

prestate gratuitamente<sup>59</sup>, il termine *salarium* si differenziò da essi, assumendo, in un'ottica pubblicistica del fenomeno lavorativo<sup>60</sup>, l'accezione specifica di pubblica elargizione che avrebbe permesso a chi la riceveva di avere a disposizione un *quid* necessario per vivere decorosamente durante l'esercizio appunto di pubbliche attività<sup>61</sup>.

Di tale elargizione, inoltre, se ne venne facendo un uso, seppure in maniera più ridotta, anche nei rapporti tra privati<sup>62</sup>, e il brano qui riferito ne rappresenta un esempio emblematico. Papiniano motiva infatti la sua possibile richiesta *extra ordinem* sulla base del fatto che il *dominus negotii* lo abbia promesso

---

<sup>59</sup> Cfr. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 211 ss.

<sup>60</sup> *Amplius* sul punto G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 293 ss.

<sup>61</sup> Significativo appare in proposito Plin. *nat. hist.* 31.41.88 s., ove, scorrendo dell'importanza che il sale ha per la vita non solo biologica, ma anche intellettuale dell'uomo (visto che pure i divertimenti, l'estrema allegria e il riposo dalle fatiche, per traslato, *sales appellatur*), Plinio accenna al significato derivato del termine *salarium* inteso come un *quid* assegnato a coloro che venivano elevati alle magistrature (*honoribus*) o alla milizia (*militiaeque*) e cioè a soggetti che in concreto espletavano attività fondamentali per il funzionamento dello Stato: cfr. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 294 ss.

<sup>62</sup> Vd. gli esempi riferiti a nt. 14 del nostro *Cultura*, cit., 299 ss.

## DALLA GRATUITÀ ALLA PRESUNZIONE DI ONEROSITÀ. CONSIDERAZIONI SUL CONTRATTO DI MANDATO ALLA LUCE DI RECENTI STUDI\*

Sommario: 1. Aspetti strutturali dell'odierno mandato 2. Sue origini storiche 3. Il requisito della gratuità 4. Permanenza di detto requisito nel diritto classico 5. Il *salarium* dei *procuratores*. 6. Incidenza dei principi cristiani sull'attenuarsi del criterio della gratuità in epoca giustiniana. 7. Dal diritto medioevale alle codificazioni. 8. La legislazione italiana anteriore al codice del 1942. 9. L'attuale configurazione dell'istituto attraverso l'analisi dei più significativi contributi dottrinali e giurisprudenziali. 10. Considerazioni conclusive.

### 1. Aspetti strutturali dell'odierno mandato

Il legislatore del '42 definisce il mandato «il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra». Siamo in presenza dunque di un contratto bilaterale, nel senso che le parti devono essere due e soltanto due<sup>1</sup>, in cui, anco-

---

\*I §§. 2-6 di questo saggio sono stati destinati, con gli

ra, risulta immanente l'*intuitus personae*, in quanto nella conclusione del contratto interviene un elemento personale di fiducia, secondo alcuni, anzi, un elemento fiduciario<sup>2</sup>, e di un contratto consensuale, perché, per la sua realizzazione, è sufficiente l'incontro delle volontà, espresse dalle parti contraenti in qualsi-

---

opportuni adattamenti, agli *Studi in onore del prof. A. Metro*, ove compaiono col titolo *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*.

<sup>1</sup> Cfr. per tutti G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, VIII, t. 1, Torino, 1957, 18; F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 117. Il fatto che le parti siano due non esclude, ovviamente, che il mandato possa presentare una struttura soggettivamente complessa, nel senso che la parte mandante o la parte mandataria possano essere costituite da una pluralità di soggetti: vd. per tutti N. GROSSI, *Il contratto di mandato con struttura soggettivamente complessa*, in AA. VV., *Il mandato*, a cura di F. Alcaro, Milano, 2000, 41 ss.; in generale, sulla struttura del mandato vd. comunque anche G. BAVETTA, voce *Mandato (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 336 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. disc. priv.- Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, part. 158 ss.

<sup>2</sup> F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 117; vd. comunque anche L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 5; L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 72; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*<sup>9</sup>, V, Milano, 1957, 39.

ma solo dal punto di vista formale, individuandosi quindi nella procura la fonte del potere e nel mandato la fonte dell'obbligo assunto di operare, con connessa responsabilità. Al *procurator* si estese pertanto l'applicazione dell'*actio mandati*, essendo egli ormai un mandatario a tutti gli effetti<sup>58</sup>.

Su questa base, potrebbe risultare dunque difficile intendere il significato del testo su riferito, che appunto parla di *salarium* corrisposto ad un *procurator ad litem*, cioè, in ultima analisi, ad un mandatario il quale avrebbe dovuto espletare un'attività che per definizione le fonti, come si è visto, attestano essere gratuita, *salarium* che oltre tutto poteva essere reclamato *extra ordinem*.

Ma in proposito abbiamo già avuto occasione di chiarire che se il termine *merces* assunse, nell'ambito di una visuale privatistica ed aristocratica del lavoro protrattasi almeno per tutta l'epoca classica, il significato precipuo di retribuzione di attività esercitate a titolo oneroso, in contrapposizione ad *honorarium*, col quale si designò la remunerazione di attività

---

<sup>58</sup> *Amplius* in proposito G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'*, cit., 263 ss. Per la classicità del mandato generale (*rectius*: generico) vd. invece, recentemente, M. MICELI, *Studi*, cit., 207 s.; 321 ss., con bibliografia.

5. Il *salarium* dei *procuratores*

Nelle fonti si rinvencono in effetti dei testi che parlano di *salaria* corrisposti al *procurator* e che avrebbero potuto pure essere reclamati *extra ordinem*.

Si legga intanto D. 17.1.7 (Pap. 3 *resp.*): *Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit.*

Sappiamo che il *procurator* fu in origine un incaricato al quale veniva demandata l'amministrazione, anche giudiziaria, di tutto il patrimonio del *dominus negotii*. In quanto tale, egli era chiamato a rispondere nei confronti di quest'ultimo con un'azione di carattere generale: l'*actio negotiorum gestorum*. Quando tuttavia si ammise, sicuramente già nel III sec. d.C., il conferimento di una procura *unius rei*, la situazione del *procurator* si accostò a quella del semplice mandatario, al quale, frattanto, si andarono affidando incarichi anche di ampia portata<sup>57</sup>. Le due figure, dunque, non si differenziarono più per l'entità degli affari gestiti,

<sup>57</sup> Cfr. soprattutto D. 17.1.60.2 (Scaev. 1 *resp.*); D. 17.1.31 (Iul. 14 *dig.*); Gai 3.155; D. 17.1.2.1 (Gai 2 *cott.*); D. 3.3.46.7 (Gai 3 *ad ed. prov.*).

asi forma, tranne nei casi in cui la legge non richieda particolari oneri di solennità<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Per quanto concerne la forma, si applica anche al mandato il principio generale, esistente nel nostro ordinamento, secondo cui le parti sono libere di scegliere la forma del negozio che pongono in essere; ovviamente, tale regola è destinata a subire delle eccezioni nel caso di contratti di mandato che hanno per oggetto beni immobili o mobili registrati. Il problema non si pone tanto nel mandato con rappresentanza, in quanto è pacifico che in questo caso si applicano le norme relative a quest'ultima (art. 1392 cod. civ.), per cui sia in caso di acquisti che di alienazioni relativi a beni immobili e mobili registrati anche il mandato ad acquistare e ad alienare deve essere conferito per iscritto *ad substantiam*. È invece molto controverso se anche al mandato senza rappresentanza si estendano gli eventuali oneri di solennità prescritti per il negozio gestorio. Fino agli anni '50 in effetti vi fu un grosso dissidio tra dottrina e giurisprudenza, ritenendo la seconda che per il mandato ad acquistare immobili fosse essenziale la forma solenne, visto che «la volontà che dà vita al mandato è la stessa che dà vita al negozio giuridico che, per conto del mandante, il mandatario dovrà compiere» [Cass. 5 novembre 1948, n. 1810, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Mandato*, n. 16)]; affermando invece la prima la non necessità della solennità, non essendo possibile rinvenire una disposizione di legge in tal senso. Il contrasto fu sanato successivamente, grazie ad un intervento delle Sezioni Unite (Cass. 19 ottobre 1954, n. 3861, in *Foro it.*, 1955, 1, 9) che accolse i più recenti contributi dottrinali del Carraro e del Minervini, favorevoli alla solennità del

In base a quanto disposto dall'art 1709, comma 1, cod. civ., il mandato, inoltre, si presume oneroso: l'onerosità, tuttavia, non è fatta assurgere dal nostro legislatore a caratteristica del tipo, quale si desume dalla definizione legislativa contenuta nell'art. 1703 cod. civ. Tanto ciò è vero che non si è mancato di discutere, in riferimento all'esperienza pratica dell'istituto, di due tipi di mandato: il mandato oneroso, che si avrebbe quando il compimento di atti giuridici per conto altrui sia assunto verso il pagamento di un compenso, ed il mandato gratuito, nel caso in cui invece non sia stato pattuito alcun compenso<sup>4</sup>: sotto questo profilo la dottrina ha infatti parlato di «in-

---

mandato, sulla base di quanto disposto dall'art. 1351 per il contratto preliminare, per il quale è prevista, appunto, la nullità qualora non siano rispettati i requisiti di forma richiesti dal legislatore per il contratto definitivo: norma quest'ultima da considerare, secondo Minervini, interpretabile estensivamente al di là dei semplici contratti preliminari. Sul punto vd. per tutti F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 122 ss.; G. BAVETTA, voce *Mandato*, cit., 337 s.; 342 s.; C. SETTESOLDI, *La forma del mandato*, in AA VV., *Il mandato*, cit., 255 ss.

<sup>4</sup> Sul mandato gratuito vd. G. GORLA, *Il dogma del consenso o accordo e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 931 ss., part. 933 s.

anche in questa sede sull'interpretazione del lungo frammento ulpiano, in cui il ricorso al procedimento cognitorio, a nostro avviso, avrebbe permesso semplicemente maggiori e più spedite possibilità di ottenere le *mercedes* concordate a determinate categorie di lavoratori intellettuali, e ciò sulla base di un preciso disegno politico: attuare, attraverso una procedura più spedita, che si svolgeva innanzi non più ad un autonomo titolare della funzione giurisdizionale indipendente dal potere politico, bensì ad un magistrato o funzionario che ne era una sua espressione diretta, la tutela delle pretese economiche dei suoi più tipici rappresentanti, realizzando così la monopolizzazione della cultura e della salvaguardia della salute pubblica<sup>55</sup>. Crediamo invece opportuno spendere qualche parola in più sull'accostamento che ancora in dottrina si continua a fare tra *honorarium* e *salarium*<sup>56</sup>, anch'esso perseguibile *extra ordinem*, e quindi attraverso una disciplina processuale che avrebbe comunque finito con lo snaturare l'essenziale gratuità del mandato.

---

<sup>55</sup> *Amplius* sul punto G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 129 ss.

<sup>56</sup> In tal senso sembra infatti esprimersi S. Randazzo; per la precedente letteratura vd. invece il nostro *Cultura*, cit., 240, nt. 180.

saggio ad un sistema realmente nuovo e diametralmente opposto rispetto a quello primigenio, con la possibilità dunque di un mandato sostanzialmente oneroso. ... Ma ... permaneva l'impossibilità di esercitare l'*actio mandati* per ottenere la restituzione della somma pattuita nei confronti del mandatario, sia pure a titolo di *honorarium* o di *salarium*. A ciò ... si sarebbe ovviato ... soltanto a partire dagli inizi del terzo secolo d.C., *extra ordinem*, attraverso una capillare tutela accordata dal *praeses* provinciale o da un apposito *praetor*<sup>53</sup>. La disciplina di queste situazioni sarebbe stata inoltre ampiamente considerata da Ulpiano in D. 50.13.1, un brano che però, come anni fa abbiamo tentato di dimostrare, parla di *mercedes* perseguibili *extra ordinem*, cioè di entità che non si è mancato di riconoscere essere state contrapposte agli *honoraria* sin dall'epoca repubblicana<sup>54</sup>.

Non riteniamo sia il caso di soffermarsi

<sup>53</sup> S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 205 ss.

<sup>54</sup> Così, sulla nostra scia, S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 206 e nt. 102. Sul significato contrapposto attribuito, per il periodo repubblicano e classico, ai due lemmi in questione vd. comunque soprattutto G. COPPOLA, *Note sui termini 'merces' e 'honorarium'*, in *Atti Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di Lettere Filosofia e Belle Arti*, LXVI, 1990, 285 ss.

differenza» del mandato rispetto alla gratuità o alla onerosità, nel senso appunto che, per la qualificazione legislativa del tipo, non rileva la presenza o l'assenza dell'assunzione da parte del mandante di un'obbligazione di pagamento di un compenso al mandatario<sup>5</sup>.

Da queste premesse la dottrina trae conclusioni divergenti circa la natura sinallagmatica da riconoscersi o non alle prestazioni nel mandato oneroso. Alcuni autori, infatti, sostengono che l'onerosità non sia elemento essenziale del mandato e che conseguentemente il corrispettivo non può includersi tra gli elementi idonei a qualificarlo. Essi pertanto negano che il mandato oneroso integri la fatti-

<sup>5</sup> Cfr. F.M. DOMINÈDÒ, voce *Mandato*, cit., 124, sulla scia di G. MINERVINI, *Il mandato*, cit., 18, secondo cui, appunto, «il contratto di mandato è un contratto indifferente (o incolore) rispetto alla onerosità e alla gratuità, nel senso che, per la qualificazione legislativa del tipo, non rileva la presenza o l'assenza dell'assunzione da parte del mandante di un'obbligazione di pagamento di un compenso al mandatario: la legge invece, si limita ad enunciare che il mandato si presume oneroso (art. 1709, p. I), senza fare assurgere l'onerosità a caratteristica del tipo (in tal senso, infatti, è la definizione legislativa, contenuta nell'art. 1703)». Parla invece di contratto «neutro» S. PUGLIATTI, *Sull'onerosità dell'avallo apposto a cambiali destinate allo sconto*, in *Foro it.*, I, 1936, 88.

specie di un contratto a prestazioni corrispettive, diverso dal mandato gratuito<sup>6</sup>. Secondo altri, per contro, la «indifferenza» del mandato alla gratuità o onerosità significa solo che può esistere un mandato oneroso e un mandato gratuito; nel mandato oneroso la previsione del corrispettivo verrebbe ad inserirsi quale elemento essenziale nel regolamento contrattuale e quale prestazione corrispettiva nell'equilibrio sinallagmatico delle contrapposte prestazioni delle parti. In tal caso, pertanto, al mandato sarebbero applicabili i principi che regolano i contratti a prestazioni corrispettive<sup>7</sup>. Una questione, quest'ultima, che rischia

---

<sup>6</sup> Afferma infatti F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 40: «A quanto sembra, il mandato è da considerare come un contratto con *prestazione da una sola parte* (e quindi è insuscettibile dei rimedi relativi al contratto con prestazioni corrispettive: *exceptio inadimpleti contractus*, risoluzione etc.), potendo esso essere *gratuito*; l'*onerosità*, per quanto divenuta carattere *normale*, non ne è carattere *essenziale*; e pertanto il compenso dovuto al mandatario non assume il carattere di corrispettivo della prestazione del mandatario»; cfr. anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1966, 225 s., che parla del mandato come di un contratto «naturalmente oneroso»; F. ALCARO, *Caratteri e oggetto del mandato*, in AA VV., *Il mandato*, cit., 22.

