferisce. Nonostante sia indiscutibilmente ammessa la validità del mandato tacitamente concluso, ovvero la cui perfezione viene raggiunta senza la pronuncia di *verba*, è importante evidenziare che la manifestazione tacita di consenso debba lasciar intendere inequivocabilmente una volontà delle parti a impegnarsi contrattualmente. Invero, viene messo in luce da C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, cit., 13, che «il comportamento puramente passivo, il semplice non *contradicere* (silenzio) non è sufficiente a far ritenere esistente il consenso. Chi mantiene un simile atteggiamento inattivo è *invitus*, cioè relativamente al contratto, privo di volontà».

*citroque obligatio*, e che quindi sia connotato dalla bilateralità dell'assetto obbligatorio. L'inclusione in questa categoria ha ancora più senso se si accoglie la tesi per cui «nel definire il contratto come *ultra citroque obligatio*, Labeone intende dire ... che si tratta di un atto obbligatorio cui partecipano tutti e due i soggetti, il creditore che obbliga il debitore verso sé e il debitore che obbliga sé stesso verso il creditore»<sup>56</sup> poiché ciò è proprio quanto avviene anche nel mandato, in quanto, nella conclusione del contratto, il mandante obbliga il mandatario a svolgere un incarico e il mandatario si obbliga ad adempiere a tale ordine. In ragione di queste considerazioni, e maggiormente guardando al carattere esemplificativo dell'elenco di Labeone si può osservare come non sia necessario ragionare in termini di errore di uno o dell'altro giurista. Infatti, la non inclusione del mandato nella categoria del *contrahere* da parte del giurista augusteo non configura imprescindibilmente un errore, ma può anche essere vista come una semplice omissione, giustificata dal carattere aperto dell'elenco. Da questa prospettiva è possibile cogliere, a mio avviso, un importante indizio nell'analisi dei frammenti. Infatti, è possibile guardare alle opinioni dei giuristi non tanto in termini di contrasto, quanto in una prospettiva evolutiva, che tenga conto dell'evolversi della realtà giuridica nel corso di un centinaio di anni e della maturazione dei concetti che questa può comportare. Che questa prospettiva, ovvero quella evolutiva, sia quella da prediligere, mi pare anche avvalorato dal fatto che guardare a passi di giuristi di epoche diverse in termini di contrasto sembra implicare un appiattimento della dimensione storica, quasi come se si considerasse che le opinioni diverse venissero riportate da due soggetti viventi nella medesima epoca, nel medesimo ambiente e nel medesimo clima. Cercare invece, di tener conto dei cambiamenti, del sempre crescente livello di elaborazione teorica e della maggiore consapevolezza che si raggiunge, nello svolgersi del tempo, in ordine a concetti che solo cautamente in un certo tempo ci si sente di affermare esplicitamente, permette di ricomporre, in un perfetto mosaico, le diverse opinioni, che, *prima facie*, parrebbero sconfessarsi a vicenda.

Logicamente questa conclusione, per cui l'omissione di Labeone sarebbe germe di un pensiero - quello della reciprocità delle obbligazioni in capo alle parti che concludono il mandato - che, con il tempo, va maturando, verrebbe anche confermata dal successivo

---

<sup>56</sup> R. SANTORO, *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 16.

inserimento gaiano del mandato tra i contratti consensuali, accompagnato dal passo<sup>57</sup> in cui il giurista antoniniano, in riferimento a tale istituto, parla di reciprocità con un'insistenza tale da non far sorgere alcun dubbio in merito all'assetto obbligatorio. Ecco che in questa prospettiva non si profilerebbe l'errore gaiano nell'inserimento del mandato tra i contratti consensuali, ma Gaio avrebbe solo esplicitato con chiarezza una logica conclusione che in Labeone già era stata raggiunta, ma rimaneva latente.

A vedere in ottica totalmente differente il passo di Gaio sono importanti studiosi, dei quali è necessario riportarne i pensieri. Parte della dottrina<sup>58</sup> ritiene autorevolmente che nel passo si profili uno degli 'errori gaiani' e Gaio stesso, rendendosi conto che la ricomprensione del mandato nei contratti consensuali configurava uno sbaglio, cerca di ovviare a ciò con «un vero e proprio capolavoro»<sup>59</sup>, ovvero andando a riconfigurare l'assetto obbligatorio, che, come correttamente sosteneva Labeone, non poteva dirsi assolutamente far nascere una *ultra citroque obligatio*, rendendo le obbligazioni di mandatario

---

<sup>57</sup> Gai 3.155: *Mandatum constitit, sive nostra gratia mandemus dive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel te mihi bona fide praestare oportet.*

<sup>58</sup> La teorica in merito degli 'errori gaiani' è autorevolmente esposta da L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 91 ss., per cui l'affidabilità del giurista nell'esposizione contrattuale contenuta nelle *Institutiones* sarebbe messa in discussione da una serie di imperfezioni, alcune meno gravi, altre di più. In primis, la trattazione in materia di *obligationes* prevede che le obbligazioni si dividano in due *species*, a seconda che derivino da contratto o da delitto, e quelle derivanti da contratto si dividano in *quattuor genera*, i quali vanno a recuperare le categorie labeoniane di *agere* e *gerere*: la confusione terminologica tra *species* e *genera*, derivante dall'inversione logica tra i due termini, configura una preliminare imperfezione, la quale, tuttavia, non comporta gravi ripercussioni sull'impostazione che il giurista va delineando. Andando avanti con la trattazione, un primo, vero e proprio, errore gaiano che si riscontra coincide con l'individuazione dell'elemento del *consensu* come caratteristico di un *genus*, elemento che in sé figurerebbe in tutte le figure riconducibili alla *species* delle *obligationes ex contractu*, e quindi in quanto «anodino e incolore» non avrebbe una forza tale da far emergere la peculiarità del *genus*. Si pensa che, con il termine '*consensu*', Gaio probabilmente volesse evidenziare non tanto l'elemento dell'accordo, presente in tutte le obbligazioni contrattuali, quanto l'elemento dell'*ultra citroque obligatio*, ovvero del sorgere contestuale di obbligazioni in capo a tutte le parti contraenti. Un secondo errore gaiano, di maggior interesse per l'argomento che si va trattando, consisterebbe nell'aver il giurista indicato, nella categoria delle *obligationes consensu contractae* (qualora si voglia ammettere che Gaio volesse intendere con *consensu* l'*ultra citroque obligatio*), accanto all'*emptio venditio*, alla *locatio conductio* e alla *societas* – contratti in cui sicuramente si riscontra il sorgere dell'obbligazione in capo a tutte le parti -, anche il mandato, il quale sarebbe connotato, diversamente dagli altri, da una cd. bilateralità imperfetta. Infine, un terzo errore gaiano che viene indicato dallo studioso, configurerebbe in ordine alle *obligationes re contractae*, coincidenti con quelle obbligazioni che oggi definiremmo come derivanti da contratti reali. All'interno di questo *genus* il giurista antoniniano, oltre al mutuo, include anche la *solutio indebiti*, l'arricchimento privo di causa giustificatrice: in tal caso, l'errore del giurista sarebbe evidente, in quanto tale figura mancherebbe dell'accordo tra le parti, pertanto, sostanzialmente non potrebbe essere inclusa nella *species* delle obbligazioni derivanti da contratto, in quanto il sorgere delle stesse sarebbe determinato proprio dalla volontà delle parti.

<sup>59</sup> L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 95.

e mandante reciproche in quanto nascenti dalla buona fede<sup>60</sup>. Si sostiene infatti che Gaio «costretto a inserire il mandato fra le fattispecie contrattuali che si perfezionavano con il semplice consenso, egli, per così dire, lo ristruttura, in modo da accreditare l'idea che dal medesimo nascesse necessariamente e simultaneamente per le parti un vincolo reciproco all'esecuzione di una prestazione»<sup>61</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>62</sup> sostiene l'opinione - non incompatibile con quella sopra esposta - per cui la riconduzione del mandato alla categoria dei contratti consensuali, sebbene erronea, sia stata postulata da Gaio in maniera totalmente convinta e consapevole, per una duplice ragione. Da un lato il mandato, come la *emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*, nasce nello *ius gentium* e quindi la comune origine giustificerebbe l'affiancamento del mandato a questi contratti. Dall'altro lato a giustificare la scelta gaiana vi sarebbe stata una ragione statistica per cui, sebbene non si possa dire che le obbligazioni di mandante e mandatario nascessero geneticamente nello stesso momento (ovvero al momento della conclusione del contratto, in quanto tale dottrina ritiene che l'obbligazione del mandante nasca in un momento successivo ed eventuale<sup>63</sup>), nella maggior parte (se non nella quasi totalità) dei casi l'obbligazione del mandante sorge, in quanto frequentemente si configura l'ipotesi per cui il mandatario possa agire per ottenere il risarcimento delle spese e l'indennizzo dei danni subiti, perché fisiologicamente l'esecuzione dell'incarico comporta spesso il configurarsi di spese e danni in capo al mandatario<sup>64</sup>.

Dopo aver introdotto il problema circa l'assetto obbligatorio del mandato come reso evidente dalla contraddittorietà delle fonti, è bene analizzare i vari pensieri dottrinali in merito, ovvero come si sono posti gli studiosi di diritto romano circa la risoluzione di tale problematica.

---

<sup>60</sup> Gai 3.155: *mandatum constitit, sive nostra gratia mandemus dive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandate obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

<sup>61</sup> L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 95.

<sup>62</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 86.

<sup>63</sup> Cfr. oltre.

<sup>64</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 86, in cui lo studioso evidenzia come «va detto, peraltro, che da un punto di vista che non è soltanto di frequenza statistica, ma anche di necessità sociale, il mandato è fra i contratti della categoria quello in occasione del quale l'eventualità dell'obbligazione sussidiaria del normale creditore è più rilevante» e continua dicendo «il mandatario, invece, avrà quasi sempre alcunché da pretendere: a parte la grande frequenza dell'ipotesi che egli abbia sostenuto delle spese per eseguire l'incarico...».

Secondo l'orientamento che ancora oggi può dirsi dominante<sup>65</sup> il mandato non farebbe parte dei contratti bilaterali perfetti in quanto, secondo la moderna terminologia, le prestazioni non sarebbero corrispettive, ovvero le obbligazioni non nascerebbero dallo stesso momento, ovvero dalla conclusione del contratto, e pertanto non si potrebbe dire che tra loro intercorrere tra loro una relazione di reciprocità. A differenza degli altri contratti consensuali, i quali possono dirsi in possesso del cd. sinallagma genetico, ovvero della capacità che dalla loro conclusione derivino due obbligazioni reciproche poste sullo stesso piano, il mandato non avrebbe il carattere della bilateralità perfetta, ma rientrerebbe in quella categoria di origine medievale, formata dai contratti imperfettamente bilaterali. Infatti, chi sostiene questo orientamento ritiene che la conclusione del mandato comporterebbe non il sorgere di un duplice impegno contrattuale, ma il sorgere dell'impegno solo in capo al mandatario, il quale sarebbe l'unico obbligato all'adempimento di un'obbligazione, coincidente con l'esecuzione dell'incarico conferitogli dal mandante e con il versamento di quanto ricavato nel patrimonio di quest'ultimo. Di fronte a questa obbligazione del mandatario, che viene denominata 'principale', in capo al mandante sarebbe potuta sorgere un'obbligazione di tipo 'eventuale', ove questo attributo la indica dipendente dal profilarsi delle esigenze pratiche del caso concreto. Infatti, l'obbligazione del mandante aveva come contenuto il rimborso delle spese sostenute e il risarcimento dei danni subiti dal mandatario nell'adempimento richiestogli, che avrebbero riempito di contenuto un'obbligazione, solo nel momento in cui si fossero verificati: non risulta infatti possibile richiedere il rimborso di spese e danni nell'ipotesi in cui le spese e i danni non siano stati sostenuti dal mandatario, per cui l'obbligazione del mandante non avrebbe potuto affatto venire ad esistenza in ragione delle concrete circostanze della vicenda. In virtù di queste considerazioni, l'obbligazione del mandante, oltre al carattere

---

<sup>65</sup> Si tratta dell'orientamento introdotto in epoca medievale e sostenuto da molti studiosi, tra cui E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1928, 387; H. KRELLER, *Zum 'iudicium mandati'*, in *Arch. Civ. Praxis*, XIII, 1931 (= *Festgabe für P. Neck, M. Rumelin, A. B. Schmidt*, a cura di H. Stoll), 118 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 81 ss.; P. VOCI, *Recensione a V. ARANGIO RUIZ, Il mandato*, cit. *SDHI*, XV, 1949, 244; A. GUARINO, *Il mandato e la procura. Recensione a V. ARANGIO RUIZ, Il mandato*, cit., in *RISG*, III, 1949, 483 ss. [ora anche in *ID. Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, 183 ss.]; B. ALBANESE, *'Iudicium contrarium' e 'ignominia' nel mandato*, in *Iura*, XXI, 1970, 51 (ora anche in *ID., Scritti giuridici*, I, a cura di M. Marrone, Palermo, 1991, 971); M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 538- 604; R. MARTINI, voce *Mandato nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 200; M. TALAMANCA, voce *Mandat (droit romain)*, trad. fr. di M. Humbert, in *Dictionnaire de l'Antiquité*, a cura di J. Leclant, Paris, 2005, 568.

di 'eventuale', sarebbe stata destinataria anche della denominazione di 'secondaria' (e, in maniera corrispondente, l'obbligazione in capo al mandatario sarebbe stata 'primaria'). Questa qualifica è espressione del fatto che le due obbligazioni non sono poste sullo stesso piano, ma soprattutto che non hanno origine nel medesimo momento genetico, consistente con la conclusione del contratto (invero, l'idea di secondarietà richiama anche al concetto di successione temporale, ovvero 'a qualche cosa che viene dopo'). Infatti, mentre l'obbligazione del mandatario sorgerebbe dalla conclusione del contratto di mandato; l'obbligazione del mandante avrebbe come fonte necessaria ma non sufficiente (quindi 'fonte indiretta') la conclusione del contratto, la quale avrebbe dovuto essere accompagnata dal successivo verificarsi di spese e danni nell'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario, in ragione della buona fede che regge tale contratto. Ulteriore argomento a favore della teoria per cui il mandato rientrerebbe nella categoria dei contratti imperfettamente bilaterali consisterebbe anche nella circostanza per cui, al contrario dei contratti consensuali e bilaterali perfetti, normalmente e rigorosamente a titolo oneroso, il mandato sarebbe un contratto a titolo gratuito, egualmente agli altri contratti tradizionalmente considerati bilaterali imperfetti, ovvero deposito e comodato, in cui «l'idea di un corrispettivo è in contrasto con la struttura tipica di ciascuno di essi»<sup>66</sup>.

La tesi della bilateralità imperfetta viene ad essere sostenuta sulla base di questi argomenti, ma la principale prova che viene addotta è una testimonianza di tipo processuale, in conformità con la visione romana per cui la prospettiva processuale è espressiva del sistema sostanziale, tanto che una situazione giuridica può dirsi esistente solo in quanto protetta e tutelata da un'*actio*. *Obligatio* e *actio* si dicono convivere in un sistema monistico<sup>67</sup>,

---

<sup>66</sup>V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 84.

<sup>67</sup>C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 146, in cui, con concezione monistica, si vuole indicare quel fenomeno per cui, nel mondo romano, almeno in una prima fase, vi fosse una totale sovrapposizione e inscindibilità del diritto processuale e del diritto sostanziale, tali da potersi parlare di 'unità del diritto', destinata a scindersi in una seconda fase, per giungere a una concezione dualistica. Sull'unità del diritto sostanziale e processuale vedi, per maggiori dettagli, G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983 (consultabile anche online attraverso l'indirizzo URL <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.htm> [Scritti giuridici. Collana della Rivista di Diritto Romano], 10, nonché gli innumerevoli lavori sul tema di R. SANTORO, *'Actio' in diritto antico*, in *Poteri, 'negotia', 'actiones' nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno internazionale di diritto romano*

che prevede una profonda e intrinseca relazione tra piano sostanziale e processuale, destinata a svilupparsi in modo decrescente nell'evoluzione del tempo<sup>68</sup>, tanto che risulta impossibile la prospettiva di studiare l'una senza l'altra.

Arangio Ruiz evidenzia come, nonostante la distinzione tra bilateralità perfetta e imperfetta non fosse dogmaticamente conosciuta e teoricamente postulata dai romani, «come è nel genio di quell'ordinamento giuridico, essa è implicita nel regime delle azioni nascenti da ciascun contratto»<sup>69</sup>. A questo proposito, il Biondi<sup>70</sup> ha individuato una modalità di individuazione dei contratti tipici previsti dal sistema classico, dividendoli in quattro categorie, create sul tipo di azione scaturente da un certo rapporto. *In primis*, vi sono alcuni contratti dai quali sorge, in capo a una parte, una sola formula, diretta alla «soddisfazione di una certa pretesa nei confronti di un'altra parte (ad esempio, dalla *stipulatio* sorge l'*actio ex stipulato* e dal mutuo sorge la *condictio certae rei*): si tratta di contratti che oggi verrebbero modernamente definiti “unilaterali”, nel senso che stabiliscono un'obbligazione a carico di una delle parti verso l'altra»<sup>71</sup>. Accanto ai contratti unilaterali, sono individuabili i contratti bilaterali, i quali sono distinti da diverse formule a sostegno delle pretese dei contraenti. Nei contratti perfettamente bilaterali, come la *emptio venditio* e la *locatio conductio*, ciascuna delle parti contrattuali ha un'azione a tutela della propria obbligazione (es. *actio empti* per il compratore e *actio venditi* per il venditore), mentre nella *societas*, anch'essa modernamente considerato contratto bilaterale, ciascuno dei soci ha un'*actio pro socio*, eguale per ogni socio (in ragione delle identiche pretese che possono essere vicendevolmente fatte valere tra soci). Infine vi sono dei contratti «per i quali esiste una sola formula a favore di una

---

[Copanella, 12-15 maggio 1982], Napoli, 1984, 201 ss.; ID., 'Omnia iudicia absolutoria', in *Atti del Convegno sul Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Siena, 13-15 dicembre 2001* [in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>], ID., *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del 'ius'*, in *AUPA*, XXX, 1967, 291 ss., 308 ss.

<sup>68</sup> Sulla graduale separazione tra diritto processuale e diritto sostanziale, destinata all'approdo finale di una configurazione dualistica del sistema, si sono espressi diversi studiosi, tra cui U. VINCENZI, *Categorie del diritto romano. Corso di istituzioni*, Napoli, 2008, 6 s., che evidenzia come, già nel diritto romano pregiustiniano la «connessione tra diritto e processo verrà superata ... come attesta ... la bipartizione adottata nel tardo 'Libro di Gaio'; C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 139. s. Di questo avviso è anche A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 273, secondo il quale questa «emancipazione del fenomeno processuale dagli schemi del diritto materiale o sostantivo» è «una delle più grandi conquiste speculative della giurisprudenza dei primi secoli dell'impero».

<sup>69</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 85.

<sup>70</sup> B. BIONDI, *Iudicia bona fidei*, II, in, *AUPA*, 7, 1920, 50 ss.

<sup>71</sup> G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 214.

determinata parte verso l'altra; senonché ad essa formula *in ius*, ..., fu aggiunta dal pretore, quasi a modo di appendice, un'*actio in factum* detta *actio contraria*, in cui s'invertivano le parti sicché il convenuto della prima formula, convertendosi in attore, poteva dedurre in lite le sue contropretese. In seguito, tale azione contraria si rese autonoma e indipendente da quella principale *in ius concepta*, la quale, per antitesi, fu chiamata '*directa*' (ad esempio il deposito: *actio depositi directa* e *contraria*). Questi contratti rientrano della moderna categoria dei contratti bilaterali imperfetti<sup>72</sup>. Nell'opinione dominante, che sostiene la bilateralità imperfetta del mandato, il contratto in questione sarebbe stato inquadrabile nell'ultima categoria, in quanto, accanto all'*actio mandati* esperibile dal mandante contro il mandatario, l'azione esperibile dal mandatario contro il mandante sarebbe stata indicata dalle fonti come *actio mandati contraria*, ove l'appellativo di '*contraria*' evoca un uso inconsueto di tale azione, in contrasto con la sua direzione naturale che vedeva il mandante agire contro il mandatario (*actio mandati directa*). Inoltre, a sostegno della diversità strutturale tra le due *actiones mandati*, milita anche l'argomento per cui l'*infamia*, conseguenza tipica dell'esperimento dell'azione di mandato, avrebbe accompagnato solo la condanna del mandatario per l'esperimento dell'*actio mandati* da parte del mandante, ma non sarebbe stata comminata al mandante, soccombente rispetto all'*actio mandati contraria*<sup>73</sup>.

La testimonianza maggiore a sostegno dell'imperfetta bilateralità del mandato consistente in quella distinzione strutturale tra le *actiones* delle parti a dimostrazione della differenza anche delle *obligationes* in capo alle parti, inerisce a un tema, quello dei *iudicia contraria*, sul quale il dibattito dottrinale in passato, ma anche recentemente, si è concentrato<sup>74</sup>. Di quanto dibattuta fosse la questione e di quanto i risultati del dibattito dottrinale potessero influire sulla configurazione dell'assetto delle obbligazioni nascenti da mandato ne è conferma il titolo del paragrafo in cui Arangio Ruiz tratta il tema dell'*actio mandati*, ovvero '*Confutazione del tentativo di dedurre la bilateralità dal regime dell'actio mandati?*'. Vengono

---

<sup>72</sup> C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, cit., 37.

<sup>73</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 98.

<sup>74</sup> Hanno difeso il carattere perfettamente bilaterale del mandato, adducendo ragioni processuali inerenti al tema dei *iudicia contraria* J. PARTSCH, *Studien zur 'Negotiorum Gestio'*, I, Heidelberg, 1913; B. BIONDI, *Lezioni di diritto romano. Obbligazioni*, Catania, 1932, 223 e 313 s.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit. 157 ss.; G. PROVERA, *Linee generali di uno studio sui 'iudicia contraria'*, in *SDHI*, VIII, 1942, 117 ss. (nonché ID., voce *Mandato (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, 311, e ID., '*Actiones contrariae*' e sistema contrattuale romano, in *Labeo*, I, 1995, Napoli, 340.



affrontate, e confutate, in tale sede le teorie che si pongono in senso opposto rispetto a quella propugnata dall'Arangio Ruiz e che sono finalizzate a dimostrare la perfetta bilateralità delle obbligazioni di mandante e mandatario sul piano sostanziale, partendo da una prospettiva processuale.

Partsch<sup>75</sup>, oltre a introdurre la distinzione tra *actio contraria* e *iudicium contrarium*<sup>76</sup>, sostiene che nel *iudicium contrarium*, in cui sia l'attore sia il convenuto vantavano reciproche pretese, si sarebbe avuta un'unica formula con *intentio* diretta al *quiquid alterum alteri dare facere oportet (ex fide bona)* in cui avrebbe trovato luogo l'enunciazione di tali reciproche pretese. Tale formula dava quindi origine a un'unica 'azione bifronte'<sup>77</sup>, in contrasto con l'opinione dominante per cui si sarebbero avute due diverse formule, e quindi due diverse azioni, la cui differenza consisteva nel rovesciamento delle prime parole della *demonstratio* quando fosse intentata come *actio contraria* nei confronti del mandante<sup>78</sup>. Tuttavia, a questa tesi si può facilmente obiettare<sup>79</sup> con diversi argomenti. Da un lato, rifacendosi alle fonti, non si allude mai all'unicità della formula; dall'altro, se effettivamente un'unica formula già vi fosse stata, i giustinianei avrebbero dovuto generalizzare al massimo l'insegnamento, in conformità con le crescenti esigenze di efficienza processuale e di snellimento del processo, ma, al contrario, non sembrano consci di questa lezione e inseriscono diversi richiami all'*actio mandati contraria*, come esperibile nell'unica direzione da mandatario a mandante<sup>80</sup>: sarebbe pertanto inconcepibile, in quanto contrario all'*iter* di sviluppo giurisprudenziale, ammettere dapprima la presenza di un celere espediente come la formula unica e poi il regresso al ricorso di duplici formule.

---

<sup>75</sup> Cfr. J. PARTSCH, *Studien zur 'Negotiorum Gestio'*, cit., 156 ss.

<sup>76</sup> Non è necessario al fine di questa disamina comprendere le ragioni profonde dedotte dal Partsch a sostegno di questa distinzione. Basti qui rilevare la spiegazione offerta da E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, Napoli, 2017, 7, per cui l'*actio contraria* avrebbe indicato «l'azione autonoma e indipendente rispetto a quella diretta» e il *iudicium contrarium* «avrebbe richiamato il processo strutturato concretamente in forma bilaterale dopo la contropretesa avanzata dal convenuto».

<sup>77</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 97.

<sup>78</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 94. Questa tesi è anche quella che viene accolta da O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, Leipzig, 1927, 254 ss., secondo il quale i *iudicia contraria* sarebbero state azioni *in ius* uguali e opposte alle corrispondenti *actiones directae*, caratterizzate da una formula *in ius ex fide bona* ricavabile da quella delle corrispondenti azioni dirette attraverso l'inversione dei nomi nella *demonstratio*.

<sup>79</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 97.

<sup>80</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 97.

L'Arangio Ruiz prende in considerazione, al fine di confutarla, anche l'opinione (di poco successiva rispetto a quella del Partsch) del Biondi<sup>81</sup>, il quale, con la singolare premessa di non immaginare come unitario il fenomeno degli *iudicia contraria*, lo tratta individualmente in relazione ai diversi istituti, calandolo nello specifico e analizzandone le declinazioni in relazione alle peculiarità di ciascun istituto<sup>82</sup>. In relazione al mandato e alla *negotiorum gestio*, è da evidenziare come Biondi li considerasse *iudicia bona fidei* la cui tutela sarebbe stata garantita da un'unica formula con *intentio* diretta al *quidquid ob eam rem alterum alteri facere oportet ex fide bona* (quindi una formula a struttura bilaterale) con cui si sarebbero dedotte in giudizio le reciproche pretese delle parti, pertanto in relazione a questi istituti sarebbe stato scorretto parlare di *iudicium contrarium*.<sup>83</sup> Il Biondi quindi, forte dell'insegnamento del Partsch, si pone sulla stessa linea di pensiero, asserendo che «il mandato, nell'età classica, avrebbe avuto gli stessi effetti processuali della società ...: vi sarebbe stata cioè un'unica formula, quella dell'*actio mandati*, che sarebbe stata indifferentemente concessa, a richiesta, o al mandante contro il mandatario, ovvero al mandatario contro il mandante»<sup>84</sup>.

Solo in età giustiniana si sarebbe giunti alla distinzione tra *actio directa* e *contraria* «sdoppiando così un'azione che, originariamente, era unica e quindi a disposizione di entrambe le parti»<sup>85</sup>. A sostegno della sua tesi il Biondi richiama una serie di frammenti, tanto delle Istituzioni di Gaio, quanto del Digesto, dai quali è possibile ricavare che normalmente i classici non distinguevano l'azione di mandato secondo la direzione in cui veniva esercitata, accusando di interpolazione l'attributo '*contraria*' nei pochi passi in cui era utilizzato. Tali argomenti vengono considerati insoddisfacenti dall'Arangio Ruiz, il quale ammette però che sebbene «possiamo riconoscere al più una grande proclività dei classici ad usare indifferentemente il nome dell'azione in qualunque senso fosse intentata, proclività parallela alla tendenza a considerare egualmente importanti le obbligazioni dell'una e dell'altra parte: ma né si è provato che il contratto avesse in Roma le caratteristiche di quelli che noi chiamiamo bilaterali perfetti, né si è resa probabile l'ipotesi di un'unica formula di azione, suscettibile

---

<sup>81</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 97.

<sup>82</sup> E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., 22.

<sup>83</sup> B. BIONDI, *Iudicia bona fidei*, in *AUPA*, VII, 1920, cit., 61 ss. Biondi circoscrive il fenomeno degli *iudicia contraria* ai soli istituti del deposito, del comodato e del pegno, sostenendo che in questi casi il *iudicium contrarium* sarebbe stato un mezzo processuale creato di volta in volta dal pretore mediante *decretum*.

<sup>84</sup> C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, cit., 37.

<sup>85</sup> E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., 23.

di portare indifferentemente alla condanna dell'uno o dell'altro fra i contendenti»<sup>86</sup>. Tale ammissione (in corsivo quanto è nostro) ritengo sia foriera di dimostrare dubbi in relazione allo stesso sistema da Lui costruito, in quanto il rilevare, non giustificandolo, l'innunerevole richiamo delle fonti a un'*actio mandati* indifferentemente esercitata in entrambe le direzioni e il concentrarsi sullo scarso richiamo delle fonti a un'*actio mandati contraria*<sup>87</sup>, mette a dura prova la costruzione per cui le obbligazioni di mandante e mandatario si porrebbero su piani differenti e rende instabile l'impalcatura probatoria della bilateralità imperfetta del mandato, sebbene, come lo stesso Arangio Ruiz evidenzia, non sia sufficiente a provare la perfetta bilateralità delle obbligazioni. Fondare, invero, la teoria per cui l'assetto obbligatorio del mandato sia caratterizzato da una profonda differenza tra le obbligazioni di mandante e mandatario, la quale sarebbe appunto riflessa nelle rispettive formule a tutela, soprattutto nella loro emblematica denominazione, e ammettere contestualmente «una grande proclività dei classici a usare indifferente il nome dell'azione in qualunque senso fosse intentata» credo sia fortemente contraddittorio e vada a porre in discussione la tenuta della stessa teoria enunciata.

È in questa incertezza del sistema costruito dall'Arangio Ruiz che viene a inserirsi la, più recente, teorica del Provera in tema di *iudicia contraria* – finalizzata a dimostrare che le *actiones mandati* del diritto classico si concretizzassero in due formule, identiche sul piano processuale, tra le quali non intercorreva alcuna differenza – utilizzandola come perno, per ribaltare la tradizionale concezione della bilateralità imperfetta del mandato, a sostegno della tesi per cui le obbligazioni di mandante e mandatario sarebbero da porsi sul medesimo piano.

---

<sup>86</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 101.

<sup>87</sup> Cfr. G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria'*, Torino, 1951, 59, denota «su circa 70 passi i quali con riferimento all'azione del mandatario parlano semplicemente di *actio mandati*, solo otto qualificano tale azione (od il relativo *iudicium*) con l'appellativo *contraria* (o *contrarium*) ed alcuni di essi sono stati certamente manomessi dai compilatori», e ancora «in conclusione su settanta passi circa che si riferiscono all'azione spettante al mandatario, solo otto qualificano detta azione come *contraria* (o *contrarium* il relativo *iudicium*); di questi otto, tre sono sicuramente interpolati e per altri tre (quelli che si riferiscono alla procura) è molto probabile l'intervento dei compilatori, quand'anche solo diretto ad aggiungere alla terminologia classica *actio mandati* o *iudicium mandati* l'appellativo *contraria* o *contrarium*. Se ne deduce che l'opinione dominante circa l'esistenza, già nel diritto classico, di un'*actio contraria mandati*, poggia su di una base testuale assolutamente insufficiente».

L'impostazione con la quale si vuole realizzare tale cambiamento della tradizionale prospettiva si basa sulla fondamentale critica della visione per cui il *iudicium contrarium* avrebbe aprioristicamente rilevato al fine di tutelare un'obbligazione posta su un piano differente rispetto a quella che veniva tutelata con *actio directa*, piuttosto che considerare l'altrettanto probabile panorama per cui il termine *contrarium* avrebbe rilevato come elemento processualmente distintivo di due azioni che garantivano il soddisfacimento di eguali obbligazioni, al mero fine di evitare una confusione processuale<sup>88</sup>. Il filone dottrinale ideato da Arangio Ruiz si sorreggeva sull'arbitrario preconcetto per cui la contrarietà dell'azione sarebbe stato carattere peculiare di un'azione, tale da differenziarla rispetto ad un'altra, ove tale differenza sul piano processuale era specchio di una differenza di obbligazioni sul piano sostanziale: tuttavia l'interpretazione della contrarietà in tal senso non è l'unica immaginabile, in quanto nulla osta al poterla vedere come un mero connotato distintivo in ambito processuale di due corrispondenti elementi (obbligazioni) che sul piano sostanziale sarebbero posti sullo stesso piano e per cui, la corrispondente tutela, (se non vi fosse il carattere della contrarietà dell'azione) rimarrebbe totalmente indifferenziata sul piano processuale. Secondo lo studioso, invero, il mandato sarebbe stato accomunabile, sotto il profilo delle formule da esso scaturenti, a tutela delle rispettive obbligazioni, a contratti come la *emptio venditio* e la *locatio conductio*: anche dal mandato sarebbero sorte due distinte formule, con eguale *demonstratio* e quindi con eguale denominazione (entrambe erano infatti identificate con il nome di '*actio mandati*'), ma con differente *intentio*, in quanto caratterizzata dalla diversità delle pretese che si dovevano far valere (una *intentio* avrebbe avuto ad oggetto le pretese del mandante, l'altra le pretese del mandatario).<sup>89</sup>

Il Provera, muovendo dalla valutazione semantica per cui '*contrarium*' indica l'opposizione di una cosa a un'altra, integra la trattazione sui *iudicia contraria* con la considerazione per cui la contrarietà indicherebbe una caratteristica tecnica connessa alla natura riconvenzionale dell'azione<sup>90</sup>. Oggi, ai sensi del diritto procedurale moderno, sappiamo che l'azione

---

<sup>88</sup> Cfr. G. PROVERA, *Contributi*, cit., 11.

<sup>89</sup> Cfr. vedi oltre.

<sup>90</sup> Sul punto E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., 32, «Giuseppe Provera ... rilevava come nelle fonti le espressioni '*iudicium contrarium*' o '*actio contraria*' non venissero impiegate per indicare genericamente «un'azione opposta

riconvenzionale ha come oggetto una pretesa che può essere oggetto tanto di un'azione che va a inserirsi in un processo già iniziato (un'azione, appunto, riconvenzionale), quanto di un'azione che viene esperita in via indipendente, in un processo separato. Nel diritto romano la natura riconvenzionale aveva il medesimo contenuto, il quale venne totalmente raggiunto solo in una fase avanzata del sistema giuridico romano, non tanto come elaborazione momentanea, ma quanto come frutto di una evoluzione avvenuta nel corso del tempo. Infatti, mentre in un primo momento il *iudicium contrarium* era esperibile solo nel processo già azionato con il *iudicium directum*<sup>91</sup>, successivamente il *iudicium contrarium* diventò azionabile anche in via separata e autonoma, in conformità con la sempre più sentita esigenza di conferire una crescente tutela da garantire al convenuto<sup>92</sup>. Questa autonomia dell'azione contraria fece fatica ad affermarsi e ciò trova conferma nel fatto che i giureconsulti di età classica sentirono il bisogno di ribadire espressamente la contrarietà dell'azione, a evidenziare il contrasto di azioni generato dalla riconvenzionalità. Il *iudicium contrarium* nel diritto classico era quindi un mezzo tecnico che veniva usato come azione riconvenzionale nell'ambito dello stesso processo relativo all'azione principale, non avendo esso ancora acquisito in questa fase la piena autonomia. L'opposizione nel processo tra azione principale e azione contraria avrebbe potuto ipoteticamente realizzarsi in diversi modi: da un lato le due diverse *formulae* avrebbero potuto mantenere la loro autonomia, condividendo la *litis contestatio*; dall'altro l'opposizione si sarebbe potuta

---

ad un'altra», ipotesi in astratto riferibile a quei «contratti che determinavano il sorgere di obbligazioni reciproche e quindi di azioni esperibili da A contro B e da B contro A», bensì per segnalare l'azione «spettante ad una delle due parti contro l'altra in una medesima direzione tipica (depositario contro deponente, comodatario contro comodante, etc.)». Ciò induceva lo studioso a ravvisare nell'impiego di questa terminologia il riferimento a un particolare aspetto tecnico – processuale caratterizzante i *iudicia contraria*, ossia la possibilità di opporre queste azioni in via riconvenzionale».

<sup>91</sup> Il *iudicium contrarium* secondo il Provera andava quindi a superare la consueta unilateralità del processo formulare, come affermata da V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 93, per cui «l'azione e il processo romano sono in massima unilaterali, nel senso che si esige una parte attrice e una convenuta, e che l'unica alternativa posta al giudice è di condannare od assolvere il convenuto stesso» e continua dicendo che «in materia di azioni di buona fede nascenti da rapporti che possono portare obblighi a entrambe le parti vale, è vero, il principio della compensazione ..., ma la compensazione non può andare al di sotto dello zero, cioè dell'assoluzione del convenuto». Sul punto per cui il processo formulare fosse essenzialmente unilaterale si è espresso anche B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *AUPA*, XII, 1929, 265 ss.