<sup>7</sup> A giudizio di G. BAVETTA, voce *Mandato*, cit., 337; 349 s., ad es., per l'attività svolta dal mandatario, il mandante deve il compenso. «Questo, dal punto di

ai minimi termini un pensiero che il giuriconsulto aveva più largamente esposto, e creato così la possibilità di un equivoco che soltanto la presenza di altre ed esplicite attestazioni riesce ad evitare».

In proposito abbiamo però precisato che nel brano paolino la gratuità, requisito essenziale perché si possa parlare di mandato, non è affatto pregiudicata dall'eventuale corresponsione di un *honor*, visto che il giurista si sarebbe limitato a sottolineare che esso non ostava all'applicazione dell'*actio mandati*, non essendo l'*honor* una *merces*, appunto, ma una semplice *remuneratio* data a titolo di gratitudine.

Questa interpretazione è stata accolta pure di recente<sup>52</sup>; si è tuttavia aggiunto che i casi relativi all'*honor* avrebbero riguardato prestazioni rese da particolari soggetti, nell'esercizio delle loro *artes liberales* o scientifiche, ai quali non poteva essere riconosciuto un corrispettivo che, in quanto tale, sarebbe stato inconciliabile col lavoro intellettuale. Tuttavia «il ricorso alla pattuizione preventiva dell'*honorarium* o del *salarium* avrebbe segnato il pas-

---

<sup>52</sup> Così S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 203 s. Sul passo in esame vd. di recente però anche R. MARTINI, voce *Mandato*, cit., 201 nt. 16, e T. RUNDEL, 'Mandatum', cit., 102 s.

di gratitudine, successivamente avrebbe messo in crisi il vecchio stato di cose.

Il testo fondamentale invocato è D. 17.1.6 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.*

Abbiamo già avuto modo di esprimere la nostra opinione sul frammento in questione<sup>50</sup>, di contro a quanti avevano sostenuto che il pensiero ulpiano avesse subito manipolazioni postclassiche o giustinianee<sup>51</sup>. In tal senso si era infatti espresso, tra gli altri, in particolare Arangio-Ruiz, a giudizio del quale il brano avrebbe fatto riferimento alla perseguibilità dell'*honor*, quale compenso graziosamente accordato al mandatario, con l'*actio mandati*. Ciò, invero, si sarebbe accordato male con altri passi che, in tema di *salarium* (come ad es. D. 17.1.7 e C. 4.35.1, su cui ci soffermeremo a momenti), ne avrebbero fissato invece la perseguibilità *extra ordinem*. L'autore pensava pertanto «che in età postclassica o all'atto della compilazione, scomparsa l'antica opposizione fra l'*ordo iudiciorum* e l'*extraordinaria cognitio*, qualche studioso o compilatore abbia ridotto

<sup>50</sup> Cfr. *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, 239 ss., part. ntt. 180; 181.

<sup>51</sup> Così infatti V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 117 s., seguito in tempi più recenti pure da A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., 932 nt. 81.2.1.

di rimanere, a tutt'oggi, in una posizione di stallo, e che, a giudizio di chi scrive, può trovare una sua plausibile giustificazione e soluzione alla luce dell'evoluzione storica dell'istituto in esame.

La configurazione appena prospettata del nostro contratto, infatti, costituisce l'ultima tappa di un lungo percorso storico che, attra-

---

vista negoziale, trova la sua genesi in ciò che il mandato (salvo patto contrario: art. 1709 cod. civ.) è un contratto a prestazioni corrispettive: per cui il compenso dovuto al mandatario funge da corrispettivo della prestazione eseguita dal mandatario. Da tale profilo ... l'obbligazione di corrispondere il compenso al mandatario è un elemento naturale del mandato: con la conseguenza che il compenso è dovuto anche quando le parti non abbiano stabilito nulla al riguardo, occorrendo per escludere l'obbligo in parola un'espressa pattuizione derogativa del regime legale». Cfr. comunque, tra gli altri, anche G. MINERVINI, *Il mandato*, cit., 223 ss.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, IV, t. 3, Torino, 1968, 4 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo (continuato da L. Mengoni), XXXII, Milano, 1984, 146 ss., part. 149; C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di G. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1985, 538 ss.; *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, in *Comm.*, cit., Bologna-Roma, 1998, 1 ss.; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, cit., 159 s.

versando epoche tra loro assai eterogenee, affonda le sue radici nel diritto romano. Il che, tra l'altro, conferma l'estrema vitalità di un istituto che ha saputo rinnovarsi nel contesto di esperienze giuridiche diverse, sì da sfuggire all'incedere usurante del tempo.

Non è quindi inutile, ai fini della comprensione di alcuni suoi profili strutturali, come quello della presunzione di onerosità, compiere un'analisi diacronica dell'istituto *de quo*.

## 2. Sue origini storiche

Già i giuristi classici inquadravano la figura della quale ci stiamo interessando nell'ambito della categoria dei c.d. contratti consensuali, ovvero quei contratti che *neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium* (Gai 3.135-136)<sup>8</sup>. L'esigenza di regolamentare i rapporti tra stranieri e tra *cives* e stranieri avrebbe costituito, infatti, l'occasione storica per ideare nuovi strumenti che consentissero di far fronte alle

<sup>8</sup> Cfr. anche Paolo in D. 1.1.1. e 2.

*tum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit* (D. 17.1.1.4).

Di fronte a tali esplicite testimonianze<sup>48</sup> è possibile supporre che l'assioma della gratuità, di così antiche origini, sia stato mantenuto solo formalmente, per ossequio alla tradizione<sup>49</sup>, ma, nella nuova realtà imperiale, sia stato in concreto superato?

Ciò, infatti, è quanto affermano ancora di recente coloro che sostengono come il mandato abbia rappresentato lo strumento più adatto per disciplinare quelle attività, di natura prevalentemente intellettuale, non suscettibili come tali di essere oggetto di una locazione-conduzione ed eventualmente remunerate attraverso un *honor* che, dato appunto *remunerandi gratia*, se in una prima fase non avrebbe fatto assumere alle fattispecie le caratteristiche di una locazione-conduzione, né avrebbe incrinato il principio della gratuità del mandato, essendo la sua corresponsione un atto non dovuto, ma espressione di una prassi sociale

<sup>48</sup> Sui passi citt. vd. part. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 114 ss.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, part. 172 ss.; G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 314 s.; S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 195 ss.

<sup>49</sup> F. SCHULZ, *I principii*, cit., 74 ss.

sull'editto provinciale, come si desume da D. 19.5.22 (Gai 10 *ad ed. prov.*): *Si tibi polienda sarcindave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur...*, bensì anche nel suo manuale istituzionale: il che permette di concludere che era così consolidata da essere insegnata alle giovani generazioni che si accingevano allo studio del diritto come regola giuridica che consentiva di differenziare sotto il profilo strutturale il mandato dalla locazione: *In summa sciendum est, quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuisssem, locatio et conductio contrahetur, mandati esse actionem, veluti si fulloni polienda curandave vestimenta dederim aut sarcinatori sarcienda* (Gai 3.162).

Paolo, nel testo già richiamato, la riprende e si sforza di trovarne il fondamento: *Manda-*

---

pr., già citt. alle ntt. 27-28, D. 19.5.13 pr.: *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia te mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit*, in cui, appunto, si segnala la differente situazione esistente tra l'ipotesi dell'*aestimatum* e quella del *mandatum*, basata sulla gratuità di quest'ultimo, per cui, mancando un tale requisito, il rapporto avrebbe potuto essere tutelato solo da un'*actio in factum*.

mutate istanze giuridico-sociali, legate essenzialmente alla nuova realtà commerciale che si venne profilando a partire dal III sec. a.C. E, nell'ambito di questi, secondo almeno un autorevole orientamento interpretativo<sup>9</sup>, sarebbe spiccato, per la sua funzionalità alle esigenze di una realtà sempre più dinamica, anche il mandato.

Una caratteristica tipica di questi nuovi strumenti sarebbe stata poi costituita dalla c.d. *fides bona*, da intendersi come lealtà reciproca nella conclusione dell'affare, necessaria per la dinamica dei rapporti economici; conseguentemente, agli interessati veniva offerta la possibilità di tutelare le rispettive posizioni attraverso un'*actio bonae fidei*, ove la *fides bona* da quel momento avrebbe assunto un ruolo fondamentale, andandosi a sostituire a quelle sanzioni di tipo religioso, caratteristiche dell'ordinamento romano arcaico e che non avevano più ragion d'essere in una realtà in cui l'incontro sempre più 'osmotico' tra popoli dalle tradizioni evidentemente differenti, comportava, giocoforza, una irrilevanza per una sanzione che nei loro confronti non poteva avere alcun deterrente. *In his contractibus*,

---

<sup>9</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 44 ss.

afferma infatti ancora Gai 2.137, *alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*. Ora, a giudizio di Arangio-Ruiz l'esplicito riferimento alla *fides bona* contenuto nell'*intentio* dell'*actio mandati*, come in quella delle formule degli altri contratti consensuali, non lascerebbe dubbi sul fatto che le parti si vincolavano non sul piano dello *ius civile* ma su quello della lealtà e della correttezza commerciale, sul piano, in altre parole, di quella *fides bona* che deve necessariamente presiedere alle relazioni tra soggetti appartenenti ad ambienti giuridici diversi.

Il carattere originariamente gratuito del mandato, unanimemente riconosciuto, ha indotto tuttavia, alcuni decenni orsono, Watson<sup>10</sup> a reputare poco attendibile l'opinione dell'Arangio-Ruiz, secondo la quale appunto anche l'origine del mandato, come quella degli altri contratti consensuali, che hanno trovato riconoscimento e tutela giudiziale nell'ambito dello *ius gentium*, doveva ricollegarsi alle esigenze del commercio internazionale. Secondo Watson, infatti, sarebbe stato difficile pensare che per soddisfare le esigenze del commercio si ammettesse che taluno, senza riceverne un

<sup>10</sup> A. WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961, 16 ss.

un significato più ampio, non riguardando il non ricevere un compenso determinato per l'esecuzione dell'incarico, bensì il non ottenere un qualsivoglia vantaggio nell'espletamento dell'affare. Il che conferma nell'idea che la giurisprudenza più antica abbia teso a regolamentare il rapporto in esame come caratterizzato nell'interesse esclusivo del mandante<sup>46</sup>.

Tale principio acquista un contenuto più circostanziato, relativo appunto solo alla mancanza di un corrispettivo economico, nella giurisprudenza successiva, come attesta Gaio, ove la regola, nei termini di cui si è detto, è data per scontata<sup>47</sup>, non solo nel suo trattato

<sup>46</sup> In quest'ottica, d'altronde, trova una sua plausibile spiegazione anche l'opinione 'restrittiva' espressa da Servio, in riferimento al consiglio rivolto al mandatario di prestare il suo denaro, inutilizzato, a Tizio, in contrapposizione a quella di Sabino, diversamente orientato, che individua in tale incarico un vero e proprio *mandatum aliena gratia*. Interessanti, sotto questo profilo, si presentano (oltre Gai 3.155-156) anche D. 17.1.22.4 di Paolo e D. 17.1.6.6; 19.5.13.1 di Ulpiano, in cui viene riferito il pensiero di Giuliano. Sul punto cfr. pure S. RANDAZZO, *Mandarè*, cit., part. 212 s.; 155 ss.; 231 ss., e, soprattutto, A. BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 219 ss.; ma vd. anche J.H. MICHEL, *Gaius et le mandat 'mea', 'tua' ou 'aliena gratia'*, in *RIDA*, XLIV, 1997, 293 ss.

<sup>47</sup> Vd. anche, di Ulpiano, oltre D. 14.1.1.18 e 14.1.5

*causa cogereatur? Non etiam tu ad idem dispendium deducaris. Sed nec lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet: neque enim tibi concedendum est propter hoc venditionem impedire, quod animosiolem eius rei emptorem esse quam tibi mandatum est cognoveris.*

Nel passo di Giavoleno, fatto precedere dai Compilatori da un brano di Nerazio al quale perfettamente si lega (*simili modo... etc.*)<sup>45</sup>, il principio della gratuità assume però

---

<sup>45</sup> D. 17.1.35 (Ner. 5 membr.): *Si fundum, qui ex parte tuus est, mandavi tibi ut emeris mihi, verum est mandatum posse ita consistere, ut mihi ceteris partibus redemptis etiam tuam partem praestare debeas. Sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim, quancumque aliorum partes redemeris, sic et tua pars coartabitur, ut non abundet mandati quantitatem, in quam tibi emendum totum mandavi: sin autem nullo certo pretio constituto emere tibi mandaverim tuque ex diversis pretiis partes ceterorum redemeris, et tuam partem viri boni arbitrato aestimato pretio dari oportet.* Pure in questo brano, infatti, nella soluzione della questione relativa ad un mandato avente ad oggetto l'acquisto di un fondo di cui il mandatario possiede però una parte, anch'essa ricompresa nella vendita, viene rispettato il principio della gratuità del mandato. Il mandatario, pertanto, nel caso in cui riesce ad acquistare la porzione di fondo non sua ad un prezzo inferiore a quello previsto dal mandante, non potrà chiedere di più per la parte che gli appartiene perché, in tal caso, appunto, otterrebbe un lucro ingiustificato. Sul passo, da ultimo S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 211 s., con bibliografia.

utile, si vincolasse ad espletare un qualche incarico, magari pure gravoso, a profitto di un estraneo. L'origine dell'istituto sarebbe stata pertanto prettamente romana, trovando protezione e tutela nell'ambito dello *ius civile*, sul presupposto dell'esistenza tra le parti di particolari legami o doveri.

Di recente non si è per di più mancato di ipotizzare, sempre per l'età più risalente, addirittura la preesistenza di un insieme di rapporti giuridicamente fondati e rientranti in un contesto di doverosità definito nel suo insieme con il termine *mandare*, caratterizzato dalla gratuità e da una decisa connotazione unilaterale, espressione di una valenza più spiccatamente imperativa (il mandato arcaico, infatti, da *manum dare*, avrebbe avuto il significato di atto di comando volto ad imporre ad altri un comportamento rientrante in un contesto di doverosità), che solo successivamente avrebbe assunto connotati consensualistici. Ciò in connessione al mutare dei rapporti economici e sociali, che avrebbe appunto segnato il passaggio alla nuova figura contrattuale del *mandatum*<sup>11</sup>.

Ora, se pure non si vuole arrivare a con-

---

<sup>11</sup> Così S. RANDAZZO, 'Mandare'. *Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 7 ss.

getturare che l'affidare l'esecuzione di un determinato atto ad una persona di fiducia sia potuto avvenire originariamente attraverso una manifestazione di volontà unilaterale attuata nel contesto di un rituale pregno di conseguenze rilevanti sul piano religioso e giuridico assieme, come qualche tarda fonte sembrerebbe pure adombrare<sup>12</sup>, non può escludersi in ogni caso che, ancor prima di un suo effettivo riconoscimento giuridico, il vincolo tra mandante e mandatario, che impegnava quest'ultimo a fare gratuitamente alcunché a favore del primo, sia stato operante, già in età risalente, sul piano del costume e della morale sociale e che solo in seguito alla trasformazione economica subita dalla società romana si

<sup>12</sup> Cfr. part. Isid. *etymol.* 5.24.20: *Mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat*, su cui F. SERRAO, *Il 'procurator'*, Milano, 1947, 109 s.; F. DUMONT, *Recensione a A. WATSON, Contract*, cit., in *Iura*, XIII, 1962, 343, e, più di recente, S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 7, nt. 14; 67 ss., a giudizio del quale, comunque, nel gesto di stringersi la mano (*manum dare*) permarrrebbe una connotazione asimmetrica tra chi porge la mano da stringere e chi l'accoglie. In proposito vd. pure C. CASCIONE, *Recensione a S. RANDAZZO, 'Mandare'*, cit., in *Iura*, LVI, 2006-2007, 266. Sottovaluta la portata della fonte in discussione, invece, R. MARTINI, voce *Mandato (diritto romano)*, in *Dig. disc. priv.- Sez. civ.*, cit., 199 nt. 1.

mandato e procura, per la quale ultima emerge invero dalle fonti esplicitamente la possibilità di una remunerazione (*salarium*), quantunque perseguibile solo attraverso la *cognitio extra ordinem*<sup>44</sup>.

La questione merita in effetti una più attenta riflessione.

Il principio della gratuità del mandato inteso nella nuova veste di contratto dell'*ius civile*, già invocato da Cicerone nella sua difesa di Roscio Amerino, è enunciato formalmente per la prima volta, alla fine del I sec. d.C. Si legga al riguardo D. 17.1.36.1 (Iav. 7 *ex Cass.*): *Simili modo et in illa specie, ubi certo pretio tibi emere mandavi et aliorum partium nomine commode negotium gessisti et vilius emeris, pro tua parte tantum tibi praestatur, quanti interest tua, dummodo intra id pretium, quod mandato continetur. Quid enim fiet, si exiguo pretio hi, cum quibus tibi communis fundus erat, rem abicere vel necessitate rei familiaris vel alia*

assunse all'interno di essa maggiore rilievo rispetto all'aspetto sostanziale (relativo all'entità degli affari portati avanti dal *procurator*, che normalmente si occupava della gestione di interi patrimoni, in contrapposizione al mandatario, incaricato dell'espletamento di singole attività), quello formale, individuandosi quindi nella procura la fonte del potere e nel mandato la fonte dell'obbligo assunto di operare, con connessa responsabilità.

<sup>44</sup> Così R. MARTINI, voce *Mandato*, cit., 201.

seguito alla concessione al mandatario di un *honorarium* o di un *salarium*, perseguibile *extra ordinem*. Tale concessione avrebbe infatti «segnato il passaggio ad un sistema realmente nuovo e diametralmente opposto rispetto a quello primigenio, con la possibilità dunque di un mandato essenzialmente oneroso»<sup>42</sup>. Né si è trascurato di riconnettere questa svolta pure alla fusione<sup>43</sup> attuata in epoca classica tra

---

<sup>42</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 191 ss., part. 206 ss.

<sup>43</sup> Parla di processo di fusione tra mandato e procura, tra gli altri, recentemente R. MARTINI, voce *Mandato*, cit., 199. Ma, come abbiamo avuto occasione già di sottolineare [cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'*, cit., 263 ss.], l'affermarsi nel mondo classico dell'istituto della procura *unius rei* condusse, sì, inevitabilmente ad un avvicinamento tra le figure del *procurator* e del mandatario. Esse, tuttavia, pur non differenziandosi più dal punto di vista dell'entità degli affari geriti, continuarono però a differenziarsi per l'attribuzione di una legittimazione a gerire che seguì a contraddistinguere appunto il *procurator* dal semplice mandatario. Pertanto, poiché nelle fonti si discute ancora di *procurator* accanto al mandatario, più che di fusione si deve parlare di sovrapposizione tra le due figure. In ultima analisi, nel momento in cui si riconobbe come figura giuridica autonoma anche quella del *procurator unius rei*, si ammise cioè il conferimento della qualifica di *procurator* anche all'incaricato di un singolo affare, la differenza tra procura e mandato non scomparve, ma

sia venuta maturando l'esigenza di una tutela giuridica anche di questo rapporto.

Se nell'ambiente più vetusto della repubblica, commercialmente poco sviluppato, poteva accadere raramente che il capo casa si rivolgesse ad un soggetto per 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. Come non si è mancato pure autorevolmente di far notare<sup>13</sup>, nel nuovo scenario sicuramente non dovette essere infrequente il caso di un operatore economico che si avvallesse, oltre che dei suoi sottoposti, anche di suoi uomini di fiducia (come appunto potevano esserlo i liberti o gli amici) per attendere al compimento di affari che non aveva la possibilità di eseguire personalmente. D'altronde, la presenza nelle commedie plautine del lemma *mandatum*<sup>14</sup>, così come il suo utilizzo sinonimico col lemma

---

<sup>13</sup> Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, 929 s.

<sup>14</sup> Cfr. da ultimo i testi citati da S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 38 ss., con letteratura.

*iussum*<sup>15</sup>, risultano al riguardo particolarmente significativi. Nato per designare il comando impartito da chi esercitava uno *ius imperandi* sui membri della *familia*, lo *iussum* assunse infatti in seguito pure il significato di autorizzazione ad espletare un qualche affare che il destinatario era comunque libero di portare a compimento, come avrebbe potuto fare appunto un qualsiasi mandatario *mea gratia*<sup>16</sup>. Certo, si potrebbe sempre obiettare che il commediografo non abbia utilizzato il termine *mandatum* in senso rigorosamente giuridico, essendo appunto il *mandatum* come *contractus* del *ius civile novum* giunto più tardi, sempre comunque in età preclassica, ad ottenere riconoscimento giuridico<sup>17</sup>. Ma quello dell'incarico affidato a taluno per lo svolgimento di un affare è un caso tanto frequente nella tessitura letteraria delle commedie plautine da tranquillizzare circa la diffusione sin da quei tempi di

<sup>15</sup> *Amplius* sul punto G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum domini' alla 'contemplatio domini'. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano, 2008, 60 ss.

<sup>16</sup> Sull'evoluzione semantica del lessema *iussum* da ordine inderogabile a dichiarazione autorizzativa cfr. *amplius* G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'*, cit., part. 51 ss.

<sup>17</sup> Cfr. A. WATSON, *Contract*, cit., 11 s.

obbligo giuridico, assunto sempre gratuitamente dal mandatario, mentre il mandante si impegnava a sua volta, anche se su un piano diverso, a rifondere le spese ed a risarcire i danni eventualmente sofferti per il compimento dell'affare. L'opinione più attendibile rimane infatti, anche a nostro avviso, quella secondo cui da tale contratto sarebbe nata già in epoca classica una obbligazione principale a carico del mandatario e solo eventualmente una obbligazione a carico del mandante<sup>41</sup>.

#### 4. Permanenza di detto requisito nel diritto classico

L'originaria gratuità del mandato, pur non avendo suscitato dubbi in dottrina, è stata tuttavia ancora recentemente ritenuta superata in

<sup>41</sup> In tal senso V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 84 ss.; ma vd. anche G. LONGO, voce *Mandato (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, X, cit., 106; B. ALBANESE, *Iudicium contrarium' e ignominia nel mandato*, in *Iura XXI*, 1970 [ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 921 ss.]; R. MARTINI, voce *Mandato*, cit., 200; S. RANDAZZO, *Mandare'*, cit., 142; 233 ss. (il quale preferisce però adoperare, in luogo dell'espressione usata dai precedenti studiosi: «bilateralità imperfetta», quella di «bilateralità asimmetrica»); *contra* G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 311 s.

aggiunto successivamente al corpo normativo originario<sup>39</sup> e spostare conseguentemente dopo il 286 a.C.<sup>40</sup> l'introduzione dell'*actio mandati*. Non bisogna dimenticare, infatti, che ancora nelle commedie plautine, pur parlandosi di *mandatum*, non si fa riferimento ad un istituto avente già una sua sanzione giuridica.

In ogni caso, plausibilmente dunque a cavallo tra la fine del III ed il II sec. a.C., proprio la frequenza con la quale questo rapporto era praticato dovette indurre il pretore ad accoglierlo a pieno titolo nell'ambito dello *ius civile*, con l'ulteriore conseguenza che l'incarico affidato all'amico o al liberto, si trasformò in

<sup>39</sup> C'è infatti chi propende ancora per una formazione stratificata della nostra legge: sul punto da ultima M.F. CURSI, 'Iniuria', cit., 208 ss.

<sup>40</sup> È infatti questo l'anno al quale tradizionalmente si fa risalire la nostra legge. Ma il problema della datazione di essa è tutt'altro che pacifico: cfr. sul punto per tutti M.F. CURSI, 'Iniuria', cit., 147 ss., cui adde A. CORBINO, *Il danno*, cit., 46 ss; ma vd. anche A. FRANCIOSI, *Gai 3.216: un errore storico?*, in 'Fides' *humanitas' ius*. *Studi in onore di L. Labruna*, III, Napoli, 2007, 1983 ss., part. 1994 s., secondo cui proprio la menzione gaiana dell'*actio mandati* potrebbe essere d'ausilio ad abbassare la data tradizionalmente attribuita al plebiscito aquiliano. EAD., *Il problema delle origini del plebiscito aquiliano. Una messa a punto in tema di datazione*, in 'Filia'. *Scritti per G. Franciosi*, II, Napoli, 2007, part. 946 ss.

questo elementare rapporto intersoggettivo<sup>18</sup>.

Indubbiamente, in quel contesto è difficile pensare ad impegni rilevanti giuridicamente tra mandante e mandatario: si trattava sovente di relazioni basate su vincoli, oltre che potestativi, anche di patronato e di amicizia, esistenti tra le parti, che non comportavano un apposito corrispettivo, bensì se mai il tacito impegno del mandante di ricambiare il favore alla prima occasione. Del resto, ancora in Cicerone il nesso tra *mandatum* ed *amicitia* è affermato come fondamentale<sup>19</sup>, e Paolo, in piena epoca classica, ricordando che *mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces*

<sup>18</sup> Così S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., part. 39.

<sup>19</sup> Cfr. part. *Pro Rosc. Amer.* 38.111: ... *Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur* ... 39.112: ... *Nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei quem fidelem putat* ... In proposito vd F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it. di V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1946, 204 s., part. nt. 73; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 47 s.; E. NARDUCCI, *Mobilità dei modelli etici e relativismo dei valori: il 'personaggio' di Attico*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III, Bari, 1981, 161; R. QUADRATO, voce *Rappresentanza (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1987, 421 nt. 53; 422; 430 nt. 150. Su questa testimonianza vd. comunque anche oltre, nt. 27.

(D. 17.1.1.4), mostra anch'egli di conservare la memoria di quell'antica concezione dell'istituto, che affonda le sue radici in un vero e proprio «crogiuolo di rapporti personali»<sup>20</sup>. Pertanto, pur se ai tempi di Plauto questo riconoscimento giuridico non si era ancora verificato<sup>21</sup>, ciò tuttavia non implica che il *mandatum*, come rapporto di fatto, non fosse conosciuto e praticato. Anzi, proprio l'assenza dal medesimo del carattere della giuridicità, intesa come possibilità di esperire un'azione per il suo adempimento, consentiva l'assimilazione allo *iussum*, visto nella sua nuova veste semantica: di autorizzazione-incarico dato ed accettato liberamente, relativo al compimento di un affare nell'interesse del soggetto iubente.

Per concludere, non può essere messo in dubbio che il mandato sia un istituto tipicamente romano, sviluppatosi in concomitanza

<sup>20</sup> L'espressione è di E. NARDUCCI, *Mobilità*, cit., 159. Sul punto vd. pure G. PROVERA, voce *Mandato (negozio giuridico): storia*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 313, e R. QUADRATO, voce *Rappresentanza*, cit., 430, nt. 150.

<sup>21</sup> Diversamente S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 19 ss., secondo cui il mandato sarebbe stato caratterizzato sin dal suo sorgere dall'*officium* inteso quale dovere di dare esecuzione al mandato ricevuto.

curamente un po' prima del 123 a.C. allorché, secondo la testimonianza offertaci da *Reth. ad Her.* 2.13.19<sup>36</sup>, il pretore S. Giulio Cesare negò che l'*actio mandati* fosse esperibile nei confronti degli eredi del mandatario (il che, tra l'altro, sembra evocare la caratteristica intrasmissibilità delle azioni penali<sup>37</sup>), mentre ciò sarebbe stato ammesso più tardi, nel 115 a. C., ad opera di un altro pretore, M. Livio Druso.

Ma questa fonte permette semplicemente di concludere che nel 123 a.C. l'*actio mandati* esisteva già, senza tuttavia dirci da quando<sup>38</sup>. Sicché non può escludersi affatto una risalenza più elevata, che potrebbe anche essere riportata alla *lex Aquilia*, supponendo comunque che il secondo capo della stessa sia stato

---

sintetico ma esaustivo quadro delle opinioni in proposito, che pur risalendo alla fine del XIX ed agli inizi del XX secolo, non sono state a tutt'oggi del tutto abbandonate, vd. C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania, s.d., 8 ss. Sul punto S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 17 ss., nt. 52.

<sup>36</sup> *M. Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit*. Su questa testimonianza vd. da ultimo S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., part. 117 ss.

<sup>37</sup> Cfr. R. MARTINI, voce *Mandato*, loc. ult. cit.

<sup>38</sup> Così G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*<sup>2</sup>, Torino, 1998, 7 ss., part. 9, nt. 39. Sul punto vd. anche D. NÖRR, *Sulla specificità*, cit., 388 ss.