<sup>92</sup> Cfr. G. PROVERA, *Contributi*, cit., 18, «i *iudicia contraria* invece, sono sorti come azioni riconvenzionali e come tali continuarono ad essere normalmente impiegati; ma, stante la necessità di rafforzare la tutela delle ragioni del convenuto, ne fu ammesso ad un certo momento l'esperibilità in un processo indipendente rispetto a quello promosso con l'azione principale».

alternativamente raggiungere fondendo le due *formulae* in un'unica formula a struttura bilaterale, alla quale logicamente conseguiva un'unica *litis contestatio*. Questa duplice prospettiva di opposizione tra azioni è connessa alla natura *in ius* o *in factum* del *iudicium contrarium*. Se infatti ammettessimo, come è stato sostenuto in passato, che l'opposizione tra *formulae* si sarebbe ottenuta attraverso la fusione delle diverse *formulae*, implicitamente ne avremmo potuto dedurre la natura *in ius* del *iudicium contrarium*. Tuttavia, questa deduzione si scontra con le fonti, dalle quali si può ricavare che non sempre i *iudicia contraria* hanno natura *in ius*, anzi spesso hanno natura *in factum*. Ecco che venendo meno l'implicito assunto che fondava il secondo tipo di opposizione, secondo Provera è accoglibile la tesi per cui il *iudicium contrarium* fosse un'*actio in factum* distinta da quella principale. La contrapposizione tra azione principale e contraria si realizzava quindi con due formule distinte, ma connesse nel momento processuale della *litis contestatio*: l'unità non era quindi ravvisabile nella formula, ma nella *litis contestatio*.

Passando poi alla sfera di applicazione dei *iudicia contraria* e all'analisi dei singoli *iudicia contraria* connessi alle peculiarità degli istituti nell'ambito dei quali venivano esercitati, il Provera si sofferma sull'*actio mandati contraria*, denegandone la presunta origine classica<sup>93</sup>. Lo studioso riteneva di dover escludere dal novero dei *iudicia contraria* quelli riferiti al mandato (e anche alla *negotiurum gestio*) in quanto l'intervento dei compilatori avrebbe oscurato il loro effettivo regime classico. Per il mandato in epoca classica avremmo avuto due *formulae*, e quindi due azioni edittali *in ius ex fide bona*, con uguale *intentio* e *condemnatio* e con inversione di nomi nella *demonstratio* (sebbene poi nella pratica le due *demonstratio* diventavano identiche e l'inversione dei nomi traslava nell'*intentio*, che quindi diventava la vera parte della formula che differenziava le due *actiones*)<sup>94</sup>. Si profilavano quindi eguali e opposte azioni, che il Provera ritiene potessero considerarsi riflesso di eguali obbligazioni

---

<sup>93</sup> In ciò si trova concorde con B. BIONDI, 'Iudicia bona fidei', in *AUPA*, VII, 1918, 95 ss., il quale pure afferma che l'*actio mandati contraria* non possa trovare origine nel diritto della Roma classica, dicendo essere interpolati tutti quei passi di giureconsulti classici, in cui si trova riferimento all'*actio contraria*. Tuttavia, sebbene i due studiosi si trovino concordi circa il negare l'origine classica dell'*actio mandati contraria* in questione, punto di discordanza coincide con l'assetto formulare delle azioni con cui il mandatario poteva far valere le proprie pretese: secondo Biondi nel diritto classico vi era un'unica *actio mandati* con doppia *intentio* bilaterale esperibile indifferentemente dal mandante contro il mandatario e viceversa.

<sup>94</sup> Cfr. G. PROVERA, *Contributi*, cit., 66, «in concreto però, quando al posto di A.A. e di N.N. si collocavano i nomi delle parti, è chiaro che le due *demonstrationes* venivano a risultare identiche e l'inversione avveniva nella *intentio*».

sul piano sostanziale, a differenza del normale rapporto tra *actio directa* e *contraria* che vedeva l'*actio contraria* in una posizione di subordinazione rispetto alla *directa*, e ciò si rifletteva logicamente sull'assetto obbligatorio. Ne consegue che le obbligazioni non erano poste su piani differenti, come sostenuto da Arangio Ruiz, ma sul medesimo piano, in quanto nessun elemento le distingueva e, anzi, in ragione della loro eguaglianza, la contrarietà era un mero termine che sopperiva a questa funzione. Da ciò si poteva quindi ricavare che le obbligazioni nascenti da mandato non seguivano lo schema improntato sulla bilateralità imperfetta, quanto più sulla bilateralità perfetta, al pari degli altri contratti consensuali, tra cui Gaio lo inseriva, caratterizzati dal fatto che le obbligazioni «nascevano immediatamente e direttamente da quei contratti su un piano di eguaglianza e di reciprocità»<sup>95</sup>, in quanto «nasceva dal mandato, nel sistema processuale classico, una mutua azionabilità, un'*actio ultro citroque* e quindi la bilateralità del contratto era fuori discussione, sia dal punto di vista processuale, sia dal conseguente punto di vista della bilateralità genetica dell'obbligazione. Ciò perché nel sistema romano dal sorgere di due reciproche azioni deriva il sorgere di due reciproche obbligazioni»<sup>96</sup>.

Non vale neppure a dimostrare la differenza tra le azioni del mandante e del mandatario (che veniva portato a dimostrazione della teoria della bilateralità imperfetta del mandato) l'argomento dell'*infamia*<sup>97</sup>, addotto dall'Arangio Ruiz, secondo cui il solo esperimento vittorioso dell'*actio mandati (directa)* avrebbe avuto come peculiarità la condanna del mandatario all'*infamia*. Secondo Provera, infatti, l'*infamia* era caratteristica comune all'esperimento delle azioni, in qualunque direzione fossero intentate: «ciò era logica conseguenza della struttura bilaterale del rapporto che doveva ispirarsi nel suo complesso a quella *fides bona* la cui antitesi, il dolo, costituiva se non l'unico, certo il principale fondamento dell'*infamia*»<sup>98</sup>. Il carattere infamante dell'*actio mandati* in ogni direzione

---

<sup>95</sup> G. PROVERA, *Contributi*, cit., 65.

<sup>96</sup> C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, cit., 37 s.

<sup>97</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 14 s. e 98. Lo studioso, sostenendo che l'*ignominia* (che poi i giustinianeî chiamarono *infamia*) fosse una conseguenza della sola azione intentata da mandante contro il mandatario, usa come fonte per sostenere tale sua teoria l'editto 1.1 *eod.* «dove per un certo numero di azioni contrattuali è richiesto per l'applicazione di quelle sanzioni che la condanna sia stata pronunciata *non contrario iudicio*», ma ammette però che la fonte editale in questione, nel suo contenuto, è molto discussa.

<sup>98</sup> G. PROVERA, *Contributi*, cit., 69.

intentata ritengo si possa implicitamente (ma chiaramente) cogliere anche da un passo dell'orazione ciceroniana *Pro Roscio Amerino*:

112: ... *ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei quem fidelem putat. perdissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum qui laesus non esset, nisi credidisset.*

Sebbene si vada trattando nel passo dell'ipotesi dell'inadempimento del mandato da parte del mandatario, Cicerone mette in luce come la colpa infamante tragga origine dal tradire i sentimenti (le *res sanctissimas*) dell'amicizia e della fiducia<sup>99</sup>, sentimenti che fondavano il contratto nel suo complesso. Tali valori stavano alla base non solo del conferimento dell'incarico da parte del mandante, ma anche dell'assunzione dello stesso da parte del mandatario, il quale, nel momento in cui compiva tale decisione e mostrava il proprio consenso nella suddetta direzione, si affidava al rispetto da parte del mandante dell'obbligo di risarcire spese e danni: ne consegue che logicamente anche la violazione della *fides* riposta dal mandatario nei confronti del mandante avrebbe comportato l'*infamia*.

Questo è il punto della questione circa la bilateralità del mandato, il quale rimane, anche in tempi recenti, un profilo discusso in dottrina, non essendo giunti a una decisiva e incontrastata (sotto ogni profilo) teorizzazione. Ciò che preme rilevare, dal mio punto di vista, è che l'intero dialogo sul tema sia stato affrontato sempre dalla stessa prospettiva, ovvero quella processuale, o meglio, formulare, cercando di dimostrare come l'uguaglianza o la diversità delle rispettive formule, e quindi delle azioni, si rifletta conseguentemente nell'assetto obbligatorio. Vero è che l'ottica processuale è regina nello studio del diritto romano, ma per capire il piano su cui le obbligazioni nascono e poi si rapportano tra di loro non si può prescindere dall'analisi e dallo studio di altri aspetti inerenti al mandato, tra i quali, quando esso può dirsi sorto. Solo scavando e interrogandosi su quando può dirsi esistente il contratto, e quindi su quali siano i requisiti in presenza dei quali il mandato

---

<sup>99</sup> Su questa testimonianza, oggetto di ampi commenti in dottrina, v. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, 47 s.; M. LABATE - E. NARDUCCI, *Mobilità dei modelli etici e relativismo dei valori: il 'personaggio' di Attico*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, Roma-Bari, 1981, 161; R. RACCANELLI, *L'amicizia' nelle commedie di Plauto. Un'indagine antropologica*, Bari, 1998, 97 s. nt. 5; S. RANDAZZO, *Mandare*, 84 ss.



‘c’è’, è possibile capire quali siano le effettive obbligazioni in capo al mandante e al mandatario e se esse trovano origine in un comune momento genetico. Infatti, logicamente, una ricerca che vada a indagare quale sia il carattere che permette al conferimento dell’incarico di transitare dal sociale al giuridico e quindi di far capire quando dal favore si passi all’assunzione dell’impegno giuridicamente rilevante, il cui adempimento possa essere tutelato in sede processuale, molto potrebbe rivelarci sulle obbligazioni scaturenti, rendendo manifesti i collegamenti tra le stesse che vadano a giustificare il tipo di bilateralità esistente.

Tra le indagini che hanno studiato l’assetto dogmatico delle obbligazioni nascenti da contratto da una prospettiva diversa da quella esclusivamente formulare, sebbene non secondo la modalità poc’anzi esposta, hanno particolare rilievo quella, ormai datata e anch’essa sconfessata dall’Arangio Ruiz, del Donatuti<sup>100</sup> e la recente e brillante indagine di Randazzo<sup>101</sup>.

Il Donatuti perviene all’asseverazione della bilateralità del mandato attraverso una originale via (anche se considerata da alcuni ‘eretica’<sup>102</sup> rispetto alla tradizionale impostazione), ovvero come conseguenza di una ricerca sulla volontà del mandante. Egli «nega che la volontà del mandante sia sempre e necessariamente rivolta ad obbligare il mandatario all’esecuzione di un incarico»<sup>103</sup>, ma la denota più come un atteggiamento di tolleranza che il mandante assume nei confronti dell’attività del mandatario. Ammettendo quindi che l’ipotesi per cui il mandante vada ad obbligare il mandatario non vada sempre a integrare il contratto di mandato, il Donatuti va a contestare quella visione per cui dal mandato sorgerebbe sempre e comunque l’obbligazione in capo al mandatario e, solo in via eventuale, l’obbligazione in capo al mandante. Lo scopo che lo studioso si prefigge si configura nel senso «di degradare ad eventuale anche l’obbligazione del mandatario, onde la conclusione che la pretesa e la corrispondente azione sarebbe nata indifferentemente in quella delle due parti a profitto della quale ne ricorressero caso per caso i presupposti, ed

---

<sup>100</sup> G. DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato, II: la volontà del mandante*, in *AUPE*, XXXVIII,1927, 163 ss.. La tesi risulta spalleggiata anche da R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1954, 128 e 183.

<sup>101</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 233 ss.

<sup>102</sup> C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, cit., 38.

<sup>103</sup> C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, cit., 38.

eventualmente – si capisce – in entrambe»<sup>104</sup>. Ciò comporta che il mandato talvolta possa configurarsi come unilaterale per il sorgere di obbligazioni solo in capo al mandante, talvolta come unilaterale per il sorgere di obbligazioni solo in capo al mandatario, tal altra come bilaterale.

Il modello proposto dal Donatuti, nonostante abbia il pregio di aver osservato il fenomeno obbligatorio da una angolatura più originale rispetto al mero studio formulare, rivela molteplici perplessità, tali da rendere difficile sostenerla. Invero, oltre a porre in discussione la bilateralità (sia perfetta, sia imperfetta), il difetto principale della costruzione dello studioso consiste nel non aver identificato un assetto obbligatorio stabile del contratto, contrastando la *forma mentis* romana, che, in quanto casistica, tendeva a adottare soluzioni e teorizzazioni in conformità del dato statistico. Ammettere quindi che i romani disegnassero a volte come unilaterale, altre volte come bilaterale il mandato, ritengo non sia concepibile. Inoltre, la teoria dello studioso si scontra, trovando un freno, anche con l'indiscusso carattere della consensualità (ribadito non solo da Gaio, ma anche da Paolo<sup>105</sup>), per cui il mandato si sarebbe concluso con il semplice consenso di entrambi i contraenti, non essendo necessaria alcuna altra formalità. Sostenere la visione del Donatuti comporterebbe quindi ammettere che Gaio avesse completamente svisato l'istituto non solo dal punto di vista delle reciproche obbligazioni nascenti dal contratto (come sostiene chi ammette l'errore gaiano<sup>106</sup>), ma anche dal punto della sua modalità di conclusione. Sempre con caratteri di originalità, benché in questo caso maggiormente fondati e condivisibili, in tempi recenti, in ordine all'inquadramento dogmatico del mandato classico nella categoria dei contratti bilaterali perfetto o imperfetti, si è espresso anche Randazzo<sup>107</sup>. In una ricerca che mira a dimostrare come le origini si debbano ravvisare nel *ius gentium*, in quanto prodotto derivante dall'attività pretoria, ma nell'evoluzione dell'arcaica figura del *mandare*, Randazzo denota come l'occasionalità e l'eventualità con cui sorgono le obbligazioni del mandante, coincidente con l'aver il mandatario sopportato spese o subito

---

<sup>104</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 88.

<sup>105</sup> Paul. 32 ad ed. D. 17.1.1: *Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. 1. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest. 2. Item sive "rogo" sive "volo" sive "mando" sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.*

<sup>106</sup> Cfr. come poc'anzi descritto.

<sup>107</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 233 ss.

danni nell'esecuzione dell'incarico, non sarebbe altro che il retaggio dell'antico carattere unilaterale che l'ordine di eseguire un incarico possedeva nel *mandare*. La mancanza di una natura perfettamente bilaterale connessa al sorgere contestuale delle obbligazioni in capo alle parti sarebbe quindi da ricondurre all'originaria unilateralità del negozio, che non vedeva nel mandatario una figura da tutelare in maniera costante attraverso il sorgere di obbligazioni di refusione e risarcimento in capo al mandante. Nonostante Randazzo giustifichi in tal senso l'imperante teoria della bilateralità imperfetta del mandato, egli denota come, il campo in cui maggiormente si possa rinvenire un retaggio dell'originaria unilateralità non coincide tanto con quello degli impegni assunti dalle parti, quanto nella «dinamica originaria dell'incarico unilateralmente rivolto al mandatario, in tanto questi può dirsi obbligato, in quanto manifesti, espressamente o implicitamente, con l'esecuzione del *mandatum* ricevuto, la propria volontà in tal senso»<sup>108</sup>. Invero, egli denota che, dal punto di vista degli impegni assunti dalle parti, una bilateralità si può dire sussistere, in quanto il mandatario assume l'impegno di eseguire l'incarico e il mandante assume l'impegno di rifondere le spese e di risarcire i danni. Tale bilateralità sarebbe anche testimoniata dalla previsione di due diverse azioni, una *directa* e una *contraria*, volte a tutelare le reciproche pretese delle parti, autonomamente esperibili. Tuttavia, Randazzo, pur affermando la bilateralità delle obbligazioni nascenti da mandato, pone un freno a tale asseverazione, freno che dipende dal fatto che l'obbligazione del mandatario venga descritta in termini di 'necessaria' e l'obbligazione del mandante in termini di 'eventuale'. In ragione di tale considerazione, egli infatti evita di considerare il mandato come contratto bilaterale perfetto, ma preferisce descriverne l'assetto obbligatorio da esso nascente in termini di 'bilateralità asimmetrica'<sup>109</sup>, connettendo tale denominazione al carattere della gratuità del contratto, il quale necessariamente connota le prestazioni come asimmetriche, provocando un disequilibrio tra le stesse e, di conseguenza, nel rapporto obbligatorio. Pertanto la configurazione giuridica del rapporto obbligatorio sembra necessariamente il riflesso derivante dalla sua articolazione storica, testimoniando un «conflitto fra una struttura

---

<sup>108</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 241.

<sup>109</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 243. Egli indica come questa originale denominazione rilevarebbe nel considerare il mandato «non tanto sul piano della necessità dell'obbligazione del mandatario e della mera eventualità di quella del mandante, quanto su quello della non perfetta concatenazione delle due obbligazioni».

originariamente unilaterale e una progressiva e graduale configurazione in qualche modo bilaterale del rapporto, resa necessaria dalle esigenze di adeguamento funzionale del meccanismo giuridico del mandato ad una società in evoluzione, conservandosi così una dialettica mai sopita, fra unilateralità “strutturale” e bilateralità “funzionale”<sup>110</sup>.

Nonostante il tema della bilateralità del mandato, come poc’anzi descritto, sia affollato di opinioni dottrinali e nonostante la maggior parte della dottrina sembra schierarsi senza particolari riserve contro ricomprensione del contratto nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive o sinallagmatici, ritengo che un accurato studio delle fonti non possa evitare il sorgere di dubbi, tali da porre in discussione le conclusioni sinora raggiunte e pacificamente accettate. L’approccio ottimale da scegliere nella soluzione di tali dubbi credo sia quello che vada a cercare un compromesso, o meglio, a dare un senso alle varie opinioni presenti nei frammenti dei giuristi, senza rifuggire, quando il senso non si riesce a cogliere, in accuse di errore. Il materiale a nostra disposizione, per comprendere in maniera incontestata il modo di pensare dei classici, è già scarso di per sé; pertanto, il cercare una soluzione che sia maggiormente conforme ai frammenti pervenuti – sempre tenendo presente, e non ignorando – il carattere controversiale della giurisprudenza romana, permette di utilizzare il maggior materiale possibile per fondare tesi che possano ricostruire il vero in maniera più precisa.

---

<sup>110</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 245.

## CAPITOLO SECONDO

### QUANDO IL MANDATO PUO' DIRSI CONCLUSO: UNA PROPOSTA DI ELEMENTO GIURIDICIZZANTE

#### 1. *Premessa. Il rapporto tra 'officium', 'amicitia' e mandato.*

Il necessario carattere della gratuità, che contraddistingue il mandato rispetto ai contratti cui viene affiancato nelle *Istitutiones*, in ragione della comune consensualità (*emptio venditio, locatio conductio, societas*), è, secondo l'opinione di molti, da riconnettersi all'origine stessa del contratto, collegata ai concetti di *officium* e *amicitia*. Tra *mandatum*, *officium* e *amicitia*, almeno alle origini del contratto, intercorre una sicura relazione, che viene definita in maniera diversa dagli studiosi. Nonostante il rapporto venga inquadrato in modi differenti, che, alle origini, vi fosse una relazione tra mandato e *officium* e che l'*officium* fosse un concetto connesso a un rapporto di *amicitia*<sup>111</sup>, è indubbio<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> In merito all'*amicitia* romana la bibliografia è vastissima. Segnalo gli apporti più recenti sull'argomento: C. WILLIAMS, *Friends of the Roman People. Some remarks on the Language of 'amicitia'*, in *Freundschaft und Gefolgschaft in den auswärtigen Beziehungen der Römer (2. Jahrhundert v. Chr. - 1. Jahrhundert n. Chr.)*, Frankfurt am Main-Peter Lang, 2008, 29 ss.; G. FINAZZI, '*Amicitia*' e doveri giuridici, in '*Homo*', '*caput*', '*persona*'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 633; M. T. NICOTRI, '*Amicitia*' e '*dignitas*' familiare tra politica e diritto (Cic. '*Ad fam.*' 5.1-2), in *Scritti di comparazione e storia giuridica. Ricordando Giovanni Crisciuoli*, a cura di P. Cerami e M. Serio, II, Torino, 2013, 193 ss.; K. VERBOVEN, voce *Amicitia*, in *The Encyclopedia of Ancient History*, Malden, 2013, 362 ss.; CH. ROLLINGER, '*Amicitia sanctissime colenda*'. *Freundschaft und soziale Netzwerke in der späten republik*, Heidelberg, 2014, 17 ss.

<sup>112</sup> Del detto rapporto, intercorrente originariamente tra il *mandatum* e l'*amicitia*, e l'*officium*, ne hanno scritto molti studiosi, tra cui F. SHULZ, *Studien zur 'Negotiorum gestio'*, Heidelberg, 1913, 56 ss.; *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, 233 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 47; B. ALBANESE, *L' «amicitia» nel diritto privato*

Con il recepimento del mandato ad opera del pretore, realizzatosi nel III sec. a. C.<sup>113</sup>, in concomitanza con l'espansione economica e sociale della dimensione romana, i rapporti e le aspettative, nascenti dalla conclusione di un accordo consistente nel conferimento di un incarico nell'interesse del mandante o del terzo, acquistano rilevanza e tutela giuridica. Prima di questo momento, il mandato era una figura sicuramente conosciuta nel mondo romano e diffusa nella prassi, ma risultava rilevante sul piano della mera doverosità sociale, nel senso che l'assunzione di un incarico da svolgere a favore di altre persone poteva configurare comunque un dovere, ma tale dovere rimaneva confinato nella sfera sociale, e, di conseguenza, privo di strumenti di coazione processuale.

Nonostante siano state recentemente avanzate teorie a sostegno dell'ipotesi di una preesistenza del *mandatum* nella sfera del giuridico, anche prima dell'intervento pretorio, come insieme di rapporti non solo sociali, ma rilevanti e doverosi giuridicamente, definiti sotto il termine di 'mandare'<sup>114</sup>, la maggior parte della dottrina ritiene che, anteriormente al III sec. a.C., il *mandatum* configurasse un *officium*<sup>115</sup>, rientrante in «una cerchia meramente sociale»<sup>116</sup>. È probabile, infatti, che il vincolo tra mandante e mandatario, prima di un suo effettivo riconoscimento giuridico ottenuto a seguito della maturazione dell'esigenza di una tutela giuridica del rapporto, operasse, già da età risalente, sul piano del costume e della morale sociale<sup>117</sup>. Fu proprio la sua grossa diffusione e il suo continuo impiego che,

---

romano, in *Jus*, XIV, 1963, ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, 204 ss.; D. NÖRR, 'Mandatum, fides, amicitia', in *Mandatum und Verwandtes*, cit., 13 ss.; ID. *Reflections on Faith, Friendship, Mandate*, in *The Irish Jurist. Liber memorialis John Kelly*, XXV-XXXVII, 1990-1992, 302 ss.; ID. *Sulla specificità del mandato romano*, cit., 367 ss.; S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 14 ss.

<sup>113</sup> Cfr. vedi sopra.

<sup>114</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 7 ss. L'orientamento che denota nell'*amicitia* non un valore rilevante sul piano meramente sociale, ma un concetto dotato, nell'età arcaica di Roma, di una connotazione giuridica, vede Randazzo come ultimo esponente, ma si tratta di un orientamento molto radicato in dottrina, che conta molteplici sostenitori, tra cui F. SENN, *La notion d'amicitié et ses applications dans le domain du droit*, in *Annales Universitatis Saraviensis*, IV, 1955, 299 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, 1974, 15 ss.; B. ALBANESE, *L'«amicitia» nel diritto privato romano*, cit., 382.

<sup>115</sup> Sull'*officium* in generale, v. J. HELLEGOUARCH, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la republic*, Paris, 1963, 152 ss.; I. CREMADES UGARTE, *El 'officium' en el derecho privado romano. Notas para su estudio*, Leon, 1988, 11 ss.; F. CANCELLI, voce *Ufficio (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, 599 ss.; J.L. MURGA, *El 'officium'*, in *'Iuris vincula'. Scritti in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli, 2001, 1 ss.; G. FALCONE, *'Obligatio est iuris vinculum'*, Torino, 2003, 88 ss.

<sup>116</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 47.

<sup>117</sup> Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità*, cit., 8 ss.

contestualmente allo svilupparsi delle esigenze commerciali, spinsero i romani a sentire la necessità di dotare di protezione giuridica la pretesa del mandante all'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario, in modo da ottenere la garanzia che, di fronte all'inadempimento, si sarebbe potuto agire giudizialmente, rimanendo questo inadempimento non impunito. Questa esigenza di giuridicizzazione di un rapporto, che sul piano sociale risultava profondamente rilevante e coattivo, è quindi da riconnettersi alla tutela di interessi economici, in quanto lo sviluppo delle relazioni commerciali implica il sempre maggior bisogno di avvalersi dell'operato di altre persone (gratuitamente con il *mandatum* e onerosamente con la *locatio operis*), ponendo affidamento nell'adempimento di incarichi, la cui realizzazione - o meglio, mancata realizzazione - aveva conseguenze non solo sulla reputazione del singolo, che si guadagnava la riprovazione della società, ma anche sulla sfera economica dei soggetti.

Prima di tale momento, ovvero anteriormente all'intervento pretorio, il mandato rilevava in quanto *officium*<sup>118</sup>, ove con tale termine si intende un dovere morale, caratterizzato da una profonda forza coercitiva conseguente alla doverosità sociale che lo caratterizza. In ragione della doverosità morale sentita da chi assume l'*officium* si esplica anche una doverosità sociale. Invero, l'*officium* era sentito come doveroso non solo in ragione dei valori di *fides* e *virtus*, interni all'individuo, ma anche in ragione dell'apparato sociale che sull'adempimento del soggetto vigilava.

La linea di demarcazione tra una doverosità sociale e una doverosità giuridica coincide con la presenza o l'assenza di mezzi di coazione giuridici, che, qualora fossero previsti, configurerebbero certamente un dovere, che non rileva solo nel foro interiore e il cui inadempimento causa, come esclusiva conseguenza, riprovazione sociale, ma un dovere il cui inadempimento può essere ciò che legittima l'azionabilità di una pretesa giuridica attraverso un rimedio processuale. Sulla differenza tra *officium* e dovere giuridico insiste Falcone, il quale, stabilendo che l'*officium* «chiama in causa una doverosità che non dipende da previsioni dell'ordinamento giuridico positivo e che non è coercibile tramite strumenti

---

<sup>118</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 28, secondo il quale «l'*officium* è, a volerne delineare una definizione onnicomprensiva, limitatamente ai rapporti privati, il dovere gravante su un soggetto di svolgere una determinata attività in favore di altri, attraverso un comportamento che compendi *opera* e *ministerium*, attività concreta e impegno manifesto, solennemente rientrante nella *fides*».

dell'ordinamento giuridico positivo»<sup>119</sup>, delinea, quasi in termini di reciproca esclusione, la differenza tra *officium* e dovere giuridico, non solo sulla base della fonte produttiva degli stessi, ma anche in ragione della diversa vincolatività che a questi risulta connessa<sup>120</sup>.

Quello di *officium* è un concetto inscindibilmente connesso al rapporto di *amicitia*. L'assunzione dell'*officium*, finalizzata alla realizzazione di un *beneficium*<sup>121</sup>, inteso come azione benefica, nei confronti di un altro soggetto, si riscontra in rapporti potestativi, familiari, di patronato o di *amicitia*, in cui, seppur si tratti di un comportamento il cui dovere di esecuzione non risulta connesso alla previsione di alcun corrispettivo, si accompagna al tacito accordo di ricambiare il *beneficium* alla prima occasione.

In questo contesto deve essere nato il mandato, come prassi sociale, *beneficium* derivante da un *officium* molto vincolante<sup>122</sup>, che un soggetto si impegnava a svolgere sul piano sociale, ma il cui inadempimento non poteva essere oggetto di alcuna pretesa giuridica in quanto ad esso conseguiva 'solo' riprovazione sociale.

---

<sup>119</sup> G. FALCONE, *La definizione di 'obligatio', tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, cit., 19.

<sup>120</sup> Cfr. G. FALCONE, *La definizione di 'obligatio'*, cit., 19 ss., descrive l'*officium*, inteso come un concetto richiamante un'astratta idea di 'dovere', in termini di contrapposizione rispetto all'*obligatio*. La reciproca esclusione, dettata dalla contrapposizione tra *regula officiorum* e *regula iuris* sarebbe testimoniata, *in primis*, da Sen. *de ira* 2.28.1, in cui «l'autore sostiene che, se valutiamo le cose secondo il metro degli *officia*, non è detto che possiamo dirci innocenti allo stesso modo in cui lo possiamo dire rispetto al *ius*: infatti, il criterio di valutazione proprio degli *officia* è più rigoroso rispetto al criterio del *ius*, dal momento che valori quali *pietas*, *humanitas*, *liberalitas*, *iustitia*, *fides* esigono comportamenti ulteriori, che restano fuori dalle prescrizioni di leggi positive», a dimostrazione del fatto che si assume «con nettezza l'ambito degli *officia* (e dei suddetti valori) come 'non-giuridico', come 'altro' dal *ius* e come contrapposto ad esso». Da questa differenza tra giuridico e non giuridico discende anche una diversa vincolatività tra obbligazione e *officium*. Invero, richiamandosi a Gel. *Noctes Atticae*, 20.1.41, lo studioso afferma che «viene presentato un dualismo tra *ius* ('vinculum iuris') e *officium*. A differenza, però, della dicotomia senecana ... tra '*regula iuris*' e '*regula officiorum*', che era impostata sul tipo di fonte da cui discende il comportamento dovuto (prescrizioni positive e, rispettivamente, doveri metapositivi), in questo caso la contrapposizione è imperniata sul tipo di vincolatività: segnatamente, sull'opposizione tra esistenza e mancanza di coercibilità processuale del comportamento atteso».

<sup>121</sup> Sulla pratica degli *officia* e dei *beneficia* all'interno delle relazioni di *amicitia*, v. J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin*, cit., 164 ss.; A. MANTELLO, '*Beneficium servile*' - '*Debitum*' naturale. Sen., *de ben.* 3.16.1 ss. - D. 35.1.40.3 (*Iav., 2 es post. Lab.*), Milano, 1979, 40 ss.; G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 75 ss.; G. FINAZZI, '*Amicitia*' e doveri giuridici, 636 e 692 ss.

<sup>122</sup> *Officium* e *beneficium* sono due concetti che da alcune fonti vengono sovrapposti, da altre vengono tenuti distinti. In relazione a tale aspetto, di sovrapposizione e di distinzione, si sono espressi J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 512 s.; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin*, cit., 165 ss.; R. RACCANELLI, *L'amicitia nelle commedie di Plauto*, cit., 35 s. e 40 nt. 66; G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 88 ss.; CH. ROLLINGER, '*Amicitia sanctissime colenda*'. *Freundschaft und soziale Netzwerke in der späten Republik*. (*Studien zur Alten Geschichte*, Bd. 19.) Heidelberg, 2014, 92 ss.



In questa fase, ovvero anteriormente all'intervento pretorio, non essendo il mandato un contratto giuridicamente rilevante, ma consistendo esso in qualsiasi assunzione di impegno all'interno di un preesistente rapporto caratterizzabile in termini di rilevanza puramente sociale, non si sentiva l'esigenza di distinguere un dovere giuridico da un dovere che giuridico non fosse, in quanto tutti i doveri, assunti all'interno di determinati rapporti (sia che fosse di *amicitia*, sia che fosse di patronato, familiare, o anche potestativo) rilevavano sul piano sociale. In tal senso quindi, il precedente rapporto serviva a qualificare l'assunzione dell'impegno a eseguire l'incarico come dovere rilevante socialmente, la cui mancata esecuzione avrebbe comportato la riprovazione sociale: ne consegue che un incarico che un soggetto si fosse impegnato a compiere nei confronti di un estraneo, al quale non era precedentemente legato da alcun rapporto, non avrebbe rilevato, in caso di sua mancata esecuzione, né sul piano sociale, né tantomeno su quello giuridico. Tuttavia, dal momento in cui il pretore individua nel mandato un contratto, tutelabile giuridicamente, il dovere giuridico da esso nascente si emancipa dalla sfera del sociale, per transitare nella sfera del giuridicamente rilevante, pur non smettendo di continuare a rilevare, potenzialmente, anche sul sociale, qualora venisse contratto all'interno di una relazione in cui gli impegni assunti fossero inquadrabili come *officia*. Essendo poi il mandato un contratto duttile al commercio e tutelato dal pretore con *iudicium bonae fidei*, al fine di essere immediatamente fruibile tanto ai cittadini quanto ai *peregrini*<sup>123</sup>, ritengo probabile presumere che lo stesso, oltre ad emanciparsi dal piano dell'*officium*, ovvero del dovere sociale, si andasse a emancipare, conseguentemente, anche dal piano della preesistente relazione di *amicitia* (ma anche familiare e di patronato). Il mandato si configura quindi come un contratto consensuale, la cui valida conclusione prescinde dalla necessaria sussistenza di un rapporto di *amicitia*, e il cui inadempimento può essere reso oggetto di una pretesa attivabile con mezzi processuali. A differenza del passato, in cui il mandato rilevava socialmente solo quando era iscritto in una relazione rilevante sul piano sociale, ora il mandato acquista rilevanza, non meramente sociale, ma giuridica, di per sé, a prescindere dal sottostante rapporto tra le parti contraenti.

---

<sup>123</sup> M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 25 s., il quale tratta del fenomeno del «fenomeno del riconoscimento, in età preclassica, di tutta una serie di nuovi negozi giuridici. Si trattò ... di negozi costitutivi di obbligazioni – tra essi, compravendita, locazione, società mandato, poi classificati come consensuali – che sappiamo essere stati subito fruibili anche dai *peregrini*».

Pertanto, il riconoscimento del mandato come contratto comporta che tale figura acquisti autonomia non solo sul piano concettuale, rispetto al rapporto sociale cui risultava necessariamente connessa, ma anche sul piano giuridico, come figura dotata di una propria tutela giuridica.

La configurazione giuridica del dovere nascente da contratto, intendendo con ciò il profilarsi di un dovere la cui violazione comporta l'attivazione di rimedi processuali di coazione, nonostante si emancipi dalla sfera sociale, ritengo che possa non escludere una sovrapposizione tra ciò che è *officium* e ciò che è dovere giuridico: qualora all'interno di un preesistente rapporto di *amicitia* venga stipulato un contratto di mandato, il dovere di adempimento dell'incarico nascente dallo stesso potrà essere oggetto, contestualmente contenuto, tanto di un 'mero' *officium*, quanto di un dovere giuridico, quanto di entrambi, essendo coincidenti, in tal caso, la *regula iuris* e la *regula officiorum*, contro quella visione che vede la sussistenza delle due *regulae* solo in senso di reciproca esclusione, ovvero l'esistenza di una comporta l'esclusione dell'altra e viceversa.

Da un tale ragionamento mi pare possibile dedurre che non vi dovrebbero essere problemi nel riconoscere la sussistenza di un dovere giuridico di esecuzione di un incarico in presenza di un accordo tra soggetti estranei, ovvero non legati da un rapporto sociale preesistente, in quanto lo stesso non potrebbe configurarsi mai in termini di *officium*, in ragione del fatto che una tale qualifica dipende inscindibilmente da un rapporto socialmente rilevante, condizione che in questo caso verrebbe a mancare. Tuttavia, tale conclusione apre una ulteriore problematica, che mi riservo di affrontare in seguito, coincidente con la comprensione di quando un accordo, concluso con il semplice consenso, senza ulteriori formalità, possa far sorgere delle vere obbligazioni, ovvero degli obblighi giuridici rilevanti e coercibili processualmente. Affermare invero che ogni accordo, anche frivolo, non seriamente espressivo di una volontà di vincolarsi in tal senso, qualora raggiunga una comunione di consensi, assurga a contratto di mandato, mi sembra vada ad allargare eccessivamente l'ambito applicativo della fattispecie in questione.