Ferma dunque restando la responsabilità *in duplum* dell'*adstipulator* che si era opposto alla richiesta di risarcimento del suo mandante-*stipulator*, il giurista sottolinea che l'*actio damni nomine* non avrebbe avuto pratica applicazione, preferendo gli interessati (i creditori frodati, appunto) l'esperimento dell'*actio mandati*.

Questa notizia, che ha indotto a supporre come già esistente all'epoca della legge in esame la tutela giuridica del mandato<sup>33</sup>, è stata ovviamente sottovalutata<sup>34</sup> da quanti partono dalla convinzione che tale tutela si sia attuata molti decenni dopo, intorno alla fine del II sec. a.C.<sup>35</sup>. Essa, infatti, sarebbe avvenuta si-

<sup>33</sup> In tal senso di recente, sulla scia di A. CORBINO, *Il secondo capo*, cit., 20 ss. (ma vd. ID., *Il danno*, cit., 43 ss.), S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 107 ss.

<sup>34</sup> Tant'è che non si è esitato a parlare di «errore storico» da parte di Gaio: così C.A. CANNATA, *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della 'lex Aquilia'*, in *Index*, XXII, 1994, 152; ID., *Il terzo capo della 'lex Aquilia'*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995-1996, 145, nt. 130; ma vd. anche A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., 996, nt. 89.2, il quale parla di «imbarazzato tentativo di spiegazione di Gai. 3.216».

<sup>35</sup> Vd. G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 312 s., a giudizio del quale l'*actio mandati* sarebbe stata introdotta dopo la pubblicazione della legge *Aebutia*. Ma cfr. anche G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'. Azione pretoria ed azione civile*, I, Napoli, 1999, 47 ss. e nt. 69; R. MARTINI, voce *Mandato*, cit., 199. Per un

con la metamorfosi economica cui andò soggetta la società romana a partire già dalla fine del IV-III sec. a.C. Sin da quell'epoca e con sempre maggiore prepotenza si dovette infatti avvertire l'esigenza di avvalersi di uomini di fiducia, come potevano esserlo, a parte i sottoposti, anche i liberti e gli amici, per l'espletamento di affari che il *dominus negotii* era impossibilitato ad eseguire personalmente. E fu appunto il particolare legame esistente tra le parti: potestativo, di patronato o d'amicizia<sup>22</sup>, a determinare il caratterizzarsi del rapporto come rapporto essenzialmente gratuito. Non è detto infatti che esso sia sorto solo 'tra eguali', meglio anzi 'tra amici', come ancora di re-

<sup>22</sup> Sui rapporti tra il concetto di *amicitia* e le origini del mandato cfr. le recenti ricerche di D. NÖRR, *Mandatum*, 'fides', 'amicitia', in AA.VV., *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York, 1993, 13 ss.; ID., *Sulla specificità del mandato*, in *SDHI*, LX, 1994, 367 ss., il quale vede nell'*amicitia* un fenomeno prettamente sociale. *Contra* S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 19 ss., il quale (sulla base di Paolo, D. 17.1.1.4: ...*nam originem ex officio atque amicitia trahit...*) insiste invece sulla giuridicità del rapporto connotato dall'*officium* inteso quale dovere di dare esecuzione al mandato ricevuto. In proposito vd. anche T. RUNDEL, *Mandatum zwischen 'utilitas' und 'amicitia'. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, München, 2005, part. 163 ss.

cente si è continuato a sostenere<sup>23</sup>; il brano paolino affianca chiaramente all'*amicitia* l'*officium*, cioè il dovere morale (quale poteva essere appunto quello che spingeva, oltre che il sottoposto, anche il liberto ad adempiere l'incarico affidatogli dal suo ex *dominus*), sottolineando che l'adempimento del medesimo non implicava un riconoscimento economico: *originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces*. L'accostamento all'amico del liberto come possibile destinatario di un incarico si riscontra del resto ancora pure in Papiniano, D. 3.5.30 pr.: *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam ...*<sup>24</sup>.

Né può d'altronde condividersi l'opinione di chi individua nella gratuità l'effetto del tipo di attività svolta, poco impegnativa, trattandosi sovente «d'actes juridiques faciles à accomplir et ne méritant aucune rétribution»<sup>25</sup>. Questa affermazione è infatti chiaramente smentita da tutti quei luoghi che fanno riferimento ad attività materiali che, se prestate gratuita-

<sup>23</sup> R. MARTINI, voce *Mandato*, cit., 199.

<sup>24</sup> Sul testo cfr. da ultima G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'*, cit., 321 ss., con bibliografia.

<sup>25</sup> Così F. DUMONT, *Recensione* a A. WATSON, *Contract*, cit., 343 s., part. 344; vd. anche ID., *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1952, 307 ss.

secutorie, è dalla dottrina ampiamente riconosciuto<sup>32</sup>. Tale sanzione sarebbe consistita infatti nell'onere posto a suo carico di non fare ingiustificata resistenza all'azione di risarcimento promossa dal creditore frodato: in caso di *infinitatio*, egli sarebbe stato condannato *in duplum*; altrimenti, avrebbe dovuto rispondere nei confronti dello *stipulator* solo per il valore del credito indebitamente estinto. È quanto afferma Gaio (3.215-216) nel suo manuale istituzionale: *capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introducti manifestum est*. Egli però aggiunge: *sed id cavere non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infinitantem in duplum agitur*.

<sup>32</sup> La dottrina in verità a tal proposito è divisa tra coloro che considerano il carattere penale della nostra azione come quello originario (cui si sarebbe successivamente aggiunto il carattere risarcitorio) e coloro che invece ritengono che esso sarebbe stato il frutto della riflessione giurisprudenziale più matura. Vd. al riguardo da ultimi G. VALDITARA, *Dammum iniuria datum*, Torino, 1996, 55 ss.; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, Milano, 2002, 213 ss.; A. CORBINO, *Il secondo capo*, cit., 17, nt. 78; ID., *Il danno*, cit., 145 ss., che propende per un carattere originariamente misto dell'azione *de qua*.

all'*actio furti*, mentre è qualificato in termini di *culpa* l'atteggiamento del mandatario che viola l'impegno assunto, arrivando Cicerone ad usare l'espressione *crimen mandati*<sup>30</sup>. Il che permetterebbe di spiegare pure il perché ancora in epoca più tarda l'*iudicium mandati* sia stato fatto rientrare tra quelli la cui condanna porta con sé l'infamia.

Ma un ulteriore indizio può forse vedersi pure nella tutela accordata, all'epoca della *lex Aquilia*, allo *stipulator*, che in concreto era un mandante, contro l'*adstipulator*, mandatario, qualora avesse rimesso un debito in realtà non pagato *in fraudem creditoris*<sup>31</sup>. Bene, in tal caso l'*adstipulator* sarebbe incorso nella sanzione prevista dalla *lex Aquilia de damno*, il cui carattere penale, anche se con implicazioni reiper-

<sup>30</sup> Sul punto R. MARTINI, voce *Mandato*, cit., 200, nt. 7; ma vd. anche A. WATSON, *Contract*, cit., 199 ss. Non si tratta dunque di una mera disistima sociale quella nella quale incorre il mandatario infedele: sui limiti di una tale visione 'antropomorfa' del diritto vd. pure le interessanti considerazioni di C. CASCIONE, *Recensione* a S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 272 s.

<sup>31</sup> Sull'esatta configurazione dell'illecito sanzionato dal secondo capo della legge Aquilia vd. per tutti A. CORBINO, *Il secondo capo della "lex Aquilia"*, in 'Panta rei'. *Studi in onore di M. Bellomo*, II, Roma, 2004, 11 ss.; ID., *Il danno qualificato e la legge Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova, 2005, 36 ss.

mente, costituivano oggetto di un mandato e non di una locazione: si pensi, oltre all'ipotesi prospettata da Gaio del *fullo* e del *sarcinator*<sup>26</sup>, anche al caso previsto in D. 14.1.1.18 in tema di *actio exercitoria*, ove appunto il discrimine tra mandato e locazione è posto nella gratuità o onerosità della prestazione: *sed* (scil. *exercens navem*) *aut ex locato cum magistro, si mercede operam exhibet, aut si gratuitam mandati agere potest*<sup>27</sup>. E analogamente accade in D. 14.1.5 pr., in cui si precisa che se il *magister* è un uomo libero il patrono potrà esperire alternativamente l'*actio locati*, se la prestazione è retribuita, l'*actio mandati* se appunto gratuita<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. Gai 3.162, D. 19.5.22, ed I. 3.26.13 su cui ci soffermeremo oltre.

<sup>27</sup> Ulp. 28 *ad ed.*: *Sed ex contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat, sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitam, mandati agere potest ...*. Sul testo cfr. da ultima G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'* cit., 244 ss., cui adde M. MICELI, *Studi sulla «Rappresentanza» nel diritto romano*, Milano, 2008, 369 ss.

<sup>28</sup> Paul. 29 *ad ed.*: *Si eum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas, mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero: idem est, si communis servus nobis erit. Ex locato tamen mecum ages, quod operas servi mei conduxeris, quia et si cum alio contraxisset, ageres mecum, ut actiones, quas eo nomine habui, tibi praestarem, quemadmodum cum libero, si quidem conduxisses, experieris: quod si gratuitae ope-*

### 3. Il requisito della gratuità

Bene, le caratteristiche alle quali si è fatto riferimento nel § precedente permettono di accostare il mandato ad altri istituti venuti alla luce come rapporti di mero fatto: ci riferiamo, in particolare, al deposito, al comodato ed al mutuo, tutti rapporti qualificati dalla gratuità. E come queste relazioni trovarono una loro prima tutela nell'ambito del diritto penale, analogamente dovette accadere per il mandato. Tale tutela è plausibile, infatti, non sia sorta col riconoscimento del mandato come rapporto obbligatorio di natura contrattuale, quanto piuttosto coll'essersi configurata come un vero e proprio illecito penale la violazione dell'incarico assunto spontaneamente soprattutto dal liberto o dall'amico.

Tracce di questa originaria configurazione possono individuarsi intanto nell'orazione ciceroniana *pro Roscio Amerino*<sup>29</sup>, ove da un lato

---

*rae fuerint, mandati ages.* Sul testo vd. da ultima M. MICELI, *Studi*, cit., 366 s. e nt. 7.

<sup>29</sup> Cic. *pro Rosc. Amer.*, 38-39, 111-113: *In privatis rebus si qui re mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod, quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in iis*

viene esaltato il nesso tra mandato ed *amicitia*, dall'altro viene paragonato l'*iudicium mandati*

---

*operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. Quid recipis mandatum, si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversurus es? Cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. Suscipis onus officii quod te putas sustinere posse; quod minime videtur leve iis qui minime ipsi leves sunt. 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. Perditissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum qui laesus non esset nisi credidisset. Itane est? In minimis rebus qui mandatum neglexerit, turpissimo iudicio condemnetur necesse est, in re tanta cum is cui fama mortui, fortunae vivi commendatae sunt atque concredita, ignominia mortuum, egestate vivum adfecerit, is inter honestos homines atque adeo inter vivos numerabitur? In minimis privatisque rebus etiam negligentia mandati in crimen iudiciumque infamiae vocatur, propterea quod, si recte fiat, illum neglegere oporteat qui mandarit, non illum qui mandatum receperit; in re tanta, quae publice gesta atque commissa sit, qui non negligentia privatum aliquod commodum laeserit sed perfidia legationis ipsius caerimoniam polluerit maculaque adfecerit, qua is tandem poena adficietur aut quo iudicio damnabitur? Sulla testimonianza in esame vd., oltre gli aa. citt. a nt. 19, da ultimo S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 84 ss., ove altra bibliografia.*

con l'ammettere che il principio della gratuità del mandato non avrebbe trovato, già nel diritto classico, una rigorosa applicazione e che, pertanto, nemmeno per il diritto romano la gratuità poteva essere elevata a sicuro ed unico criterio distintivo tra mandato e locazione d'opera. Non poteva d'altronde trarre in inganno l'eccezionalità della procedura alla quale sarebbe potuto ricorrere il mandatario per

---

definizione dell'articolo 1737, se si prescinde dall'aggiunta, o mediante un compenso, che occorre dopo l'avverbio *gratuitamente*; conciossiachè pel Codice nostro il mandato possa essere *gratuito* e *corrispettivo*. Vero è bene che per l'articolo 1739 viene dichiarato che il *mandato* è *gratuito*, se non vi è *patto contrario*; dunque il legislatore lo riconosce almeno *per sua natura gratuito*, se non *gratuito essenzialmente*, come era per diritto Romano», aggiunge però a p. 219: «Fu per altro, reputata compatibile col mandato la promessa di un *onorario* (*honorarium*), come remunerazione ... per fatti non mercenari ... ma quell'onorario non poté essere ripetuto con l'azione del mandato, sibbene in una *cognitio extraordinaria*». E in questa direzione vd. anche G. PACHIONI, *Corso di diritto romano*, III, Torino, 1922, 258 e nt. 484; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Firenze, 1928, 307 e nt. 1; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, Torino, 1946, 498; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*<sup>4</sup>, Milano, 1953, 541, nt. 3. Sulla loro scia vd., tra gli italianisti, ad es. E. BESTA, *Le obbligazioni*, cit., 250; tra i civilisti, ad es. A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 368 (vd. però anche 394).

intendendo semplicemente *remunerare laborem*. Questa precisazione ci fa pertanto capire che la sua pretesa attuata attraverso il procedimento cognitorio è connessa al fatto che con il *salarium* non si vuole retribuire bensì solo *remunerare laborem*. Esso, dunque, è un *quid* assegnato non come equivalente del lavoro prestato, non perciò in qualità di mercede, bensì come compenso per le fatiche sopportate. L'espressione *voluerit* evidenzia invero chiaramente la libera e munifica volontà del mandante nei riguardi del procuratore mandatario<sup>63</sup>.

La promessa di un *salarium* a favore del *procurator litis* doveva presentare comunque in quel contesto storico ulteriori non lievi difficoltà, visto che avrebbe potuto pure celare un *pactum de redemptione litis*, avversato dalla giurisprudenza e dalla legislazione del tempo e tuttavia nei fatti praticato<sup>64</sup>: il giurista pertanto

---

<sup>63</sup> Così anche P. PESCANI, *Di una definizione del salario contenuta in una glossa nel 'Codex Montispessulanus'*, in *BST*, IV, 9, 1957, 12; ma vd. pure G. CERVENCA, *Appunti sul valore del sostantivo 'labor' nella legislazione postclassica*, in *BST*, IV, 9, cit., 13.

<sup>64</sup> Su questa problematica vd. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 198 ss., part. nt. 114, cui *adde*, più di recente, A. DIMOPOULOU, *La rémunération de l'assistance en justice. Étude sur la relation avocat-plaideur à Rome*, Atene, 1999, part. 415 ss.; T. RUNDEL, *'Mandatum'*, cit., 84 ss.; cen-

mette in chiaro che perché si accordi la tutela di tale promessa essa non deve nascondere un *pactum* che spinga il *procurator, contra bonos mores, a redimere eventum litium maioris pecuniae praemio*.

Le medesime preoccupazioni lo dovettero inoltre spingere ad imporre, per la sua validità, anche il requisito della precisa determinatezza: una generica *pollicitatio*<sup>65</sup>, come sostiene ancora Papiniano, il cui pensiero è ripreso dalla Cancelleria imperiale diocleziana<sup>66</sup>, non avrebbe mai potuto infatti impegnare il promittente a versarlo. In tal senso depone D. 17.1.56.3 (Pap. 3 *resp.*): *Salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur neque iudicio mandati, ut salarium tibi constituat*.

Alla perseguibilità *extra ordinem* del *salarium* si riferisce, infine, pure la costituzione, pervenutaci *sine die*, contenuta in C. 4.35.1 (Imp. Severus et Antoninus AA. Leonidae): *Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam*

---

ni anche in S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 205, nt. 98.

<sup>65</sup> Sull'espressione *pollicitatio* e sul significato da essa assunto nel contesto in esame cfr. S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 209 s., nt. 112.

<sup>66</sup> C. 4.35.17 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Gorgonio) (a. 294?): *Salarium incertae pollicitationis peti non potest*.

quello della distinzione tra mandato e locazione d'opera, un problema di non certo facile soluzione, tant'è che pure un autorevole studioso come il Barassi non esitò a definirlo «un grosso scoglio, forse non vincibile, su cui viene a frangersi la dottrina»<sup>117</sup>.

Né ai civilisti poteva essere d'ausilio l'insegnamento dei romanisti dell'epoca<sup>118</sup>, i quali, nel ribadire che in diritto romano l'onorario promesso, pur non potendosi ottenere attraverso la procedura ordinaria e quindi attraverso l'*actio mandati contraria*, poteva esigersi *extra ordinem*<sup>119</sup>, finivano implicitamente

---

<sup>117</sup> L. BARASSI, *Un problema insolubile: la differenza fra la qualifica di impiegato e operaio*, in *Foro Ital.*, I, 1931, 379.

<sup>118</sup> Questo insegnamento si riscontra anche presso i Pandettisti tedeschi: cfr., tra i principali, A. DERNBURG, *Pandette*, II, trad. it. a cura di B. Cicala, Torino, 1903, 504 s. e nt. 11; 514; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XVII, trad. it. a cura di G. Pacchioni e S. Cuggia, Milano, 1904 31 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 2, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1904, 177; 181 e nt. 19.

<sup>119</sup> F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, II, Firenze, 1866, 215 ss., ad esempio, nell'edizione del suo manuale, successiva all'entrata in vigore del codice del 1865, nel definire il mandato romano «un contratto consensuale, pel quale una persona, il mandatario, si obbliga verso un'altra, il mandante, a trattare gratuitamente gli affari leciti, dei quali quest'ultima l'incarica», nonostante a p. 215, nt. 1 affermi: «Identica è la

Così legiferando, il legislatore italiano, a somiglianza del francese, ha pertanto ritenuto fare della gratuità non un elemento essenziale del contratto, bensì solo naturale<sup>115</sup>.

In contrapposizione al Codice Civile, però, il Codice di Commercio del 1882 all'art. 349 enuncia una regola opposta: «il mandato commerciale ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto e in nome del mandante. Il mandato commerciale non si presume gratuito<sup>116</sup>».

Ora, l'individuazione dell'oggetto della prestazione attraverso il termine «affari» nel Codice Civile, la locuzione «affari commerciali» utilizzata nel Codice di Commercio, e per di più la presunzione di gratuità dell'uno e di onerosità dell'altro, fecero sorgere inevitabilmente dei contrasti, sia in riferimento alla caratteristica tipica del mandato, sia riguardo alla distinzione dell'istituto rispetto alla locazione d'opera. Nel rigore della passata legislazione, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza il problema più grosso che venne affrontato fu

<sup>115</sup> Sul punto A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 389 s.

<sup>116</sup> Sul mandato commerciale cfr. per tutti C. MELLINI, voce *Mandato commerciale*, in *Dig. it.*, XV, cit., 468 ss., part. 472 s; 495, per l'aspetto che qui più ci interessa.

*erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur.*

Non è assolutamente da escludere che Papiniano, il quale era stato il fautore della perseguibilità *extra ordinem* di questa remunerazione a favore dei *procuratores ad litem* che con un certo grado di stabilità espletavano la loro attività a favore di altri<sup>67</sup>, sia stato anche l'ispiratore del rescritto contenuto in C. 4.35.1, ove viene in sostanza generalizzato il principio espresso in D. 17.1.7, permettendosi il ricorso alla procedura cognitoria a favore di quanti gestiscono pure una pluralità di *negotia*. Il notorio legame di questo giurista con l'imperatore Settimio Severo, il quale lo fece persino membro della sua Cancelleria<sup>68</sup>, legittima del resto appieno questa congettura.

Bene, la differente procedura prevista per

<sup>67</sup> Dalle fonti in nostro possesso si desume infatti che il *salarium*, anche quando non è connesso ad una data attività lavorativa, rappresenta nella maggior parte dei casi una elargizione duratura nel tempo, come risulta dai *salaria* attribuiti dal *dominus* ai suoi schiavi: cfr. D. 40.5.41.6 (Scaev. 4 *resp.*); C. 7.6.3 (Imp. Iustinianus a. Johanni pp.) (a. 531), su cui vd. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 299 ss., nt. 14, part. 301 s.

<sup>68</sup> Cfr. in proposito, più approfonditamente, G. COPPOLA BISAZZA, *Papiniano ed i 'procuratores'*, in corso di stampa in *SDHI*, LXXVI, 2010.

chi si trovi ad esercitare una qualsiasi attività a favore di altri nei confronti del *dominus negotii*, in riferimento rispettivamente alle spese incontrate nell'espletare l'incarico, che potevano essere reclamate con l'*actio mandati contraria*<sup>69</sup>, ed al *salarium* convenuto, esigibile *extra ordinem*, conferma ancora una volta come questo *quid* elargito non era visto come una controprestazione, quindi con esso non si intendeva affatto retribuire il lavoro eseguito e meno che mai quello di un mandatario.

I passi del Digesto e le Costituzioni imperiali accolte nel Codice giustiniano su riporta-

<sup>69</sup> Sempre che non fossero state messe in conto del *salarium* convenuto, come attesta Ulpiano in D. 17.1.10.9: *Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere. Et, sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit et hoc convenit, ut sumptus de suo faceret ab haec itinera, hoc est de salario*. Così come, nel restituire eventuali frutti prodotti da cose che il *procurator* ha avuto nella sua disponibilità durante la procura, questi deve detrarre le spese fatte per percepirli, analogamente accade se incontrò delle spese nell'attraversare il fondo per le sue *vecturae*, a meno che, soggiunge infatti il giurista, egli non percepisca un *salarium* e si sia convenuto che questi viaggi vengano effettuati, appunto, a sue spese. Sul passo cfr. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 303, nt. 15, con bibliografia.

stabilisce che «il mandato è gratuito se non vi è patto<sup>113</sup> in contrario<sup>114</sup>».

elemento essenziale l'agire in nome del mandante, quindi non si considera più la rappresentanza inerente al mandato: sul punto, per tutti, A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 384; 391 ss.; F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 113.

<sup>113</sup> Sui criteri adottati dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'epoca per desumere tale patto contrario, potendo esso essere anche tacito, rinviamo il lettore alla disamina fatta da A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 390 s.

<sup>114</sup> Secondo A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 386, il legislatore del 1865 avrebbe fatto del mandato un vero e proprio contratto consensuale che, all'occorrenza, poteva essere bilaterale imperfetto o sinallagmatico «in quanto che, se i diritti del mandante derivano normalmente dal contratto, non così quelli del mandatario: essi sorgono *ex post facto*, e rispondono, oltre che all'intima essenza del mandato, ad altri principi di equità, in specie a quello che vieta l'indebito arricchimento. Sovente però il mandato assume l'aspetto di un contratto bilaterale perfetto, se da parte del mandante viene stabilita, a favore del mandatario, una retribuzione, che ingenera reciprocità di diritti ed obblighi tra i contraenti, acquistando il mandatario diritto di richiedere la remunerazione dal mandante, e questi essendo obbligato contrattualmente a corrispondersela». Sulla plausibilità di quest'ultima affermazione avremo però modo di discutere a proposito del nostro attuale mandato, che seguendo l'impostazione dell'a., dovrebbe dunque configurarsi come sinallagmatico.

gli obblighi del mandante verso il mandatario, inseriva pure il pagamento di quanto promesso.

## 8. La legislazione italiana anteriore al 1942

Non appena troncata, nel 1859, la guerra d'indipendenza, s'impose ancora al novello Stato Italiano l'unificazione della legislazione, bisogno che s'accrebbe ulteriormente con l'annessione successiva delle provincie meridionali. Fu così pubblicato, il 25 giugno 1865, il codice civile italiano, entrato in vigore il 1 gennaio 1866. Esso disciplina il contratto di mandato al titolo XI del III libro.

Nella regolamentazione dell'istituto il requisito della gratuità vi resta stabilmente inserito. Seguendo l'impostazione del Code Napoléon, il codice del 1865 afferma infatti all'art. 1737 essere il mandato il contratto «in forza del quale una persona si obbliga gratuitamente o mediante un compenso a compiere un affare per conto di un'altra persona da cui ne ha avuto l'incarico<sup>112</sup>», mentre l'art. 1739

---

<sup>112</sup> In questa definizione due sono le novità più rilevanti rispetto ai precedenti codici: da un lato l'art. 1737 afferma essere il mandato un 'contratto' e non un 'atto'; dall'altro non si considera più quale suo

ti, permettono dunque di concludere come anche l'attività del *procurator*-mandatario rimase fino a tardi una attività prestata a titolo gratuito.

La perdurante gratuità del mandato è confermata d'altronde dalle Istituzioni giustiniane: *In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse. Et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur* (3. 26.13)<sup>70</sup>, che ripetono la lezione contenuta in quelle gaiane, segno evidente di come ancora nel VI sec. essa venisse vista come l'elemento qualificante il mandato rispetto alla locazione. Nella sua veste di manuale elementare di diritto destinato alla *cupida legum inventus*, infatti, questa fonte non avrebbe potuto certamente riferire un principio divenuto oramai anacronistico.

---

<sup>70</sup> Sul testo vd. da ultimo, anche se in riferimento alla riaffermazione giustiniana della gratuità del deposito, A. METRO, *La plurisecolare vicenda del deposito retribuito*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano, 2009, 799 s.

6. Incidenza dei principi cristiani sull'attuarsi del criterio della gratuità in epoca giustiniana

Incidenza notevole sul consolidarsi del principio dell'essenziale gratuità del mandato ebbero sicuramente pure le idee portate avanti dall'etica stoica, che, com'è notorio, si diffuse in Roma sin dall'epoca repubblicana, esercitando un profondo influsso sulla società romana sotto il profilo non solo etico ma anche giuridico<sup>71</sup>. Bene, tra i punti nodali di tale dot-

<sup>71</sup> Sull'influsso del pensiero stoico sui giureconsulti, influsso che, com'è stato a ragione sostenuto, «non dovè limitarsi a fornire la forma o la tecnica dell'argomentazione (come pure si pretende) ma dovè improntare anche taluni principi sostanziali» [così F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di 'officium' in diritto romano*, in *RISG*, XCII, 1957/58, part. 365 ss.; *Nota preliminare sull'officium civile*, in *Studi Vassalli*, I, Milano, 1960, part. 233 ss.], la letteratura è ormai vastissima. Si confrontino, tra gli AA. più recenti, H. COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *ZSS*, LXIX, 1952, 24 ss.; *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch logischen Auslegung*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1953, 365 ss.; F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionen-systems*, in *ZSS*, LXX, 1953, 93 ss.; *Vom römischen Recht*<sup>2</sup>, Göttingen, 1961, 143 ss.; H.J. METTE, *'Ius civile in artem redactum'*, Göttingen, 1954, 19 ss.; M. KASER, *Zur Methode der*

latori di detto codice, in specie del Berlier (relatore al Consiglio di Stato), del Bertrand De Grenille (relatore al Corpo legislativo), del Tarrible (relatore al Tribunato), che concordemente negavano in questa remunerazione l'equivalenza, vedendovi piuttosto «un office de l'amitié», un'indennità, un segno di gratitudine attraverso il quale «l'affection est encore la cause première et déterminante du bon office ...»<sup>111</sup>, e ciò nonostante l'art. 1999, tra

<sup>111</sup> Cfr. Locré, cit. da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*<sup>2</sup>, I, Milano, 1915, 287 e nt. 2; vd. anche 284, e F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 113 s.; cfr. sul punto comunque pure A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 380, al quale rinviamo (vd. 382 s.) anche per una rapida disamina del permanere del principio della gratuità nella maggior parte delle legislazioni degli ex Stati d'Italia: nel codice del regno delle Due Sicilie; nel codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla; nel codice civile per gli Stati estensi; nel codice civile austriaco, che ebbe vigore nel Lombardo-Veneto, ove, all'art. 1004 si legge che «se per la gestione di un affare altrui è stata convenuta una remunerazione ... avuto riguardo alla condizione del mandatario, il contratto appartiene agli onerosi: fuori da questo caso, comunque, esso permane gratuito». Per finire, nel Piemonte, nella Sardegna, nella Liguria e nelle provincie successivamente annesse, ove ebbe vigore il codice civile albertino, promulgato da Carlo Alberto, vennero anche qui seguite pedissequamente le norme del Codice napoleonico.

spetto a quella che si legge nel trattato sul mandato del Pothier: «le mandat est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou plusieurs affaires, pour la faire à sa place et à ses risques, à l'autre contractant, qui s'en charge gratuitement et s'oblige à lui en rendre compte»<sup>110</sup>.