Il problema di distinguere l'*officium* dal dovere giuridico sorge in merito a quegli incarichi conferiti nella sussistenza di un sottostante rapporto di *amicitia*. In questo caso, potendo uno stesso accordo fondare tanto un dovere sociale, quanto un dovere giuridico, ci si deve domandare quale sia l'elemento che può fungere da discriminazione tra una responsabilità meramente sociale e una responsabilità giuridica. Quando, in concomitanza di una

relazione di *amicitia*, l'assunzione di un incarico, in caso di sua mancata esecuzione, è suscettibile di coercizione processuale e quando non lo è? La risposta sarebbe agevole se la conclusione del contratto necessitasse di un qualche onere formale (un gesto, la consegna della *res*, la pronuncia di *certa verba*, o l'effettuazione di scritturazioni), in presenza del quale si potrebbe indubbiamente affermare di trovarsi di fronte a un accordo giuridicamente rilevante. Tuttavia, è indiscussa la natura consensuale del contratto di mandato, che comporta che la sua conclusione si raggiunga nel momento in cui si verifichi un (sicuramente) espresso (secondo alcuni, anche implicito<sup>124</sup>, secondo altri, persino presunto<sup>125</sup>) incontro di consensi delle parti. Stabilire che l'assunzione dell'incarico gratuitamente da parte di un soggetto possa fondare un *officium* o un dovere giuridico a seconda della mera volontà delle parti non ritengo sia un elemento sufficiente per fungere da discriminazione tra una responsabilità sociale e una giuridica. Dire infatti che un accordo possa essere un mero accordo o un contratto solo sulla base del modo con cui le parti esprimono di volerlo qualificare, mi sembra delineare un fumoso indice di giuridicizzazione, collegando l'essenza contrattuale dell'accordo in questione ad alcun dato oggettivo. Invero, la prova della permanenza nel mondo del sociale o del transito nella sfera del diritto sarebbe determinata da chi riesce a imporre in modo più convincente la ricostruzione del contenuto dei consensi di entrambi i soggetti, al momento della conclusione dell'accordo. Si tratta tuttavia di un panorama poco affidabile e che resta privo

---

<sup>124</sup> Cfr. cap. 1

<sup>125</sup> Sul tema della possibile ammissibilità del mandato presunto si è espresso, in termini positivi, ma ristretti al novero delle ipotesi in cui, ad agire come mandatario, siano soggetti come genitori, figli, fratelli, affini, liberti, C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano*, cit., 15, stabilendo che «la differenza col cd. mandato tacito è chiara: nel mandato tacito, ci si fonda sulla effettiva volontà delle parti, che bisogna ricavare (e provare) dal comportamento oggettivo del soggetto, quale, caso per caso, si è rivelato. Nel cd. mandato presunto, invece, non si deve fornire prova alcuna della presunta (o meglio finta) volontà delle parti, perché essa, data l'esistenza di quei rapporti personali, è presupposta una volta per tutte dall'ordinamento giuridico». Ritengo tuttavia che tale figura, quella appunto del mandato presunto, non possa ritenersi ammissibile in quanto contrastante con l'espressione del consenso, in maniera espressa o per atti concludenti, per la conclusione del mandato, che, soprattutto dalle parole di Paolo, pare cogliersi. Infatti, il giurista severiano stabilisce, in Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.1.2, *che sive "rogo" sive "volo" sive "mando" sive alio quoquomque verbo scripserit, mandati actio est* a sottolineare che il mandato si contrae a prescindere dalle parole con cui viene manifestato il consenso, a sottintendere che ciò che conta è che venga comunque manifestato, in qualunque modo, senza dar peso alle parole utilizzate. Ammettere quindi possibile considerare il mandato concluso, senza che vi sia stata qualsiasi manifestazione di consenso in tal senso, mi pare inaccettabile.

di un indice oggettivo di giuridicizzazione, essendo la mera volontà delle parti, quindi un elemento soggettivo, ciò che permette l'ingresso nella sfera del diritto.

La ricerca della linea di demarcazione tra impegno assunto come *officium* nell'ambito di una relazione di *amicitia* e dovere giuridico derivante da contratto stipulato tra due soggetti, tra i quali intercorre una preesistente *amicitia*, coincide quindi con la ricerca dell'elemento giuridicizzante dell'accordo fondante il contratto di mandato, cioè di quell'elemento in presenza del quale si può sicuramente dire che l'inadempimento dell'incarico può fondare una pretesa giuridica. Occorre pertanto interrogarsi sui possibili *quid pluris*, rispetto alla comunione dei consensi, in grado di transitare un accordo nella sfera del diritto e verificare se essi possano consentire la giuridicizzazione anche del mandato, nel rispetto del suo carattere consensuale, che, in quanto strenuamente ribadito dai giuristi, non deve risultare compromesso.

## 2. L'*amicitia*' e la stretta di mano.

Il mandato viene tradizionalmente definito come quel contratto, concluso con il semplice consenso delle parti, per cui un soggetto, il mandatario, si obbliga nei confronti del mandante ad eseguire un incarico in suo favore, senza previsione di un corrispettivo.

*Haec definitio* implica che possa essere sussunto nella sfera di applicazione di tale contratto, con conseguente applicazione della relativa disciplina e del regime di responsabilità, qualunque accordo tra soggetti, con cui uno conferisca all'altro un incarico e questi si impegni a eseguirlo senza contropartita di alcun genere. Tale accordo, inoltre, non sarebbe necessariamente rivestito di alcuna formalità (può infatti essere concluso in qualsivoglia forma, oralmente, per iscritto e, di conseguenza, anche tra assenti<sup>126</sup>), pertanto qualunque incontro di consensi circa l'esecuzione di un incarico da parte di uno a favore di un altro

---

<sup>126</sup> Paul. 31 *ad ed.* D. 17.1.1.1: *Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest.* Dal frammento, nel quale Paolo indica che il mandato può essere concluso per lettera o tramite messaggero, si può inequivocabilmente dedurre che il mandato può essere concluso tra persone che non si trovano, al momento della conclusione, nel medesimo luogo, e pertanto *inter absentes*. Questa deduzione trova anche conferma in Gai 3.136, in cui il giurista antoniniano afferma *unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

si identificherebbe come un contratto di mandato. Questo comporta che, solo chiedendo a un soggetto di fare qualcosa in nostro favore, e tale soggetto acconsentendo, si configurerebbe un contratto vincolante tra le parti, una 'legge privata', la cui violazione giustificerebbe l'esercizio della rispettiva tutela giudiziale: nel caso il soggetto, che abbia informalmente contratto con noi, non svolga l'incarico conferitogli, potrebbe essere legittimamente chiamato a risponderne in giudizio.

Questa potenziale illimitata espansività della sfera di applicazione del mandato desta da sempre qualche perplessità: come è possibile che qualunque conferimento di incarico, oggetto di un comune consenso, nel caso venga inadempito, legittimi l'esperimento di una tutela giudiziale? Se ciò fosse ammissibile ne deriverebbe che ogni incarico, per quanto effimero e privo di conseguenze rilevanti nel caso di suo inadempimento, giustificerebbe l'esperimento di una tutela da parte di colui che veda l'inadempimento della controparte, ovvero del mandatario.

Logicamente non sembra possibile, per molteplici ragioni, accogliere questa conclusione paradossale, che implica il ricomprendere in uno schema contrattuale tipico un'infinità di ipotesi concrete. Da un lato, si andrebbe quasi a ledere il connotato della tipicità dei contratti che si aveva in Roma<sup>127</sup>, innervante l'intero sistema contrattuale. La tipicità richiama infatti a una limitatezza di applicazione, a una serie precisa di ipotesi che identifichino un ambito di utilizzo, e il definire in tal modo il contratto di mandato tradisce questo concetto. Dall'altro lato, ammettere che qualsiasi accordo delle parti sul compiere un incarico a favore di qualcun altro diventi contratto, comporterebbe il non poter più distinguere un impegno giuridicamente rilevante (il cui inadempimento possa legittimare un'azione), da un impegno che un soggetto si sobbarca per sentimento di cortesia, senza la presenza di quella necessaria volontà che fonderebbe la conclusione del mandato. In tal modo si andrebbe a far cadere e a rendere inutile la ricerca della linea di demarcazione tra

---

<sup>127</sup> Il carattere della tipicità contrattuale si considera oramai indiscusso in dottrina, ma viene sintetizzato, *ex plurimis*, da M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 535 «è opinione diffusa, e formalmente corretta, che il sistema contrattuale classico sia rimasto un sistema tipico: a differenza di quanto accade in base agli artt. 1321 e 1322 cod. civ., le parti non potevano liberamente determinare, nel modo che ritenevano più opportuno, l'assetto d'interessi che, in virtù dell'accordo, assumeva efficacia giuridica, ma dovevano scegliere uno fra i tipi di contratto predisposti dall'ordinamento; al di fuori di tali tipi, l'accordo poteva avere, in modo vario, efficacia soltanto quando fosse integrato lo schema di contratti innominati, risultando eseguita una delle due prestazioni convenute, altrimenti esso restava irrilevante. »

sociale e giuridico, in quanto tutto - o meglio, ogni conferimento di incarico sul quale cada un unanime consenso delle parti contraenti - assurgerebbe a contratto, creando obbligazioni giuridicamente rilevanti. L'eseguire una cortesia a favore di un altro soggetto non sarebbe più rilevante come 'impegno morale e sociale', ma vincolerebbe il soggetto che accetta di eseguirla, ricorrendo in giudizio, se inadempiente.

Questa conclusione, sebbene sia poco convincente e si presti a innumerevoli critiche, mi sembra venga comunque accolta da quella parte della dottrina, che, ben consapevole della debolezza dell'indice giuridico di tale rapporto, concorda placidamente nel definire il mandato come quel contratto con cui un soggetto incarica un altro di svolgere gratuitamente un incarico, senza interrogarsi quando tale accordo diventi rilevante nella sfera del diritto e quando rimanga nell'*amicitia*, e, di conseguenza, accettando che il mandato configuri un contratto dalla illimitata applicazione.

Altra parte della dottrina, non comprensibilmente soddisfatta, si è sforzata di andare a ricercare quale sia quell'elemento, la cui presenza, oltre alla comunione di consensi, vada a fondare l'esistenza del mandato (o meglio, più che l'esistenza - in quanto nulla toglie che quel mandato possa esistere esclusivamente sul piano del socialmente rilevante, senza configurarsi come contratto in quanto tale - la sua giuridicizzazione). Nella mentalità romana, pratica, in cui l'elaborazione giurisprudenziale dei *prudentes* fu tra le più alte mai raggiunte, si fa fatica a immaginare che non vi sia stato un elemento che, pezzo mancante di un puzzle immaginario, facesse luce circa la *quaestio* su quando l'accordo, avente ad oggetto il conferimento di un incarico, potesse transitare dal sociale al giuridico, rendendo possibile la sua fuoriuscita da «quella specie di limbo, fra il sociale e il giuridico, nel quale il rapporto si trova per un tempo più o meno lungo, spesso fino al momento dell'esecuzione»<sup>128</sup>.

Dalla lettura delle fonti, si potrebbe avanzare l'ipotesi per cui l'elemento che vada a rendere contratto giuridicamente vincolante la mera *conventio* sia la stretta di mano. Questa tesi troverebbe conferma, *in primis*, in un argomento etimologico. Infatti, l'etimologia del lemma *mandatum* rivela che tale sostantivo sarebbe composto dalla congiunzione dei due

---

<sup>128</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 90.

lessemi *manum* e *dare*,<sup>129</sup> a indicare il ‘darsi la mano’ come gesto finalizzato alla formalizzazione di un accordo. Sebbene sia possibile e probabile ritenere che la stretta di mano venisse vista dai romani come indice di giuridicizzazione della *conventio*, credo che ciò sia riferibile solo a un’epoca di Roma in cui il tessuto giuridico risultava intrecciato con rituali formalità, in una realtà ristretta e domestica coincidente con i primordi della giuridicizzazione del mandato ad opera del pretore.

Questo indice, nonostante sia immaginabile nella suddetta epoca, non può, nella mia opinione, ritenersi estensibile all’età classica e successiva, la quale, ormai assuefatta a una mentalità commerciale, opterebbe per un atteggiamento idiosincratico nei confronti di un rito come la stretta di mano, favorendo, invece, l’agilità nella conclusione dei contratti, più confacente a un ‘mondo veloce’ dell’ottica mercantile. Il rigetto della ritualità non sarebbe, infatti, un *unicum* del progresso giuridico romano, esclusivamente riferibile all’evoluzione del mandato, ma, *ex plurimis*, è, *in primis* in materia contrattuale, riferibile a quell’istituto che oggi viene comprensivamente individuato con la denominazione di ‘compravendita’. Invero, in epoca arcaica la formalizzazione dello scambio tra cosa e prezzo avveniva, per le *res mancipi*, tramite la *mancipatio* «dove, nel *gestum per aes et libram*, sono solennizzati

---

<sup>129</sup> La maggior parte della dottrina si schiera a sostegno di tale derivazione etimologica del termine *mandatum*, tra cui anche F. SERRAO, *Il ‘procurator’*, Milano, 1947, 109 s. Con *manun dare* si intende, come indicato da S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 7 s., «l’atto di porgere una mano perché venga stretta e in tale atto materiale si solennizzi un impegno reciproco, un accordo, ovvero si formalizzi un atto di ‘affidamento’ dell’uno, attraverso la *manus*, all’altro. Questo significato trova un’intuitiva coincidenza con la caratterizzazione rituale che il gesto assume nelle lingue indoeuropee, come nelle espressioni *mund*, *munt* o nell’irlandese *montar*, *muinter*, tutte legate all’esercizio di un potere giuridicamente fondato, in ciò trovando un improbabile elemento di unificazione nel ceppo etimologico originario di \**man-dbo* da \**manum-dbo*, costruito in evidente analogia a *vendo* che deriva da *venum-do*». A questa interpretazione aderisce anche L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961, 175, nota 24. Contro tale interpretazione dell’etimologia del mandato si è schierato invece R. MARTINI, *Mandato nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, XI, Torino, 1994, 199 s., nt. 1, il quale, pur criticando la derivazione di *mandatum* da *manum dare*, non argomenta tale critica, ma si limita a non ritenere condivisibile l’opinione che giustifica tale derivazione etimologica sulla base di *Isid. et. 5. 24.20 (mandatum dictum quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat)*. In dottrina è presente anche chi, basandosi sull’etimologia, e, nello specifico, sul significato del verbo *dare*, ha tratto spunti per sostenere la natura reale del *mandatum*, intendendo con ‘*dare*’ un ‘consegnare qualche cosa con la mano’. Sostenitore di tale interpretazione, criticata da F. MANCALEONI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 220 ss. e rimasta isolata in dottrina, è S. DNIESTRZANSKI, *Die Aufträge zugunsten Dritter: eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen und deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, Leipzig, 1904, 124 ss.

l'apprensione della cosa da parte del compratore ed il pagamento del prezzo»<sup>130</sup>. Dall'inizio del II sec. a C. si impose nella prassi il contratto consensuale di compravendita, la *emptio venditio*, per la cui conclusione non occorre una formalizzazione, e quindi la rituale gestualità del porre sui piatti della bilancia la *merx* e il corrispettivo in denaro pattuito venne abbandonata, ritenendosi che il consenso delle parti, comunque manifestato, fosse elemento necessario e sufficiente per concludere un contratto di compravendita obbligatoria<sup>131</sup>.

Che non fosse necessaria la formalizzazione, tramite gestualità, per la valida conclusione del contratto, sarebbe testimoniato anche da quelli che sono i caratteri dei contratti consensuali, tra i quali il mandato viene inserito, come disegnati dalle fonti<sup>132</sup>. I contratti consensuali si possono infatti concludere con il consenso comunque manifestato, sia espressamente sia tacitamente, sia oralmente sia per iscritto: questa libertà di forma contrasterebbe con l'imposizione di un rituale gestuale per la valida conclusione del contratto. Sarebbe infatti ossimorico affermare che il mandato, diversamente dagli altri contratti consensuali ai quali viene accomunato (come la *emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*), per la cui conclusione indubbiamente non viene richiesto alcun requisito ulteriore al consenso, necessiti che, oltre al raggiungimento dell'accordo, si realizzi anche la stretta di mano. Infine, ritengo che la stretta di mano sia un elemento, il quale non possa

---

<sup>130</sup> Sulla evoluzione e sostituzione riguardante il negozio traslativo utilizzato allo scopo di vendita e l'*emptio venditio* consensuale a effetti obbligatori si è sviluppata in dottrina un'ampia discussione. Su tale tema si sono espressi: V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'università di Roma anni 1951 - 1953*, Napoli, 1954, 45; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, 156 s.; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 30, 1964, 299 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 582 s.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio - Lucca*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, 73 ss.; M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*, Palermo, 1992, 183 ss.; L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 101 ss.; R. FERCIÀ, *«Quia vendidit, dare promisit»*, Cagliari, 2009, 1 ss.

<sup>131</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 582 s., il quale afferma che la «*emptio - venditio* di Gai. 3. 139-141 è un contratto consensuale bilaterale, in forza del quale una parte, il venditore, si obbliga a trasferire la pacifica e definitiva disponibilità di una cosa (detta, se mobile, *merx*), e l'altra, il compratore, la proprietà di una somma di denaro (detta prezzo)» e ancora «per tutto il periodo classico, la compravendita rimase un contratto, che, nel sistema romano del trasferimento della proprietà, creava soltanto l'obbligazione di trasferire la cosa: il conseguimento della disponibilità della cosa stessa richiedeva un ulteriore atto, la *traditio*».

<sup>132</sup> Gai 3.136.



essere considerato perno della giuridicizzazione dell'accordo in quanto contrasta idealmente non solo con la consensualità del mandato in generale, ma anche, nello specifico, con uno dei modi di conclusione del contratto che tale consensualità implica. È infatti esplicitato che, in ragione del fatto che il consenso comunque raggiunto sarebbe di per sé vincolante, anche il mandato contratto *inter absentes* (e quindi tramite lettera o messaggero) risulterebbe valido e ciò risulta contrastante con quel panorama di contestuale presenza delle parti contraenti che richiederebbe l'elemento della stretta di mano. Se infatti affermassimo che la stretta di mano è l'elemento imprescindibile perché il contratto esista, ne deriverebbe, come conseguenza necessitata, che la conclusione dello stesso sarebbe possibile solo tra soggetti che si trovano nel medesimo luogo, comportando l'invalidità di accordi contratti a distanza (o meglio, l'accordo concluso a distanza non transiterebbe nella sfera del giuridicamente rilevante in ragione del fatto che non potrebbe veder esplicarsi la presenza di quell'elemento formalizzato che è la stretta di mano). In tal senso, oltre che a verificarsi un contrasto evidente, il mandato si configurerebbe come un ostacolo ai commerci, più che come un contratto funzionale agli stessi.

Stabilito quindi che il passaggio dal sociale a giuridico non si possa raggiungere con l'elemento desumibile dall'argomentazione etimologica (per cui *mandatum*, derivante da *manum dare*, vedrebbe nella stretta di mano il perno per assurgere a contratto) non resta che andare a vedere per tentativi e per errori, secondo quella che è la logica degli studiosi, vagliando la probabilità delle supposizioni che possono sorgere dallo studio delle fonti, quale sia il possibile tassello mancante che legittimi l'assunzione della qualifica di contratto, che comporti una rilevanza sul piano giuridico.

Sul punto è opportuno ricordare l'opinione espressa da Luigi Garofalo, e successivamente dal medesimo smentita. In un ambito della sua illuminante trattazione<sup>133</sup> relativa al tema della gratuità contrattuale, analizzata in ottica sia moderna sia romanistica, affronta e

---

<sup>133</sup> L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Coruña, 2015 [il saggio è apparso anche in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 5-8 giugno 2004*, a cura di F. Milazzo, Milano, 2012, 351 ss.; e prima è stato pubblicato in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 1 ss.]

confuta la posizione assunta in un suo scritto passato<sup>134</sup>, in cui sosteneva che «l'indice in base al quale assumeva rilevanza giuridica l'accordo tra chi conferiva un incarico di fare e chi accettava di eseguirlo gratuitamente»<sup>135</sup> fosse il rapporto di *amicitia* intercorrente tra le parti contraenti. Le perplessità in merito alla posizione precedentemente assunta vengono argomentate con quanto sostenuto da Finazzi<sup>136</sup>, il quale ammette che il mandato vedesse, nella normalità dei casi, intercorrere tra le parti contraenti una preesistente situazione sociale rilevante, la quale però si poneva su un piano distinto e parallelo (quello, appunto, sociale) rispetto a quello giuridico, in cui si stagiavano le obbligazioni sorte in capo alle parti<sup>137</sup>. Questo implica che, nonostante in origine il contratto di mandato fosse tipico delle relazioni tra amici, con il passare del tempo e lo svilupparsi delle esigenze commerciali, la conclusione del mandato inizia ad affrancarsi dalla sussistenza del rapporto di *amicitia*, con la conseguenza che tale non può essere vista come elemento idoneo a far transitare un rapporto socialmente rilevante nella sfera del giuridico. L'*amicitia* infatti può tanto esserci, e porsi su un piano distinto rispetto a quello in cui sorgono le obbligazioni in capo alle parti; quanto non esserci, e in questo caso la non sussistenza non inficia la considerazione per cui il mandato esista. A dimostrazione che l'*amicitia* non può essere considerata come elemento giuridicizzante, viene anche addotto un passo di Ulpiano<sup>138</sup> in cui «non si concede

---

<sup>134</sup> L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione, convenzione in Sesto Pedio*, cit., 96, in cui giustifica la ricomprensione del mandato, da parte di Gaio, nei contratti consensuali sostenendo che «a parziale discolora del giurista, vi è peraltro da osservare che al suo tempo non era più percepibile l'indice che in origine aveva giustificato l'attribuzione di rilevanza giuridica all'accordo tra chi conferiva un incarico e chi accettava di eseguirlo gratuitamente: vale a dire ... il rapporto di *amicitia*. Il che deve avergli suggerito di rimpiazzare il vecchio o ormai obsoleto indice con quello proprio di ogni contratto nell'ottica di Labeone: il vincolo di ciascuna parte a compiere una prestazione a favore dell'altra assunto consensualmente. Vincolo attuale sin dalla conclusione dell'accordo, dunque, essendo il mandante da subito obbligato a tenere indenne da spese e danni il mandatario e questi da subito obbligato ad assolvere l'incarico»

<sup>135</sup> L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione, convenzione in Sesto Pedio*, cit., 96.

<sup>136</sup> Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*' e doveri giuridici, cit., 753 ss.

<sup>137</sup> Cfr. Invero, nel commento di Paul. 32 *ad ed. D. 17.1.1.4*, frammento in cui il giurista patavino ricollega la gratuità del *mandatum* alla circostanza per cui l'origine di tale figura sia da riconnettere all'*amicitia* e all'*officium*, G. FINAZZI, '*Amicitia*' e doveri giuridici, cit., 755 rileva come «la qualifica di *amicus* del mandante o del mandatario è meramente descrittiva» e non viene in luce rispetto alla soluzione individuata dal giurista, che «sarebbe stata la stessa ove il mandante e il mandatario non fossero stati legati dal rapporto amicale».

<sup>138</sup> Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.10.7*: *Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebandi, ita demum rata esse mandavit, si interventus Sempronii gesta essent, et male pecunia credita sit, Sempronium, qui nihil dolo fecit, non teneri. Et est verum eum*

*l'actio mandati* nei confronti di chi non aveva agito *animo procuratoris*, avendo promesso “*affectionem amicalem*, cioè la propria cura e sollecitudine di amico”» a dimostrare che «nell’epoca classica più matura *l’amicitia* poteva anche concorrere a fondare un argomento nel senso dell’estraneità delle fattispecie discusse rispetto al contratto di mandato»<sup>139</sup>. E infatti, in conformità anche all’ottica moderna e a quella che è l’idea di ‘amicizia’ odiernamente intesa, risulta illogico come l’impegno assunto dal mandatario, possa considerarsi obbligazione, solo quando preesista un rapporto di amicizia con il mandante, con la conseguenza che solo se mandante e mandatario fossero stati amici, il mandante avrebbe potuto convenire in giudizio il mandatario per l’inadempimento dell’obbligazione; invece, nel caso in cui non fossero stati amici, l’inadempimento dell’incarico da parte del mandatario non avrebbe legittimato l’agire in giudizio del mandante. Ciò contrasta con la nostra logica che vedrebbe, nelle ipotesi concrete, un invertirsi delle conseguenze in ragione della sussistenza o meno dell’amicizia: risulterebbe infatti maggiormente comprensibile agire contro un soggetto inadempiente quando questi non sia nostro amico, piuttosto che quando sia legato a noi da un rapporto di amicizia, in quanto in tal caso, proprio in ragione del legame tra noi sussistente, saremmo spinti a non agire.

---

*qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et actoribus et in regendis consilio, mandati non teneri, sed et si quid dolo fecerit, non mandati, sed magis de dolo teneri.*

Sulla rilevanza di questo passo per escludere che il rapporto amicale sia necessario per integrare un contratto di mandato v. D. NÖRR, *Ethik und recht im Widerstreit. Bemerkungen zu Paul (29 ad ed.) D. 13,6,17,3*, in *‘Ars boni et aequi’. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von M.J. Schermaier und Z. Végh, Stuttgart - Franz Steiner Verlag, 1993, 281 s.; D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato*, cit. 387, in cui scorge un dibattito tra Ulpiano e Paolo circa la necessità del rapporto di *amicitia* per la valida conclusione di un contratto di mandato; G. FINAZZI, *‘Amicitia’ e doveri giuridici*, cit., 756.

<sup>139</sup> L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., 172 s. Lo studioso continua scrivendo «secondo Ulpiano, “dipendeva dalla volontà delle parti la scelta fra il sistema di appartenenza dell’*amicitia*, che non implicava altro che un dovere morale ed eventualmente la gratitudine che portava al mutuo scambio di *beneficia* e di *officia*, e quello del diritto.”», inoltre «in epoca classica, poiché era senz’altro privo di rilevanza giuridica l’incarico non versato in un valido contratto consensuale di mandato, a meno che la fattispecie non ricadesse nell’ambito d’impiego dell’*actio negotiorum gestorum*, mentre i doveri morali e sociali, tra i quali quelli connessi all’amicizia, preesistevano alla conclusione del contratto di mandato, il sorgere dei doveri giuridici dipendeva dalla sua integrazione».

### 3. Una proposta circa l'elemento giuridicizzante.

Escluso ciò che elemento giuridicizzante del mandato in età classica non può essere considerato (ovvero *il manum dare* e il rapporto di *amicitia*), non resta che ascoltare quello che le fonti sembrano dirci, cercando di avanzare ipotesi e confermarle con quanto riportato nel Digesto. Infatti, sebbene si possa accettare che il rapporto di *amicitia*, così come anche la stretta di mano, potessero valere come indice di giuridicizzazione del rapporto, tale deduzione ritengo risulterebbe valevole solo per i primi tempi successivi all'intervento pretorio<sup>140</sup> e non per l'età classica, epoca in cui Roma si trova a emanciparsi dalla dimensione domestica e in cui il mandato assume sempre una maggior importanza in ragione del crescere della sfera socioeconomica di Roma. Pertanto, ammettere che il mandato, il cui utilizzo risultava sempre più diffuso in quanto idoneo alla realizzazione di molteplici fini economici, avesse un'applicazione limitata alla sfera di ipotesi implicanti la sussistenza di un precedente rapporto di *amicitia* o, nonostante venisse professato totalmente libero nella forma (in concordanza con l'agilità di conclusione che richiedevano i commerci) richiedesse per la sua conclusione il *manum dare*, risulta contraddittorio. Ammesso quindi che l'*amicitia* o il *manum dare* potessero essere dei primigeni elementi giuridicizzanti, quando, secondo alcuni, il rapporto conosciuto sotto il nome di *mandatum* coincideva e attestava l'evoluzione di quello derivante dal *mandare*<sup>141</sup>, non resta che interrogarsi rispetto a quale sia l'indice di giuridicizzazione del mandato nel momento in cui tale contratto va incontro ad un utilizzo pedissequo, ovvero nell'epoca classica e successive. Invero, «se nell'ambiente più vetusto della repubblica, commercialmente poco sviluppato, poteva accadere raramente che il capo casa si rivolgesse ad un soggetto per

---

<sup>140</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 38, in cui lo studioso rileva come «nelle commedie di Plauto troviamo tracce della connessione fra l'atto di stringersi le mani, l'*amicitia* e l'incarico dato a taluno. Il quadro in cui si muovono le testimonianze dello scrittore, nel loro vivace affresco di una società fondata sulla relazionalità, è composito e contiene riferimenti ricorrenti a rapporti a cui, in certa misura, possono ricondursi le prima attestazioni di giuridicizzazione del vincolo».

<sup>141</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 102 ss., il quale verifica «se il contratto, in quanto tale preesista nel sistema civilistico, ovvero, tentando di approssimarci maggiormente ai dati scaturenti dalle fonti, se esso, nei termini in cui viene delineato dai giuristi classici, risenta, in misura più o meno ampia, di un risalente rapporto giuridico. Tale potrebbe essere proprio l'antico e solenne *mandare* che, tentando di adeguarsi gradualmente alle nuove esigenze del commercio pur senza riuscire ad adattarsi del tutto ad esse ... modula evolutivamente alcune sue caratteristiche primigenie», giungendo a conclusioni in tal senso.

incaricarlo di espletare una qualche attività in suo favore, attività che avrebbe potuto appunto compiere egli stesso o di persona o per mezzo dei suoi sottoposti, con la metamorfosi avutasi nel settore dei rapporti economici a partire dalla fine del IV e nel III sec. a C. le cose dovettero prospettarsi in termini differenti. ... nel nuovo scenario sicuramente non dovette essere infrequente il caso di un operatore economico che si avvalsesse, oltre che dei suoi sottoposti, anche di uomini di fiducia (come appunto potevano essere i liberti o gli amici) per attendere al compimento di affari che non aveva la possibilità di eseguire personalmente»<sup>142</sup>, e, con l'andare avanti del tempo e la maturazione dei commerci, probabilmente l'affidamento dell'incarico da compiersi sarebbe stato oggetto di un contratto consensuale, da concludersi anche tra chi non fosse legato da un rapporto di *amicitia*, in quanto l'interesse del mandante coinciderebbe logicamente con l'affidare l'incarico, non tanto a chi possa essergli amico, quanto a chi possa eseguirlo al meglio.

Studiando i frammenti del Digesto, la ricerca dell'elemento giuridicizzante il rapporto che vada a configurare contenuto del contratto di mandato mi ha indotto ad avanzare un'ipotesi circa ciò che possa far transitare un rapporto dal sociale al giuridico, uscendo dal 'limbo'. Interrogandomi su quale sia l'elemento che possa dare a una relazione che consista nel conferire un incarico e nell'accettarlo, il carattere di giuridico (di 'contratto') e che possa distinguerla da un rapporto rilevante solamente sul piano sociale, ritengo sia possibile individuare, sulla base delle fonti, un elemento che sembra donare serietà a tale accordo, di modo che esso possa assurgere a contratto.

La ricerca in tema di elemento giuridicizzante dell'accordo configurante contratto di mandato si è concentrata in passato sul trovare un elemento esterno e formale (esterno come il rapporto di amicizia e formale come la stretta di mano). È, invero, l'elemento esterno e formale a essere dotato di una maggiore individuabilità in senso oggettivo che permetta di indentificarlo come veicolo di giuridicizzazione di un accordo: nessuno, infatti, metterebbe in dubbio che, in presenza di un *gestum* o della consegna di una *res*, o della pronuncia di *certa verba*, ci si possa trovare di fronte a un accordo vincolante, sicuramente rientrante nella sfera del giuridico. Certamente l'oggettività è un carattere che deve necessariamente esservi in un elemento che sia dotato di tale funzione, proprio per la natura della funzione stessa, che coincide con il permettere l'individuazione di quei

---

<sup>142</sup> G. COPPOLA BISAZZA, *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità*, cit.,13.

rapporti transitanti nella sfera del giuridico. Nel momento in cui un elemento ha il fine di essere un ‘discrimine’, non tanto tra un trattamento giuridico e l’altro, quanto tra qualcosa che necessita un trattamento giuridico e qualcosa che non può necessitarlo, deve consistere in qualche cosa di individuabile, anche se non al pari di un elemento esterno e formale. Dallo studio della teoria contrattualistica di Labeone, sappiamo che gli indici di giuridicizzazione del rapporto<sup>143</sup> non sono necessariamente ed esclusivamente gestualità e *res, verbis, litteris*, ma possono anche sostanziarsi in un determinato contenuto, la presenza del quale, in sé, permette che l’accordo possa dirsi contratto. Ciò vale per la *emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*, i quali contratti non richiedono che per la loro conclusione si raggiunga un qualsivoglia accordo, ma, al contrario, necessitano che tale accordo verta su una *ultra citroque obligatio*, ovvero su una reciproca assunzione di impegni, e, conseguentemente, di obbligazioni<sup>144</sup>, in quanto questa, di per sé, permette il transito di quell’accordo nel mondo del diritto.

Non avendo quindi denotato nelle fonti la presenza di un qualche cosa di esterno che possa evidenziare il subingresso del rapporto nel mondo del giuridico ed essendo tale ricerca, secondo me, vana in partenza, in quanto contrastante con la natura consensuale del mandato, mi sono chiesta se non fosse opportuno concentrarsi, piuttosto, su quanto sta ‘all’interno’ del mandato stesso. È opinione comune, consolidata indiscutibilmente dalle fonti, che il mandato si concluda con il semplice consenso, ma il contenuto del consenso necessario per la conclusione del contratto coincide solo con l’assunzione dell’incarico da parte di un soggetto in favore di un altro, senza contropartita di alcun genere?

Su questo mi sono interrogata, in quanto ammettere che il consenso fondante il mandato coincida solo con l’assunzione dell’incarico a favore di qualcun altro senza alcun corrispettivo mi sembra vada a degradare il mandato a un accordo frivolo e inaffidabile,

---

<sup>143</sup> Ci si rifà all’interpretazione, fornita da L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio* e ribadita anche in *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., 155, per cui Labeone, nella sua trattazione riportata da Ulpiano in D. 50.16.19 seppur non richiamando espressamente l’elemento del consenso avrebbe creato «una tripartizione interna al novero dei negozi a effetti obbligatori cui era coesenziale un accordo: il che spiega perché questo non appaia esplicitamente richiamato in connessione con una o più delle tre figure individuate dal giurista. Essendo infatti comune a tutte, sarebbe stato superfluo ribadire che era riscontrabile in ciascuna di esse».

<sup>144</sup> Cfr. cap. 1.

che incarna più una cortesia che l'impegno ad adempiere un'obbligazione. Infatti, sebbene anche la cortesia possa dirsi vincolante, la vincolatività connessa all'esecuzione dell'incarico è diversa da quella connessa all'esecuzione di una cortesia, in quanto la prima, in caso di inadempimento, è coercibile giuridicamente.

E cosa potrebbe donare maggior serietà a un accordo di tal fatta di modo che possa dirsi degno di essere qualificato come contratto?

Credo che per rispondere a una tale domanda sia opportuno partire dall'analisi di alcune fonti.

Scaev. 6 dig. D. 17.1.62.1: *Mandavi in haec verba: "Lucius Titius Gaio suo salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio". Quaero, si non fideiusset, sed mandasset creditori et alias egisset quam quod ei mandatum esset, an actione mandati teneretur. Respondit teneri.*<sup>145</sup>

Nel passo, in cui viene riportata l'opinione del giurista antoniniano Quinto Cervidio Scevola, si descrive l'ipotesi di una conclusione *per epistulam* di un mandato, e, pertanto, *inter absentes*. Il contenuto dell'accordo prevede il conferimento dell'incarico al mandatario di prestare fideiussione a favore del debito di Publio Mevio presso Sempronio. Tuttavia, il giurista, non riporta solo questa previsione. Nell'indicare ciò che il mandante propone al mandatario, si sente l'ulteriore esigenza di esplicitare che il mandante si impegna a garantire il mandatario con la previsione di un rimborso: *quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio*. Il consenso del mandatario Gaio, a seguito della proposta di Lucio Tizio, non verterà, quindi, solo sull'accettazione dell'incarico da eseguirsi, ma anche sulla garanzia di indennità prestatagli dal mandante.

---

<sup>145</sup> Il frammento viene analizzato da S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 179 s. in ordine al tema della volontà determinante del mandante come criterio da tenere in considerazione da parte del mandatario nell'esecuzione dell'incarico. Invero, «il principio – guida è costantemente quello della volontà manifestata dal mandante, dalla quale il mandatario non può discostarsi, interpretandola o estendendone l'ambito oltre i confini segnati dai *verba* del mandante», pertanto «avendo Tizio oltrepassato i termini dell'incarico, potrà essere convenuto in giudizio, per rispondere del suo operato, con l'*actio mandati*, la cui esperibilità appare dunque subordinata all'esatta aderenza dell'esecuzione alle istruzioni impartite dal mandante». Lo stesso frammento è stato anche studiato da V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 132 s., il quale, considera il frammento in ragione del *mandatum pecuniae credendae* che sembra scorgersi.

L'assunzione di un impegno patrimoniale da parte del mandante ritengo non sia da considerarsi priva di significato, anodina, ma è un elemento che va invece a fungere da indizio rispetto all'acquisizione di serietà di una proposta, formulata al fine di eseguire un incarico. Ammettere infatti che non vi sia differenza alcuna tra il chiedere di svolgere un incarico a proprio favore e il chiedere di svolgere un incarico a proprio favore, impegnandosi esplicitamente a risarcire quanto il mandatario potrebbe perdere nell'esecuzione, sarebbe una palese rinnegazione dell'evidenza.

Tale tipo di contenuto si ripete anche in passi di giuristi contemporanei a Quinto Cervidio Scevola:

*Gai. 9 ad ed. prov. D. 17.1.27: Si quis alicui scripserit, ut debitorem suum liberet, seque eam pecuniam, qua mis debuerit, soluturum, mandati actione tenetur.*

Gaio, nel libro nono di commento all'editto provinciale, stabilisce che nel momento in cui si raggiunge un accordo circa l'esecuzione di un incarico di liberazione da un debito e viene data garanzia di tenere indenne il mandatario per tutte le spese che questi dovrà subire, allora sorge l'azione di mandato, espressiva del fatto che il contratto è venuto ad esistenza e, come tale, sussiste un'azione che tutela l'obbligazione sorta da quello. La correlazione, presente in quest'ultimo passo, tra il peculiare contenuto dell'accordo - comprensivo non solo del conferimento dell'incarico, ma anche della garanzia di indennità promessa dal mandante - e il venire in essere del contratto in quanto tale, tramite la possibilità di poter esperire le azioni che vanno a tutelarne l'adempimento, mi spinge a trarre certe conclusioni. Infatti, la riconnessione dell'esistenza del contratto al raggiungimento di un accordo avente un certo contenuto mi sembra vada a confermare un sentore già timidamente palesatosi dalla lettura del primo passo.