Il principio della gratuità è in ogni caso ancora sancito dall'art. 1986, così concepito: «le mandat est gratuite, s'il n'y a convention contraire». A tale gratuità, si badi, non ripugnava comunque una remunerazione, non alterando quanto eventualmente promesso l'essenza del mandato, almeno secondo i compi-

<sup>110</sup> «Il contratto di mandato è il contratto per cui uno de' contraenti affida la cura d'uno o più affari, per amministrarli in suo luogo, in suo nome ed a suo rischio, all'altro contraente che ne assume gratuitamente l'incarico, e si obbliga a rendergliene conto» (trad. it., cit., 329). In questa definizione del Pothier manca qualsiasi accenno all'agire del mandatario in nome del mandante. L'a., infatti, negava che la rappresentanza potesse essere un requisito essenziale del mandato. Alcuni commentatori del codice napoleonico, appoggiandosi sulla sua autorità, affermarono pertanto anch'essi che la rappresentanza non dovesse ritenersi necessariamente connessa al mandato; e ciò di contro a quanti, come ad es. C. LAURENT, *Principi di diritto civile*<sup>2</sup>, XXVII, Milano, 1901, 290, ritennero invece l'opposto. Su questa disputa vd. per tutti F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 112 s.

trina, di cui insigne esponente fu il filosofo Seneca<sup>72</sup>, v'è la massima per cui il bene non

*röm. Rechtsfindung*, Göttingen, 1962, 68 ss.; A. ORMANNI, 'Penus legata'. *Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, part. 596 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it a cura di G. Nocera, Firenze, 1968, 75 ss.; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968, 125 ss., nt. 42; G. GROSSO, *Influenze aristoteliche sulla sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese*, I, Roma, 1976, 139 ss. (cfr. comunque anche i contributi degli altri AA. contenuti nel volume in questione); M. TALAMANCA, *Lo schema 'Genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, cit., II, Roma 1977, 3 ss.; A. MANTELLO, 'Beneficium' servile-'Debitum' naturale, Milano, 1979, part. 24 ss.

<sup>72</sup> Particolarmente indicativi in questa direzione sono alcuni brani del *de beneficiis* (4.1.2; 4.13.3; 4.14.3), ove Seneca esprime in maniera chiara il suo pensiero. A suo giudizio, infatti, chi esercita una qualsiasi attività a scopo di lucro, come ad esempio il medico o il mercante, pur arrecando utilità agli altri, poiché però agisce nell'intento di perseguire il proprio interesse, non può esigere gratitudine: *non est beneficium* – dice infatti Seneca – *quod in quaestum mittitur. Hoc dabo et hoc recipiam' avocatio est*. A compiere il bene non debbono spingere *cogitatio avara nec sordida* bensì *humana, liberalis, cupiens dare, etiam cum dederit*. Altrimenti, far del bene solo perchè conviene è cosa meschina che in sé non merita né lode né gloria. Da qui l'ulteriore conse-

guenza dell'impossibilità di una valutazione 'economica' del *beneficium*; de *benef.* 3.14.3: *Aequissima vox est et ius gentium prae se ferens: "Redde, quod debes"; haec turpissima est in beneficio: "Redde!"... 4: Reddi maxima quaeque non possunt ... Hoc est, quod dicebam, interituram tantae rei dignitatem, si beneficium mercem facimus.* Si tratta di un intreccio piuttosto articolato di concetti appartenenti ad una certa tradizione di pensiero, di cui in sostanza Seneca è il trasmettitore nel mondo culturale del suo tempo, quantunque attraverso il filtro di ottiche personali. Non deve passare sotto silenzio, infatti, il fatto che questi principi siano presenti già nel pensiero di Cicerone; cfr. part. *Lael.* 9.31: *Ut enim benefici liberalesque sumus, non ut exigamus gratiam (neque enim beneficium faeneramur, sed natura propensi ad liberalitatem sumus), sic amicitiam non spe mercedis adducti, sed quod omnis eius fructus in ipso amore inest, expetendam putamus; de finibus 2.35.117: Nec enim cum tua causa cui commodas beneficium illud habendum est, sed feneratio, nec gratia deberi videtur ei qui sua causa commodaverit.* Qualunque attività esercitata a titolo di *beneficium* rifiuta dunque l'idea di una controprestazione sotto forma di *merces*. Il principio risulta espresso chiaramente dall'Arpinate a proposito dell'esercizio delle discipline c.d. liberali come quella di giurisperito e di avvocato che gli antichi reputavano doversi esercitare appunto a titolo di puro *beneficium*: *off.* 2.19.65: *Quae autem opera, non largitione beneficia dantur, haec tum in universam rem publicam tum in singulos cives conferuntur. Nam in iure cavere, consilio iuvare atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis vehementer et ad opes augendas pertinet et ad gratiam. Itaque cum multa praeclara maiorum, tum quod optime constituti iuris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio ... Haec igitur*

A questo riguardo bisogna ricordare che la Francia fu la prima Nazione che, auspice Napoleone, codificò le norme del diritto romano<sup>107</sup>. Bene, il titolo XIII, libro III di detto codice si occupa, in 26 articoli, del contratto di mandato<sup>108</sup>. In particolare l'art. 1984 ne dà questa definizione: «le mandat ou procuration est un acte par le quel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom», definizione che, imponendo al mandatario di agire in nome del mandante, dimostra come il legislatore francese, sulla scia dei precedenti medievali<sup>109</sup>, abbia appunto fatto della rappresentanza un elemento essenziale del contratto di mandato; essa appare però più imprecisa e ristretta ri-

<sup>107</sup> Sull'evoluzione storica del mandato sino al Code Napoléon cfr. F. CAGNINACCI, *Le mandat dans la doctrine française de l'ancien régime. XIIIe-XVIIIe siècles*, Nancy, 1962, *passim*.

<sup>108</sup> A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 378 ss.

<sup>109</sup> Si deve in particolare a Bartolo l'aver introdotto la nozione linguistica di 'rappresentanza', attraverso la quale il grande Commentatore espresse, appunto, l'immediatezza dell'effetto rappresentativo nella sfera giuridica del *dominus negotii*, in riferimento a quei diritti che non si sarebbero potuti cedere con la cessione dell'*actio directa* o *utilis*: vd. G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'*, cit., 348 e nt. 14; ma cfr. pure G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 319 e nt. 15.

La tradizionale nozione del mandato gratuito subisce tuttavia una grossa battuta d'arresto col diffondersi delle ideologie rivoluzionarie settecentesche. I principi portati avanti dalla Rivoluzione francese finirono infatti per essere in contrasto con la gratuità del mandato, essendo l'altruismo un sentimento ormai incompatibile con l'iniziativa privata e lo sviluppo delle attività economiche. La gratuità rimase tuttavia ugualmente ancorata al mandato quale suo elemento naturale che, in quanto tale, era derogabile dalle parti. Ma se il mandato poteva essere oneroso, permaneva la difficoltà di distinguerlo dalla locazione d'opera. Il problema venne risolto attraverso il ricorso all'autorità del Pothier, che distingueva appunto i due contratti in base alla natura delle attività che ne costituivano oggetto: attività meramente materiale e subordinata quella dovuta dal prestatore d'opera, attività di carattere giuridico con effetti direttamente impegnativi per colui che profittava dell'opera altrui, quella del mandatario<sup>106</sup>.

Il che, tra l'altro, permette di spiegare il perché la rappresentanza, nel Codice Napoleonico, diverrà un elemento inseparabile rispetto al mandato.

<sup>106</sup> G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 319 s.

va fatto per tornaconto: la ricompensa per averlo praticato consiste infatti nell'azione in sé. Conseguentemente, alla base della gratuità di qualsiasi prestazione sta l'idea di far del bene a prescindere da convenienza o gretto calcolo. Quando dunque ancora in epoca classica

---

*opera grata multis et ad beneficiis obstringendos homines accommodata. 66: Atque huic arti finitima est dicendi gravior facultas et gratior et ornatio; quid enim eloquentia praestabilius vel admiratione audientium vel spe indigentium vel eorum, qui defensi sunt, gratia? Huic quoque ergo a maioribus nostris est in toga dignitatis principatus datus. Diserti igitur hominis et facile laborantis, quodque in patriis est moribus multorum causas et non gravate et gratuito defendentis beneficia et patrocinia late patent. Analogo concetto è espresso da Quint. inst. orat. 12.7.8: *Gratias ne ei semper agendum sit, tractari potest. Quod ex prima statim fronte diiudicare imprudentium est. Nam quis ignorat, quin id longe sit honestissimum ac liberalibus disciplinis et illo, quem exigimus, animo dignissimum, non vendere operam nec elevare tanti benefici auctoritatem, cum pleraque hoc ipso possint videri vilia, quod pretium habent?* L'unico contraccambio ammesso per chi riceve il beneficio consiste semplicemente nel sentimento di gratitudine: Sen. epist. 10.81.7: ... *"iustitiae convenit, suum cuique reddere, beneficio gratiam ..."*. *Amplius* sul punto G. COPPOLA, *Note*, cit., 297 ss.; *Cultura*, cit., 223 ss. In particolare, sull'influsso del pensiero filosofico di Seneca sulla giurisprudenza romana cfr. J.L. MURGA, *La original influencia de Séneca en la jurisprudencia Romana*, in *Seneca dos mil años después. Actas del Congreso Internacional Commemorativo del Bimilenario de su nacimiento*, Cordoba, 1997, 143 ss.*

matura Paolo riconnette il mandato all'*officium atque amicitia*, e quando afferma che *contrarium ... est officio merces*, ciò scaturisce a nostro avviso dal fatto che la *merces*, intesa come un *auctoramentum servitutis*<sup>73</sup>, per il giurista non s'addiceva

<sup>73</sup> Si ricordi, in proposito, l'affermazione di Cicerone contenuta in *de officiis* 1.42.150-151, in cui egli considera biasimevole non il lavoro in quanto tale, bensì in quanto prestato in una posizione di subordinazione e quindi soprattutto quello mercenario: *Iam de artificibus et quaestibus, qui liberales habendi, qui sordidi sint, haec fere accepimus. Primum improbantur ii quaestus, qui in odia hominum incurrunt, ut portitorum, ut feneratorum. Inliberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur; est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant; nihil enim proficiant, nisi admodum mentiantur; nec vero est quicquam turpius vanitate. Opificesque omnes in sordida arte versantur; nec enim quicquam ingenuum habere potest officina. Minimeque artes eae probandae, quae ministrae sunt voluptatum, 'ceterarii, lanii, coqui, fartores, piscatores', ut ait Terentius; adde huc, si placet, unguentarios, saltatores, totumque ludum talarium. Quibus autem artibus aut prudentia maior inest aut non mediocris utilitas quaeritur, ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, eae sunt iis, quorum ordini conveniunt, honestae. Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est; sin magna et copiosa, multa undique apportans multisque sine vanitate impertiens, non est admodum vituperanda; atque etiam si satiata quaestu vel contenta potius, ut saepe ex alto in portum, ex ipso se portu in agros possessionesque contulit, videtur iure optimo posse laudari. Omnium autem rerum,*

thier anche il mandato<sup>103</sup>.

Muovendo dall'idea che il mandato presuppone sempre un accordo tra eguali, l'autore francese<sup>104</sup> individuava nel mandatarario una figura molto vicina a quella che affiora nei testi della compilazione, restando il mandato essenzialmente gratuito. Ciò che avrebbe distinto dunque il mandato dalla locazione d'opere sarebbe stato lo *status* sociale dei soggetti coinvolti: il mandato sarebbe stato stipulato tra eguali, nella locazione d'opere invece una parte sarebbe stata subordinata ad un'altra ed avrebbe dunque agito alle sue strette dipendenze. Così, il *procurator ad negotia*, che nel Medioevo era una persona normalmente di rango eguale a quello del *dominus*, essendo divenuto a partire dal XV sec. una persona di basso rango, avrebbe rivestito il ruolo non più di mandatarario, bensì di locatore e sarebbe stato pertanto regolarmente retribuito. Solo al *procurator ad litem*, pur essendo anch'egli retribuito, si continuò a riconoscere la qualifica di mandatarario<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Cfr. R. G. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere*, I, trad. it., Livorno, 1835, 60; *Trattato del contratto di mandato*, in *Opere*, II, trad. it., Livorno, 1836, 329.

<sup>104</sup> R. G. POTHIER, *Opere*, II, cit., 329 ss.

<sup>105</sup> Cfr. in proposito G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 319.

*constitutum, quod et uno verbo nominatur honorarium, L. i. infr. si mens. fal. L. i. § in honorariis, D. de extraord. cogn. Non debemus moveri eo, quod mandatum gratuitum esse oportet. Non enim eo minus gratuitum est mandatum, quod salarium et honorarium intervenit. Tunc enim mandatum gratuitum non esse intellegitur, cum ab initio recipitur mandatum ea lege, ut mercedem certam pro opera accipiat, aut accipiat eam, de qua postea constitueretur»<sup>101</sup>.*

Nel corso dei secoli, dunque, nonostante la presenza di un'economia di scambio in continua evoluzione, pur avendo assunto la prestazione di attività *mea gratia* una rilevanza sempre maggiore, il requisito della gratuità ha continuato ugualmente a mantenere una posizione essenziale e caratterizzante; anche se «una certa forzatura concettuale» esso ha subito nella fase precodicistica «scivolando», com'è stato anche di recente sottolineato<sup>102</sup>, «verso il concetto di *beneficium*, da cui si evolveranno i cosiddetti 'contracts de bienfaisance', fra i quali» venne fatto rientrare dal Po-

<sup>101</sup> H. DONELLI, *Commentaria in Codicem Justiniani ad Tit. XXXV. Cod. Mandati vel contra*, in *Opera Omnia*, VII, Maceratae, 1830, part. 551 (vd. anche 545 s.); *Comment. de jure civili*, in *Opera*, cit., III, Maceratae, 1829, 857 s.

<sup>102</sup> S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 191 ss., part. nt. 65.

né a chi si assumeva l'incarico di espletare una data attività a titolo di pura amicizia né a chi se lo assumeva per assolvere ad un eventuale dovere morale nei riguardi del mandante.

Ma il tramonto dell'etica stoica, che disprezzava qualsiasi attività prestata per mercede, riflesso di una concezione della vita e dell'uomo ancorata ad una visione 'aristocratica' del lavoro, la quale aveva contribuito a creare la contrapposizione concettuale esistente tra la *merces* (il vile contraccambio economico di una attività espletata a titolo oneroso) e l'*honor* (la *remuneratio* di una attività esercitata gratuitamente), ed il contemporaneo affermarsi dell'etica cristiana con la sua valutazione positiva del lavoro, visto quale espressione della dignità dell'uomo<sup>74</sup>, così come in-

---

*ex quibus aliquid acquiritur, nihil est agri cultura melius, nihil uberius, nihil dulcius, nihil homine, nihil libero dignius. De qua quoniam in Catone Maiore satis multa diximus, illinc assumes quae ad hunc locum pertinebunt.* Sul punto *amplius* il nostro *Cultura*, cit., part. 21 ss.; 120 ss.

<sup>74</sup> Il germe estremamente significativo della nuova concezione cristiana può già rinvenirsi in alcune affermazioni dell'apostolo Paolo, contenute nella seconda lettera ai Tessalonicesi (2. *Th.* 3.6: *praecepimus autem vobis fratres in nomine domini nostri Iesu Christi. ut subtrahatis vos ab omni fratre inquiete ambulante et non secundum traditionem quam acceperint a nobis. 7 ipsi enim scitis quemadmodum oportet imitari. nos quoniam non inquieti fui-*

fluirono sul significato sostanziale dei due lessemi *merces* ed *honor*, che finirono appunto per essere usati non più in contrapposizione sostanziale tra di loro bensì solo formale, inevitabilmente dovettero incidere anche sul principio della gratuità del mandato.

Particolarmente indicativa di questa nuova visuale è l'affermazione agostiniana contenuta in *epist.* 153.6.23: *Non sane quidquid ab invito sumitur, injuriose aufertur. Nam plerique nec medico volunt reddere honorem suum, nec operario mercedem ...*

Secondo Agostino l'operaio ed il medico

---

*mus inter vos* 8 *nec gratis panem manducavimus ab aliquo sed in labore et in fatigatione nocte et die operantes ne quem vestrum gravaremus* 9 *non quasi non habuerimus potestatem sed ut nosmet ipsos formam vobis daremus ad imitandos nos.* 10 *nam et cum essemus apud vos. hoc praecipiebamus vobis. quia si qui non vult operari nec manducet.* 11 *audimus enim quosdam in vobis ambulare inquiete nihil operantes sed curiosae agentes* 12 *his autem qui eiusmodi sunt praecipimus et rogamus in domino Iesu Christo ut cum silentio operantes suum panem manducent.*): ivi, infatti, l'avvertimento di S. Paolo, che il pane necessario alla vita materiale dell'uomo bisogna guadagnarselo lavorando, implicando una rivalutazione del lavoro inteso principalmente come strumento per procurarsi i mezzi di sussistenza, in sostanza non fa altro che restituire valore appunto al lavoro prestato per mercede, così tanto screditato dai pagani. Sul punto vd. part. G. COPPOLA, *Note*, cit., 312 ss.; *Cultura*, cit., 244 ss., con ampia bibliografia.

compensata attraverso un *honorarium* o un *salarium* visti comunque sempre non come corrispettivi per l'opera prestata: pertanto *mandatarius mercenarius esse non potest, salariarius esse potest*<sup>100</sup>. Una differenza, questa, che risulta ulteriormente precisata da Donello. Nel chiedersi *an in mandato locus esse possit salario, id est, an mandato consistente posse deberi salarium* egli risponde: «*constat ex hoc loco et aliis quam plurimis, ut L. salarium, inf. eod. salarium in caussa mandati constitui et dari posse. Sed id expressum est in L. si remunerandi, in pr. D. eod. ubi Justiniani verba sunt: si remunerandi caussa honos intervenit, mandati actio est. Honos figurate, id est salarium remunerandi, seu honorandi caussa datum, seu*

---

<sup>100</sup> J. CUJACII, *Notae ad Librum XVII Digest. Mandati vel contra. Tit. 1*, in *Opera*, Neapoli, 1578, X, 438; vd. anche *Notae in Lib. IV Cod. D. Justiniani*, in *Opera*, X, cit.: L.i. *Salario*) *Mandatum mercedem non recipit, vel quodcumque mercedis loco, salarium tamen recipit, ut hic, & l. salarium, ff. eod. ut procuratores, sic mandatores quidam salariarii sunt*; cfr. comunque anche, dello stesso autore, *Commentaria in Lib. III Responsorum Aemilii Papiniani*, in *Opera*, cit., IV, 939 ss.; *Comment. ad Titulum XXXV Mandati, vel contra Lib. IV Codicis*, in *Opera*, cit., IX, 355; *Recitationes in Libros IV Priores codicis Justiniani*, in *Opera*, X, cit., 989; *In Lib. XI Digestorum Salvii Juliani Recitationes solemnes*, in *Opera*, cit., VI, 60 s.; *Recitationes solemnes ad Titulum V De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera*, cit., VII, 844; 849.

della convenzione, se *in continenti*, con l'*actio mandati contraria*, se *ex intervallo ... tunc agitur extraordinaria* (scil. *actio*), come risulta, a suo dire, da C. 4.35.1; ma *si ... tale factum convenit locari: & tunc est locatio, ... aut non: & tunc est contractus innominatus, & agitur praescriptis verbis*<sup>97</sup>.

All'insegnamento dei Glossatori si aggiungano pure i Commentatori: Cino da Pistoia, ad esempio, dopo aver riferito le varie soluzioni prospettate dagli esponenti della Scuola di Bologna nel tentativo di individuare con quale azione *salarium a domino petere potest*, è dell'avviso che l'eventuale patto, anche se *in continenti*, circa il salario potrà farsi valere sempre *extra ordinem*<sup>98</sup>.

Se saldamente ancorato alla visuale, quale emerge dalle fonti romane, mostra di rimanere anche Alberico de Rosate quando afferma che *mandatum debet esse gratuitum, ut actio mandati oriatur*<sup>99</sup>, altrettanto lo sono pure gli esponenti della Scuola Culta.

Nel confermare la differenza tra mandato e locazione di opere, Cuiacio ammette tuttavia che l'attività del mandatario possa essere ri-

<sup>97</sup> Gl. *Praebeatitur ad C. 4.35.1*, loc. cit.

<sup>98</sup> CYNIPISTOIENSIS, *Comment. in Codicem*, Francoforti, 1578, 251 s.

<sup>99</sup> ALBERICI DE ROSATE, *Dictionarium Iuris tam civilis quam canonici*, Venetiis, 1573, 445, voce *Mandatum*.

hanno diritto rispettivamente alla *merces* ed all'*honor* per l'opera prestata, anche contro il volere di colui che ha usufruito della loro attività.

Bene, tale considerazione solo a prima vista potrebbe risultare in contrasto con quanto sostenuto per il periodo classico circa la non esigibilità dell'*honor*. Essa assume invero un significato ben preciso se inquadrata in quella trasformazione del concetto di lavoro di cui si è detto, operata dal Cristianesimo. Nel contesto del discorso agostiniano, infatti, l'*honor* non è più l'attestazione di gratitudine, bensì sta ad indicare semplicemente il guadagno del professionista che, al pari della *merces* percepita dall'operaio, può essere pretesa, anche contro la volontà del beneficiario della prestazione, perché pure il professionista, al pari dell'operaio, ha diritto di trarre dal suo lavoro i mezzi di sussistenza<sup>75</sup>. Sempre nelle fonti cristiane si afferma infatti che, così come il pane bisogna guadagnarselo lavorando, il lavoro non deve essere sfruttato. Non può dunque esserci lavoro senza retribuzione: *nemo fraudet mercenarium mercedem debitam, quia et nos mercenarii sumus dei nostri et ab eo mercedem laboris*

<sup>75</sup> *Amplius* sul punto ancora G. COPPOLA, *Note*, cit., 315 ss.; *Cultura*, cit., 246 ss.

*nostris expectamus*, afferma S. Ambrogio in *epist.* 19.3 (ed. Maur.)<sup>76</sup>.

Per questa via era inevitabile che la linea di confine tra attività prestate gratuitamente, remunerate solo con un *honorarium*, e quelle prestate dietro un contraccambio economico, cioè una *merces*, si assottigliasse sempre più, tendendo appunto a trasformarsi il primo da semplice espressione di uno spontaneo dovere morale di gratitudine in vero e proprio obbligo giuridico. Significativa in questa direzione è infatti la costituzione giustiniana, risalente al 530, contenuta in C. 3.1.13.9, in cui per evitare che gli avvocati provochino una dilazione della causa a motivo del mancato pagamento degli *honoraria* promessi dai loro clienti, l'Imperatore ordina che il cliente, il quale sia in grado di pagare, debba farlo. In caso di rifiuto, l'autorità interverrà esecutivamente, a meno che lo stesso litigante non preferisca scegliersi un altro difensore: *Illo procul dubio observando, ut, si neque per alterutram litigantium partem, vel per iudicem steterit, quominus lis suo Marte decurrat, sed per patronos causarum, licentia detur iudici, et eos duarum librarum auri poena adficere per scholam palatinam exigenda et similiter publicis rationibus adgreganda, ipso videlicet iudice in sua*

<sup>76</sup> Cfr. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 247, nt. 186.

Se infatti ancora il Piacentino, annoverato da Accursio tra i *'veteres'*, in contrapposizione ai *'moderni'* che a suo giudizio avrebbero avuto il loro iniziatore in Azzone, afferma che *mandatum debet esse gratuitum, sicut est commodatum*<sup>94</sup>, Azzone appunto, pur restando legato all'idea della gratuità, sostiene però che essa non è affatto incompatibile con la promessa di una remunerazione, testimonianza della gratitudine del mandante. Il mandato resta tale anche se è stato convenuto un salario, purché il mandatario (procuratore) non sia persona solita mettere a disposizione di altri la propria attività lavorativa e purché questa non sia promessa a condizione di ottenere un corrispettivo in cambio<sup>95</sup>.

A riprendere la dottrina di Azzone è il suo allievo Accursio, il quale, se per un verso ribadisce anch'egli il principio della gratuità del mandato, per l'altro, attraverso una parificazione dell'*honor* al *salarium*, non esclude che un salario possa essere promesso *animo remunerandi laborem*<sup>96</sup>, e che sia perseguibile, purché *certum* nella sua quantità, secondo la natura

<sup>94</sup> PLACENTINI, *Summa Codicis*, Moguntiae, 1536, 169.

<sup>95</sup> H. AZONIS, *Summa super Codicem*, Parisiis, 1577, 331 s.

<sup>96</sup> Gl. *Salario ad C. 4.35.1*, Venetiis, 1579, 935; ma vd. anche gl. *Si remunerandi ad D. 17.1.6*, Venetiis, 1575, 1096.

vi di fronte ad una convenzione ‘innominata’, protetta da un’*actio in factum*.

Bene, i medievali non avrebbero avuto remore a configurare queste ipotesi come dei regolari mandati. Lo conferma il *Constitutum usus* di Pisa, del 1161, che fa il caso (r. 35, p. 935) di chi abbia incaricato un altro di vendergli una cosa ad un dato prezzo, e questi l’avesse venduta ad un prezzo maggiore: si risponde che l’avrebbe dovuta pagare per intero, salvo ciò che avesse pattuito *pro rei venditione*, soggiungendosi che, pur nel caso in cui non fosse corso alcun patto tra i due, il mandante avrebbe ugualmente dovuto ricompensare il mandatario *pro venditione*.

Nel periodo medioevale la gratuità del mandato non fu dunque più vista in termini rigorosi, tollerandosi appunto la possibilità di un compenso, comunque non inteso come l’equivalente dell’opera prestata<sup>92</sup>. Una conferma si ha leggendo le opere dei Glossatori<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> *Amplius* sul punto A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, in *Dig. It.*, XV, Torino, 1903-1907, 375 ss.; F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell’età del Risorgimento*, III, Torino, 1921, 4 ss.; E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936, 251 s.

<sup>93</sup> Sulla gratuità del mandato nel diritto intermedio cfr. anche G. PROVERA, voce *Mandato*, cit., 318 ss.

*sententia hoc ipsum manifestante, quod per patronos causae vel fugientis vel agentis dilatio facta est vel per omnes vel quosdam ex his: necessitate advocacionis imponenda, ex quo litem peragendam susceperint, eam usque ad terminum, nisi lex vel justa causa impediatur, adimplere, ne ex eius recusatione fiat causae dilatio: honorariis scilicet a clientibus, qui dare possint, disertissimis togatis omnimodo praestandis et, si cessaverint, per executores negotiorum exigendis, ne et per huiusmodi machinationem causae merita protrahantur, nisi ipse litigator alium pro alio patronum eligere maluerit.*

Così legiferando Giustiniano tende dunque a trasformare un’attività come quella dell’avvocato, remunerata dal cliente spontaneamente dietro la corresponsione di un *honorarium*, da gratuita in onerosa, essendo appunto l’*honorarium*, che si è obbligati a pagare anche attraverso il ricorso agli organi esecutivi, ormai paragonato ad una vera e propria retribuzione<sup>77</sup>.

Proprio alla luce di questa nuova prospettiva va pertanto interpretato il testo che ora verrà esaminato, il quale, pur provenendo dallo stesso libro dell’opera *ad edictum* di Paolo da cui è tratto il brano contenuto in

<sup>77</sup> Sulla costituzione in esame vd. ancora G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 247 s.

D. 17.1.1.4, ove viene enunciato l'assioma dell'essenziale gratuità del mandato, sembra attestare un principio diametralmente opposto. Trattasi di D. 17.1.26.8 (Paul. 32 *ad ed.*): *Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est: Mela ait non praestaturum id ei mandatore, nisi posteaquam emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere coeperit servus. Sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit.*

Un artigiano<sup>78</sup>, avuto mandato di acquistare uno schiavo per un prezzo determinato, avendogli insegnato il mestiere e avendolo rivenduto di più, deve al mandante il prezzo riscosso<sup>79</sup>; nel caso poi in cui lo schiavo sia affetto da un vizio Paolo ritiene, sulla scia di Mela, che egli sia responsabile nei confronti dell'acquirente, avendo comprato uno schiavo

<sup>78</sup> Sul significato che il termine *faber* assume in questo contesto vd. per tutti D. SCHANBACHER, *Zur Interpretation von Paul. 32 ad ed. D. 17,1,26,8*, in TR, LXV, 1997, 41 s., nt. 4.

<sup>79</sup> Il che chiaramente fa intuire che lo schiavo era stato comprato con denaro del committente: in tal senso esattamente D. SCHANBACHER, *Zur Interpretation*, cit., 42.

dato? I Compilatori attribuiscono a Paolo questa terminologia; ma il giurista, proprio sulla base della non gratuità dell'incarico, conclude col dire che si sarebbe dovuto agire con l'*actio praescriptis verbis*.

Un altro caso è quello ricordato da Ulpiano in D. 19.5.13 pr.: Tizio consegna una cosa a Sempronio con l'incarico di venderla ad un dato prezzo, lasciandogli il di più che ne potesse ricavare<sup>91</sup>: di quale contratto si tratterà? Forse di un mandato? Il giurista severiano lo nega in maniera categorica, *quia et mandata gratuita esse debent*. Ammette tuttavia che ci si tro-

---

*ciem 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 dicitur esse. 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 erigendi praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*

<sup>91</sup> (Ulp. 13 *ad Sab.*): *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alieno negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.*

## 7. Dal diritto medioevale alle codificazioni

Della natura anfibia del contratto di mandato, così come ci proviene dai testi del *Corpus Iuris*, v'è traccia anche nelle epoche successive. Il requisito della gratuità sembra infatti restare saldo presso la dottrina medioevale, ma quest'ultima sarà costretta a fare i conti pure con il ridimensionamento subito dal principio stesso nell'epoca giustiniana.