*Paul. 4 resp. D. 17.1.59.5: "Ille illi salutem. Mando tibi, ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo: in quam pecuniam et quidquid usuram nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum". Postea saepe conventus mandator non respondit: quaero, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum*



*videantur indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit  
Blaesius Severus, praestaturum.*

A conferma di un contenuto del mandato di tal genere – a dimostrazione del fatto che l'indizio dell'esplicito impegno patrimoniale del mandante non risulta un *unicum*, ma è un tema ricorrente nelle fonti, e, quindi, non si può considerare eccezionale, ma si deve, invece, tenere in considerazione, rendendolo oggetto di attenta analisi – milita anche il frammento poc'anzi riportato, attribuibile a un giurista di poco successivo, il severiano Paolo. Questo si riferisce a una situazione in cui due soggetti concludano un mandato con cui il mandatario si impegna nei confronti dell'altro, il mandante, a dare a prestito del denaro a Blaesio Severo. I *certa verba* pronunciati nel momento della conclusione del contratto, rispetto ai quali si formerà l'accordo delle parti, definito come comunione dei consensi dei contraenti, non prevedono solamente l'ordine del mandante di eseguire l'incarico, ma anche la previsione di tenere indenne il patrimonio del mandatario. Il mandante, infatti, con le parole *in quam pecuniam et quidquid usuram nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse* garantisce al mandatario di tenere indenne il suo patrimonio per la cifra che quest'ultimo si impegnerà a dare a prestito, ovvero per la spesa fisiologicamente derivante dall'esecuzione dell'incarico.

Osservando questi frammenti ritengo non si possa fare a meno di notare come l'oggetto su cui cade il consenso delle parti non coincida esclusivamente con il mero ordine all'esecuzione dell'incarico, ma i giuristi, nel delineare il contenuto dell'accordo, sentono l'esigenza di esplicitare come il mandante si impegni a tenere indenne il mandatario dalle spese sopportate nell'esecuzione dell'incarico. In tale modo pare quasi che il consenso necessario a integrare l'accordo non debba avere come contenuto il mero conferimento del mandante, ma anche l'esplicito impegno patrimoniale di questo a rifondere il mandatario delle spese, essendo l'assunzione di questo impegno un elemento che non va a inficiare in alcun modo la natura gratuita del contratto di mandato<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Con l'assunzione e l'adempimento dell'obbligazione di refusione delle spese da parte del mandante nei confronti del mandatario, quest'ultimo non ottiene alcun incremento economico, tale da poter far pensare a un transito del contratto nella sfera dei contratti onerosi, ma va semplicemente a restituire al patrimonio

L'impegno che il mandante assume espressamente nei confronti del mandatario pare quasi conferire alla richiesta di esecuzione dell'incarico una sorta di serietà di cui altrimenti sarebbe sfornita. Senza l'espressa garanzia di tenere indenne dalle spese, l'esecuzione dell'incarico si configurerebbe, infatti, come una sorta di cortesia che un soggetto si presta a realizzare nei confronti di un altro e il cui inadempimento, in quanto, appunto, cortesia, non sarebbe possibile rendere oggetto di una pretesa giudiziale. L'impegno assunto dal mandante di rifondere le spese sostenute dal mandatario sembra invece spostare l'incarico assunto dal mandatario dal piano della mera cortesia a quello dell'impegno giuridico, e, come tale, 'serio'. Nonostante possa sembrare un'osservazione banale – anche se, spesso la banalità non è altro che lo specchio della palese realtà - trovo che, anche nella comune sensibilità, vi sia una non sottile differenza nel proporre di espletare un incarico in nostro favore senza previsione di corrispettivo di alcun genere, rispetto alla previsione di eseguire un incarico in nostro favore, in cui, sebbene rimanga la natura gratuita dell'accordo, mi impegno a rifondere tutte le spese che vengano sopportate.

Tal tipo di ragionamento mi indurrebbe quindi a supporre che l'elemento in grado di rendere un accordo sull'espletamento di un incarico da parte di un soggetto a favore di un altro senza previsione di alcun tipo di contropartita, un vero e proprio contratto, come tale giuridicamente vincolante, sarebbe l'esplicito impegno di carattere patrimoniale assunto dal mandante, su cui si forma l'accordo delle parti. Di conseguenza, ne deriverebbe che solo nel momento in cui venga raggiunto un accordo circa l'esecuzione dell'incarico accompagnata dalla garanzia di rifusione delle spese, nel caso l'incarico non venga eseguito, sarà possibile convenire in giudizio il mandatario. Altrimenti qualora un soggetto avesse acconsentito a svolgere un incarico, senza essere stato garantito per la refusione delle spese, si troverebbe a eseguire una mera cortesia, per il cui inadempimento non sarebbe impossibile agire giudizialmente, in quanto talmente giuridicamente irrilevante da non poter fondare alcuna pretesa giudiziale in tal senso.

---

della controparte quella somma, della quale questo era stato diminuito in ragione dell'esecuzione dell'incarico, e quindi dell'adempimento dell'obbligazione gravante sul proprio capo. Per tale ragione non si può dire che si vada a realizzare quella situazione in cui il vantaggio economico non è tutto in capo al mandante, in quanto comunque il mandatario non ottiene alcun ulteriore vantaggio, ma l'obbligazione di refusione delle spese va solamente a portare a zero la perdita.

Un avvallo a tale conclusione mi sembra anche potersi cogliere indirettamente dalle riflessioni di Cardilli<sup>147</sup> in merito all'analisi di un ulteriore frammento di Paolo, escerpito dai suoi *libri questionum*, in cui si affronta il tema della *natura mandati*.

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.4: *Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore carthagine exigas, ago a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actione similis erit mandate actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*<sup>148</sup>

Nonostante del frammento si dubiti la totale e sostanziale genuinità<sup>149</sup>, se ne può cogliere che, il giureconsulto patavino, nell'esame dello schema del *facio ut facias*, suscettibile di

---

<sup>147</sup> Cfr. R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura 'contractus' e forma 'iuris'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 69 ss.

<sup>148</sup> Su tale frammento si sono espressi, in ordine a questioni non direttamente attinenti alla trattazione in questione, G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *Scritti vari di diritto romano*, in *BIDR*, 19, 1907, 199 ss., in specie 217 e 234 nt. 60; G. ROTONDI, 'Natura contractus', in *BIDR*, XXIV, 1911, 101 ss.; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1993, 93 s.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 165; M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972, 93 e nt. 228; N. HAYASI, *Der Auftrag und die sogenannten Innominatkontrakte*, in NÖRR - NISHIMURA (hrsgs.), 'Mandatum' und Verwandtes, cit., 179 ss., in specie 187; A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 63 ss., in specie 84; F. GALLO, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto, II, Torino, 1995, 185 nt. 18; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, Napoli, 1999, 317 nt. 53; M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis'. *Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002, 193 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'*, in *ZSS*, CXXIV, 2007, 53 ss., in particolare, 92.

<sup>149</sup> Tra chi ritiene che il frammento sia stato oggetto di modiche frutto delle scuole orientali pregiustinianee si conta P. COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris, 1952, 182 ss.; M. KASER, *Zur Methodologie*, cit., 93 e nt. 228; M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis', cit., 193 nt. 88; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip*, cit., 92; G. ROTONDI, 'Natura contractus', cit., 101. Riserve rispetto alla tesi del Collinet sono state avanzate da F. WIEACKER, *Textsufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, 43 ss.

ricomprendere molteplici fattispecie<sup>150</sup>, prende in considerazione due diverse ipotesi: nella prima l'accordo prevede che Tu riscuota un debito di Ego a Cartagine ed Ego riscuota un debito di Tu a Roma; nella seconda, che Tu edifichi nel suolo di Ego e Ego nel suolo di Tu. Nonostante in entrambe le fattispecie si ravvisi la presenza di uno schema *facio ut facias*, il giurista accompagna la conclusione dell'accordo costituente la seconda ipotesi, alla previsione della spontanea effettuazione di una delle due prestazioni di *facere* da parte di Ego. Tale previsione pare richiamare la teorica di Pedio<sup>151</sup> (presumibile da D. 19.4.1.3, in cui Paolo si affida a Pedio per una precisazione in materia di permuta<sup>152</sup>), secondo la quale un accordo, integrante una figura contrattuale atipica, ovvero non avente tutela forte propria di *ius civile*, contenente una *ultra citroque obligatio* (come quello in questione, in cui si ravvisa la presenza di una convenzione del tipo *facio ut facias*, capace di far scaturire doveri di prestazione in capo a entrambe le parti) diventa tutelabile giuridicamente attraverso l'*actio praescriptis verbis*, solo quando vi sia stata l'esecuzione spontanea di una delle due prestazioni: in questo caso, la parte contraente che ha eseguito la propria prestazione, potrà, di fronte all'inadempimento della controparte, richiedere, con l'*actio praescriptis verbis*, non solo il risarcimento dell'interesse negativo, ma anche dell'interesse positivo (*l'id quod*

---

<sup>150</sup> Questo è ciò che intende la perifrasi *haec species tractatus plures recipit* secondo quanto proposto da P. DE FRANCISCI, 'Sunallagma'. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 228.

<sup>151</sup> Cfr. Secondo F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995)*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 77; seguito e perfezionato da L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 75 ss., «Pedio escludeva che assurgesse a contratto un accordo circa una permuta, implicante l'impegno di ciascuna parte di procedere alla *datio* di una *res*, e cioè alla trasmissione di una cosa in proprietà, a favore dell'altra, se non vi avesse fatto seguito alcuna *datio*, come nel caso in cui fosse intervenuto il (singolo o reciproco) trasferimento della cosa materialmente intesa e però non della proprietà di questa, a causa del duo appartenere a un terzo. Coerentemente si può allora affermare che per Pedio l'accordo relativo a una permuta meritava la qualifica di contratto quando, in esecuzione del medesimo, almeno uno dei soggetti che vi erano addivenuti avesse effettuato la *datio* di sua spettanza». Pertanto, «Pedio vedeva non nella mera reciprocità degli impegni di tenere una certa condotta, secondo l'indirizzo inaugurato da Labeone, ma nella reciprocità di tali impegni ulteriormente qualificata dall'attuazione dell'uno dei due l'indice per l'attribuzione della rilevanza giuridica agli accordi donde essi derivavano: solo se questo indice ricorreva, invero, tali accordi, in quanto rientravano nella categoria del contratto, transitavano nel mondo del diritto, risultando tutelati dall'*actio praescriptis verbis*».

<sup>152</sup> Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.3: *Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.*

*interest*<sup>153</sup>). La precisazione che, solo la seconda ipotesi trattata, necessiterebbe dell'esecuzione di una prestazione sembrerebbe poter ammettere che questa sola vada a integrare un contratto innominato, suscettibile di essere tutelato attraverso l'*actio praescriptis verbis*, mentre la prima ipotesi non sarebbe ascrivibile a detta categoria, con la conseguenza che configurerebbe uno schema contrattuale tipico, dotato di una propria tutela, non bisognoso di tutela tramite *actio praescriptis verbis*.

La prima fattispecie quindi, per cui il giurista ammette *in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur*, non rientra nei contratti innominati, ma in essa si può ravvisare un duplice mandato, uno conferito da Ego a Tu e l'altro conferito da Tu a Ego, che funge da titolo giustificativo per *exigere pecuniam alieno nomine*. Paolo passa successivamente a una annotazione sulle spese, *quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuuum officium praestamus*, dalla quale pare «emerga come implicito, nel reciproco accordo sull'esazione dei rispettivi crediti, che ad ognuno spettasse l'onere delle spese»<sup>154</sup>, a evidenziare come nel concreto assetto d'interessi stabilito dalle parti risulti essenziale un patto sul reciproco rimborso delle spese<sup>155</sup>. Dopo aver quindi stabilito che il secondo reciproco incarico configura uno schema contrattuale atipico e che il primo accordo integra un duplice contratto di mandato, il cui contenuto vede come necessaria l'assunzione di un impegno patrimoniale del mandante (entrambi i soggetti, in questo caso, sono sia mandanti che mandatari, quindi entrambi assumono il detto impegno patrimoniale) a rifondere le spese nei confronti del mandatario, Paolo differenzia diverse ipotesi, a seconda che le spese sostenute dai mandatari coincidano o non coincidano. Nel caso in cui coincidano, egli stabilisce che non vi siano discussioni: le reciproche spese si compenseranno. Nel caso in cui le spese siano di entità differenziata, il giurista severiano

---

<sup>153</sup> Cfr. sulla riconducibilità della nozione di *id quod interest* alla somma di interesse positivo e negativo v. M. TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLVI, Milano, 1993, 414. A causa della polisemia di tale espressione, contro questa definizione di *id quod interest*, sostenendo la sua riferibilità all'impossibilità di definire il *quatum* rimesso alla valutazione del giudice, v. D. MEDICUS, '*Id quod interest*'. *Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, 1 ss.; H. HONSELL, '*Quod interest im bonae-fidei-iudicium*'. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, 51 ss.; F. PROCCHI, *Dall' 'id quod interest' alla 'Differenzhypothese'*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*' in ricordo di Mario Talamanca, a cura di Luigi Garofalo, II, Padova, 2011, 481; P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, 30ss.

<sup>154</sup> R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano*, cit., 71 s.

<sup>155</sup> Cfr. M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 194.

ammette comunque che ci si trovi di fronte a un mandato, facendo quindi presagire che l'accordo tra i contraenti contenesse la previsione con cui il mandante garantiva di tenere indenne il mandatario per tutte le spese sostenute.

Il risalto che l'interpretazione di tale passo pare fornire alla previsione della garanzia di refusione, da parte del mandante, delle spese comunque sostenute nell'esecuzione dell'incarico, la quale (previsione) nel passo pare essere connessa alla *natura mandati*, comporta che, la supposizione, tratta dai frammenti poc'anzi indicati, per cui il consenso delle parti non verterebbe unicamente sul conferimento dell'incarico, ma anche sulla previsione di tenere indenne il mandatario dalle spese che dovranno essere sopportate nell'esecuzione, paia essere fondata. In tal senso, pertanto, il contenuto che l'accordo dovrebbe raggiungere per poter assurgere a contratto, e, nello specifico, a mandato, sarebbe essenzialmente formato non da un'unica, ma da una duplice previsione comportamentale.

La conseguenza che una tale conclusione comporterebbe sarebbe quella di vedere nell'accordo una *ultra citroque obligatio*, elemento giuridicizzante interno e contenutistico, come descritto da Labeone. In presenza di un elemento di tal genere, ovvero di un accordo dal quale siano deducibili due corrispettivi doveri di prestazioni, il transito dell'accordo del mondo del diritto, ovvero il suo divenire contratto, mi pare convincente, in ragione dello scambio di prestazioni, elemento forte, capace da sé di giuridicizzare un accordo.

#### 4. *Conseguenze sull'assetto obbligatorio.*

Ammettere che l'accordo tra i contraenti, per portare alla perfezione del contratto, abbia ad oggetto - come dimostrato dalle fonti - sia l'impegno del mandatario ad adempiere l'incarico, sia l'impegno del mandante a tenere indenne il mandatario dalle spese sopportate nell'esecuzione dell'incarico, non è scevro da conseguenze, che si riverberano sulla costruzione dogmatica del contratto.

Prima di entrare nel merito dell'analisi delle conseguenze in tema di obbligazioni che l'asseverazione del detto contenuto dell'accordo può far scaturire, ritengo necessario effettuare una breve disamina circa il rapporto sussistente tra i concetti 'dovere di prestazione' (*oportere*) e 'obbligazione' (*obligatio*), necessaria al fine di verificare se quanto

successivamente andrò sostenendo possa essere logicamente sostenuto e sostenibile. Nell'affrontare - sommariamente, al mero fine di dare una chiave di lettura rispetto a quanto segue nella mia trattazione - tale complessa e controversa tematica, ometterei di anteporre l'indiscutibilmente connesso argomento circa la *definitio*, da un lato di *obligatio*, dall'altro di dovere di prestazione, in quanto ciascun aspetto, singolarmente, necessiterebbe di un proprio approfondimento, che, se fatto in tal sede, svierebbe dal cuore della ricerca in tema di mandato e non otterrebbe la necessaria attenzione che, invece, esige, rimanendo, al contrario, superficiale.

Parte dominante della dottrina<sup>156</sup> – portatrice di una opinione nel nostro diritto da ritenersi oramai indiscussa<sup>157</sup>, ma oggetto di acceso dibattito circa la sua estensione al diritto romano, sebbene, proprio in merito a questo, sorta – ritiene che il *quid essentiae* dell'*obligatio* coincida con la somma tra il dovere giuridico di prestazione e la responsabilità del debitore<sup>158</sup>. La ricomprensione nell'obbligazione, non solo della responsabilità del

---

<sup>156</sup> Sulla identificazione tra 'obbligazione' e 'dovere giuridico di prestazione' nel diritto romano la letteratura è sconfinata. All'interno del *mare magnum* di interpretazioni personalistiche dell'*obligatio* romana è opportuno ricordare, a titolo di esempio, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 2001, 190 (il quale vede nell'obbligazione la stringente necessità per il debitore di eseguire il dovere di prestazione); F. PASTORI, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano. Corso di diritto romano 1968-69*, Trieste, 1971, 1 ss., 48, 66; P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Corso di pandette*, I, Milano, 1969, 21 (che qualifica l'obbligazione come dovere di prestazione); C. A. CANNATA, *Le definizioni romane dell'«obligatio»*. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 146; G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano, 1994, 26.

<sup>157</sup> Dall'art. 1174 cod. civ., nonché dalla Relazione al Codice civile vigente, si può cogliere, nonostante il legislatore abbia evitato esplicitamente di definire cosa si intenda per obbligazione, essendo questo un argomento strettamente dogmatico e quindi fuori dalle proprie competenze, un'identificazione tra l'obbligazione e il dovere di prestazione. Nella Relazione al codice del 1942, al n. 557, si ammette che «il nuovo codice, nel precipuo proposito di dare elementi per la configurazione pratica del rapporto obbligatorio, ha preferito precisare il concetto della prestazione, nella quale di concreta l'oggetto dell'obbligazione», di modo che «si dovrà ritenere che non vi è obbligazione quando il contenuto del correlativo dovere non abbia i caratteri della prestazione secondo l'art. 1174». A riprova dell'adozione, nel codice del '42, di una nozione personalistica dell'obbligazione, si sono espressi, in un atteggiamento di favore rispetto all'accoglimento di tale concezione, molti studiosi, tra cui M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, 598; F. SANTORO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 81 s.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1273 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, riprodotto in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, 1049 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 22 s.; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1955, 431; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, 296 s.

<sup>158</sup> Il contenuto dell'*obligatio* sarebbe perfettamente descrivibile per mezzo dell'utilizzo di quel binomio, frutto della pandettistica, 'Shuld und Haftung'.

debitore, elemento indiscusso e imprescindibile nell'esistenza dell'*obligatio* (non essendovi, peraltro, obbligazioni alle quali non è connessa alcuna responsabilità), ma anche del dovere giuridico di prestazione, imporrebbe di vedere l'obbligazione in chiave comportamentale, essendo proprio un dovere di comportamento (di prestazione, appunto) a 'integrarla'<sup>159</sup>. L'accoglimento di una tale prospettiva si considera frutto di una imperante (in Roma, come oggi) visione 'debito centrica'<sup>160</sup> secondo cui «riguardata dal punto di vista del debitore, la sostanza dell'obbligazione consiste nel dovere di prestare, e cioè di tenere il comportamento dedotto nel vincolo: una condotta perdurante nel tempo, come normalmente avviene nelle obbligazioni di fare e di non fare, o istantanea, qual è, sempre in via di principio, nelle obbligazioni di dare», mentre «dall'angolo visuale del creditore il rapporto si traduce, essenzialmente, nel potere di pretendere, e la pretesa è tutelata in ragione dell'interesse a ricevere»<sup>161</sup>. A dimostrazione dell'indiscusso predominio dell'angolatura debitoria, predominante nella *forma mentis* romana, nel fenomeno

---

<sup>159</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (storia)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, cit., 22, afferma che «gli elementi di struttura dell'obbligazione, intesa dal punto di vista del rapporto, quali sono stati più o meno atomisticamente considerati dai giuristi romani, si identificano nei soggetti, nel contenuto oggettivo dell'obbligazione e nella responsabilità contrattuale. Intorno a questi elementi viene, in realtà ad articolarsi tutta la tematica dell'*obligatio* nel suo oggettivo porsi».

<sup>160</sup> Il dibattito circa l'angolatura debito centrica dell'*obligatio* è sterminato. *Ex plurimis*, si sono espressi S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, 66 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *prolegomeni: funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 17; C. AUSIELLO, *Il concetto dell'obbligazione romana nel 'ius civile' e nel 'ius honorarium'*, in *Annali Camerino*, II, 1929, 106 ss.; R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni. Corso di lezioni di diritto romano*, Napoli, 1921, 45; E. ALBERTARIO, *Le definizioni dell'obbligazione romana*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1936, 1 ss. (già in *Scritti in onore di F. Ramorino*, Milano, 1927, 391 ss.); G. SEGRÈ, '*Obligatio*' 'obligare' 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di P. Bonfante*, Milano, 1930, 545; A. BISCARDI, '*Secundum nostrae civitatis iura*', in *Studi Senesi*, LXIII.1, 1951, 40 ss.; B. BIONDI, *Concetto e definizione dell' 'obligatio'*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 241; F. DUMONT, '*Obligatio*', Lausanne, 1963, 79; L. LANTELLA, *Note semantiche sulla definizione di 'obligatio'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 165 ss., 180, 223; C.A. CANNATA, *Le definizioni romane dell' «obligatio»*, cit., 132 ss; ID. '*Usus hodiernus Pandectarum*', '*common law*', *diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in *SDHV*, LVII, 1991, 393; ID. voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale, moderno*, in *Dig. Disc. Priv – Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 412 ss.; B. ALBANESE, *Papiniano e la definizione di 'obligatio'* in *J. 3, 13 pr.*, in *SDHI*, L, 1984, 167 ss. (anche in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1655 ss.); G. MANCUSO, *A proposito della definizione di «obligatio» (I. 3. 13 pr.)*, in *Panorami*, II, 1990, 166 ss.; A. GUARINO, '*Obligatio est iuris vinculum*', in *SDHI*, LXI, 2000, 263 ss. (anche in '*Iuris vincula*'. *Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli, 2001, 343 ss.); G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 41 s.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1978, 19; R. CARDILLI, *Divagazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, a cura di R. Fiori, Napoli, 2006, II ss.

<sup>161</sup> P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1992, 570.



obbligatorio, non si può non addurre la più celebre *definitio* di *obligatio*<sup>162</sup>, la quale testimonia «l'indubbia prospettiva squisitamente 'debito-centrica' e preponderatamente sanzionatoria»<sup>163</sup> nell'utilizzo della «diatesi passiva del verbo *astringere* e la preminente concentrazione sullo stato di costrizione dell'obbligato»<sup>164</sup>.

La 'lettura personalistica del fenomeno obbligatorio' eleva, quindi, a costante contenuto dell'obbligazione, il dovere di prestazione, con la ovvia conseguenza che, solo ove vi sia la previsione di un dovere di prestazione, può dirsi integrata un'obbligazione. Tale asserita angolatura prospettica dell'obbligazione, personalistica e comportamentale, si configura come il risultato di una evoluzione concettuale, svoltasi, nel corso del tempo, nella storia giuridica romana. Infatti, secondo la via indicataci dal Betti<sup>165</sup>, non bisogna in alcun modo immaginare il concetto di obbligazione come qualche cosa di sempre uguale a sé stesso, immutabile e immutato. Pertanto, un approccio che vede il dovere di prestazione come «una storica invariante che permette una definizione unitaria dell'*obligatio* romana»,<sup>166</sup> ovvero come «il nucleo centrale ... di tutta l'evoluzione della *obligatio*»<sup>167</sup>, è da rigettarsi. Infatti, nonostante sia possibile immaginare che «per l'età delle origini ... la 'prestazione dovuta' non sembra connotare il contenuto del vincolo obbligatorio, essendo ad essa esterna, in quanto ... il vincolo che si instaura tra *vas, praes, sponsor*, da un lato, e 'creditore', dall'altro, non implica tecnicamente alcun 'obbligo di prestazione' in capo al soggetto

---

<sup>162</sup> Si tratta della definizione consacrata in I. 3.13.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, rispetto alla quale si sono espressi, tra i molti, a titolo meramente esemplificativo, C.A. CANNATA, *Le definizioni romane dell'obligatio*, cit., 142 (nonché ID. *Le obbligazioni in generale*, cit., 9); U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 22; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, 9; N. STOLFI - F. STOLFI, *Il nuovo codice civile commentato*, IV. 1, Napoli, 1949, 5; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1992, 5; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 3 s. e nt. 5; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, 570; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, 381; G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 1 ss.

<sup>163</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 229.

<sup>164</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 229 s. Sul punto si riscontrano anche le opinioni concordi di R. CARDILLI, *Considerazioni storico-dogmatiche*, cit., 14; G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 16, 170; L. LENTELLA, *Note semantiche*, cit., 180; U. BRASIELLO, voce *Obbligazione (dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1945, 555; B. BIONDI, *Concetto*, cit., 246; E. BETTI, *La struttura*, cit., 31.

<sup>165</sup> Cfr. E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Roma, 1919, 1; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1 ss., 27 ss.: ID., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 3 ss., 79 ss. A tale indirizzo aderisce anche G. CRIFÒ, *Appunti bibliografici*, Milano, 1968, 96 s. (nonché in *Scritti in onore di A. Moroni*, III, Milano, 1982, 1369 ss.).

<sup>166</sup> F. PASTORI, *Concetto e struttura*, cit., 65 ss.

<sup>167</sup> F. PASTORI, *Concetto e struttura*, cit., 65 ss.

‘*obligatus*’, ossia colui che, quale etero – garante, unicamente ‘risponde’, ma non ‘deve’ affatto adempiere»<sup>168</sup>, non si può negare che, con il passare del tempo, vi sia stata una sovrapposizione delle «posizioni, all’origine scisse, di colui che deve e di colui che risponde ... *de eadem persona*»<sup>169</sup>. La «somma delle due posizioni - formulata in termini di passaggio storico del vincolo obbligatorio dalla forma dell’etero - garanzia a quella dell’auto - garanzia»<sup>170</sup>, sebbene secondo alcuni non comporti totalmente un «contestuale assorbimento del ‘dovere di prestazione’ entro la struttura dell’*obligatio romana*»<sup>171</sup>, viene ritenuto dai più come il momento di fagocitazione e immedesimazione del dovere di prestazione (*oportere*) nella *substantiam obligationum*.

Una volta effettuata tale premessa, si può volgere lo sguardo al contenuto dell’accordo, come individuato in precedenza e testimoniato dalle fonti, per cogliere ‘l’onda d’urto’ che tale contenuto fa scaturire, e i suoi riverberi sull’assetto obbligatorio, come tratteggiato dalla dottrina dominante. Infatti, l’accordo dei contraenti, se portatore del supposto contenuto (ovvero, il consenso circa il conferimento dell’incarico, accompagnato dalla garanzia di refusione delle spese), consisterebbe nell’esplicita assunzione non di un unico dovere di prestazione, coincidente con l’esecuzione di un incarico a favore di un altro, ma di due impegni comportamentali, uno in capo al mandante e l’altro in capo al mandatario. Dire quindi che il contratto ha come oggetto l’impegno reciproco all’esecuzione di due prestazioni implica che, da tale contratto, secondo la prospettiva personalistica dell’obbligazione poc’anzi descritta, nascono due obbligazioni, ciascuna delle quali presenta un contenuto comprensivo di una prestazione: l’obbligazione di eseguire l’incarico in capo al mandatario e l’obbligazione di tenere indenne da spese in capo al mandante. Infatti, come nella *emptio venditio*, nella *locatio conductio* e nella *societas*, il contenuto dell’accordo verte su una *ultra citroque obligatio*, di modo che la conclusione del contratto origina due obbligazioni corrispettive; così nel mandato, dall’accordo avente ad oggetto l’esecuzione dell’incarico e la refusione delle spese, si originano due obbligazioni reciproche. Infatti, sarebbe illogico dire che le prestazioni identificate dalle parti come oggetto principale dell’accordo, alla base del contratto, non siano oggetto di due

---

<sup>168</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di ‘Actio’*, cit., 193 s.

<sup>169</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di ‘Actio’*, cit., 195.

<sup>170</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di ‘Actio’*, cit., 196.

<sup>171</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di ‘Actio’*, cit., 196.

obbligazioni: ammettere infatti che le parti stabiliscano due prestazioni ed esse non integrino le obbligazioni andrebbe contro al principio che vede nel contratto il mezzo con cui le parti possono autodeterminarsi in ragione della propria volontà, creando un assetto giuridico che sia specchio della stessa.

Stabilire che, come i doveri di prestazione fissati dalle parti sono due, allora anche le obbligazioni nascenti dalla conclusione del contratto saranno due, sancendo, quindi, un rapporto di equivalenza tra prestazioni pattuite e obbligazioni che si vedono sorgere, ci indirizza verso un determinato inquadramento del mandato. Labeone, come poc'anzi indicato, in D. 50.16.19, secondo la lettura fornita da Luigi Garofalo, nel disegnare le categorie di *agere gerere* e *contrabere*, aveva come fine immediato l'individuazione dei diversi elementi giuridicizzanti gli accordi tra le parti (l'accordo era già quindi considerato dal giurista augusteo come elemento necessariamente sussistente in tutte e tre le figure), e come fine ultimo il fornire una tutela forte di *ius civile* ai cd. contratti innominati. In tale studio, il giurista augusteo indica come elemento giuridicizzante dei contratti, che da Gaio 3.136 verranno definiti consensuali, un elemento interno e contenutistico, coincidente con l'*ultra citroque obligatio*, intesa come reciproca assunzione di obbligazioni da parte dei contraenti. Nella categoria che vede questo come elemento giuridicizzante, vengono inseriti da Labeone, a titolo esemplificativo<sup>172</sup>, la *emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*, contratti che, indiscutibilmente, vedono sorgere, dalla loro conclusione, obbligazioni in capo a tutte le parti contraenti, tal che si possa parlare di sinallagma genetico. Nulla viene detto dal giurista rispetto al mandato, il quale non viene citato come appartenente ad alcuna categoria, lasciando aperto il dubbio circa quale possa dirsi l'elemento giuridicizzante da riferirgli. Non potendo inquadrare il mandato nelle altre categorie (nell'*agere* e nel *gerere*)<sup>173</sup> ed essendo la categoria del *contrabere* dotata di una potenziale portata espansiva, sarebbe, giocoforza, facile concludere che il mandato debba essere inserito in questa categoria. Tuttavia, nonostante questa sia la direzione cui volge anche il mio pensiero, ritengo che questo inquadramento non debba essere visto in ottica semplicistica, come una mera conseguenza necessitata, un inserimento forzato dettato dal fatto che le altre categorie non

---

<sup>172</sup> Cr. Vedi sopra. Invero, si ritiene che l'elenco realizzato da Labeone sia un elenco 'aperto', suscettibile di interpretazione estensiva, anche rispetto alle figure dei contratti atipici.

<sup>173</sup> Cfr. cap. 1.

possano in alcun modo comprendere il mandato, che sarebbe indice di una indagine dettata dall'utilizzo di un pensiero metodologicamente ozioso. L'inquadramento, sebbene implicito, che si suppone, deve invece essere osservato proprio alla luce del contenuto dell'accordo tra mandante e mandatario, che può vedersi integrato da una *ultra citroque obligatio* e quindi può, qualora sia sussistente, legittimamente far transitare l'accordo nel giuridico, e, nello specifico, nella categoria del *contrahere*. Infatti, tale contenuto dell'accordo viene descritto da diversi passi come comprensivo di un duplice dovere di prestazione, che, come sostenuto dalla teoria personalistica dell'obbligazione, va a integrare due obbligazioni distinte, una in capo al mandante e l'altra in capo al mandatario. Tale accordo può quindi dirsi vertere su una *ultra citroque obligatio*, individuata da Labeone come elemento giuridicizzante, che permette il transito alla sfera del giuridicamente rilevante e, di conseguenza, del coercibile.

Tutto ciò porta a concludere che la ricomprensione del mandato in tale categoria, quella del *contrahere*, sia giustificata proprio da ciò che si configura come suo elemento giuridicizzante, l'*ultra citroque obligatio*, e non sia stata espressamente inserita da Labeone proprio in ragione del carattere esemplificativo dell'elenco da lui realizzato, il quale implicitamente e potenzialmente ricomprende tutti gli accordi dotati del detto contenuto, sia che siano riconducibili a figure contrattuali atipiche, sia, a fortiori, – proprio in ragione del fatto che vi possano rientrare figure contrattuali atipiche – figure riconducibili a figure contrattuali tipiche, tra cui, appunto, il mandato.

Se ne ricava quindi che non risulta del tutto possibile escludere che Labeone volesse ricomprensione anche il mandato nel *contrahere*, aprendo uno scenario alternativo rispetto a quello propugnato da chi sostiene la giusta scelta di non inserimento da parte di Labeone. Aggrappandosi a tale possibilità, sebbene sia stata autorevolmente sostenuta la consapevolezza del giurista augusteo nel non voler inserire il mandato nella categoria del *contrahere*<sup>174</sup>, la bilateralità del mandato sostenuta da Gaio, in quanto connessa al carattere

---

<sup>174</sup> La non ricomprensione volontaria, da parte del giurista augusteo, del mandato nella categoria del *contrahere* viene affermata cautamente da A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 22, in quanto egli scrive che la non iscrizione del mandato in tale categoria «può essere dovuta, piuttostoché a una caduta accidentale della sua menzione dal testo originario, alla sua bilateralità solo imperfetta, per cui gli obblighi del mandante verso il mandatario

della consensualità, non configurerebbe un ‘errore’ del giurista. Il giurista antoniniano, infatti, sarebbe andato a confermare quanto si poteva dedurre dal pensiero di Labeone, come maturazione di un primigenio orientamento, che già c’era nell’elaborazione giurisprudenziale di età augustea, ma rimaneva latente, implicito. Ciò sarebbe avvalorato dal fatto che Gaio, oltre ad accomunare il mandato agli altri contratti consensuali (e, quindi, bilaterali), ribadisce che «si ha mandato quando diamo un incarico nel nostro interesse o nell’interesse altrui. Perciò se io ti do incarico di gestire i miei negozi o quelli di un’altra persona, si contrae l’obbligazione da mandato e saremo reciprocamente obbligati per tutto ciò che è necessario che ciascuno di noi presti all’altro secondo buona fede»<sup>175</sup>, descrivendo «gli effetti obbligatori derivanti da *mandatum* in termini di sicura bilateralità e, anzi, di perfetta reciprocità»<sup>176</sup>. Nonostante questa osservazione di Gaio possa essere vista come una enfattizzazione della reciprocità di obbligazioni nascenti da mandato, e quindi come un avvaloramento della implicita ricomprensione del mandato nella categoria labeoniana del *contrahere*, ovvero dei contratti caratterizzati da bilateralità delle obbligazioni, gli autorevoli sostenitori della teoria della bilateralità imperfetta del mandato la vedono, al contrario, come un tentativo di giustificazione – il ‘capolavoro gaiano’<sup>177</sup> – dell’erroneo inserimento di Gaio del mandato nella categoria dei contratti consensuali, e quindi bilaterali. L’ammissione dell’errore di Gaio e il suo tentativo di giustificazione in tal senso, implicitamente fa presupporre, proprio in ragione della giustificazione che egli offre, che quello del giurista non fosse stato un errore inconsapevole – che, invero, sarebbe più facile

---

meramente eventuali e successivi rispetto a quelli del mandatario verso il mandante». Più deciso è, invece, B. ALBANESE, *‘Agere’*, cit., 242, che ritiene che Labeone non avesse elencato il mandato «sotto il paradigma della *ultra citroque obligatio* ... per il semplice fatto che, in questo contratto, le *obligationes* delle parti non possono in alcun modo qualificarsi senz’altro come *ultra citro*. L’obbligazione del mandatario [*recte*, mandante], infatti, stante l’essenziale gratuità del contratto, è solo eventuale, e talvolta è addirittura impensabile, in relazione a particolari fattispecie, senza che per questo si possa minimamente negare l’esistenza di un perfetto contratto di mandato. Da qui, l’impossibilità di qualificar *ultra citroque obligatio* il ‘*contractum*’ in cui si concreta – se è possibile dir così – il *contractus* di mandato». In critica alla tesi che vede l’omessa menzione del mandato in ragione della imperfetta bilateralità delle obbligazioni da esso nascenti si pone R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 33.

<sup>175</sup> Traduzione di Gai 3.155 proveniente dall’ *Antologia delle Istituzioni di Gaio*, a cura di B. Santalucia, Bologna, 2005, 131.

<sup>176</sup> S. VIARO, *Il mandato romano*, cit., 339.

<sup>177</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 95, per cui Labeone «costretto a inserire il mandato fra le fattispecie contrattuali che si perfezionavano con il semplice consenso, egli, per così dire, lo ristrutturava, in modo da accreditare l’idea che dal medesimo nascesse necessariamente e simultaneamente per le parti un vincolo reciproco all’esecuzione di una prestazione»

da immaginare – ma un cosciente errore, espressivo di una profondamente sbagliata costruzione dell’assetto obbligatorio nascente da mandato. Immaginare che il giurista antoniniano, uno dei più grandi, soprattutto in materia contrattuale, possa aver compiuto un simile errore su un contratto così ben conosciuto e frequente nella sua epoca, e, soprattutto, abbia poi sentito l’esigenza di giustificarlo, mi sembra poco probabile. Inoltre, guardare con una tale ottica al detto frammento mi pare, esplicitivo di un pensiero, da un lato poco lineare, dall’altro poco umano. Poco lineare in quanto sembra macchinoso pensare che, nell’arco di poche righe, Gaio abbia fatto un errore e poi, acquisita consapevolezza sul fatto di aver compiuto una così grossolana svista, abbia ideato il mandato con una costruzione tale da fa apparire quell’errore una scelta oculata. Poco umano perché, anche volendo ammettere che si tratti di un errore, l’atteggiamento naturale sarebbe stato quello di mostrarsi *en passant* piuttosto che rimarcarlo, sebbene nel contesto di ricerca di una sua giustificazione. Tali dubbi sull’asserito atteggiamento gaiano mi sembrano condivisi anche da una parte della dottrina che ha negato che «sussistano elementi per immaginare una vicenda intellettuale» come quella indicata da chi sostiene il ‘capolavoro gaiano’, in quanto «se realmente Gaio si fosse accorto di aver compiuto un errore, egli più probabilmente lo avrebbe eliminato alla radice, anziché mantenerlo e cercare di rimediare, per di più forzando la configurazione di un istituto (il *mandatum*)»<sup>178</sup>. La poca naturalezza di chi voglia attribuirgli tale improbabile pensiero, additando Gaio di aver compiuto (non uno, ma molteplici<sup>179</sup>) errori, mi sembra sia foriera di una non totale comprensione del significato della classificazione trasmessaci dal giurista. Invero, quando risulta difficile ricostruire un certo pensiero, soprattutto nel paragone con il quadro generato dal diverso pensiero di altri giuristi che ci risulta perfettamente logico e adattabile alla realtà, mi pare sia tendenza, in certi casi e rispetti ad alcuni giuristi, ammettere l’errore, piuttosto che indagare le ragioni profonde che hanno portato il giurista a compiere una tale scelta.

Pertanto, l’esplicito inserimento, da parte del giurista antoniniano, del mandato nella categoria dei contratti consensuali e la successiva spiegazione di come la bilateralità si

---

<sup>178</sup> G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e ‘obligationes ex contractu’ nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, 323 s., nt.32.

<sup>179</sup> Cfr. cap. 1.

verifichi anche nel contratto in questione, non deve essere necessariamente ed esclusivamente vista come un ‘capolavoro’ con cui il giurista tenta di mettere una toppa al precedente errore, compiuto al fine di realizzare delle mere esigenze sistematiche, per cui il mandato doveva necessariamente essere inserito in uno dei quattro tipi contrattuali e quindi la sua residuale ricomprensione doveva essere giustificata in un qualche modo. Al contrario, l’inserimento del mandato nei contratti consensuali, secondo la prospettiva che vado offrendo, avrebbe realizzato una duplice esigenza del giurista: da un lato l’esigenza sistematica di ricomprensione del mandato in uno dei quattro *genera* contrattuali, dall’altro l’ulteriore esigenza di evidenziare l’elemento giuridicizzante del mandato in quanto contratto consensuale, ovvero la presenza di due reciproche obbligazioni contestualmente sorgenti dalla conclusione del contratto, *l’ultra citroque obligatio*.

Per concludere, guardare ai passi di Labeone e Gaio, giuristi di età differenti, non come contrastanti l’uno con l’altro, ma come l’evoluzione di un pensiero, la maturazione di un concetto che diventa nel diritto, in quanto specchio della realtà dei fatti, sempre più palese, mi pare più logico, meno macchinoso e permette di utilizzare più materiale derivante dalle fonti, evitando ‘sprechi’ dovuti dall’accusare i giuristi di aver compiuto errori. Infatti, ammettere l’errore di Gaio sulla base di una corretta non ricomprensione del mandato nel *contrahere* di Labeone (sebbene poi smentita in diversi luoghi dal giurista, richiamandosi alla reciprocità delle azioni nascenti da mandato<sup>180</sup>) mi pare più rischioso e meno fondato del pensare a una implicita ricomprensione di Labeone (giustificata dal carattere esemplificativo dell’elenco) seguita da una esplicita ricomprensione di Gaio, frutto di una maturazione del pensiero che troverà ulteriori conferme nei giuristi delle età successive.

Una tale visione evolucionistica potrebbe forse peccare del non tenere sufficientemente in considerazione il carattere controversiale della giurisprudenza romana, pilastro dell’antica magistrale *scientia iuris*, preferendo armonizzare le diverse voci, smussando i contrasti,

---

<sup>180</sup> Cfr. è bene infatti ricordare a tal proposito il frammento Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8: *Si procuratorem dederò nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causa.* Nel caso si abbracciasse l’ipotesi della genuinità del frammento, non si può non mettere in discussione la mancata ricomprensione del mandato, da parte di Labeone, nella categoria del *contrahere*, in quanto dettata dal mancato sorgere di entrambe le obbligazioni. Invero, come evidenziato da S. VIARO, *il mandato romano*, cit., 347, «non può lasciare indifferenti la considerazione che Labeone abbia qualificato alla stregua di *contractus* tanto il mandato quanto il deposito: riconoscendo a entrambi la natura di atti che, in ossequio a quanto precisato in D. 50. 16.19, sarebbero suscettibili di produrre obbligazioni bilaterali».

piuttosto che dar conto della sussistenza di diverse opinioni. Ciò che vorrei evidenziare, pertanto, è come la mia ricerca non sia viziata da una dimenticanza della possibilità di una diversità di vedute tra i due diversi giuristi, da un'omissione di una prospettiva anch'essa assolutamente plausibile, come autorevolmente sostenuta da altri. Al contrario, con tale trattazione si vuole offrire una diversa visione ricostruttiva del dibattito circa l'inquadramento del *mandatum* nel *contrahere*, guardando a tale inquadramento come al risultato di un processo di maturazione, dipanatosi in un arco di tempo coincidente con il graduale incremento delle esigenze di tutela in capo al mandatario, attraverso la sempre più energica asseverazione del sorgere di una contestuale obbligazione del mandante di rifondere le spese. Si tratta pertanto di una prospettiva, quella che viene offerta, forse 'irenica' della giurisprudenza romana in relazione a tale tema, ma, con ciò non si vuole negare il *ius controversum*, anzi si vuole cercare una giustificazione al perché, rispetto a tal tema, esso non si riscontri.

##### 5. *Contro la concezione personalistica dell'obligatio*'.

La teoria che qui si va delineando, la quale prende le mosse dallo studio del concreto contenuto dell'accordo sottostante il mandato per giungere alle conseguenze che questo comporta sull'assetto obbligatorio derivante dalla sua conclusione, trova fondamento nella concezione personalistica dell'obbligazione, che vede il rapporto tra dovere di prestazione e obbligazione in termini di contenuto-contenitore. Infatti, come poc'anzi descritto, la previsione nell'accordo di un duplice dovere di prestazione, l'uno in capo al mandatario e l'altro in capo al mandante, essendo il dovere di prestazione ciò che va a costituire l'essenza dell'obbligazione, permetterebbe di ravvisare nel contratto di mandato quell'elemento di giuridicizzazione tipico degli altri contratti consensuali al quale il mandato viene da Gaio accomunato, ovvero l'*ultra citroque obligatio*. Vedere nell'accordo fondante il mandato l'elemento giuridicizzante interno e contenutistico, espressivo della categoria del *contrahere*, risulta possibile accogliendo la teoria, oggi dominante, che vede nel dovere di prestazione, l'*oportere*, ciò che va a integrare il contenuto dell'*obligatio*.

Questa concezione del rapporto tra dovere di prestazione e obbligazione risulta da molti criticata, fondando la critica su una serie di ragioni che non posso esimermi dal considerare



profondamente convincenti, in primis l'insufficienza ermeneutica del modello a spiegare fenomeni quali l'obbligazione senza prestazione<sup>181</sup>. Chi critica tale modello sostiene infatti l'estraneità dell'*oportere* all'*obligatio*, ammettendo che i rispettivi destini siano separati, non comportando il venir meno dell'*oportere*, anche il venir meno dell'obbligazione. L'accettazione del rapporto di parallelismo tra i destini dell'*oportere* e dell'*obligatio* comporta il rinnegare che sussista un rapporto biunivoco tra i due concetti, espresso al meglio dalla perifrasi 'ad ogni *obligatio* corrisponde un dovere di prestazione', giustificando tale rinnegazione con una serie di fenomeni che vedono nel corso della vita dell'obbligazione, il suo separarsi rispetto al destino del corrispondente dovere di prestazione.

Nonostante la concezione personalistica del rapporto possa risultare minata da tale differente teoria, ritengo che i fautori di questo pensiero contrapposto, nel tentativo di confutazione, ragionino frequentemente in termini per cui l'*obligatio* può sussistere senza essere connessa ad alcun *oportere*, raramente, invece, in termini per cui l'*oportere*, il dovere di prestazione, possa essere considerato giuridicamente rilevante, e quindi esistere nel mondo del giuridico, senza essere connesso ad alcuna *obligatio*. Se è vero, infatti, che la molteplicità di fenomeni di obbligazioni sconnesse da doveri di prestazione permette di guardare con diffidenza alla qualifica della prestazione come contenuto dell'obbligazione (*substantia obligationum*), scarsi sono i richiami all'esistenza di doveri di prestazioni, *oportere*, che esistono di per sé, sconnessi rispetto a una *obligatio*.

L'unico esempio di *oportere* indiscutibilmente esistente di per sé, anche se indipendente da una *obligatio*, soccorre in materia processuale. Nel pensiero dei *veteres*, esplicito da Gaio 3.180<sup>182</sup>, è presente l'idea che *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Qui si sottolinea come

---

<sup>181</sup> Si ricordino le riflessioni, tra i molti, di H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904, 933 ss.; H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1932, 257 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, München, 1987, 10 ss.; J. ESSER – E. SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, 38 ss.; D. MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, München, 1988, 170 ss. In relazione a tali temi sono numerosi anche i contributi italiani, tra cui C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 1 s.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 151 s.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 443 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, cit., 3 ss., 25 ss.

<sup>182</sup> Gai 3.180: *Tollitur ad huc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. Sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa indicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.*

l'espressione *condemnari oportere* utilizzata dai *veteres*, escludendo che la *litis contestatio* novi il rapporto obbligatorio sussistente tra le parti<sup>183</sup>, venga interpretata dai più come 'sono soggetto alla condanna'. Questa espressione è giustamente interpretata, ma è opportuno anche sottolineare come il *condemnari oportere* sia una prestazione «a - comportamentale», che non è sorretta da alcun tipo di *obligatio*: «si crea 'endoprocessualmente' un nuovo *oportere*, non ancora supportato da *actio* sicché post *litem contestatam* non nasce alcuna vera *obligatio*, ossia l'*oportere* – peculiarissimo, in quanto, all'evidenza, 'a - comportamentale' – di essere oggetto di *condemnatio*»<sup>184</sup>. Infatti, l'*obligatio iudicati* sarà quella che verrà in essere condizionalmente, al verificarsi della condanna, ma anche *ex die*, ovvero nel momento in cui saranno trascorsi almeno trenta giorni (ovvero quei giorni il cui passaggio è necessario per esperire l'*actio iudicati*). Quindi questa obbligazione nasce molto più tardi, comportando l'esistenza temporanea di un *oportere* di per sé, indipendente. Questo *oportere*, inoltre, diventa poi un *facere iudicatum oportere*, che nemmeno in questo caso è sorretto da un'obbligazione: «post *iudicatum* l'*oportere condemnari* diviene l'*oportere* di *iudicatum facere*, il quale ultimo, non essendo ancora esperibile l'*actio iudicati*, non è affatto una *obligatio*»<sup>185</sup>. L'obbligazione, quindi, viene in essere molto più tardi rispetto al venir in essere del *condemnari oportere*; pertanto, abbiamo qui un chiaro esempio di *oportere* che non risulta sorretto, nella sua esistenza, da alcuna obbligazione.

Tuttavia, la situazione per cui il *condemnari oportere* possa esistere anche senza essere collegato temporaneamente e interinalmente ad alcuna *obligatio* non ritengo sia espressione di una regola generale, suscettibile di essere estesa ad ogni altro *oportere*, tanto che si potrebbe arrivare ad affermare che ogni *oportere* potrebbe esistere di per sé. Infatti, il *condemnari oportere* è espressivo di un contegno completamente passivo del debitore, quello di essere soggetto alla condanna, che si differenzia notevolmente dagli altri contenuti che l'*oportere* normalmente assume. Infatti, sebbene «anche in merito al contenuto della prestazione i Romani non hanno proceduto ad una completa teorizzazione: nelle fonti si riscontra la tripartizione ... del *dare facere praestare*, alla quale non dovrebbe attribuirsi,

---

<sup>183</sup> Sul punto si veda E. BETTI, *Per una costruzione giuridica della così detta consumazione processuale in diritto romano classico*, Parma, 1919, 10 ss.; P. LAMBRINI, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova, 2006, 55 ss. e 108; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 161; C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 332.

<sup>184</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 332.

<sup>185</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 332.

tuttavia, alcun valore sistematico. È però innegabile che siano tali contenuti a costituire i riferimenti “tipici” per la determinazione dell’attività che si attendeva dal debitore<sup>186</sup>: se tali sono pertanto i contenuti delle prestazioni desumibili dalle fonti mi pare sia indubbio riscontrare una sostanziale differenza rispetto al *condemnari oportere*. Sebbene nel *praestare* non sia così marcato - anche se comunque, anche qui, si manifesta il contegno attivo di «essere garante rispetto a un dato risultato»<sup>187</sup> - i contenuti dei doveri di prestazioni corrispondenti al *dare* o al *facere* sono condotte espressive di un comportamento attivo del debitore, che nulla ha a che vedere con un ‘essere soggetti a una condanna’, con uno stato di soggezione. Inoltre, un altro elemento di differenza rispetto a un normale *oportere*, consiste nel tratto per cui il *condemnari oportere* è un dovere di prestazione che nasce completamente intriso in una realtà processuale, a differenza dei tradizionali doveri di prestazione che trovano origine nell’assetto di interessi stabilito con contratto dalle parti. Tali differenze sostanziali che si ravvisano rispetto ai normali doveri di prestazione, ritengo siano sufficienti per dedurre il carattere di eccezionalità del *condemnari oportere*, che vive di per sé, indipendentemente da una obbligazione.

Premesso quindi che chi osteggia la teoria personalistica dell’obbligazione assume, per fondare l’estraneità dell’*oportere* all’*obligatio*, esempi di *obligationes* senza *oportere* e denotato quindi che, su tali basi, è possibile affermare che vi possano essere obbligazioni che esistono senza essere connesse a un dovere di prestazione, non ritengo sia possibile asseverare la consequenziale conclusione, per cui vi sarebbero anche *oportere* che esistono di per sé, senza integrare alcuna obbligazione. Invero, la sussistenza di un indipendente *oportere*, si verifica indiscutibilmente in ambito processuale con il *condemnari oportere*, il quale testimonia un dovere di prestazione del tutto singolare in quanto «a - comportamentale».

---

<sup>186</sup> B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della ‘res empti’ e della ‘res locata’. Inadempimento e rispondenza ‘ex fide bona’*, Roma, 2020, 25.

<sup>187</sup> B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della ‘res empti’ e della ‘res locata’*, cit., 28. Rispetto allo specifico significato da conferire al *praestare*, come oggetto di una *obligatio*, è necessario ricordare che si tratta del contenuto più complesso che una *obligatio* può avere «per via dei suoi molteplici impieghi che ne rendono complicata l’individuazione di un univoco significato giuridico ... tuttavia, una volta sottolineata la necessità di prediligere la via analitica nell’indagare il suo contenuto, può dirsi che i diversi impieghi del termine ‘*praestare*’ tendono a mettere in luce una sostanziale unicità logico - funzionale, data dal concetto di ‘assicurazione’, di ‘essere garante’ rispetto a un dato risultato». Sul significato del termine *praestare* si sono espressi, fra i più, R. MAYR, *Praestare*, cit., 198 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit. 31 ss.; C.A. CANNATA, *Per lo studio*, cit. 9; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., 30 nt. 200; R. CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano II sec. a C. - II sec. d. C.*, Milano, 1995.

Pertanto, concluso che non possa interpretarsi estensivamente il carattere di indipendenza dell'*oportere* in quanto riferito a una situazione fortemente unica e peculiare, ritengo sia possibile concludere che, nonostante siano immaginabili obbligazioni senza *oportere*, non si possa ammettere che sussistano *oportere* giuridicamente rilevanti che non siano connessi a una *obligatio*.

Stabilito ciò, è possibile quindi ammettere che, anche non volendo accogliere in toto la tesi per cui il dovere di prestazione vada a costituire il contenuto dell'obbligazione, la previsione di un dovere di prestazione, e quindi il suo sorgere, è strettamente connesso al sorgere di una corrispondente obbligazione: i destini del dovere di prestazione e dell'obbligazione saranno tra loro conseguentemente connessi. Pertanto, il duplice dovere di prestazione contenuto nell'accordo di mandato è collegato al sorgere di due distinte obbligazioni, ciascuna delle quali risulterà, non necessariamente integrata, ma indiscutibilmente connessa a un dovere di prestazione.

Contro l'affermazione per cui i destini del dovere di prestazione (consistente nella garanzia di risarcimento delle spese fisiologiche derivanti dalla conclusione del contratto) e dell'obbligazione in capo al mandante sarebbero connessi, non credo si possa addurre l'argomentazione per cui l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non comporta il venir meno dell'obbligazione<sup>188</sup>, a dimostrazione della tesi per cui i destini dei due istituti giuridici correrebbero su binari paralleli. Ammettere infatti che i rispettivi destini siano separati comporterebbe la conseguenza per cui il venir meno del dovere di prestazione non comporterebbe anche il venir meno dell'obbligazione, in quanto l'esistenza dell'obbligazione continuerebbe per mezzo del fenomeno della *perpetuatio obligationis*.<sup>189</sup> Questo vorrebbe dire che nel caso in cui il dovere del mandante di risarcire le spese

---

<sup>188</sup> Cfr. C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 243 e 262 ss., in cui per dimostrare l'ipotesi per cui «la semplice 'somma aritmetica' in capo al medesimo soggetto tanto dell'*oportere* quanto dell'*actione teneri*, somma verificatasi sicuramente in epoca alto – repubblicana ..., né abbia significato un immediato assorbimento entro il vincolo obbligatorio di un elemento – l'*oportere/debere* appunto – che nasceva come ad esso esterne (sebbene ad esso accessorio), né abbia determinato una completa metamorfosi dell'obbligazione in senso prestazionale – personalistico» fa riferimento al «composito regime delle conseguenze dell'impossibilità della prestazione, tanto originaria, quanto sopravvenuta».

<sup>189</sup> Cfr. sul tema della *perpetuatio obligationis* nel diritto romano, come incidente sul rapporto tra *oportere* e *obligatio*, si è espresso E. BETTI, *La struttura*, cit., 32, secondo il quale «se l'obbligazione non fosse altro che il mezzo inserviente allo scopo della prestazione, l'impossibilità della prestazione dovrebbe render vana e inane l'obbligazione», come «se poi il dovere di prestazione fosse l'unico elemento essenziale dell'obbligazione, venuta meno la possibilità della prestazione, l'obbligazione stessa dovrebbe subire un mutamento».

fisiologiche per l'esecuzione dell'incarico diventasse impossibile in quanto il mandatario non ha subito spese (invero, non avendo subito spese non sarebbe possibile risarcirle, quindi il dovere di prestazione in capo al mandante diventerebbe impossibile), l'obbligazione del mandante comunque continuerebbe ad esistere in ragione del fenomeno della *perpetuatio obligationis*. Tuttavia, nel nostro caso (non andando quindi a negare che vi siano casi in cui il destino del dovere di prestazione e dell'obbligazione siano effettivamente separati) negare un legame, una connessione, tra il dovere di prestazione di refusione delle spese e l'obbligazione in capo al mandante mi pare sia inimmaginabile proprio in ragione di quello che è il raggio di applicazione dell'istituto della stessa *perpetuatio obligationis*. Infatti, la separazione tra destino della prestazione e della obbligazione in ragione dell'impossibilità sopravvenuta del dovere di prestazione si ha solo nel caso in cui la impossibilità sia imputabile al comportamento del debitore<sup>190</sup>: in questa ipotesi, nonostante la prestazione sia diventata impossibile, comunque l'obbligazione in capo al debitore non cessa di esistere, il quale continuerà quindi a essere obbligato nei confronti del creditore. Nel nostro caso però, il verificarsi o meno delle spese nell'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario, che è l'evento da cui dipende il profilarsi della possibilità della prestazione del mandante non si può ritenere parte della sfera di controllo del mandante, il quale non sarebbe quindi mai da considerare come soggetto imputabile della impossibilità della propria prestazione. Di conseguenza, nel caso in cui la prestazione di refusione delle spese diventasse impossibile in ragione della mancata sopportazione delle spese nell'esecuzione dell'incarico, non si verificherebbe il fenomeno della *perpetuatio obligationis*, mancando infatti il fondamentale requisito dell'imputabilità dell'impossibilità del dovere di prestazione, ma l'obbligazione del mandante, vedendo diventare impossibile il corrispondente dovere di prestazione, verrebbe anch'essa meno. Ciò dimostrerebbe, a mio parere, come, nel caso dell'obbligazione del mandante nascente da mandato, non sarebbe possibile sostenere che non vi sia una stretta connessione con il destino del dovere di prestazione di refusione delle spese. Di conseguenza, come risulta difficile negare che il

---

<sup>190</sup> Cfr. C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 270, «nell'ipotesi in cui l'inadempimento per impossibilità sopravvenuta vada ascritto alla sfera di controllo o determinabilità del debitore stesso, l'esposizione all'*actio* non può che permanere immutata, essendo la continuazione del *vinculum iuris*, quale *actioe teneri*, insensibile alla impossibilità che si sia prodotta entro la sfera di controllabilità del debitore, essendo detta impossibilità del tutto irrilevante rispetto alla sfera creditoria».

venir meno della prestazione di refusione delle spese comporti il venir meno anche della rispettiva obbligazione in capo al mandante, ritengo sia altrettanto difficile negare che la previsione di un dovere di prestazione nell'accordo sia connessa al sorgere di una corrispondente obbligazione in capo al mandante.

È bene specificare a tal punto, dopo una tale riflessione, che il venir meno della prestazione di refusione delle spese, per impossibilità della prestazione, e il conseguente venire meno della rispettiva obbligazione in capo al mandante, non inficerebbe la costruzione ivi prospettata, ovvero quella per cui nel mandato sarebbe ravvisabile una bilateralità perfetta, essendo prospettabile il sorgere contestuale di obbligazioni in capo alle parti. Invero, il sorgere contestuale di obbligazioni in capo alle parti contraenti si verificherebbe sempre: è *quaestio iuris*, modellata sulla frequenza statistica, che l'obbligazione del mandante di refusione delle spese fisiologiche sorga sempre dalla conclusione del contratto. Tuttavia, il fatto che possa profilarsi quel concreto panorama per cui l'obbligazione del mandante venga meno in ragione dell'impossibilità della relativa prestazione è *quaestio facti*. Il piano del diritto e quello della realtà empirica sono, invero, due dimensioni separate (sebbene la prima sia modellata sulla seconda), in cui lo scostarsi della realtà empirica di un istituto, in un numero ristretto di casi, dalla conformazione giuridica dell'istituto stesso non sarebbe in grado di mettere in discussione l'assetto obbligatorio regolarmente sorgente da contratto. Se ciò fosse possibile sarebbe ammissibile mettere in discussione la sicura bilateralità perfetta della compravendita in ragione del verificarsi di quelle ipotesi in cui l'obbligazione del venditore venga meno per impossibilità della prestazione per perimento della *res* a lui non imputabile. Tuttavia, modificare l'assetto obbligatorio della compravendita in ragione di tale scenario mi sembra poco plausibile, come mi sembra poco plausibile modificare nello stesso modo l'assetto obbligatorio del mandato in ragione di quel novero ristretto di ipotesi in cui il venir meno della prestazione di rifusione delle spese in capo al mandante comporti anche il venir meno della rispettiva obbligazione.

## CAPITOLO TERZO

### IL MOMENTO GENETICO DELLE OBBLIGAZIONI

#### 1. *Il sinallagma genetico.*

Affermare che dal mandato nascono due obbligazioni, in quanto l'accordo raggiunto dalle parti ha come oggetto esplicito le prestazioni che gravano in capo ad esse, implica conseguentemente che le due obbligazioni abbiano origine nel medesimo momento genetico, coincidente con il perfezionamento del contratto, che, nel caso dei contratti consensuali, coincide con la conclusione del contratto stesso. Infatti, se le parti convengano che un certo accordo produca determinati effetti consistenti nel sorgere di impegni in capo ad esse stesse, allora tali effetti si produrranno necessariamente nel momento della conclusione del contratto, e non verranno posposti al verificarsi di avvenimenti successivi, a meno che non sia prevista nel contratto una condizione sospensiva per cui «durante la pendenza del negozio sottoposto a condizione sospensiva non nasce alcun diritto, perché l'efficacia del negozio stesso non si è ancora prodotta»<sup>191</sup>. Invero, il prodursi degli effetti obbligatori in via differita non si verifica se non dipende dalla volontà delle parti.

Il mandato sarebbe quindi produttivo di due obbligazioni, principali e caratterizzanti, una relativa all'esecuzione dell'incarico e l'altra al tenere indenne dalle spese, che sorgerebbero nel medesimo momento genetico, coincidente con la conclusione del contratto.

Da tale ragionamento, giocoforza, è possibile trarre una conclusione: il perfezionamento del mandato ci pone in presenza di un cd. sinallagma genetico. Pertanto, il mandato si configurerebbe come un contratto bilaterale nel senso del sinallagma genetico (non necessariamente, invece, nel senso del cd. sinallagma funzionale, la cui sfera di operatività

---

<sup>191</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 263.

non coincide con quella della bilateralità, in quanto più limitata di quest'ultima)<sup>192</sup>. Infatti, la «la bilateralità, o sinallagmaticità, che nell'esperienza romana si ha soltanto nelle *obligationes consensu contractae* ... è in primo luogo genetica. Perché venga integrata la fattispecie, è necessario che sorgano entrambe le obbligazioni»<sup>193</sup>. Anche nel mandato infatti si configurerebbe un nesso di reciprocità (il sinallagma) tra le due prestazioni nascenti nel medesimo momento, «in tanto una delle parti attribuisce un diritto all'altra ed effettua un'altra prestazione o promette di effettuarla, in quanto a sua volta la controparte effettua un'altra prestazione o si obbliga ad effettuarla (e si parla in tal caso di 'sinallagma genetico' per distinguerlo, come sussistente al momento della formazione del vincolo contrattuale, dal 'sinallagma funzionale', ossia da quello che, specialmente nei contratti a esecuzione continuata, investe tutto lo svolgimento del rapporto)».<sup>194</sup>

Questa affermazione andrebbe contro quanto sostenuto dalla maggioranza della dottrina<sup>195</sup>, secondo la quale, dalla conclusione del contratto, nascerebbe solo un'obbligazione, coincidente con l'impegno del mandatario ad eseguire l'incarico del mandante e l'obbligazione del mandante avrebbe invece origine in un momento successivo e differenziato, coincidente con il verificarsi in concreto delle spese al momento dell'esecuzione dell'incarico. La dottrina sostiene quindi che, mentre l'obbligazione del mandatario sia principale e sorga sempre al momento della conclusione del contratto, l'obbligazione del mandante sarebbe secondaria ed eventuale, in quanto legata all'incerto configurarsi delle spese nell'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario: si parla appunto di 'bilateralità imperfetta'. Tuttavia, la posizione della dottrina verrebbe, nella mia prospettiva, smentita dalle fonti, nelle quali sono presenti numerosi richiami al fatto che l'obbligazione di tenere indenne da spese venga adempiuta dal mandante, prima ancora di quello che viene considerato come il momento genetico di essa, ovvero l'esecuzione dell'incarico. Queste fonti farebbero quindi venir meno il presupposto su cui si fonda la

---

<sup>192</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 538, il quale, nel delineare i vari tipi di bilateralità, stabilisce che «la bilateralità può, poi, esser funzionale: l'attuazione di dell'una obbligazione è subordinata a quella dell'altra, di modo che, di regola, l'estinzione di una obbligazione in modo non soddisfacente estingue anche l'altra. In diritto romano, la bilateralità funzionale è operante in limiti discussi in dottrina, ma che appaiono, in definitiva, piuttosto ristretti».

<sup>193</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 538.

<sup>194</sup> A. BISCARDI, *Quod Graeci synallagma vocant*, in *Labeo*, XXIX, 1983, 127.

<sup>195</sup> Cfr. cap. 1.



teoria della bilateralità imperfetta del mandato, che individua un rigido e insovertibile ordine di adempimento delle prestazioni gravanti in capo alle parti, giustificato dal fatto che tale ordine è esplicativo del diverso momento genetico delle due obbligazioni (per cui il mandato non potrebbe dirsi perfettamente bilaterale, perché da esso nascerebbe in maniera certa una sola obbligazione, quella del mandatario).

Al fine di confutare questa dominante prospettiva, mi è parso interessante il sovente richiamo nelle fonti al caso in cui l'adempimento del mandante si collochi temporalmente prima rispetto a quello del mandatario, a dimostrazione del fatto che il sorgere dell'obbligazione del mandante non si pone in un momento che si configura come solo successivo ed eventuale all'adempimento dell'obbligazione del mandatario. Ricorrente è una determinata fattispecie: il mandante ordina al mandatario di eseguire un incarico che consiste nella conclusione di una compravendita in favore del mandante, con il denaro consegnatogli dal mandante stesso. Questa dazione di denaro cosa potrebbe essere, se non il preventivo adempimento di un'obbligazione di rifondere le spese derivanti dal pagamento del prezzo della compravendita in cui si sostanzia l'incarico affidato dal mandante?

Riflettendoci, mi pare che, incaricando un soggetto di svolgere un compito con il denaro del mandante e avvenendo la dazione prima dello svolgimento dello stesso, non si vada a evitare il sorgere dell'obbligazione di refusione delle spese, in quanto tale obbligazione comunque sorge dalla conclusione del contratto, come previsto dall'accordo, ma si adempie tale obbligazione in via preventiva, prima del verificarsi del concreto esborso da parte del mandatario, che si avrebbe qualora tale obbligazione non fosse stata, appunto, preventivamente adempiuta. Dando al mandatario, in anticipo rispetto all'esecuzione dell'incarico, la somma necessaria per portare a compimento il compito, si evita che la taratura nel *quantum* dell'obbligazione del mandante, sorta dalla conclusione del contratto, si svolga conformemente allo svilupparsi del caso concreto. Pattuendo, infatti, lo svolgimento di un certo incarico e accompagnando a tale pattuizione una dazione di denaro che possa essere utilizzata per il suo espletamento, non solo si evita quel fisiologico sorgere di un diritto di credito in capo al mandatario, una volta esborso quanto di suo necessario per adempiere, ma si pone anche un freno all'attività del mandatario stessa. Infatti consegnando subito il denaro al mandatario affinché esegua l'incarico con lo stesso, il mandante elude la prospettiva per cui il mandatario si trovi successivamente titolare di

un credito di risarcimento nei confronti del mandante, variabile a seconda delle scelte in concreto effettuate dal mandatario nell'esecuzione dell'incarico in concreto, che lo legittimi a convenirlo in giudizio: rifondendo preventivamente il mandatario di un ammontare che possa andare a ricoprire le spese che potrebbe prevedibilmente subire dall'esecuzione dell'incarico, si scongiura tale panorama, potendo il mandatario eventualmente convenire successivamente il mandante solo per spese aggiuntive, non coperte dalla somma preventivamente consegnatagli.<sup>196</sup>

Iav. 1 *epist.* D. 17.1.52: *Fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo passim tritico liberare se a stipulatore licuit. itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo.*

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8.5: *Si liber homo, cum bona fide serviret, mandaverit Titio ut ut redimeretur et nummos ex eo peculio dederit, quod ipsum sequi, non apud bonae fidei emptorem relinqui debuit, Titiusque pretio soluto liberum illum manumiserit, mox ingenuus pronuntiatus est, habere eum mandati actionem Iulianus ait adversus eum cui se redimendum mandavit, sed hoc tantum inesse mandati iudicio, ut sibi actiones mandet, quas habet adversus eum a quo comparavit. Plane si eam pecuniam dederit, quae erat ex peculio ad bonae fidei emptorem pertinente, nullae ei, inquit Iulianus, mandari actiones possunt, quia nullas habet, cum ei suos nummos emptor dedit: quinimmo, inquit, ex vendito manebit obligatus, sed et haec actio inutilis est, quia quantum venditor fuerit consecutus, tantum empti iudicio necesse habebit praestare.*

---

<sup>196</sup> Mi pare che nelle fonti venga delineata una profonda differenza tra quelle che possono considerarsi spese fisiologiche e prevedibili, quasi scontate, nell'esecuzione dell'incarico e spese legate a un qualche cosa di inatteso e inimmaginabile. Mentre le prime sono certamente oggetto di un obbligo in capo al mandante, rispetto alle seconde, Paolo, esprime, in D. 17.1.26.6, un giudizio per nulla bonario, stabilendo che *Non omnia, quae impensurus non fuit mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet.*

Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.12.10: Dedi tibi pecuniam, ut creditor meo excsolvas: non fecisti: praestabis mihi usuras, quo casu et a me creditor pecuniam debitam cum usuris recepturus sit: et ita imperator Severus Hadriano Demonstrati rescripsit.*

Il primo passo, escerpito dal libro primo Delle epistole, riporta l'opinione di Giavoleno, giurista capo della scuola sabiniana sotto l'imperatore Traiano e maestro dell'antoniniano Salvio Giuliano. Il caso descritto riporta diverse ipotesi che possono profilarsi nella situazione in cui il fideiussore si trovi a dover liberare il debitore (mandante) attraverso il conferimento, al creditore, di frumento. Il mandato in questione ha quindi ad oggetto un incarico di *praestare* per un debito consistente nel conferimento di frumento. Nella prima ipotesi trattata, il fideiussore, garantendo al creditore il conferimento di frumento senza specificarne la qualità, può liberare il debitore corrispondendo frumento di qualsiasi qualità, ma, in sede di azione contraria di mandato, potrà pretendere dal debitore il rimborso della stessa tipologia di frumento con il quale ha effettivamente liberato il debitore, non potendo quindi chiedere frumento di diverso tipo o di maggiore qualità. Di maggior interesse è la seconda ipotesi che Giavoleno profila: qui, il debitore - mandante corrisponde al fideiussore ciò che (ovvero frumento) il fideiussore dovrebbe dare al creditore per liberare il debitore (*si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare*); tuttavia, il fideiussore non corrisponde al creditore lo stesso frumento, che aveva ricevuto preventivamente dal debitore, ma un frumento di qualità superiore. Il giurista stabilisce quindi che, in questo caso, il fideiussore, una volta che abbia eseguito in tal modo l'incarico conferitogli, non può agire nei confronti del mandante con *l'actio mandati contraria* per ripetere ciò che abbia dato al creditore, ovvero frumento di maggior qualità, in quanto, se lo facesse, gli sarebbe opponibile l'eccezione di dolo. Il mandatario fideiussore si trova pertanto impedito nel poter ripetere quanto ha esborsato per liberare il debitore e la ragione di tale impedimento si rinviene proprio nel preventivo conferimento effettuato dal debitore. L'azione contraria che il fideiussore esercita ha come oggetto la pretesa a vedersi rimborsare delle spese sopportate nell'esecuzione dell'incarico, ma tale pretesa viene respinta, comportando quindi che le spese sopportate non possano essere rimborsate. Ciò che provoca il respingimento della pretesa si rinviene nel preventivo conferimento del mandante che quindi, a mio parere, dovrebbe essere visto alla stregua di un adempimento dell'obbligo di rimborsare le spese al mandatario. Se infatti questo

conferimento potesse guardarsi come un preventivo adempimento sarebbe perfettamente logico che il mandatario, una volta eseguito l'incarico, non potrebbe richiedere la refusione delle spese che gli sarebbero già state preventivamente rimborsate.

Guardare al conferimento in questa prospettiva mi sembra essere avallato anche dal tipo di eccezione che viene sollevata di fronte alla richiesta di (ri)adempimento dell'obbligazione di refusione delle spese, ovvero l'*exceptio doli*. Infatti, l'eccezione di dolo implica che l'azione comunque viene in essere (quindi la pretesa che il mandatario avanza sarebbe astrattamente legittima), ma viene paralizzata dal convenuto, il quale oppone il dolo della controparte, inteso come contegno contrario a *bona fides*, riferito al momento in cui è stata intentata l'azione (*exceptio doli generalis seu praesentis*)<sup>197</sup>. Questo comportamento doloso pare derivare dall'utilizzo improprio di un mezzo processuale, nel senso che si abusa di un mezzo processuale che sarebbe esperibile per fini meritevoli, ma che in questo caso viene utilizzato per fini iniqui, integrando la condotta coincidente con «quella scelta di azionare in sede processuale un diritto che, pur di sé non dipendente da un negozio viziato nella sua genesi da dolo, apparisse iniquo da far valere, a ciò ostando la *bona fides*»<sup>198</sup>. Il comportamento del fideiussore, descritto da Giavoleno, invero, combacerebbe perfettamente con ciò che odiernamente viene definito 'abuso di diritto'<sup>199</sup>, nel senso che «un soggetto si avvalga della protezione fornita da norme di diritto sostanziale o processuale per conseguire effetti che, in relazione alle peculiarità del caso concreto, non

---

<sup>197</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 239, in cui si ammette che «ampio raggio d'azione aveva ... l'*exceptio doli*: all'*intentio* dell'attore, fondata sul *ius civile*, il convenuto poteva opporre il dolo della controparte commesso al momento in cui era concluso il negozio od in quello in cui era intentata l'azione. In dottrina, sulla base di spunti più o meno precisi delle fonti romane, si parla, da una parte, di *exceptio doli specialis seu praeteriti* ("eccezione di dolo specifico o passato"), nell'altro di *exceptio doli generalis seu praesentis* ("eccezione di dolo generico o presente")», ove «nella *exceptio doli generalis* ... il comportamento doloso non consisteva tanto in un inganno, quanto in un contegno contrario alla *bona fides* – cioè al generico dovere di comportarsi secondo i canoni della correttezza – nel momento in cui s'intentava l'azione, indipendentemente da qualsiasi attività o reticenza volta ad ingannare la controparte, quale si riscontrava invece nel dolo negoziale».

<sup>198</sup> L. GAROFALO, *Sull'eccezione di dolo generale*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica, Nuovi saggi*, in *Il giurista europeo*, Torino, 2015, 69.

<sup>199</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Sull'eccezione di dolo generale*, cit., 102 s., denota come «l'eccezione di dolo tende a perdere un'autonoma valenza funzionale, ... in quanto assorbita nell'ambito di operatività del principio generale cui è rapportabile, proprio come va accadendo al divieto di abuso del diritto», peraltro «ridotte entrambe le figure a mere emanazioni della buona fede oggettiva, l'una e l'altra potrebbero essere indifferentemente richiamate, a seconda delle preferenze personali di ciascuno, per ottenere il rigetto di una pretesa iniquamente – e per taluna giurisprudenza anche maliziosamente – azionata».

appaiono congrui, o comunque compatibili, con la *ratio* sottesa al dettato legislativo»<sup>200</sup>. In questo caso infatti, il fideiussore utilizza uno strumento processuale, l'azione contraria di mandato, che astrattamente potrebbe offrire tutela ai suoi interessi, come nel caso in cui venisse integrato dalla possibile pretesa di risarcimento del danno derivante dall'esecuzione incarico, per un fine che teoricamente potrebbe integrarla, ma concretamente rende quell'esperimento dell'azione iniquo in quanto con l'azione si cerca di ottenere l'adempimento, da parte del mandante – debitore, di un'obbligazione che è già stata adempiuta.

Il secondo passo riconducibile a Giuliano, giurista sabiniano, indiscutibilmente conosciuto per la redazione finale dell'editto pretorio, realizzata nel 130 d.C. per ordine dell'Imperatore Adriano, che gli viene attribuita secondo la *communis opinio*, fa trasparire gli insegnamenti del maestro Giavoleno. Infatti, egli affronta lo scenario in cui un uomo libero, mentre si considerava servo in buona fede, abbia attribuito mandato a Tizio affinché lo riscattasse dalla servitù, e, contestualmente al conferimento dell'incarico, abbia anche corrisposto del denaro proveniente dal proprio peculio. In ragione di quei *nummos ex eo peculio* dati dal mandante, il mandatario, una volta eseguito il riscatto con quei denari, non potrà agire contro il mandante con l'*actio mandati contraria* (*nullae ei, inquit Iulianus, mandari actiones possunt, quia nullas habet, cum ei suos nummos emptor dederit*). È qui esplicita l'impossibilità di esercitare il potere di azione da parte del mandatario, in quanto viene meno il presupposto a monte, la sopportazione delle spese, che renderebbe l'obbligazione del mandante concretamente bisognosa di tutela in campo processuale. In questo caso, infatti, le spese non vengono sopportate dal mandatario, in quanto il mandante, ha adempiuto la sua obbligazione in un momento anteriore rispetto all'esborso da parte del mandatario. Il mandatario non si è trovato a corrispondere il proprio denaro per il riscatto, non ha subito una temporanea diminuzione patrimoniale, ma, per fare ciò, ha utilizzato quel denaro che lo stesso mandante gli aveva conferito. L'obbligazione di risarcire le spese derivanti dall'esecuzione dell'incarico è stata adempiuta contestualmente alla conclusione del contratto, ma soprattutto, prima dell'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario. Che l'obbligazione del mandante sia sorta, e, simultaneamente, sia stata anche adempiuta, spiega perché, successivamente al riscatto (effettuato con i soldi dell'uomo libero, che si

---

<sup>200</sup> L. GAROFALO, *Sull'eccezione di dolo generale*, cit., 99 s.

crede, in buona fede, servo), non sia possibile per il mandatario agire con l'*actio mandati contraria*: una volta che l'obbligazione viene adempiuta non è possibile (e sarebbe illogico) agire per chiedere il (ri)adempimento della stessa<sup>201</sup>.

Nel frammento successivo, Ulpiano, nel trentunesimo libro All'editto, riporta quanto l'imperatore Severo stabilì con un rescritto inviato ad Adriano Demostrate. Il rescritto affronta il caso in cui un soggetto conferisca l'incarico a un altro di pagare un proprio creditore e questi non adempia, stabilendo che il mandatario dovrà corrispondere al mandante gli interessi solo nel caso *et a me creditor pecuniam debitam cum usuris recepturus sit*, cioè nell'esclusiva ipotesi in cui anche il mandante – debitore debba corrispondere gli interessi al proprio creditore. Anche qui, a prescindere dallo specifico contesto situazionale trattato e sebbene non si faccia espresso riferimento a un'impossibilità di esperire successivamente l'*actio mandati contraria*, insieme al conferimento dell'incarico si rinviene, ancora una volta, la consegna del denaro con cui il mandatario dovrà espletarlo (*dedi tibi pecuniam*), preventivo adempimento dell'obbligazione di refusione delle spese, che altrimenti sorgerebbero in capo al mandatario.

Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.12.8 Inde Papinianus quaerit, si patronus praedium quod emerat, pro quo pretii bessem exsolverat, iusserit liberto suo tradi, ut ille residuum pretii redderet, deinde reddito pretio vendenti fundum patrono libertus consenserit, trientis pretium an libertus possit repetere Et ait, si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, superest: quod si donationem patronus in libertum contulit, videri et postea libertum patrono donasse.*

Papiniano, come riportato da Ulpiano, nel frammento, escerpito da un'opera di commento all'Editto, pone una questione: se il liberto, che avesse ricevuto mandato di avere in consegna il fondo pagando la rimanenza del prezzo, già parzialmente pagato dal patrono,

---

<sup>201</sup> Ciò configurerebbe, da un lato, un comportamento contrario a *bona fides*, di fronte al quale la controparte potrebbe difendersi in giudizio sollevando l'*exceptio doli generalis*; dall'altro lato sarebbe impossibile richiedere l'adempimento di una obbligazione che, in quanto adempiuta, deve ritenersi estinta. Invero, «il rapporto obbligatorio, che ha carattere strumentale, è destinato a estinguersi una volta che sia stato soddisfatto l'interesse del creditore. Ciò avviene, di regola, con l'adempimento allorché il debitore abbia posto in essere il comportamento a cui era tenuto» [M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 634].

potesse agire nei confronti del mandante (il patrono), dopo aver acconsentito che il patrono vendesse il fondo. L'interpretazione più lineare del passo crea un parallelismo tra due opzioni: se la consegna del fondo configura un mandato, allora sarà possibile per il mandatario agire per la ripetizione del prezzo pagato; se la consegna del fondo configura una donazione, che il mandante realizza nei confronti del mandatario, allora il mandatario non potrà agire nei confronti del mandante per la ripetizione del prezzo da lui versato, ma si considera 'come se facesse egli stesso donazione'.

Tale interpretazione, nonostante disegni un lineare parallelismo, non mi convince a pieno. Inquadrare infatti il fondo come oggetto della donazione desta, a mio avviso, qualche perplessità. Da un lato, il consenso del liberto (*libertus consenserit*) alla vendita del fondo dopo averne ricevuto la consegna mi sembra spiegabile solo in relazione all'ipotesi in cui la consegna vada a integrare un mandato, e non nell'ipotesi in cui vada a integrare una donazione. Quando infatti la consegna del fondo si configura come ciò che va a integrare una donazione, perché, dopo di essa, si renderebbe necessario il consenso del liberto per la vendita del fondo? Il patrono, infatti, non sarebbe più proprietario del fondo dopo la sua *traditio*<sup>202</sup>, ma la proprietà passerebbe al liberto, il quale potrebbe disporre liberamente del bene ottenuto<sup>203</sup>. Il consenso del liberto alla vendita del fondo sarebbe invece maggiormente concepibile, se si pensa che, una volta espletato il mandato di ottenere la consegna pagando il prezzo rimanente, il mandatario si trovi in proprietà del fondo<sup>204</sup>, proprietà che dovrà essere trasferita con una ulteriore *traditio* al mandante. Di conseguenza, la temporanea disponibilità materiale del fondo implicherebbe che il mandatario debba essere avvertito, e quindi dare il proprio consenso alla vendita del fondo, di modo che lo consegni direttamente al nuovo acquirente, senza effettuare la preventiva *traditio* al mandante. Dall'altro lato, ritengo che il *fundum* non sia l'unico sostantivo cui la *donatio* può riferirsi: oggetto della *donatio*, potrebbe infatti essere anche il *residuum pretium* che il liberto

---

<sup>202</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 435.

<sup>203</sup> Cfr. Il rapporto patronale, fatto di diritti e doveri, non mi pare contempli una limitazione del diritto di proprietà dei beni del liberto. Inoltre, la vicenda viene trattata da un giurista che vive in età severiana, periodo in cui oramai i poteri che il patrono può esercitare nei confronti del liberto risultano notevolmente attenuati.

<sup>204</sup> Cfr. Non è possibile infatti che il mandatario, incaricato dal mandante di comprare una certa *res*, concluda con un terzo un contratto, i cui effetti si esplicano direttamente nella sfera giuridica del mandante. Invero, come già accennato nel cap. 1, nel diritto romano non era conosciuto l'istituto della rappresentanza diretta; pertanto, gli effetti dei negozi conclusi dal mandatario si producevano solo ed esclusivamente nella sua sfera giuridica, salvo poi l'obbligo di trasferirli nella sfera giuridica del mandante.

si trova a pagare per adempiere l'incarico. Dando alla *donatio* tale contenuto sarebbe infatti possibile, dal mio punto di vista, tentare un'alternativa interpretazione del frammento.

Per questa via, Papiniano risponderebbe che il liberto sarebbe titolare del potere di azione, e avrebbe quindi la possibilità di agire contro il mandante con l'*actio mandati contraria*, qualora *si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit*, ovvero nel caso in cui il liberto avesse accettato l'incarico e non avesse ricevuto alcuna donazione. Nella mia prospettiva si ammette quindi la possibilità di esperire l'*actio mandati contraria*, per ottenere la refusione delle spese, qualora non vi fosse stata 'donazione', ove con donazione si intende, in senso atecnico<sup>205</sup> (in ragione della atecnicità connessa alla donazione romana), una dazione di denaro da parte del patrono, con la quale il mandatario avrebbe potuto completare il pagamento del prezzo del fondo. La '*donatio*' da parte del mandante, contestuale alla conclusione del contratto, non avrebbe reso esperibile l'*actio mandati contraria* in quanto avrebbe evitato che il pagamento del prezzo rimanente gravasse sul patrimonio del liberto, comportandone un (sebbene temporaneo) impoverimento. Ammettere quindi che l'azione per la rifusione delle spese possa essere esperita dal mandatario solo nella situazione in cui la preventiva 'donazione' non fosse avvenuta, *a contrariis*, implicherebbe che nel caso in cui tale 'donazione' fosse avvenuta, non sarebbe stato possibile per il mandatario agire contro il mandante per la refusione delle spese, in quanto l'impoverimento del patrimonio del liberto sarebbe stato preventivamente colmato e azzerato dalla precedente *donatio*. Tuttavia, l'ipotesi dell'avvenuta donazione da parte del patrono è descritta dal passo in termini sibillini.

Si afferma *quod si donationem patronus in libertum contulit, videri et postea libertum patronum donasse*. La locuzione sembra riferire che nell'ipotesi in cui il patrono, rivestito della carica di mandante, abbia effettuato una preventiva donazione, anche il liberto che abbia successivamente svolto l'incarico, si considera come se avesse fatto donazione. Ciò pare voler dire che, qualora il mandante doni (nel senso di 'consegna') del denaro al mandatario

---

<sup>205</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 772, parlare di donazione nel diritto romano è imperfetto in quanto nel diritto romano non era conosciuta la donazione come figura negoziale tipica. Precisamente si parla di «*causa donandi* come intento pratico del disponente, volto ad attuare un'attribuzione senza corrispettivo, non integra ... una funzione socio-economica protetta in quanto tale... essa può costituire lo scopo pratico per cui viene attuato un più ampio assetto negoziale, in cui la *causa donandi* stessa si realizza mediante la conclusione di un negozio ad effetti reali e obbligatori».



prima che questo sopporti delle spese per l'esecuzione dell'incarico, allora, nel momento in cui il mandatario si trovi ad eseguire l'incarico a favore di altri è 'come se facesse una donazione', intendendo la donazione come un istituto che permette di effettuare qualche cosa a favore di altri, con pieno spirito di liberalità, ovvero senza alcun corrispettivo e senza nemmeno la previsione di refusione delle spese. Nell'effettuazione di una donazione mi pare infatti idealmente estraneo far rientrare la richiesta di refusione delle spese effettuate per realizzare la donazione stessa. Pertanto, nel momento in cui il liberto paga la rimanenza del prezzo (con quanto ottenuto dalla avvenuta *donatio*, effettuata nei suoi confronti dal mandante) e riceve in consegna il bene, non potrà agire successivamente contro il patrono, perché 'è come se avesse fatto donazione', ovvero avesse coscientemente agito privandosi della possibilità di agire successivamente per ottenere la restituzione di quanto versato a favore di qualcun altro, ovvero del soggetto destinatario dell'atto di liberalità. Tuttavia, nel concludere l'analisi del passo, ritengo opportuno riportare un'ulteriore riflessione che mi sovviene, al fine di evidenziare come la donazione che il liberto sembra fare al patrono non sia da considerare 'in senso tecnico' (così come la *donatio* inizialmente fatta dal mandante al mandatario), quanto piuttosto come 'modello di comportamento che la realizzazione di una *causa donandi* prevede'. Infatti, la donazione direzionalmente orientata dal liberto al patrono è meramente apparente, dal momento che risulta oggetto della sua donazione quanto precedentemente donatogli. Poniamo il caso in cui un soggetto, dopo che gli sia stata donata una certa somma, doni al donante un ammontare pari a quello che questi gli aveva precedentemente donato: tale successiva donazione, sostanzialmente, si configura come una restituzione di quanto donato in precedenza e il risultato di tali atti di liberalità comporta che nessuno dei due patrimoni si impoverisca, ma nemmeno si arricchisca – evento che invece dovrebbe configurarsi per il beneficiario della donazione. Lo stesso ragionamento si può applicare anche al caso descritto da Papiniano. Il mandatario è 'come se avesse fatto donazione' al mandante perché, nella mia interpretazione, non può agire contro di lui per la refusione delle spese, ma tale donazione, che si considera da lui effettuata, è azzerata da quella precedentemente effettuata dal mandante nei suoi confronti: l'esborso che il mandatario sopporta va a pareggiare il suo assetto patrimoniale, che altrimenti, risulterebbe arricchito dalla donazione fatta dal donante. Infatti, il mandato è un contratto la cui conclusione non comporta né un arricchimento, né un impoverimento per il patrimonio del mandatario.

Qui, invero, il liberto non si arricchisce, ma nemmeno si impoverisce, in quanto la donazione del mandante colma le spese che sopporta, giungendo alla conclusione che, al termine dello svolgimento dell'incarico, non potrà agire contro il mandante per la refusione delle spese (in quanto appunto queste sono già rifuse in via preventiva). La perdita è zero, così come l'arricchimento.

Nonostante questa interpretazione alternativa possa apparire un poco macchinosa, il termine cui la *donatio* si riferisce non muta il rilievo che tale passo conferisce alla doverosità dell'obbligazione di refusione delle spese. La possibilità di agire per la ripetizione del prezzo pagato dal liberto dipende infatti dalla qualifica della consegna come parte dell'incarico di mandato o come donazione, a evidenziare come questa inevitabilmente spetti nell'ipotesi in cui vada a integrare un mandato. La previsione di una refusione delle spese, e la possibilità di agire per l'ottenimento della stessa, sarebbe quindi individuabile come elemento che distingue un atto di liberalità (o meglio, l'esecuzione di quella attività necessaria per ottenere il *beneficium* conseguente all'atto di liberalità) dall'esecuzione di un incarico, integrante un mandato. Ne deduco che l'ottenimento del fondo in consegna, accompagnato dal pagamento del prezzo, configurerebbe un mandato se fosse possibile agire per la refusione dell'ammontare corrisposto, ove tale possibilità risulterebbe da un accordo tra mandante e mandatario, il cui consenso verterebbe sull'esecuzione dell'incarico e sulla previsione di rifondere le spese.

A ben vedere, la consegna preventiva del denaro o la refusione delle spese successiva all'espletamento dell'incarico mi pare si possano configurare come 'modalità' di adempimento dell'obbligazione del mandante, le quali differiscono tra loro solo in ragione del momento in cui vengono esercitate. Tuttavia, a prescindere dal momento in cui il mandatario viene risarcito delle spese che ha sopportato o che dovrà sopportare, il risultato che si riflette sul patrimonio del mandatario è sempre lo stesso, ovvero la non diminuzione patrimoniale (ma nemmeno il suo accrescimento). Invero, nei contratti consensuali, tra i quali sicuramente rientra il mandato, non è raro che gli obblighi nascenti in capo alle parti vengano eseguiti sia contestualmente alla conclusione del contratto («per quanto in tema di mandato, fosse o non fosse diretto alla garanzia di obbligazioni, il fenomeno dovesse essere statisticamente più frequente, la coincidenza fra il momento del tempo in cui il vincolo si perfeziona e quello in cui l'obbligazione è adempiuta si verifica con molta facilità

in ogni specie di contratto consensuale»<sup>206</sup>), sia in un momento successivo, indipendentemente dall'avvenuta esecuzione della controprestazione in capo all'altra parte. Ciò mi sembra avvenire anche nel mandato, in cui, da quanto mi pare evincere dalle fonti, il mandante può trovarsi a rimborsare il mandatario delle spese che dovrà sopportare prima ancora che questi effettivamente le sopporti, e persino contestualmente alla conclusione del contratto stesso.

A corroborare la tesi per cui il risarcimento delle spese non configurerebbe un'obbligazione la cui origine è successiva all'esecuzione dell'incarico, in quanto dipendente dall'eventualità della sopportazione di spese da questa derivanti, vi è anche un ulteriore passo. L'adempimento dell'obbligazione del mandante di rifondere le spese, in questo caso, non è specificato dal passo come verificatosi contestualmente alla conclusione del contratto, ma si pone, in un momento differente, comunque anteriore al verificarsi dell'adempimento dell'obbligazione del mandatario.

*Ulp. 25 ad ed. D. 11.7.14.2: Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere.*

Nonostante non venga espressamente chiarito nel frammento che, quello concluso dalle parti sia un contratto di mandato, non è raro trovare opinioni a sostegno di tale prospettiva<sup>207</sup>. Il problema - ovvero l'identificazione del rimedio processuale, esperibile contro chi ha ricevuto l'incarico e la consegna, e, dopo, non vi abbia adempiuto - che tale passo pone «si fonda sul presupposto che il mandatario incaricato di provvedere alla sepoltura, pur avendo già ricevuto il denaro necessario, non abbia dato, dopo la morte del mandante, alcun seguito alla volontà del medesimo»<sup>208</sup>, da ciò, pertanto, «sarebbe attestata

---

<sup>206</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 90.

<sup>207</sup> In ordine all'idea di trovarsi di fronte, in tale passo, a un contratto di mandato si sono espressi A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus nell' 'actio de dolo'*, in *Iura*, XXVIII, 1977 (ma pubblicato nel 1980), 30 s.; A. WATSON, *Contract of mandate*, cit., 150. Da tale impostazione dissente C. SANFILIPPO, *Ancora un caso di 'mandatum post mortem'?*, in *'Soliditas'. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, 2048 s., che propende per qualificare la figura descritta in termini di disposizione testamentaria «innominata».

<sup>208</sup> S. VIARO, *Il mandato*, cit., 359 nota 69.

... la possibilità del mandatario di ottenere dal mandante il versamento di una somma di denaro necessaria all'esecuzione dell'incarico, anche prima di aver cominciato la stessa<sup>209</sup>». Contro la tesi che vede il risarcimento delle spese come un'obbligazione avente origine nell'eventuale momento in cui le spese si verificano, si può quindi addurre che non sono poche le testimonianze a favore dell'esistenza di tale obbligazione in un momento non solo anteriore a quello che viene da essi considerato genetico, ma anche in un tempo contestuale a quello immediatamente successivo alla conclusione del mandato.

## 2. *Implicazioni: il ruolo dell'effettivo accollo delle spese.*

Una volta stabilito che momento genetico dell'obbligazione la sopportazione delle spese non può considerarsi, in quanto il momento genetico dell'obbligazione del mandante si rinviene nella conclusione del contratto di mandato, bisogna conseguentemente interrogarsi sulla rilevanza che questa riveste nella costruzione formulata.

Quel presunto momento genetico, secondo la mia costruzione, non sarebbe ciò che favorirebbe la nascita dell'obbligazione, ma potrebbe considerarsi come una situazione che va, in termini tecnici, a 'riempire di contenuto' un dovere di prestazione, che va a integrare un'obbligazione, quella in capo al mandante, che sul piano giuridico si considera già sorta. È, infatti, stato provato poc'anzi, che l'esistenza dell'obbligazione del mandante si riscontra anche prima della effettiva verifica delle spese, sebbene il suo 'contenuto' (o meglio, l'identificazione dell'ammontare del dovere di prestazione che spetta al mandante) non sia ancora perfettamente quantificato: rifondere le spese è un obbligo che sorge dalla conclusione del contratto di mandato, ma, solo nel momento in cui tali spese vengono sopportate dal mandatario, verrà conosciuto l'esatto ammontare dell'obbligazione gravante in capo al mandante. Per essere più precisi, ritengo che l'esatto ammontare del dovere di prestazione che va a integrare il contenuto dell'obbligazione in capo al mandante, possa essere quantificato, ovvero definito nel *quantum*, in due diversi possibili momenti: nel caso in cui il mandatario venga incaricato di svolgere un certo compito definendo nel contratto l'ammontare che dovrà rispettare, la spesa fisiologica derivante dall'esecuzione

---

<sup>209</sup> S. VIARO, *Il mandato*, cit., 359.

dell'incarico verrà definita già al momento della conclusione del contratto; altrimenti, se nel contratto non si prevede la somma che il mandante dovrà spendere per l'esecuzione dell'incarico, il *quantum* del dovere di prestazione di refusione delle spese in capo al mandante sarà commisurato alle circostanze concrete e quindi verrà definito al momento della effettiva sopportazione delle spese.

Il nascere di un'obbligazione 'virtuale e vuota' credo non sia inconcepibile nella mentalità romana. La mia ricerca di un precedente giuridico che possa rafforzare la tesi per cui la sopportazione delle spese andrebbe a riempire di contenuto un dovere di prestazione, integrante una obbligazione già sorta sul piano giuridico, è approdata a una determinata fattispecie: la 'vendita pura di credito condizionale'<sup>210</sup>. Questa figura è trattata in D. 18.4.19<sup>211</sup>, un frammento in cui Giuliano ne tratteggia le differenze rispetto alla 'vendita condizionale di credito puro'<sup>212</sup>: mentre quest'ultima è «nulla in caso di difetto del verificarsi del fatto dedotto in condizione», la vendita pura di credito condizionale è «subito valida e produttiva di effetti, di talché l'*emptor* ha *confestim* l'*actio ex emptio venditio*: e ciò *ut venditor acceptum debitori facies*»<sup>213</sup>. La conclusione di tale contratto di compravendita comporta quindi l'insorgere immediato di due obbligazioni: l'obbligazione di pagamento del prezzo e l'obbligazione di garantire il godimento della cosa compravenduta, ovvero il credito. Mentre la prima obbligazione può essere immediatamente adempiuta, in quanto esistente sul piano giuridico e dotata di un 'contenuto' (l'ammontare del prezzo da pagare), stabilito nell'accordo; l'obbligazione in capo al venditore, sebbene virtualmente esistente sul piano del giuridico, diventa concretamente eseguibile solo nel momento in cui il credito viene ad esistenza. L'esistenza del credito è quindi 'l'essenza' di una obbligazione che nasce vuota, ma che, a seguito del verificarsi di tale eventualità, si 'riempie di contenuto', divenendo possibile adempiervi. Rispetto a tale fattispecie non mi sembra impensabile poter costruire un parallelismo con il mandato, configurando, a tal proposito,

---

<sup>210</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 169.

<sup>211</sup> Iul. 25 dig. D. 18.4.19: *Multum interest, sub condicione aliqua obligatio veneat an, cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat. Priore casu deficiente condicione nullam esse venditionem, posteriore statim venditionem consistere: nam si Titius tibi decem sub condicione debeat et ego abs nomen eius emam, confestim ex empto vendito agere potero, ut acceptam ei facies*. In ordine a tale frammento cfr. A. RODIGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio' classica*, Padova, 2004, 37 ss.

<sup>212</sup> C. PELLOSO, *il concetto di 'Actio'*, cit. 168 s.

<sup>213</sup> C. PELLOSO, *Il concetto di 'Actio'*, cit., 169.

un'obbligazione di refusione di un credito condizionale'. Infatti, dalla conclusione del contratto di mandato nascono due obbligazioni: l'obbligazione di esecuzione dell'incarico da parte del mandatario, la quale risulta eseguibile dal momento in cui è sorta; l'obbligazione del mandante di rifondere le spese diventerà, invece, eseguibile solo nel momento in cui tali spese verranno sopportate dal mandante, in quanto questo è il momento in cui il contenuto dell'*obligatio* verrà definito (a meno che non sia stato preventivamente pattuito dalle parti quanto il mandatario dovrà spendere per l'esecuzione dell'incarico, previsione che, in sé, va già a quantificare la spesa fisiologica che sarà possibile rifondere al mandatario).

Questo ragionamento potrebbe condurre, pertanto, a una certa conclusione: se l'accordo ricomprende la previsione circa la spesa fisiologica per lo svolgimento dell'incarico che il mandatario si troverà a dover sopportare, allora sarà possibile per quest'ultimo agire per ottenere la refusione delle spese (trattandosi di una obbligazione determinata nell'*an* e nel *quantum*); se l'accordo non contiene la suddetta previsione, allora, sebbene l'obbligazione del mandante sia già virtualmente esistente (in quanto determinata nell'*an*, ma non nel *quantum*), la sua esecuzione sarà immaginabile solo a seguito della quantificazione dell'ammontare da rifondere, raggiungibile attraverso l'equiparazione con l'effettiva spesa sopportata dal mandatario.

Una conferma di tale ragionamento mi sembra si possa evincere da un passo di Paolo. Il giureconsulto padovano prospetta l'alternativa tra l'ipotesi in cui venga stabilito, al momento della conclusione del contratto, il prezzo a cui dovrà essere svolto l'incarico e l'ipotesi in cui, in merito al prezzo, non viene stabilito alcunché, sicché il mandatario può sentirsi libero di svolgere l'incarico ad esso affidatogli con maggiore discrezionalità circa la somma da spendere per adempiere la propria obbligazione, consapevole del fatto che la spesa effettuata per l'esecuzione dell'incarico dovrà essergli risarcita in ogni caso.

Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.3.1: *Et quidem si mandavi tibi ut aliquam rem mihi emeris, nec pretio quicquam statui tuque emisti, utrimque actio nascitur. 2. Quod si pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere: naque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illo vero, si velit, mecum esse.*

Il giurista severiano, nel frammento escerpito dall'opera di commento al trentaduesimo libro all'Editto, vaglia due ipotesi: la prima, in cui il mandante conferisce mandato di comprare una qualche cosa, senza stabilire alcunché circa il prezzo; la seconda, in cui, al contrario, stabilisce un prezzo che il mandatario deve rispettare nell'esecuzione dell'incarico. Paolo ammette che, qualora il mandatario esegua quanto previsto dall'accordo, privo di alcuna determinazione del prezzo, *utrimque actio nascitur*, a intendere che l'azione nasce per entrambe le parti: il mandante sarà tenuto con l'*actio mandati contraria* a risarcire al mandatario quanto speso nell'esecuzione (ovvero l'ammontare in concreto pagato dal mandante per comprare la *aliquam rem*), *in primis*, e, *in secundis*, eventuali danni causalmente derivanti dall'adempimento. Postergando la riflessione circa il tempo in cui le azioni possono dirsi nate<sup>214</sup>, basti qui rilevare che il *nascitur* mi sembra un termine impreciso. Tale imprecisione deriva dal fatto che, a prescindere dalla discussa materia circa quando può dirsi sorta l'obbligazione del mandante, l'obbligazione del mandatario, al momento della conclusione del contratto, risulta sicuramente e incontestabilmente esistente una volta raggiunta la comunione dei consensi. Per tale ragione, affermare, riferendo il *nascitur* alla *utrimque actio*, che l'*actio mandati (directa)* nasca quando sia stato conferito mandato di comprare qualche cosa e il mandatario abbia comprato, mi sembra impreciso, in quanto certamente il momento in cui sorge l'*actio mandati (directa)* coincide con la conclusione del contratto, essendo essa rivolta a tutelare l'obbligazione del mandatario, sicuramente nascente dalla conclusione del contratto di mandato<sup>215</sup>.

Astraendo da tale considerazione, la preventiva fissazione del prezzo a cui il mandatario dovrà svolgere l'incarico non mi sembra altro che una definizione a priori dell'ammontare

---

<sup>214</sup> Cfr. cap. 4.

<sup>215</sup> I dubbi della dottrina si concentrano nella nascita, alla conclusione del mandato, della sola obbligazione del mandante. Non si può dubitare invece del sorgere in tal momento dell'obbligazione del mandatario, la quale, essendo definita da chi sostiene la bilateralità imperfetta del mandato, come 'principale', si configura sempre alla conclusione del contratto. Voce fuori dal coro, in merito a tale questione, è quella del Donatuti, il quale, come riportato da V. ARANGIO RUIZ, *Mandato*, cit., 87 ss., tenta di «degradare ad eventuale anche l'obbligazione del mandante [*recte*, mandatario], onde la conclusione che la pretesa e la corrispondente azione sarebbe nata indifferentemente in quella delle due parti a profitto della quale ne ricorressero caso per caso i presupposti, ed eventualmente – si capisce – in entrambe».

del dovere di prestazione integrante l'obbligazione di refusione delle spese<sup>216</sup>. In questo caso sia la nascita, sia la quantificazione del dovere di prestazione integrante l'obbligazione si verificano al momento della conclusione del contratto: in tale attimo l'obbligazione del mandante risulta già delineata nell'*an* e nel *quantum*. Essendo quindi l'obbligazione di refusione delle spese già tratteggiata in merito alla sua esistenza ed 'essenza' ed essendosi creato un certo affidamento (da parte del mandante, soprattutto, ma anche da parte del mandatario) circa tali caratteri, non stupisce che in D. 17.1.4<sup>217</sup> venga mostrato, da Gaio, consenso circa il benevolo parere di Proculo, il quale, *recte*, sostiene che il mandatario, nel caso compri la *res* a un prezzo superiore a quello fissato nell'accordo, nonostante si scosti da quanto pattuito, contro la regola per cui il mandatario deve eseguire «esattamente e coscienziosamente»<sup>218</sup> quanto stabilito dal mandante, potrà comunque agire fino al prezzo stabilito. Questa affermazione implica che la fissazione del prezzo si traduce nell'ammontare della pretesa esperibile con l'*actio mandati contraria*, in quanto, implicitamente delimita l'esborso, e quindi la spesa, che il mandatario si troverà a dover sopportare. Quando invece non viene preventivamente fissato il prezzo, ciò si ripercuote solo sulla quantificazione dell'obbligazione, ma non sulla nascita della stessa, la quale avviene, nondimeno, al momento della conclusione del contratto. Infatti, l'esistenza dell'obbligazione di risarcire le spese dipende dal raggiungimento della mera comunione di consensi delle parti, senza la sussistenza di alcuna situazione aggiuntiva ed eventuale. Tuttavia, quella sorta in capo al mandante dalla conclusione del contratto, è, in questo caso, un'obbligazione 'vuota', la cui definizione del contenuto è rimessa a un evento successivo, coincidente con la sopportazione delle spese da parte del mandatario. Solo nel momento in cui tali spese vengono sopportate, l'obbligazione di refusione delle stesse acquista sostanza, 'riempiendosi'. In questo modo si può dire che la conclusione del mandato definisce l'*an* dell'obbligazione (nel senso che l'esistenza dell'obbligazione

---

<sup>216</sup> Il prezzo a cui il mandatario è obbligato a comprare la cosa non è altro che l'altra faccia della medaglia della spesa che il mandatario deve sopportare nell'esecuzione dell'incarico. Stabilendo che il mandatario deve comprare per 100 una *res*, si crea affidamento da parte del mandante circa il *quantum* che si troverà a risarcire *ex post*. Invero, ordinare 'compra per 100', implica infatti che colui che ordina risarcirà sicuramente 100, perché 100 è l'ammontare che, nella normalità dei casi, il mandatario ha speso per comprare la *res*.

<sup>217</sup> Gai. 2 *rerum cott.* D. 17.1.4: *Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est.*

<sup>218</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 159.



dipende dalla conclusione del contratto), mentre il *quantum* è condizionato alla sopportazione delle spese da parte del mandatario.

### 3. Osservazioni.

A tal punto credo sia opportuno rendere esplicite alcune osservazioni che mi sovengono e che trovo legate tra loro da un nesso logico. Da un lato, ritengo che questa costruzione, che vede sorgere dal contratto di mandato due obbligazioni principali, fosse maggiormente conforme alla mentalità casistica romana, legata più all'andamento della realtà concreta, piuttosto che alla speculazione teorica. L'obbligazione di risarcimento delle spese era infatti naturale e fisiologica nell'esecuzione dell'incarico da parte di un soggetto a favore di un altro: nella quasi totalità dei casi il mandatario sopportava delle spese<sup>219</sup> per adempiere l'obbligazione.

Il suddetto carattere fisiologico dell'obbligazione di rifusione delle spese, che la vede legata al normale andamento dei fatti, nel senso che l'ordinario decorso della situazione ne comporta l'insorgenza, è tale da comportare una duplice considerazione. Da un lato, rende macchinosa l'esclusa configurazione del mandato come contratto bilaterale. Invero, la non ricomprensione del mandato nei contratti consensuali mi sembra contraria alla *forma mentis* romana, in quanto i giuristi dell'epoca, denotando la statistica con cui sorgeva l'obbligazione del mandante (rispetto agli esigui casi in cui tale obbligazione non si vedeva sorgere, o perché effettivamente il mandatario non subiva spese, o perché il configurarsi delle stesse risultava impossibile per la natura dell'incarico conferito), mi pare logico abbiano disegnato in via generale il mandato come bilaterale, a prescindere dall'eventuale (e raro) scostarsi della casistica dal teorico schema bilaterale. Tale concetto mi sembra essere egregiamente espresso dall'immagine di Randazzo – sebbene indirizzata non tanto a provare la perfetta bilateralità delle obbligazioni, come qui si vuole fare, dando risalto all'attinenza alla realtà della scienza giuridica romana, quanto la cd. 'bilateralità asimmetrica'<sup>220</sup> – , disegnata dalla studioso dopo aver affermato che, sul piano degli

---

<sup>219</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Mandato*, cit., 86.

<sup>220</sup> Cfr. cap. 1

impegni assunti dalle parti nella conclusione del contratto, la bilateralità sussiste, e aver precisato che «la circostanza che poi sia soltanto eventuale la possibilità che l'impegno obbligatorio assunto dal mandante venga tradotto in pratica, attiene alla dinamica fattuale del rapporto ed alle modalità della sua esecuzione, ponendosi su un piano diverso, anche se consequenziale, rispetto a quello dell'assunzione delle obbligazioni»<sup>221</sup>. Egli immagina «due cerchi concentrici nella configurazione del contratto e nella sua dinamica giuridica. L'uno, più generale, dato dall'assunzione reciproca e 'minimale' di obbligazioni (eseguire il mandatario l'incarico; tenerlo indenne da spese e danni in cui questi dovesse eventualmente incorrere), l'altro, più circoscritto dato dalla traduzione delle obbligazioni assunte in comportamenti fattuali. Solo all'interno di questo 'cerchio minore' si colloca la particolarità della circostanza che l'obbligazione del mandatario sussiste comunque, mentre quella del mandante rileva solo eventualmente»<sup>222</sup>.

Dall'altro lato, la naturalità con cui sorge l'obbligazione del mandante di refusione delle spese permette di differenziare la refusione delle spese dal risarcimento dei danni. Mentre infatti la spesa è fisiologica nell'esecuzione dell'incarico, il danno è 'patologico', nel senso che risulta legato a una situazione, il cui verificarsi non è connesso a qualcosa di prevedibile, ma discendente da uno snodo fattuale che può avvenire o no secondo gli eventi concreti, quindi possibile, incerto, casuale (per quanto poi, nella realtà dei fatti, anche le eventualità dannose possano risultare prevedibili a un lucido esame del contraente). In ragione di tale differenza causale tra le obbligazioni di refusione delle spese e di risarcimento dei danni (nel senso che la causa che le origina è diversa, perché una sorge dalla conclusione del contratto – la prima – e l'altra, dal verificarsi di danni in capo al mandatario nell'esecuzione dell'incarico), credo che il ragionamento che va dipanandosi non sia logicamente estensibile anche alla obbligazione di risarcimento dei danni: questa, infatti, non può essere considerata obbligazione principale nascente dal mandato, in quanto risulta illogico affermare che l'obbligazione di risarcire il danno sorge dalla conclusione del contratto stesso. Ammettere infatti che da un contratto sorga, già a partire dalla sua conclusione, l'obbligazione di risarcimento del danno come corrispettiva

---

<sup>221</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit. 242.

<sup>222</sup> S. RANDAZZO, *Mandare*, cit. 242.

all'obbligazione di esecuzione dell'incarico mi sembra profondamente illogico<sup>223</sup>. Non si può pertanto dire che dal contratto di mandato nascano, fisiologicamente e sullo stesso piano, l'obbligazione di eseguire l'incarico e quella di 'risarcire spese e danni' perché i due lessemi fanno riferimento a distinti impegni del mandante nei confronti del mandatario: uno, la refusione delle spese, naturalmente prevedibile in quanto fisiologico e quindi nascente nel momento della conclusione del contratto; l'altro, il risarcimento del danno, legato al verificarsi di una situazione che devia dal normale corso e quindi puramente eventuale.

Questo peculiare carattere fisiologico del dovere di rifondere le spese derivanti dall'esecuzione dell'incarico, in grado di distinguere e differenziare tale dovere dagli altri doveri in capo al mandante, ritengo sia un importante spunto per aprire un *excursus* finalizzato a controbattere la logica obiezione dalla sottoscritta (auto)solledata nel corso del ragionamento. Viene appunto da chiedersi se tale costruzione della bilateralità perfetta del mandato, che vede nella soluzione offerta da Gaio 3.137 e 155 un appiglio, non possa crollare di fronte alla constatazione per cui le parti sarebbero reciprocamente obbligate sulla base solo della buona fede (*alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*), senza che nulla possa far presumere che la reciprocità sia rinvenibile rispetto a due singole obbligazioni da vedersi in termini di corrispettività sul piano genetico. A tale obiezione, che mi pare vada a riferire la reciprocità ad un piano, quello della buona fede, che non permetterebbe di considerare il mandato come contratto bilaterale, in quanto fondante obblighi reciproci trasversalmente presenti in tutti i contratti di buona fede, anche in quelli che io stessa riniego possano essere considerati bilaterali perfetti, come comodato e deposito<sup>224</sup>, vorrei tentare di rispondere qui di seguito. Sicuramente l'obbligo di rifondere le spese è da ricomprendere in quell'insieme di doveri di buona fede, ravvisabili in tutti i contratti la cui tutela si esplica per mezzo di *iudicia bona fidei*; tuttavia, il vincolo di rifondere le spese che

---

<sup>223</sup> Lo stesso ragionamento mi sembra possa estendersi anche alla pretesa, possibile oggetto dell'*actio mandati contraria*, a che, quanto eseguito dal mandatario, venga accettato dal mandante. Pur essendo un dovere di buona fede quello per cui il mandante deve accettare l'operato correttamente eseguito dal mandatario, le ipotesi in cui sorga il presupposto per azionare da parte del mandatario una pretesa di tal tipo mi paiono meno frequenti di quelle in cui la pretesa esperibile con l'*actio mandati contraria* sia una richiesta di refusione delle spese. Invero, normalmente il mandante accetterà l'operato del mandato quando questo sia stato correttamente eseguito, pertanto il carattere fisiologico che la pretesa di rifusione delle spese presenta risulta mancante rispetto a tale pretesa esperibile dal mandatario, la quale si configura come eccezionale.

<sup>224</sup> Cfr. vedi oltre.

si verifica in capo al mandante ritengo non si ponga solamente ed esclusivamente sul piano della reciproca *bona fides*<sup>225</sup>, ma anche su un piano più propriamente obbligatorio. La suddetta obbligazione del mandante certamente integrerebbe quel dovere che per buona fede deve essere corrisposto alla controparte, ma costituirebbe anche una obbligazione a sé stante, corrispettiva rispetto all'obbligazione del mandatario, obbligante il mandante su un piano più strettamente giuridico. Questa 'emancipazione' dell'obbligo di refusione delle spese rispetto agli altri doveri reciprocamente previsti per buona fede sarebbe giustificata dal carattere fisiologico con cui essa si presenta, che permetterebbe di considerarla 'la normalità', potendo quindi ricondurre il suo sorgere direttamente alla conclusione del contratto, in quanto prevista nell'accordo, momento dal quale sorgono le obbligazioni principali caratterizzanti la fattispecie. Inoltre, un altro argomento a favore della distinzione di tale dovere rispetto agli altri doveri di *bona fides* consisterebbe nello specifico trattamento che ad esso viene riservato dai giuristi, i quali sentono l'esigenza, nei passi sopra citati<sup>226</sup>, di esplicitare, al momento della conclusione del mandato, solo l'assunzione dell'impegno di garantire dalle spese derivanti dall'esecuzione dell'incarico, senza evidenziare in maniera espressa alcun altro dovere di buona fede, di modo che solo tale dovere possa considerarsi integrante un'obbligazione vera e propria, essendo un dovere di prestazione la cui esplicitazione risulta necessitata. Pertanto, in ragione della peculiarità di trattamento riservata a tale dovere e dell'alta statistica con cui esso si palesa, è vero che si configurerebbe un vincolo di buona fede, ma non ritengo sia da escludere che tale vincolo possa configurare anche un'obbligazione vera e propria, il cui dovere di prestazione è dato proprio dalla garanzia di rifondere le spese.

Tonando al discorso di sopra interrotto, che va a evidenziare il carattere della fisiologicità del sorgere dell'obbligazione del mandante di rifondere le spese al fine di giustificare la

---

<sup>225</sup> Cfr. B. CORTESE, *La tutela nel caso di vizio*, cit., 56 «la *bona fides*, ... riveste il duplice ruolo di fonte di obblighi (in quanto valore di affidamenti reciproco che fonda, nella fase genetica, il rapporto negoziale generando reciproci doveri, e nella fase di attuazione di questi stessi obblighi, l'imposizione di tutte quelle condotte necessarie e funzionali alla realizzazione del programma contrattuale) e di criterio di valutazione della vicenda negoziale (in termini di conformità alla funzione concreta del contratto che le parti si aspettano di realizzare, alla luce del quale viene condotto l'accertamento giudiziale della condotta delle parti e la cui rilevanza processuale è tratteggiata in rapporto all'*oportere* del convenuto. La buona fede costituisce, dunque, elemento materiale che indice sulla configurazione e sull'attuazione del rapporto negoziale, assumendo la funzione di criterio 'normativo', rilevante nelle fasi genetica, attuativa e valutativa della vicenda contrattuale».

<sup>226</sup> Cfr. cap. 2

non estensibilità del ragionamento proposto al dovere di risarcimento dei danni, ritengo sia da specificare che tale ragionamento, oltre a non essere estensibile al risarcimento dei danni, trova un limite anche rispetto alla specie contrattuale di riferimento. Infatti, si potrebbe obiettare che la conclusione cui sembra giungere il ragionamento poc'anzi descritto, ovvero l'asserita bilateralità del mandato dipendente dal sorgere di due obbligazioni nel medesimo momento genetico, potrebbe portare alla conseguenza paradossale di considerare bilaterali tutti i contratti a titolo gratuito (*in primis*, comodato e deposito), normalmente ricompresi – insieme al mandato – nella categoria dei contratti bilaterali imperfetti, in ragione del fatto che l'obbligazione di risarcimento delle spese è connaturata all'eventualità che le spese si verificano. Tuttavia, il ragionamento che vede nel fisiologico venire in essere dell'obbligazione del mandante il perno per costruire il mandato come un contratto bilaterale, la cui conclusione funge da momento genetico di due obbligazioni, non può essere riferito anche agli altri contratti a cui il mandato viene normalmente avvicinato, ovvero quelli considerati dalla dottrina dominante 'imperfettamente bilaterali'. L'Arangio Ruiz, nonostante sia il maggior sostenitore della teoria avversa, rileva infatti che «da un punto di vista che non è soltanto di frequenza statistica, ma anche di necessità sociale, il mandato è fra i contratti della categoria quello in occasione del quale l'eventualità dell'obbligazione sussidiaria del normale creditore è più rilevante»<sup>227</sup> e continua dicendo che «è ben raro che nascano pretese del depositario verso il deponente o del commodatario verso il commodante [...] il mandatario, invece, avrà quasi sempre alcunché da pretendere»<sup>228</sup>.

Rispetto a questi contratti inoltre non sarebbero estensibili le considerazioni effettuate per il mandato, ovvero l'affermazione di una bilateralità perfetta in ragione del sorgere reciproco di due obbligazioni, anche per un'altra ragione. La conclusione alla quale si è giunti per il mandato, ovvero il porre le obbligazioni da esso nascenti sullo stesso piano, prende piede dalla considerazione dell'elemento giuridicizzante l'accordo di esecuzione di un incarico a favore di un altro senza previsione di contropartita di alcun genere. In base a una serie di argomenti sopra descritti, si è giunti a prospettare una certa interpretazione di quello che può essere l'elemento che permette il transito dell'accordo dal sociale al

---

<sup>227</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit. 86.

<sup>228</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit. 86.

giuridico: si è proposto che la giuridicizzazione del mandato sarebbe conseguente al raggiungimento di un certo contenuto dell'accordo, consistente in una *ultra citroque obligatio*, che, da sé, secondo quanto descritto da Labeone, sarebbe sufficiente per dire di trovarsi di fronte a un contratto<sup>229</sup>. Il ragionamento svoltosi per il mandato non sarebbe quindi estensibile a comodato e deposito 'in embrione', dal principio, in quanto questi si configurano come contratti per cui non è necessario ricercare un elemento giuridicizzante, come la *ultra citroque obligatio*, essendo essi portatori dell'elemento che più obbiettivamente può testimoniare il passaggio dal sociale al giuridico, ovvero la consegna della *res*. Non risultando quindi estensibili le premesse da cui la trattazione sorge, non ritengo possano risultare estensibili nemmeno le conclusioni cui si giunge.

In conclusione, in ragione del fatto che la sopportazione delle spese è fisiologica nell'esecuzione dell'incarico a favore di qualcun altro, deriva che possono considerarsi rari ed eccezionali i casi in cui le spese non sorgano o quelli in cui non possano sorgere, in quanto l'impossibilità del sorgere di esse è connaturata alla natura dell'incarico da svolgersi. Per tale ragione, rinvenire nel novero ristretto di ipotesi, che prevedono l'impossibilità del sorgere dell'obbligazione di refusione delle spese, una valida obiezione alla natura bilaterale del contratto ritengo sia contrario all'impronta casistica propria dell'ordinamento romano. Invero, mi pare logico considerare come non risulti improbabile che i romani, pratici e consci del dato realistico, avessero costruito il mandato come produttivo di due obbligazioni reciproche, le quali dividevano il momento genetico nella conclusione del contratto di mandato e, alla luce di questa costruzione, i casi in cui le spese non si realizzavano o non potevano realizzarsi non erano altro che eccezioni alla regola che vedeva sempre il sorgere dell'obbligazione di risarcimento delle spese. L'eccezionalità di tali ipotesi, la cui esistenza non può essere contestata, non credo però vada a minare la tenuta della regola cui si è giunti, proprio per la motivazione che l'eccezione - se ristretta a

---

<sup>229</sup> Cfr. Che lo scambio, sebbene in 'senso lato', fosse stigma della giuridicizzazione di un accordo è ben espresso da T. DALLA MASSARA, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone*, in *Scambio e Gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale* a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 203 ss. Lo studioso, sebbene con riferimento al pensiero di Aristone, nonostante questo giurista si possa comunque considerare un successore ideologico di Labeone, evidenzia la sufficienza dello scambio per accordare la qualifica di contratto. Egli invero afferma proprio nel paradigma dello scambio è da ravvisarsi l'idea portante che consente la trasposizione in termini giuridici di un accordo atipico in vista della sua tutelabilità civile» in quanto «la forza dello scambio è tutta nella razionalità che deriva dal fatto di essere un meccanismo di immediata soddisfazione per i soggetti che a esso prendono parte».

un'effimera serie di ipotesi in comparazione alla rilevanza statistica della regola, come in questo caso - non può essere considerata bastevole per dubitare della tenuta della regola stessa.





## CAPITOLO QUARTO

### UNA PROVA PROCESSUALE

#### 1. *Previa ricognizione del punto.*

La costruzione sovraesposta si snoda, partendo dalle premesse e giungendo, alla fine, come è naturale, a certe conclusioni. Il primo ‘gradino’ della trattazione si è concentrato sullo studio di quanto può denominarsi ‘elemento giuridicizzante’ dell’accordo di mandato, ovvero del *quid pluris* che giustifica il passaggio dell’assunzione di un incarico a favore di altri dal piano della mera cortesia, rilevante a livello puramente sociale, a quello del vincolo giuridico, il cui inadempimento (in ragione della natura che assume a causa del trapasso da una sfera all’altra) giustifica l’azionabilità sul piano processuale.

Tale elemento, dotato di un così forte potere di transizione, è stato scorto, rigettando le tesi<sup>230</sup> (sebbene, da un lato, poco numerose, e, dall’altro, convincenti, a mio parere, limitatamente a un certo periodo storico) precedentemente avanzate, nella esplicita previsione della refusione delle spese, come essenziale (sebbene integrativa rispetto alla mera previsione di svolgimento, da parte di un soggetto, di un incarico a favore di un altro) per la conclusione di un contratto di mandato. Si potrà, invero, dire di essere di fronte a un vero e proprio contratto di tal tipo, solo nell’ipotesi in cui la comunione di consensi tra le parti veda un contenuto coincidente con il conferimento dell’incarico e con la previsione di tenere indenne dalle spese sopportate nell’esecuzione dello stesso. Ove, quindi, l’accordo non presenti tale contenuto, non possiamo dirci in presenza di un contratto, ma, al massimo, sarà possibile qualificare lo stesso alla stregua di un accordo sociale.

Stabilito quindi che, l’accordo, per assurgere a contratto, debba avere una tale essenza, è possibile individuare come la comunione di consensi ricada, non tanto su un singolo dovere di prestazione, ma su un duplice impegno, ciascuno dei quali grava su un diverso

---

<sup>230</sup> Cfr. cap. 2.

contraente. Invero, essendo il dovere di prestazione, secondo la parte maggioritaria e dominante della dottrina<sup>231</sup>, ciò che innerva l'obbligazione (insieme alla responsabilità dell'obbligato), fornendone il contenuto, si giunge, giocoforza, a una certa conclusione, che va a configurarsi come il secondo 'gradino' della scala che si va costruendo. Ammettere la sussistenza di due doveri di prestazione, principali e caratterizzanti, nell'accordo fondante il contratto implica che tali doveri di prestazione vadano a fungere da contenuto, da essenza, di due obbligazioni, anch'esse principali e caratterizzanti, così come i contenuti che le sorreggono. Dal contratto di mandato si può quindi dire che le obbligazioni scaturenti sono due.

Giunti a tal punto sorge spontanea la domanda: queste due obbligazioni nascono nello stesso momento, ovvero dalla conclusione del contratto, o nascono in momenti differenti? In altre parole, quello che ci si può chiedere è se il momento genetico delle due obbligazioni sia il medesimo, in quanto, separare i piani temporali delle stesse dovrebbe essere giustificato da una differenza in termini causalistici, che si riverbererebbe sul diverso 'valore' delle stesse.

Rispetto a tale quesito, la mia risposta si scosta da quanto sostenuto dalla dottrina dominante, patrocinata *ex plurimis* dall'Arangio Ruiz, la quale sostiene che mentre l'obbligazione del mandatario sorge sempre dalla conclusione del contratto, l'obbligazione del mandante dipende dall'eventuale profilarsi delle spese nell'esecuzione dell'incarico. Invero, l'ammissione del diverso momento genetico comporta che gli effetti obbligatori connessi alla conclusione del contratto, in via diretta (per l'obbligazione del mandatario) e in via mediata (per l'obbligazione del mandante), si esplicino in momenti differenti, non potendo quindi dirsi sorta, al momento della conclusione del contratto, l'obbligazione di refusione delle spese.

Tuttavia, se denotiamo l'espressa presenza di due doveri di prestazione al momento della conclusione del contratto, che, secondo quanto sostenuto dalla dottrina dominante, vanno a integrare il contenuto essenziale delle obbligazioni, allora dal perfezionamento di tale contratto possono dirsi sorte due obbligazioni. In ragione della forza che il consenso esplica in materia contrattuale (forza che può dirsi esistente, sebbene in maniera meno accentuata rispetto alla estrema dottrina del consensualismo), ritengo che, solo qualora

---

<sup>231</sup> Cfr. cap. 2.

previsto dal consenso delle parti, gli effetti obbligatori, sebbene in un unico versante, possono dirsi postergati al verificarsi delle spese. Se infatti le parti rendono come oggetto del loro accordo un duplice dovere di prestazione integrante due obbligazioni, mi sembra contraddittorio ammettere che le parti vogliano che una delle due obbligazioni venga ad esistenza solo in un momento successivo rispetto al perfezionamento del contratto. Invero, ritengo che solo qualora fossimo in presenza dell'apposizione, al contratto di mandato, di una condizione sospensiva potremmo vincolare il sorgere dell'*obligatio* in capo al mandante al verificarsi di un evento futuro e incerto, come la sopportazione delle spese. Ebbene, proprio in ragione di tale argomento, ritengo che entrambe le obbligazioni possano dirsi sorte al momento del perfezionamento del contratto. Condividendo quindi il momento genetico, possiamo dire che dal perfezionamento del contratto di mandato sorgono due obbligazioni reciproche, in cui l'adempimento del mandante può svolgersi in maniera totalmente indipendente dall'adempimento della controparte<sup>232</sup>.

Giunti a tale esito, che ammette il contestuale sorgere delle due obbligazioni nel momento della conclusione del contratto di mandato, ritengo sia necessario fornire una prova processuale di questa deduzione. Si potrebbe obiettare che ciò peccherebbe di incoerenza rispetto alla critica addietro addotta<sup>233</sup>, tuttavia tale osservazione ritengo possa essere facilmente nullificata. Invero, adottare come unica ed esclusiva la prospettiva processuale per provare l'assetto obbligatorio scaturente da un determinato istituto differisce dal fondare processualmente una tesi, che, nella mia visione, non mi pare infondata rispetto agli altri profili non direttamente coinvolgenti la sfera processuale. Tuttavia, consapevoli della *forma mentis* dei *prudentes*, siamo consci dell'importanza che una prova processuale gioca nell'avvallo di una certa teoria. Proprio per tale motivo, ritengo, sia ora necessario, volgere lo sguardo alle fonti, alla ricerca di una testimonianza formulare che possa fornire una prova circa l'esistenza dell'obbligazione del mandante di rifondere le spese in un momento anteriore rispetto a quello che viene dai più considerato genetico, ovvero la sopportazione delle spese in capo al mandatario.

---

<sup>232</sup> Ciò si pone in contrasto con la visione per cui l'adempimento del mandante sarebbe stato necessario solo a seguito dell'adempimento del mandatario in quanto la sopportazione delle spese da rifondere doveva essere connaturata all'esecuzione dell'incarico stesso.

<sup>233</sup> Cfr. cap. 1.

## 2. *Quando è esperibile l'actio mandati contraria?*

La tesi che si va perseguendo vuole dimostrare come due obbligazioni sorgano dalla conclusione del contratto di mandato, contestualmente. Essendoci invero due doveri di prestazione nell'accordo fondante il contratto, si vuole evidenziare come da tale accordo nascano due obbligazioni, le quali, singolarmente, constano ciascuna di un dovere di prestazione. Dimostrando quindi che le obbligazioni nascenti da mandato collocano la loro origine nel medesimo piano temporale, coincidente con la conclusione del contratto di mandato, si colliderebbe con la teoria della bilateralità imperfetta. Quest'ultima fonda, processualmente - mediante un attento studio formulare - il suo enunciato primario, per cui vi sarebbero un'obbligazione principale e una eventuale, sull'assunto per cui il momento genetico delle due differirebbe. Invero, l'obbligazione principale, del mandatario, verrebbe definita tale in quanto sempre sorgente dalla conclusione del contratto; l'obbligazione eventuale e secondaria, del mandante, dipenderebbe, invece, dalla sopportazione delle spese in capo al mandatario nell'esecuzione dell'incarico. Tale situazione vedrebbe un'obbligazione, quella del mandatario, la cui esistenza viene fatta risalire al tempo della conclusione del contratto, e un'altra (del mandante) che si direbbe esserci solo nel momento in cui il mandatario sopporta delle spese.

Questa teoria, come precedentemente annunciato, si scontra, secondo la mia opinione, con quanto riportato dalle fonti, le quali sovente, alcune volte chiaramente e altre velatamente, fanno riferimento all'esistenza di un'obbligazione del mandatario prima che essa, secondo quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, possa dirsi sorta, ovvero prima della sopportazione delle spese da parte del mandatario. Invero vi sono richiami all'obbligazione del mandante prima che il mandatario abbia eseguito l'incarico, e, quindi, prima che si sia trovato in quel contesto situazionale, che avrebbe potuto comportare la sua sopportazione delle spese, appunto, correlate 'all'esecuzione dell'incarico conferitogli'. Nonostante la suddetta asseverazione trovi appiglio in diversi passi del Digesto, affinché essa possa risultare pienamente convincente è necessario dimostrare processualmente l'esistenza dell'obbligazione del mandante di rifondere le spese al mandatario prima che questi adempia la propria obbligazione, e, soprattutto, dal momento della conclusione del contratto di mandato.

Ritengo che una tale indagine debba essere svolta alla luce della prospettiva eminentemente sintetizzata da un passo del Talamanca, il quale afferma che «è opinione ormai consolidata che nell'esperienza romana l'aspetto processuale abbia giocato un ruolo di grande importanza anche con riguardo all'aspetto del diritto sostanziale. Essa trova, sicuramente, un fondamento nella circostanza che i giuristi romani impostavano il discorso sugli istituti giuridici sostanziali e sulle situazioni giuridiche soggettive non utilizzando la categoria del diritto soggettivo, bensì riferendosi prevalentemente ai mezzi posti a disposizione dei soggetti per far valere i propri diritti nel processo: ciò che accade soprattutto mediante l'impiego del termine *actio*»<sup>234</sup>. Coerentemente connessa a questa prospettiva è la visione espressa dalla celebre formula tedesca 'aktionrechtliches Denken'<sup>235</sup>, con cui si esprime la tendenza dei romani a ragionare secondo l'equazione 'ad ogni *actio* corrisponde una *obligatio*', che vede sussistente l'obbligazione solo nella contingenza in cui si possa provare l'esistenza di una rispettiva *actio* che la tuteli. Non si può infatti ragionare, nello studio del diritto romano, in termini erronei (e, per converso, adattabili al nostro odierno sistema) per cui 'l'*obligatio* c'è quando c'è la *actio*', ma, al contrario, bisogna cambiare l'approccio che ci è usuale e adottare la preferibile e ottimale angolatura che vede un *obligatio* ogni qual volta sia prevista una rispettiva *actio*. Infatti, dopo aver evidenziato come «nella prospettiva dei romani prevalesses una visione processuale dell'ordinamento, onde la concessione dell'azione sarebbe stata il *præius* rispetto alla configurazione della situazione giuridica sostanziale protetta; mentre nella visione moderna ispirata al diritto sostanziale avverrebbe proprio il contrario», il Talamanca afferma che «l'individuazione di una situazione giuridica sostanziale comporta sempre, per l'indefettibile coercibilità del diritto, l'esistenza di una protezione giudiziaria di tale situazione; e quando s'identifica un mezzo di tutela processuale, contemporaneamente si è individuata la situazione sostanziale in base alla quale esso può venire esperito» e quindi, sebbene «la concettualizzazione può assumere ... come prioritario l'uno o l'altro aspetto, ma essi sono inscindibili»<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 273.

<sup>235</sup> F. SHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, trad. it. A cura di V. Arangio Ruiz, Firenze, 1946, 36 ss.

<sup>236</sup> M. TALAMANCA, *La struttura dell'editto del pretore*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, 151 s.

Muovendo da queste premesse, si può passare all'analisi delle fonti cercando di vedere se vi sono passi che prevedono l'esperimento, da parte del mandatario, di una *actio mandati (contraria)* a tutela di un'obbligazione di refusione delle spese, prima dell'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario stesso. Le fonti in grado di confutare la teoria «a tenore del quale l'adempimento del mandatario costituirebbe il presupposto imprescindibile per il sorgere del diritto al rimborso delle spese e al risarcimento dei danni occorsi durante l'attività espletata per conto del mandante: e dunque una *condicio sine qua non* per la produzione di effetti obbligatori in capo al mandante»<sup>237</sup> sono attribuibili a giuristi antoniniani e severiani. Infatti, sebbene la casistica maggiormente ricorrente sia quella che vede l'esperimento dell'azione del mandatario solo successivamente all'esecuzione dell'incarico, non possono ignorarsi i passi che indubitabilmente si discostano da tale modello, ponendo l'accento sulla 'reciprocità' delle azioni nascenti dal contratto<sup>238</sup>. A dimostrazione del fatto che non fosse concepito dai romani un rigido ordine con cui le prestazioni delle parti dovevano essere eseguite (e quindi le obbligazioni dovevano essere adempiute), in quanto sussistevano, dal momento della conclusione del contratto, due 'reciproche azioni', militano diversi frammenti di Marcello, la cui opinione ci perviene a mezzo della voce di Ulpiano.

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.17: *Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieri, quis mandavit, heres eius poterit*<sup>239</sup> *mandate agere. Illum vero qui mandatum suscepit puto agere mandati, si ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum, cum herede defuncti:*

---

<sup>237</sup> S. VIARO, *Il mandato romano*, cit., 354. In tal luogo, nonostante si riferisca la sua volontà di dimostrare la non imprescindibilità della sopportazione delle spese da parte del mandatario al fine dello scaturire dell'obbligazione in capo al mandante, la studiosa riporta anche le opinioni divergenti. In tal senso risulta rilevante il pensiero di G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 243, il quale è propenso a sostenere la natura bilaterale perfetta del mandato, pur rimanendo fermo nella convinzione che il mandatario sia tenuto ad adempiere per primo.

<sup>238</sup> Innumerevoli sono i casi in cui i giuristi vanno a mettere in risalto «la reciprocità delle pretese, mediante *invicem, ultro citroque, utrimque – actiones nasci, experiri posse, o inter (nos, eos) actionem esse*» (E. BETTI, *Sul significato di 'contrahere' in Gaio e sulla non classicità della denominazione 'ex quasi contractu obligatio'*, in *BIDR*, XXVI, 1912, 78).

<sup>239</sup> Rispetto al *poterit* si è sospettata una interpolazione, la quale sostiene la sostituzione del *poterit* con un originario *non poterit*. Sul punto si veda S. DI MARZO, *Sul mandato 'post mortem'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, I, Milano, 1947, 236; al quale aderisce, nella dottrina tedesca, M. HARDER, *Zum 'transmortalem' und 'postmortalem' Auftrag nach römischem und geltendem Recht, in Sein un Werden im Recht. Festgabe für U. von Lubtow zum 70. Geburtstag zum 21. August 1970*, Berlin, 1970, 524.

*si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia feceret monumentum, potuit agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

A prescindere dalla discussione circa la validità del *mandatum post mortem* (del quale viene qui presentata un'emblematica applicazione<sup>240</sup>) accesi in relazione a tale frammento<sup>241</sup>, questo rileva anche rispetto al tema di cui andiamo trattando, ovvero funge da testimonianza della possibilità, per il mandatario, di agire nei confronti del mandante per la rifusione delle spese, prima dell'adempimento della propria obbligazione. Infatti, nel «passaggio contenuto nella chiusa finale, ... il giurista di età imperiale afferma che il mandatario, cui sia stato affidato il compito di realizzare un *monumentum* dopo la morte del mandante, può rettamente agire contro chi gli ha conferito l'incarico, onde ottenere le somme occorrenti per procedere alla costruzione dell'opera»<sup>242</sup>. Ciò che risulta rilevante al fine di provare la prospettiva che si va offrendo, è il fatto che l'opinione di Marcello tratteggi placidamente la possibilità di agire con l'*actio mandati contraria* prima dell'erezione del monumento, non mostrando, e nemmeno lasciando spazio per intendere, in alcun modo, il carattere di eccezionalità di tale scenario. Se infatti fosse stato rinvenibile nella

---

<sup>240</sup> Ulpiano presenta qui una vera e propria ipotesi tipica di *mandatum post mortem* (cfr. R. MARTINI, *Il mandato*, cit. 645, nt. 30). Va solamente ricordato, non essendo specifico oggetto di questa trattazione, che chi voleva che venisse costruito un monumento funebre dopo la sua morte poteva servirsi di uno strumento alternativo rispetto al mandato, ovvero il legato modale. Di questa possibilità ci rende edotti la lettura di Lab. 2 *post. A Iav. Epit.* D. 35.1.40.5: *Thermos Minor quorum arbitrato monumentum sibi fieri vellet testamento scripserat, deinde ita legaverat: 'Luciis Publiis Corneliis ad monumentum meum aedificandum mille beres meus dato'. Trebatius respondit pro ea habendum ac si ita legatum esset, si satisdeditissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat, quia haec mens testantis fuisset, ut ea pecunia in monumentum consumeretur: idem et ego et Proculus probamus.*

<sup>241</sup> Il passo, infatti, è stato oggetto di interpretazione, in relazione a tal tema, da parte di diversi studiosi, *ex plurimis*, G. DIETZEL, *Beiträge zur Lehre vom 'mandatum post mortem'*, in *Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß*, XIII, 1856, 428 s.; P. BONFANTE, *Mandato 'post mortem'*, in *Giur. It.*, IV, 1903, IV, 161 ss. (ora anche in ID., *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1926, 262 ss.); S. DI MARZO, *Sul mandato 'post mortem'*, cit., 233 ss.; G. CASTELLI, *Alcune osservazioni giuridiche sull'epitaffio di Allia Potestas*, in *RIL*, XLVI, 1914, 8 ss. (ora anche in ID., *Scritti giuridici*, a cura di E. Albertario, Milano, 1923, 113 ss.); C. SANFILIPPO, *'Mandatum post mortem'*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli, 1948, 566; J.C. VAN OVEN, *'Gaius 3. 158: mandatum post mortem mandantis'*, in *Eos* (= *'Symbolae R. Taubenschlag dedicatae'*), XLVIII.1, Warshau, 1956, 538 e nt. 19; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1960, 266 s.; H.A. RABIE, *L'acte juridique 'post mortem' en droit romani: validité et fonction*, Milano, 1955, 72 s.; V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 152 ss.; M. HARDER, *Zum 'transmortalem' und 'postmortalem' Auftrag*, cit., 525 s.; J.M. RIBAS ALBA, *'Mandatum post mortem'*, in *Seminarios Complutenses*, XIV, 2002, 81; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema Contractual Romano*, Madrid, 2004, 361 s.

<sup>242</sup> S. VIARO, *Il mandato*, cit. 358.

locuzione un qualche accenno al fatto che il preventivo esperimento dell'*actio* fosse tipico e ancorato allo snodo concreto dei fatti descritto dal giurista, allora sarebbe stato discutibile ammettere l'estensione di tale utilizzo dell'*actio* in via generale. Tuttavia, alcun elemento sembra tornare a vantaggio di una interpretazione restrittiva di tale impiego, giocoforza pare probabile ammettere che si possa agire per la rifusione delle spese prima dell'esecuzione dell'incarico in via generale, proprio in ragione della 'insignificanza della casistica'<sup>243</sup> ivi descritta.

Che l'azione possa essere esperita a partire dal momento della conclusione del contratto, e non in via subordinata all'adempimento dell'obbligazione del mandatario, sembra essere anche riconfermato in un altro passo in cui l'opinione di Marcello ci perviene sempre per via di Ulpiano.

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.7: *Contrario iudicio experiuntur qui mandatum susceperunt, ut puta qui rerum vel rei unius procuracionem susceperunt.*

Qui viene espresso, in termini apodittici, il concetto per cui l'azione di mandato contraria può essere esperita da coloro che accettarono (*susceperunt*) il mandato. La semplice accettazione del mandato, che comporta la conclusione del contratto, è sufficiente per il sorgere dell'azione, non essendo indicata alcuna condizione ulteriore. Mi sembra logico che se l'accordo delle parti non fosse stato, da sé, proporzionato al bisogno di esperire tale azione, non si sarebbe scritto chiaramente che l'accettazione del mandato comporta la possibilità di agire in tal senso, ma si sarebbe reso noto come, oltre alla conclusione del contratto, per il sorgere dell'azione, si sarebbe dovuto verificare l'adempimento dell'obbligazione da parte del mandatario. Che il giurista non abbia specificato la sussistenza di questo ulteriore requisito mi sembra vada a rendere macchinosa la costruzione per cui l'azione contraria sarebbe diventata esperibile dopo l'esecuzione e, conseguentemente, pare essere molto più coerente al *dictum* del giurista antoniniano la costruzione che vede sorgere l'*actio mandati contraria* dalla conclusione del contratto, contestualmente all'*actio mandati directa*. È bene evidenziare come «una simile soluzione, infatti, appare in netto contrasto con la regola, da sempre ipotizzata in dottrina, secondo

---

<sup>243</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 267.



cui il rimborso delle spese o il risarcimento dei danni<sup>244</sup> da parte del mandante dovrebbe essere logicamente successivo rispetto all'adempimento dell'incarico affidato al mandatario». <sup>245</sup>

L'energica asserzione, desumibile certamente dal passo in analisi, che l'azione contraria fosse esperibile dal momento della conclusione del contratto, rivela l'esistenza di una tutela per 'un qualche cosa' (precisamente, per l'obbligazione del mandante di rifondere le spese al mandatario) da ritenersi, giocoforza, sussistente dal momento in cui risulta esperibile tale azione, ovvero dalla conclusione del contratto. Ciò indurrebbe inevitabilmente a concludere che il risarcimento delle spese risulta quindi un dovere di prestazione in capo al mandante, che integra un'obbligazione che può dirsi sorta dal momento della conclusione del mandato, e non successivamente all'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario.

Guardando al solo parere di Marcello (come riportato da Ulpiano) sembrerebbe indiscutibile affermare l'esistenza dell'*actio mandati contraria*, e della relativa *obligatio*, esistente *ab initio*, senza postergarla al verificarsi di eventi successivi. Tuttavia, in ragione della controversialità giurisprudenziale vigente in Roma (*ius controversum*) per ottenere maggior sicurezza circa le conclusioni tratte è bene vedere se il contenuto concettuale espresso da Marcello si può ritrovare anche in frammenti riconducibili ad altri giuristi.

Effettivamente il pensiero di Marcello sembra combaciare e trovare conferma in un giurista di epoca immediatamente successiva, ovvero il severiano Paolo.

Del giureconsulto patavino, all'uopo, occorre rammentare un frammento, tratto da un'opera di commento a Plauzio, oscuro giureconsulto del I sec. a.C.<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Da questa affermazione, nonostante renda a pieno la collisione, rispetto alla dottrina dominante, che comporta tale conclusione, tenderei a discostarmi parzialmente. Come, infatti, espresso nel cap. 2, ritengo che il discorso per cui l'azione contraria di mandato possa risultare esperibile, in quanto tutelante la già sussistente obbligazione in capo al mandante, valga solo per l'obbligazione di refusione delle spese, che risultano fisiologiche e prevedibili nell'esecuzione dell'incarico. Secondo la mia visione, infatti, il risarcimento del danno è un dovere di prestazione che a riempire una obbligazione solo nel momento in cui effettivamente il danno si verifica, non essendo il danno un evento, in via generale, prevedibile al momento della conclusione del contratto di mandato. L'obbligazione di risarcimento del danno è quindi una obbligazione eventuale, in quanto eventuale è la natura del danno, e non può mai considerarsi sorta al momento della conclusione del contratto.

<sup>245</sup> S. VIARO, *Il mandato*, cit., 359.

<sup>246</sup> S. VIARO, *Il mandato*, cit., 355, nt. 60.

Paul. 5 *ad Plaut.* D. 17.1.45.: *Si mandate meo fundum emeris, utrum cum dederis pretium ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur in hoc esse mandate actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit: nam ego tecum agree possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti actiones.*<sup>247</sup>

Il caso descritto nel frammento vede protagonisti due soggetti, Ego e Tu, parti contrenti un mandato, in cui Ego riveste il ruolo di mandante e Tu di mandatario. L'accordo prevede che Tu compri un fondo a favore di Ego. A tal punto, il giurista solleva la *quaestio*: potrà Tu agire nei confronti di Ego solo dopo aver versato il prezzo stabilito dalla compravendita, o anche prima di versare tale prezzo, di modo da non doversi trovar costretto a subire un impoverimento (per quanto, temporaneo<sup>248</sup>)?

Nonostante, l'incarico possa dirsi secondo alcuni<sup>249</sup> esaurito con il mero perfezionamento del contratto di compravendita, una tale prospettiva mi pare estranea alla pratica mentalità romana in cui risulta oltremodo teorica e sconnessa da un'effettiva esigenza concreta la possibilità di conferire un incarico di comprare una qualche cosa, che potesse dirsi pienamente eseguito, senza ottenere la consegna della cosa comprata e senza versare il prezzo pattuito. Se, infatti, l'incarico si fosse sostanziato nella mera conclusione del contratto sarebbe stato, in primo luogo, specificato dal giurista, il quale avrebbe utilizzato un gergo indicante la semplice conclusione del contratto (un *contrahere*, ad esempio, «indicante il risultato dell'attività dei soggetti contraenti»<sup>250</sup>), piuttosto che un verbo (*emere*) significante non un mero comprare nel senso giuridico del termine (come conclusione di una compravendita), ma un comprare 'effettivo' caratterizzato da un ottenimento, un 'acquisto', nel senso di accrescimento reale del patrimonio. In secondo luogo, non sarebbe sorto il problema del momento in cui agire per la refusione delle spese, in quanto l'incarico sarebbe stato, in ogni caso, portato a termine con la conclusione della compravendita,

---

<sup>247</sup> Rispetto a tale frammento si sono espressi, *ex plurimis*, A. WATSON, *Contract of mandate*, cit., 165 s. (su cui F.M. DE ROBERTIS, *Recensione ad A. Watson, Contract of mandate*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 414 ss.); G. BESELER, 'Miscelanea', 'Actio mandati contraria', in *ZSS*, XLV, 1925, 253; G. DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, I, L'actio mandati dell'adpromissor', in *AUPE*, XXXVIII, 1927, 40 ss.

<sup>248</sup> A prescindere dal momento in cui può dirsi sorta in capo al mandante l'obbligazione di rifondere le spese sopportate dal mandatario, non può in alcun modo negarsi che tale obbligazione comunque sorge nel momento in cui le spese vengono sopportate.

<sup>249</sup> A. WATSON, *Contract of mandate*, cit., 166.

<sup>250</sup> A. BURDESE, *Sul concetto di contratto*, cit., 119.

bastante per dirsi il mandato eseguito, e, di conseguenza, sarebbe stato sempre possibile esperire l'azione per l'ottenimento della rifusione delle spese. Affermare, invece, che la *forma mentis* romana richiedesse, per considerarsi adempiuto il mandato avente come oggetto il 'comprare il fondo', non solo la conclusione della compravendita, ma anche l'esecuzione della stessa, risulta, nella mia opinione, preferibile.

Conclusa tale osservazione circa il momento in cui considerare pienamente adempiuto il mandato di comprare a favore del mandante, è bene soffermarsi sulla *solutio* che Paolo avanza per rispondere alla *quaestio*. Il giurista severiano ammette infatti che, dopo la conclusione della compravendita avente ad oggetto l'acquisto del fondo, «il mandatario Tu può – anziché anticipare di tasca propria il prezzo e, successivamente, rivolgersi contro il mandante per ottenere il rimborso con l'*actio mandati contraria* – pretendere che Ego fin da subito versi il corrispettivo occorrente per comprare il fondo stesso, in modo tale da non doversi trovare costretto a cedere beni propri per procurarsi la liquidità necessaria a far fronte all'obbligazione assunta in proprio nei confronti del venditore»<sup>251</sup>. Di conseguenza, «egli mostra di ritenere utilmente esperibile, da parte del mandatario, l'*actio mandati* ... per evitare in via preventiva di rimanere esposto a un ingiustificato sacrificio patrimoniale. A testimonianza, dunque, che l'obbligazione del mandante non rappresenta un *posterius* che i giuristi ricollegano a una diminuzione della sfera economica del mandatario ..., quanto piuttosto un effetto discendente direttamente dal contratto»<sup>252</sup>.

Questo passo sembra dunque riconfermare le supposizioni avanzate poc'anzi, ovvero quelle per cui non esisterebbe un rigido ordine con cui le obbligazioni di mandatario e mandante debbano essere adempiute, dato dal fatto che l'obbligazione del mandante sorge solo a seguito dell'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario, ma si tratta di due obbligazioni il cui adempimento può svolgersi in maniera indipendente l'una dall'altra, in quanto esse trovano origine nel medesimo momento genetico, la conclusione del contratto.

Scardinando quindi il presupposto che fonda la teoria della bilateralità imperfetta, ovvero il differente momento genetico delle obbligazioni che si rifletterebbe anche sulla

---

<sup>251</sup> S. VIARO, *Il mandato*, cit., 356.

<sup>252</sup> S. VIARO, *Il mandato*, cit., 356.

‘contrarietà’ dell’azione del mandante<sup>253</sup>, risulterebbe difficile dimostrare la differenza tra le obbligazioni sorte, le quali appunto dovrebbero porsi, senza più remore, sul medesimo piano.

---

<sup>253</sup> Contrarietà che, come dimostrato dal Provera (cfr. vedi cap. 1), non implica l’esperimento dell’azione in una direzione che non è ‘naturale’.

## CONCLUSIONI

Giunti al termine della trattazione sarebbe forse inutile procedere a una approfondita sintesi della posizione ivi sostenuta, essendosi realizzato ciò nel principio del capitolo quarto. Pertanto, ritengo sia sufficiente, al fine di fornire un valido sostegno concettuale per la realizzazione di osservazioni e dubbi conclusivi, delineare sommariamente il percorso fin qui seguito.

La ricerca concernente il modo in cui le obbligazioni nascenti da mandato si rapportano tra di loro ha preso avvio dallo studio di quello che viene chiamato ‘elemento giuridicizzante’ l’accordo fondante il mandato. Accostandosi a una serie di frammenti contenuti nel *Corpus Iuris* di Giustiniano, nella sezione dedicata alla disciplina del mandato, è possibile immaginare che, dall’epoca classica in poi, ciò che rendesse un accordo sul conferimento di un incarico ‘contratto di mandato’ fosse il particolare contenuto che tale accordo doveva raggiungere, ovvero la comunione dei consensi dovesse ricadere non solo sull’incarico che il mandatario si obbligava ad eseguire, ma anche sull’impegno del mandante a rifondere le spese connesse all’esecuzione dell’incarico. Invero, secondo la teorica di Labeone anche il contenuto di *ultra citroque obligatio* può permettere, da sé, il transito dell’accordo nel mondo della *conventio*, essendo esso un peculiare elemento interno e contenutistico che si configura come elemento giuridicizzante. Stabilito quindi, che il mandato sia formato da un accordo contenente un duplice dovere di prestazione, è giocoforza, semplice giungere alla considerazione che dal mandato nascono due obbligazioni, ciascuna delle quali risulta integrata da una prestazione. Ammettendo quindi che dal mandato, secondo tale prospettiva, sia possibile dire che nascano due obbligazioni, ci si deve chiedere se tali obbligazioni trovino la loro origine nel medesimo momento genetico, coincidente con la conclusione del contratto, o in momenti differenti, realizzandosi tra il sorgere delle due obbligazioni uno sfasamento temporale. La risposta a

questo quesito si rinviene nella generale logica che governa la configurazione di un assetto di interessi come quello contrattuale: qualora le parti concludano un qualsivoglia contratto, l'esplicazione degli effetti da esso nascenti sarà connessa al perfezionamento del contratto stesso e quindi dal suddetto momento si produrranno subito, a meno che non sia prevista una condizione sospensiva, che subordina la produzione degli effetti contrattuali al verificarsi di un evento futuro e incerto. Le prove della immediata esistenza dell'obbligazione di refusione delle spese in capo al mandante sarebbero fornite dalla duplice possibilità, constatata in frammenti del Digesto, di adempiere l'obbligazione<sup>254</sup> e di agire, da parte del mandatario, per l'adempimento dell'obbligazione in capo al mandante dal momento della conclusione del contratto<sup>255</sup> e pertanto prima dell'esecuzione dell'incarico da parte del mandatario. Quest'ultima prova fornirebbe un'incontrovertibile testimonianza dell'esistenza dell'obbligazione del mandante, in conformità a quella tendenza di pensiero per cui l'obbligazione può dirsi esistente solo quando esista un'azione che possa tutelarla. Dalla conclusione del contratto di mandato non sorgerebbe un'unica obbligazione, bensì una duplice obbligazione. Ammessa quindi la riconduzione della nascita dell'obbligazione del mandante alla conclusione del contratto sarebbe auspicabile un'indagine, da svolgersi in una apposita sede in quanto necessiterebbe di un'approfondita ricerca, rivolta alla comprensione del contenuto di tale obbligazione, al fine di categorizzarla come obbligazione di *dare, facere* o *praestare*. Circa tale classificazione, come suggestione priva di un preventivo studio esaustivo, mi spingerei ad avanzare l'ipotesi che, quella oggetto di studio, sia un'obbligazione il cui contenuto può configurare un *praestare* (contenuto che, di per sé, risulta problematico sia in relazione al profilo della responsabilità ad esso connesso, sia in relazione a ulteriori profili<sup>256</sup>). Tuttavia, definire una certa obbligazione come caratterizzata da un *praestare* non è esente da complicazioni in quanto il *praestare* raramente compare in veste autonoma in funzione esplicativa di un preciso

---

<sup>254</sup> Cfr. cap. 3.

<sup>255</sup> Cfr. cap. 4.

<sup>256</sup> Cfr. R. CARDILLI, *La tutela in caso di vizio della 'res empti' e della 'res locata'*, cit., 28 ss.

contenuto della prestazione» pertanto una tale ammissione aprirebbe una ulteriore finestra di ricerca circa «il complemento oggetto che ne identifica il vero contenuto»<sup>257</sup>.

Il ragionamento che conduce alla configurazione del mandato come un contratto bilaterale in ragione del sinallagma genetico che in questo si rinviene si scontra con quanto sostenuto dalla dottrina dominante, la quale classifica il mandato come contratto imperfettamente bilaterale, motivando una tale definizione dell'assetto obbligatorio con l'argomento per cui l'obbligazione del mandante sorgerebbe solo eventualmente, mentre l'obbligazione del mandatario sorgerebbe sempre dalla conclusione del contratto. Tale teoria ritiene quindi che vi sia un ordine con cui le diverse obbligazioni di mandante e mandatario vadano adempiute, potendo la prima essere adempiuta solo successivamente all'adempimento della seconda. Il ragionamento sovra esposto mi pare vada tuttavia a confutare l'assunto base che regge la dottrina dominante della bilateralità imperfetta, sconfessando la convinzione che vi sia un insovertibile ordine di adempimento e dimostrando come l'obbligazione del mandante possa essere adempiuta o si possa agire per l'adempimento prima che l'incarico venga eseguito dal mandatario.

Sicuramente l'articolata casistica giurisprudenziale rende spesso enigmatica la configurazione dogmatica del contratto in questione, ma ciò cui tale trattazione mira è fornire una prospettiva alternativa dell'assetto obbligatorio del mandato il più conforme possibile al dato reale. Si vuole infatti evidenziare come non appaia estranea, ma anzi risulti confacente alla mentalità casistica romana una configurazione del mandato come contratto bilaterale, che veda sorgere dalla sua conclusione una duplice obbligazione. Invero, è stato rilevato da precedenti studiosi come la spesa per l'esecuzione dell'incarico si verifichi nella grande maggioranza delle ipotesi. In ragione di questa considerazione statistica non mi pare immaginabile che i romani avessero costruito una regola per cui dal mandato nascesse anche questa obbligazione, in concomitanza con il sorgere dell'obbligazione del mandatario. I romani invero costruivano le *regulae iuris* sul verificarsi delle ipotesi concrete, ove lo scostamento da tale schema avrebbe configurato una mera *quaestio facti*. Per ogni regola giuridica, infatti, risulta possibile ravvisare delle eccezioni: tuttavia, l'eccezionalità

---

<sup>257</sup> R. CARDILLI, *La tutela in caso di vizio della 'res empti' e della 'res locata'*, cit., 28.

con cui si verificano le ipotesi che si discostano dalla regola non è sufficiente ad inficiare la regola stessa. La regola si basa sul normale andamento dei casi concreti e se in essi risulta possibile ravvisare spesso la sopportazione delle spese in capo al mandante non stupisce la prospettiva per cui l'accordo configurante il mandato fosse stato disegnato dai giuristi come contenente *ab initio* l'impegno di rifondere le spese nascenti da tale contratto, integrante un dovere di prestazione oggetto di una *obligatio*, la cui nascita viene direttamente ricondotta alla conclusione del contratto.

Nonostante il dato statistico connesso al sorgere dell'obbligo di refusione delle spese sia un elemento sufficiente nella mia teoria per dimostrare come questo possa configurare non solo un vincolo generico determinato dalla *bona fides*, ma un vero e proprio vincolo giuridico oggetto di una specifica *obligatio*, non nego che la ricerca di un elemento, dal punto di vista giuridico, possa giustificare una emancipazione di tale dovere dai restanti doveri di buona fede possa sicuramente giungere a esiti più interessanti e convincenti di quelli cui è giunta la sottoscritta. Invero ammettere che il vincolo alla refusione delle spese possa configurare non solo un mero dovere di buona fede, ma un vero e proprio dovere contrattuale in ragione del diverso trattamento ad esso riservato dai giuristi, i quali sentono l'esigenza di esplicitarlo nella conclusione del contratto mi sembra, ad una attenta analisi, possa andare incontro a un cortocircuito metodologico. Dire che un dovere di buona fede è diverso dagli altri doveri di buona fede perché è trattato in maniera differente dai giuristi non risponde al quesito relativo all'essenza sostanziale della sua diversità: giustificare la diversità richiamandosi a un diverso trattamento nulla dice sulla diversità stessa, che, in questo modo, rimane inspiegata. La diversità di tale dovere di buona fede è pertanto solo descritta, rilevata, ma non viene ancorata a nessuno schiacciante dato sostanziale che possa dimostrarla.

Nonostante la prospettiva che si vuole offrire possa fornire diversi spunti per una critica sia sostanziale, sia metodologica, mi sembra che la proposta di accoglimento di una lente evoluzionistica per l'osservazione dell'elemento giuridicizzante l'accordo di mandato sia utile per auspicare una palingenesi nello studio di tale elemento e dell'assetto che da tale accordo, nel momento in cui diventa contratto, si va creando. L'indagine di un tale elemento è invero necessaria per risolvere a pieno la questione relativa alle obbligazioni



che possono dirsi sorte dal contratto di mandato, in quanto solo quando si riesce a individuare il momento di inizio della rilevanza giuridica di una *conventio* delle parti è possibile realizzare una completa analisi circa quali obbligazioni possono dirsi esistenti guardando alla sussistenza delle *actiones* a loro tutela. Le conclusioni che potrebbero raggiungersi in relazione a un tale studio di diritto romano non possono considerarsi irrilevanti per il diritto vigente. Invero, anche nella pratica attuale è possibile concludere un mandato in cui, se espressamente previsto dalle parti<sup>258</sup>, l'espletamento dell'incarico non è accompagnato dalla previsione di alcun corrispettivo e, pertanto, è caratterizzato da gratuità. Quindi, nonostante la riflessione in ambito romanistico non possa essere estesa senza correttivi al diritto vigente, essendo il mandato odierno un istituto sostanzialmente diverso dal mandato romano, comunque le conquiste dottrinali ottenute nell'uno potrebbero condurre alla soluzione di cavilli riguardanti l'altro, fornendo una chiave per l'individuazione, e la conseguente esclusione dalla sfera del giuridico, di quelle prestazioni che, seppur sorrette da un accordo, si configurano come mere cortesie e quindi rimangono estranee dalla gratuità contrattuale.

---

<sup>258</sup> Art. 1709 cod. civ., comma 1.





- D. 17.1.1: 13.
- D. 17.1.1.1: 52.
- D. 17.1.1.2: 13, nt. 10; 51, nt. 125.
- D. 17.1.1.4: 14; 58, nt. 137.
- D. 17.1.3.1: 102.
- D. 17.1.4: 14; 104, nt. 217.
- D. 17.1.6.3: 14, nt. 17.
- D. 17.1.8: 22, nt. 46; 79, nt. 180.
- D. 17.1.8.5: 90.
- D. 17.1.10.7: 58, nt. 138.
- D. 17.1.12.8: 94.
- D. 17.1.12.10: 91.
- D. 17.1.12.17: 118.
- D. 17.1.26.6: 90, nt. 196.
- D. 17.1.27: 64.
- D. 17.1.45: 122.
- D. 17.1.52: 90.
- D. 17.1.59.5: 64.
- D. 17.1.62.1: 63.
- D. 18.4.19: 101, nt. 211.
- D. 19.4.1.3: 68, nt. 152.
- D. 19.5.5.4: 66.
- D. 35.1.40.5: 119, nt. 240.
- D. 50.16.19: 19; 22, nt. 46; 23, nt. 49; 62,  
nt. 143; 75; 79, nt. 180.
- Institutiones Iustiniani  
3.26.11: 18, nt. 37.
- D) FONTI MODERNE
- Codice Civile
- Art. 1174: 21, nt. 157.
- Art. 1321: 53, nt. 127.
- Art. 1322: 53, nt. 127.
- Art. 1709: 129, nt. 258.

## BIBLIOGRAFIA

ALBANESE B., '*Iudicium contrarium*' e '*ignominia*' nel mandato, in *Iura*, XXI, 1970, 1-51 (ora anche in ID., *Scritti giuridici*, I, a cura di M. Marrone, Palermo 1991, 921-971).

ALBANESE B., *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J. 3, 13 pr.*, in *SDHI*, L, 1984, 167-187 (ora anche in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1657-1668).

ALBANESE B., *L' «amicitia» nel diritto privato romano*, in *Jus. Rivista di Scienze giuridiche* XVI, 1963, 130-147 (= *Scritti giuridici* 1, I, a cura di M. Marrone, Palermo, 1991, 313- 330).

ALBERTARIO E., *Le definizioni dell'obbligazione romana*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1936, 1-56.

ARANGIO RUIZ V., *Il mandato in diritto romano, corso di lezioni svolto nell'università di Roma. Anno 1948-1949*, Napoli, 1949.

ARANGIO RUIZ V., *La compravendita in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'università di Roma. Anni 1951-1953*, Napoli, 1954.

ARTNER M., '*Agere praescriptis verbis*'. *Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002.

AUSIELLO C., *Il concetto dell'obbligazione romana nel 'ius civile' e nel 'ius honorarium'*, in *Annali Camerino*, II, 1929, 347-513.

BARASSI L., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1955.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963.

BEREHENDS O., *Die 'bona fides' in 'mandatum'. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag*, in '*Ars boni et aequi*'. *Festgabe für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, a cura di M. J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart, 1933.

BESELER G., '*Miscelanea*', '*Actio mandati contraria*', in *ZSS*, XLV, 1925, 188-265.

- BETTI E., *Sul significato di 'contrahere' in Gaio e sulla non classicità della denominazione 'ex quasi contractu obligatio'*, in *BIDR*, XXVI, 1912, 65-87.
- BETTI E., *Per una costruzione giuridica della così detta consunzione processuale in diritto romano classico*, Parma, 1919.
- BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Roma, 1919.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *prolegomeni: funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953.
- BIONDI B., *'Iudicia bona fidei'*, II, in *AUPA*, VII, 1920, 152-161.
- BIONDI B., *La compensazione nel diritto romano*, in *AUPA*, XII, 1929, 161-476.
- BIONDI B., *Lezioni di diritto romano. Obbligazioni*, Catania, 1932.
- BIONDI B., *Concetto e definizione dell'obligatio*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 245-587.
- BISCARDI A., *'Secundum nostrae civitatis iura'*, in *Studi Senesi*, LXIII.1, 1951, 35-71.
- BISCARDI A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968.
- BISCARDI A., *'Quod Graeci synallagma vocant'*, in *Labeo*, XXIX, 1983, 127-139.
- BONFANTE P., *Mandato 'post mortem'*, in *Giur. It.*, 1903, IV, 252-604.
- BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955.
- U. BRASIELLO U., voce *Obbligazione (dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1945, 554-570.
- M. BRETONI M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 200.
- A. BURDESE A., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, 34-58.
- BURDESE A., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 63-92.
- CANCELLI F., *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963.
- CANCELLI F., voce *Ufficio (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Milano, 1992, 599-641.

CANNATA C.A., *Le definizioni romane dell'«obligatio». Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 131-163.

CANNATA C. A., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991.

CANNATA C. A., *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale Aristec (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995)* a cura di L. Vacca, Torino, 1997.

CANTILLO M., *Le obbligazioni*, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi*, Torino, 1992, 3-247.

CARDILLI R., *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano II sec. a C. - II sec. d. C.*, Milano, 1995.

CARDILLI R., *Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, a cura di R. Fiori, Napoli, 2006, 1-22.

CARDILLI R., *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra 'natura contractus' e 'forma iuris'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 24-37.

CASTELLI G., *Alcune osservazioni giuridiche sull'epitaffio di Allia Potestas*, in *RIL*, XLVI, 1914, 369-380.

COLLINET P., *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris, 1952.

COPPOLA BISAZZA G., *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, 494 ss. (ID., *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità. Considerazioni sul contratto di mandato alla luce di recenti studi*, in *Teoria e storia del dir. Priv.*, III, 2010, 16-158).

CORTESE B., *La tutela in caso di vizio della 'res emptā' e della 'res locata'. Inadempimento e rispondenza 'ex fide bona'*, Roma, 2020.

CREMADES UGARTE I., *El 'officium' en el derecho privado romano. Notas para su estudio*, Leon, 1988.

- CRIFÒ G., *Appunti bibliografici*, Milano, 1968.
- E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1928.
- DALLA MASSARA T., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Scambio e Gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale* a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 175-220.
- DE FRANCISCI P., *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913.
- DE ROBERTIS F. M., *Recensione ad A. Watson, Contract of mandate*, in *SDHI*, XXVIII, 1962.
- DE RUGGIERO R., *Le obbligazioni. Corso di lezioni di diritto romano*, Napoli, 1921.
- DIETZEL G., *Beiträge zur Lehre vom 'mandatum post mortem'*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, XIII, 1856, 276-359.
- DI MARZO S., *Sul mandato 'post mortem'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, I, Milano, 1947, 233-238.
- DNIESTRZANSKI S., *Die Aufträge zugunsten Dritter: eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen und deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, Leipzig, 1904.
- DONATUTI G., *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, I, L'actio mandati' dell'adpromissor', in *AUPE*, XXXVIII, 1927.
- DONATUTI G., *Contributi alla teoria del mandato*, II: la volontà del mandante, in *AUPE*, XXXVIII, 1927.
- DUMONT F., *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz nel XLC anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1953, 307-456.
- DUMONT F., *'Obligatio'*, Lausanne, 1963.
- ESSER J. – SCHMIDT E., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg – Karlsruhe, 1976.
- FALCONE G., *'Obligatio est iuris vinculum'*, Torino, 2003.
- FALCONE G., *Approccio operativo-cautelare e 'obligationes ex contractu' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, 315-325.
- FALCONE G., *La definizione di 'obligatio', tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017.



FERCIA R., «*Quia vendidit, dare promisit*», Cagliari, 2009.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN F., *Sistema Contractual Romano*, Madrid, 2004.

FINAZZI G., 'Amicitia' e doveri giuridici, in 'Homo', 'caput', 'persona'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010.

FIORI R., *La definizione della 'locatio conductio'*, Napoli, 1999.

GAGLIARDI G., *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 102-180.

GALLO F., *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 30, 1964, 299-318.

GALLO F., *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)* I, Milano, 1988, 41-59.

GALLO F., 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto, II, Torino, 1995.

GALLO F., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995)*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 53-97.

GAROFALO L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 337-378 (= *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano, 2007, 15-61 *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 53-101).

GAROFALO L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 1-88 (= *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 5-8 giugno 2004*, a cura di F. Milazzo, Milano, 2012, 351-439; *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 103-204).

GAROFALO L., *Sull'eccezione di dolo generale*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica, Nuovi saggi*, in *Il giurista europeo*, Torino, 2015, 67-116.

- GIORGIANNI M., voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, 581-614.
- GROSSO G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1950.
- GUARINO A., '*Obligatio est iuris vinculum*', in *SDHI*, LXI, 2000, 263-267.
- HARDER M., *Zum 'transmortalem' und 'postmortalem' Auftrag nach römischem und geltendem Recht*, in *Sein un Werden im Recht. Festgabe für U. von Lubtow zum 70. Geburtstag zum 21. August 1970*, Berlin, 1970.
- HELLEGOUARCH'H J., *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la republic*, Paris, 1963.
- HONSELL H., '*Quod interest im bonae-fidei-iudicium*'. *Studienz zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969.
- KADEN E. H., *Recensione a J.H. MICHEL, Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, 1962, in *ZSS*, LXXXI, 1964, 446-451.
- KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901.
- KASER M., *Zur Methodologie der romischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972.
- LABATE M. – NARDUCCI E., *Mobilità dei modelli etici e relativismo dei valori: il 'personaggio' di Attico*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, Roma-Bari, 1981, 127-182.
- LAMBRINI P., *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova, 2006.
- LANTELLA L., *Note semantiche sulla definizione di 'obligatio'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 197, 163-232.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, München, 1987.
- LENEL O., *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927.
- LOMBARDI L., *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, 1974.

- MANCALEONI F., *Il mandato di credito*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 191-260.
- MANCUSO G., *A proposito della definizione di «obligatio» (I. 3. 13 pr.)*, in *Panorami*, II, 1990, 137-164.
- MANTELLA A., *'Beneficium' servile-'Debitum' naturale. Sen., de ben. 3.16.1 ss. – D. 35.1.40.3 (Iav., 2 es post. Lab.)*, Milano, 1979.
- MARRONE M., *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*, Palermo, 1992, 181-206.
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006.
- MARTINI R., voce *Mandato nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.*, XI, Torino, 1994, 198-205.
- MASCHI C. A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1993.
- MEDICUS D., *'Id quod interest'. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962.
- MEDICUS D., *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, 1988.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959.
- MEYLAN PH., *La conception classique de la vente en el fragment D. 12.4.16*, in *RIDA*, I, 1948, 135-152.
- MICHEL J. H., *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, 1962.
- MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1954.
- MURGA J. L., *El 'officium'*, in *'Iuris vincula'. Scritti in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli, 200, 1-31.
- NASALLI ROCCA A., *Il mandato. Studio di diritto romano*, Roma, 1972.
- NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, riprodotto in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, 967-1280.

- NICOTRI M. T., *'Amicitia' e 'dignitas' familiare tra politica e diritto (Cic. Ad fam. 5.1-2)*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica. Ricordando Giovanni Criscioli*, a cura di P. Cerami e M. Serio, II, Torino, 2013, 193-203.
- NÖRR D. - NISHIMURA S., *'Mandatum', 'fides', 'amicitia'*, in *'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin, 1993, 13-37.
- NÖRR D., *Ethik und recht im Widerstreit. Bemerkungen zu Paul (29 ad ed.) D. 13,6,17,3*, in *'Ars boni et aequi'. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von M.J. Schermaier und Z. Végh, Stuttgart – Franz Steiner Verlag, 1993, 267-284.
- NÖRR D., *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*, LX, 1994, 367-393.
- PARTSCH J., *Studien zur 'Negotiorum Gestio'*, I, Heidelberg, 1913.
- PASTORI F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano. Corso di diritto romano 1968-69*, Trieste, 1971.
- PELLOSO C., *Il concetto di 'Actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 130-332.
- PEROZZI S., *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903.
- PROCCHI F., *Dall' 'id quod interest' alla 'Differenzhypothese'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca*, a cura di Luigi Garofalo, II, Padova, 2011, 481-550.
- PROVERA G., *Linee generali di uno studio sui 'iudicia contraria'*, in *SDHI*, VIII, 1942, 113-152.
- PROVERA G., *Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria'*, Torino, 1951.
- PROVERA G., voce *Mandato (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, 311-321.
- PROVERA G., *'Actiones contrariae' e sistema contrattuale romano*, in *Labeo*, I, Napoli, 1995, 27-134.
- PROVERA G., *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 325-348 (consultabile anche online attraverso l'indirizzo URL <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.htm> [Scritti giuridici. Collana della Rivista di Diritto Romano]).

- RABIE H. A., *L'acte juridique 'post mortem' en droit romani: validité et fonction*, Milano, 1955.
- RANDAZZO S., *'Mandare', radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005.
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1992.
- RACCANELLI R., *L'amicitia' nelle commedie di Plauto. Un'indagine antropologica*, Bari, 1998.
- RIBAS ALBA J. M., *'Mandatum post mortem'*, in *Seminarios Complutenses*, XIV, 2002, 57-100.
- RODIGHERO A., *Sul sinallagma genetico nell' 'emptio venditio' classica*, Padova, 2004.
- ROLLINGER CH., *'Amicitia sanctissime colenda'. Freundschaft und soziale Netzwerke in der späten Republik. (Studien zur Alten Geschichte, Bd. 19.)*, Heidelberg, 2014.
- ROTONDI G., *'Natura contractus'*, in *BIDR*, XXIV, 1911, 5-115.
- RUNDEL T., *'Mandatum' zwischen 'utilitas' und 'amicitia'. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster, 2005.
- SANFILIPPO C., *'Mandatum post mortem'*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli, 1948, 554-567.
- SANFILIPPO C., *Ancora un caso di 'mandatum post mortem'?*, in *'Soliditas'. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, 2047-2051.
- SANFILIPPO C., *Corso di diritto romano. Il mandato. Parte prima*, Catania, 1947.
- SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983.
- SANTORO R., *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone, Estratto dagli Studi in onore del Prof. Andrea Arena*, Palermo, 1980, 128-201.
- SANTORO R., *'Actio' in diritto antico*, in *Poteri, 'negotia', 'actiones' nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno internazionale di diritto romano [Copanello, 12-15 maggio 1982]*, Napoli, 1984, 201-223.
- SANTORO R., *'Omnia iudicia absolutoria'*, in *Atti del Convegno sul Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Siena, 13-15 dicembre 2001* [in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>].

- SANTORO R., *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del 'ius'*, in *AUPA*, XLVII, 2002, 293-366.
- SCHERILLO G., *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano, 1994.
- SCHIMIDLIN B., *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die actio praescriptis verbis*, in *ZSS*, CXXIV, 2007, 53-112.
- SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1273-1296.
- SCIANDRELLO E., *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, Napoli, 2017.
- SEGRÈ G., *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *Scritti vari di diritto romano*, in *BIDR*, XIX, 1907, 197-234 (= *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 199-248).
- SEGRÈ G., *'Obligatio' 'obligare' 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 499-618.
- SENN F., *La notion d'amicitie et ses applications dans le domain du droit*, in *Annales Universitatis Saraviensis*, IV, 1955, 299-310.
- SERRAO F., *Il 'procurator'*, Milano, 1947.
- SHULZ F., *Studien zur 'negotiorum gestio'*, Heibelberg, 1913.
- SCHULZ F., *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936.
- SHULZ F., *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, trad. it. A cura di V. Arangio Ruiz, Firenze, 1946.
- STAUB H., *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904, 933-985.
- STOLFI N.-STOLFI F., *Il nuovo codice civile commentato*, IV.1, Napoli, 1949.
- STOLL H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1932, 357-320.
- TALAMANCA M., *La struttura dell'editto del pretore*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, 253-322.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

- TALAMANCA M., voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLVI, Milano, 1993, 303-475.
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999.
- VAN OVEN J. C., '*Gaius 3. 158: mandatum post mortem mandantis*', in '*Eos*' (= '*Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*'), XLVIII.1, Warshau, 1956.
- VERBOVEN K., voce '*Amicitia*', in *The Encyclopedia of Ancient History*, Malden, 2013, 362-367.
- VIARO S., *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano. Contributo allo studio del sinallagma funzionale in diritto classico*, Padova, 2008.
- VIARO S., *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, in *Scambio e gratuità, Confini e contenuti dell'area contrattuale a cura di Luigi Garofalo*, Padova, 2011, 331-366.
- VINCENTI U., *Categorie del diritto romano. Corso di istituzioni*, Napoli, 2008.
- VOCI P., *Recensione a V. ARANGIO RUIZ, Il mandato*, cit. *SDHI*, XV, 1949, 326-271.
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1960.
- VOCI P., *Le obbligazioni romane. Corso di pandette*, I.1, *Il contenuto dell'obligatio*, Milano, 1969.
- WACKE A., *Sul concetto di 'dolus' nell' 'actio de dolo'*, in *Iura*, XXVIII, 1977, 10-39.
- WATSON. A., *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961.
- WIEACKER F., *Textsufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975.
- WILLIAMS C., *Friends of the Roman People. Some remarks on the Language of 'amicitia'*, in *Freundschaft und Gefolgschaft in den auswärtigen Beziehungen der Römer (2. Jahrhundert v. Chr. - 1. Jahrhundert n. Chr.)*, Frankfurt am Main - Peter Lang, 2008, 29-44.
- ZILIOFFO P., *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012.





## RINGRAZIAMENTI

L'entusiasmo che si prova nell'avere delle idee, nello studiare con pensiero critico l'opinione di altri; il mettere in dubbio le proprie teorie rendendo talmente elastica la propria mente, da non riuscire più a comprendere cosa possa sembrare convincente e cosa non. Confrontarsi solo con sé stessi, con le proprie conoscenze, con la voce di giuristi, alcuni viventi, altri vissuti millenni fa. Queste poche righe bastano per descrivere il lavoro dietro questo elaborato, le esperienze raccolte nel corso degli ultimi mesi, formative più che mai. Gli anni universitari sono stati ricchi di passione: che fortuna trovarsi a studiare cose che, sebbene a tratti possano risultare ostiche o noiose, mai si rivelano poco interessanti. È davvero un privilegio appassionarsi a ciò che si studia, e soprattutto farlo in compagnia di persone magnifiche. Per questo motivo ringrazio tutte le mie amiche, sia quelle dell'università, Emma e Beatrice, sia quelle, a cui sono legata da tutta la vita. Parole speciali, che non riusciranno mai a esprimere l'immenso affetto che nutro per lei, sono certamente da spendere per Sara, la quale, oltre a essere una grande amica, è stata per me alleata nello studio e personale motivatrice, ricordo vivente che il colpo di fulmine esiste più in amicizia che in amore. Un grazie va anche a Tommaso, le cui squisite elaborazioni suscitano in me una sconfinata ammirazione. Senza di lui la navigazione nel *mare magnum* della disciplina romanistica non sarebbe stata così emozionante e ricca: non avrei potuto desiderare compagno migliore.

Certamente un ringraziamento deve essere speso anche nei confronti della mia famiglia, di mio fratello e dei miei nonni, che con gentilezza mi hanno accompagnato nella crescita.

Infine, Giacomo. L'amore che ci unisce non giustifica la pazienza e l'attenzione che mi hai riservato in questi anni, il fare della mia tranquillità mentale uno dei tuoi obiettivi. Sei l'unica persona in tutto il mondo che riesca a farmi dimenticare i miei doveri, ad alleviare il mio cuore dalle angosce e dalla fatica. Se le parole fossero sufficienti a esprimere i sentimenti più profondi, ti direi che nei Tuoi confronti, oltre all'amore, riservo solo gratitudine, per tutto, per l'essere straordinario che sei, ma soprattutto per avermi dato la forza di credere in me stessa. Senza di Te non sarei la persona che sono ora.