I classici avevano inquadrato eventuali incarichi assunti dietro corrispettivo nell'ambito delle *conventiones sine nomine*<sup>89</sup>. Un esempio è quello fornito da Paolo in D. 19.5.5.4: Tizio e Caio hanno convenuto tra di loro che Tizio riscuota una data somma dal debitore di Caio, il quale sta a Cartagine, e parimenti Caio una somma dal debitore di Tizio, che sta a Roma; oppure che Tizio fabbrichi sul fondo di Caio, e Caio su quello di Tizio<sup>90</sup>: è questo un man-

<sup>89</sup> Sulla problematica relativa alle *conventiones* atipiche e sulla loro eventuale tutela quanto meno a partire da Aristone cfr. per tutti A. BURDESE, *Sul riconoscimento dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, XXXVI, 1985, 14 ss.; altra bibliografia in A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., 948 ss.

<sup>90</sup> (Paul. 5 *Quaest.*): *Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem spe-*

difettoso ed avendoglielo rifilato in quelle condizioni, a meno che non riesca a provare che il *vitium* sia sopravvenuto dopo l'acquisto, senza inganno da parte sua: *sine dolo malo*. Se però per incarico del mandante gli ha pure insegnato il suo mestiere, afferma il giurista severiano, in tal caso potrà ottenere dal mandante *et mercedem et cibaria, nisi si ut gratis doceret rogatus sit*.

Nel testo vengono presi in esame dunque tre problemi. Il primo riguarda l'obbligazione del *faber* nei confronti del mandante nell'ipotesi in cui l'incarico abbia riguardato l'acquisto e la rivendita ad un prezzo doppio di uno schiavo a cui egli abbia insegnato il suo mestiere. Il tal caso il mandatario dovrà restituire al suo *dominus negotii* l'intera cifra<sup>80</sup>. Qualunque guadagno gli è precluso, pur avendo lo schiavo acquistato maggiore valore grazie al suo addestramento.

<sup>80</sup> In proposito riteniamo esatta l'osservazione di D. SCHANBACHER, *Zur Interpretation*, cit., part. 47, secondo il quale l'espressione *coactus est solvere* non avrebbe fatto riferimento ad una condanna vera e propria del mandatario ma semplicemente ad una costrizione psicologica volta all'adempimento per ovviare appunto ad un processo ed ad una eventuale condanna che avrebbe comportato, com'è notorio, nei suoi confronti infamia.

In secondo luogo, se l'acquirente scopre nello schiavo un vizio, egli potrà rivolgersi tranquillamente al mandatario il quale pertanto resta unico responsabile, essendo egli venuto meno ad un suo dovere di *diligentia*, a meno che non riesca a provare di aver agito *sine dolo malo*<sup>81</sup>, nel qual caso, è da presumere, la responsabilità sarebbe passata al mandante.

Infine, l'ultima questione affrontata fa riferimento all'ipotesi in cui l'artigiano abbia in-

---

<sup>81</sup> Secondo D. SCHANBACHER, *Zur Interpretation*, cit., 49 e nt. 53-54, il *dolus malus* cui fa riferimento Mela, giurista attivo all'epoca di Augusto e di Tiberio, avrebbe compreso anche la grave negligenza (= *culpa*), cui del resto aveva già fatto riferimento Cicerone nel passo della *pro Roscio Am.* (38 s.; 111 ss.), cit. a nt. 29. In effetti, il rapporto tra *culpa lata* e *dolus malus* presso i classici rimase piuttosto controverso: erano, ad es., a favore dell'inclusione della *culpa lata* nel *dolus* Nerva e Celso, contro l'opinione di Proculo (D. 16.3.32); mentre questi concetti appaiono invece superati da Ulpiano (D. 17.1.8.10), così come appaiono superati, sempre da Ulpiano, quelli di *dolus* e di *dissoluta negligentia* (D. 17.1.29 pr.). Sul punto, da ultimi *amplius* S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 246 ss.; T. RUNDEL, 'Mandatum', cit., 12 ss.; ma vd. anche S. TAFARO, 'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari, 1984, 276 ss., e, per il diritto giustiniano, F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, II, Bari, 1982, 739 ss.

nergie lavorative hanno diritto appunto ad ottenere un risultato economico<sup>87</sup>, se da un lato hanno continuato ad affermate che *mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere*, dall'altro hanno conservato il brano paolino utilizzando la frase incriminata staccandola dal contesto originario e inserendola alla fine per farle assumere la valenza di un principio generale per cui, se un artigiano (come un qualsiasi altro lavoratore) *iussu mandatoris docuerit*, avrebbe potuto pretendere le *mercedes*, accanto alle spese di nutrizione sostenute, e comunque sempre che non fosse stato pregato di *gratis docere*.

Né ciò può meravigliare più di tanto: si tratta infatti di un'ennesima riprova delle frequenti contraddizioni esistenti nella Compilazione tra l'affermazione di un principio e le applicazioni concrete di principi opposti<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 247 nt. 186.

<sup>88</sup> Sulla problematica in esame cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Il 'Corpus Iuris' giustiniano fra diritto romano e diritto vigente*, in AA. VV., *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giuristi contemporanei*, Padova, 1995, 218 ss.

Ma il principio opposto che si era venuto affermando nelle fonti cristiane, in base al quale, come si è visto, il lavoro non doveva essere sfruttato e che, pertanto, non poteva esserci lavoro senza retribuzione, non fu ignorato dai giustiniani<sup>86</sup>. Essi, pertanto, allo scopo di conciliare la regola della gratuità con le nuove istanze provenienti dal cristianesimo, per cui tutti coloro che spendono le loro e-

---

contrattuale; se mai, avrebbe potuto condurre alla realizzazione di una convenzione atipica. Sul punto vd. comunque anche J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 183 ss.

<sup>86</sup> Sull'influenza dei principi cristiani sulla Codificazione giustiniana cfr. soprattutto S. RICCOBONO [L'influenza del Cristianesimo nella Codificazione di Giustiniano, in *Rivista di Scienza "Scientia"*, V, 1909, 122 ss.; *Cristianesimo e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, III, 1911, 38 ss.; *L'influsso del cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti Congresso Internazionale di diritto romano (Bologna-Roma 17-27 aprile 1933)*, II, Pavia, 1935, 61 ss.], il cui pensiero è stato tuttavia criticato da G. BAVIERA [*Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, in *Mélanges Girard*, I, Paris, 1912, 67 ss.; *La codificazione giustiniana e il cristianesimo*, in *Atti Congresso Internazionale di diritto romano*, cit., 125 ss.]. Più in generale, sul dibattito accesosi in sede storiografica intorno al rapporto cristianesimo-compilazione di Giustiniano vd. anche le chiare ed acute considerazioni di L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 24 ss.

segnato il suo mestiere allo schiavo dietro un mandato specifico. Una decisione contraria, precisa il testo, deve allora essere presa: *contra fore*. Il mandatario potrà infatti rivolgersi al mandante per ottenere *mercedes et cibaria, nisi si ut gratis doceret rogatus sit*.

È proprio questa la parte del brano che più da vicino ci riguarda ed è quella più bersagliata dalla critica interpolazionistica, in ragione di una netta antitesi che essa presenterebbe appunto rispetto alla regola classica riguardante la gratuità del mandato<sup>82</sup>.

Certo, la decisione contraria introdotta dall'avversativa *sed* mal si concilia con il secondo problema affrontato dal giurista. Ciò infatti aveva in passato indotto Dumont ad affermare che essa: «ne concerne pas, évi-

---

<sup>82</sup> Cfr., tra gli altri, F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS*, X, 1889, 306; S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA*, III/IV, 1915, (= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1963, 165 ss.; S. CUGIA, *Profilo del tirocinio industriale*, Napoli, 1922, 49 ss.; F. HAYMANN, *Zu L. 26,8 D. 17,1*, in *ZSS*, LII, 1932, 342 ss.; G. BESELER, *Romanistische Bausteine*, in *Studi Albertoni*, I, Milano, 1933, 437 s.; A. BERNARD, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris, 1935, 41, nt. 157; E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, LIX, 1939, 444 ss. e nt. 1.

demment, la responsabilité du mandant en cas de découverte de vices de l'esclave, nés antérieurement à son achat par le mandataire. Le fait, pour l'intermédiaire d'avoir reçu un mandat d'apprentissage ne saurait en rien transformer sa situation juridique à cet égard. Paul ne semble avoir rapporté l'avis de Mela concernant les vices, qu'à titre incident, la question principale étant la restitution de la totalité du prix de vente, imposée au mandataire. C'est à celle-ci que s'oppose la «décision contraire» adoptée par Paul dans l'hypothèse particulière envisagée ici: le mandataire ne devra pas effectuer le remboursement intégral du prix de vente. On lui permettra d'exiger les dépenses d'entretien en même temps qu'une *merces*. Pourquoi? Parce qu'il a reçu mandat, non seulement d'acheter un esclave pour le revendre, mais de lui enseigner un métier»<sup>83</sup>. A suo giudizio, pertanto, il testo sarebbe stato alterato ad opera di un copista che per errore avrebbe invertito l'ordine delle frasi<sup>84</sup>.

Ora, pur accettando le acute considerazioni dell'autore, riteniamo però più plausibile supporre che l'inversione non sia affatto do-

<sup>83</sup> F. DUMONT, *La gratuité*, cit., 314 ss.

<sup>84</sup> F. DUMONT, *La gratuité*, cit., 316, nt. 31. Cfr. comunque anche D. SCHANBACHER, *Zur Interpretation*, cit., 52 ss.

vuta ad un errore di copiatura ma sia stata operata dai Compilatori, i quali avrebbero così proceduto per realizzare un loro preciso obiettivo: far coesistere, assieme alla classica presunzione di gratuità del mandato, l'assioma opposto.

Pensiamo quindi che Paolo non abbia inteso intaccare la regola della gratuità del mandato quando ha previsto la possibilità che nel rivendere lo schiavo il fabbro potesse essere rimborsato del lavoro svolto per istruirlo e delle spese incontrate per nutrirlo. Rimane infatti confermato che il mandato ad acquistare e a vendere era stato assunto a titolo gratuito e quindi nell'interesse del mandante; questo tuttavia non escludeva che ad esso non si potesse affiancare una convenzione ulteriore: che egli istruisse nel suo mestiere lo schiavo dietro la corresponsione di una *merces* e il rimborso di *cibaria*. Tale accordo si sarebbe concretizzato in una *locatio conductio*, *nisi si tu gratis doceret rogatus sit*. Il che dunque non avrebbe snaturato l'essenziale gratuità del mandato ed in quest'ottica è plausibile sia stato inteso e risolto il caso dal giurista classico<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> D. SCHANBACHER, *Zur Interpretation*, cit., 54 s., parla in proposito di *pactum adiectum* al contratto consensuale di mandato. Non crediamo però che un semplice patto potesse intaccare in diritto classico la 'tipicità'

GIOVANNA COPPOLA

Professore ordinario di Diritto Romano  
presso l'Università degli Studi di Messina  
E-mail: giovanna.coppola@unime.it

ottenere il compenso promessogli, in quanto ciò dipendeva dalle soluzioni escogitate per risolvere problemi per i quali l'antico *ius civile* non aveva rimedi consoni. In ultima analisi, la mancanza di un'azione secondo l'*ius civile* avrebbe dimostrato solo che la figura del mandato retribuito si sarebbe venuta a profilare in seguito all'evoluzione dell'istituto. Opinione, quest'ultima, del resto, come si è visto, ancora presente nella moderna dottrina romanistica sul tema<sup>120</sup>, ma che all'epoca della vigenza del codice del 1865 incise sicuramente in termini negativi circa la permanenza del criterio della gratuità ai fini della distinzione tra mandato e locazione.

Questo distinguo mal si attagliava inoltre alla disciplina legislativa che, se presumeva la gratuità del mandato civile, ammettendo la facoltà di diverso patto, negava alla stessa la natura di elemento essenziale del negozio<sup>121</sup>. Per di più, il Codice di Commercio, prevedendo all'art. 349 la presunzione di onerosità, dimostrava in maniera ancora più netta l'impossibilità di avvalersi del suddetto criterio distintivo.

Dottrina e giurisprudenza dell'epoca si

---

<sup>120</sup> Vd. 15 ss.

<sup>121</sup> Cfr. A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 389 ss.

videro perciò costrette ad indirizzarsi verso un'altra soluzione. Ebbe infatti allora qualche fortuna la teoria (ispiratasi al codice francese)<sup>122</sup> che ravvisava nella rappresentanza lo strumento per differenziare i due istituti: il mandatario sarebbe stato tale proprio in quanto avrebbe avuto la facoltà di spendere il nome di colui al quale prestava i suoi servizi, mentre il locatore d'opere ne sarebbe stato sprovvisto. Pertanto, il mandato civile sarebbe stato un contratto in forza del quale l'obbligo di una data prestazione di fare poteva essere assunto a titolo oneroso (lavoro dunque retribuito): l'importante era che vi fosse connessa la facoltà di rappresentanza.

Questa opinione, che annovera tra i suoi sostenitori l'Abello, il Chironi, il Giorgi, il Pozzo ed il Venzi, per citarne solo alcuni<sup>123</sup>, ed accettata pure, come si è detto, dalla giurisprudenza<sup>124</sup>, è stata tuttavia combattuta, tra gli altri<sup>125</sup>, dal Barassi il quale nella sua secon-

<sup>122</sup> Cfr. A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 394.

<sup>123</sup> *Amplius* sul punto L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 267; F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 114.

<sup>124</sup> Cfr. Cass. Napoli 7 gennaio 1902, in *Rep. Foro it.*, 1903, voce *Mandato*, n. 4; Cass. 23 gennaio 1928 (*Ibid.*, 1928, voce *Locazione d'opere*, n. 8), oltre a molte altre decisioni delle Corti di merito.

<sup>125</sup> In proposito vd. infatti ad es. anche A. OLIVIERI,

mente dall'art. 1739 del nostro cod. civ. del 1865). In termini opposti si espresse però il cod. di commercio del 1882, che all'art. 349 enunciava il principio secondo cui «il mandato commerciale non si presume gratuito».

Tale diversa regolamentazione ebbe di certo una grossa incidenza sul legislatore del '42 che all'art. 1739 parla appunto di presunzione di onerosità, così trasformando il requisito della gratuità da elemento naturale in elemento accidentale del mandato. Il che tuttavia non giustifica la conversione del nostro contratto in contratto a prestazioni corrispettive, visto che la ricezione di un compenso riguarda in ogni caso solo una sfera accessoria rispetto a quella tesa alla realizzazione dell'incarico affidato al mandatario, alla cui corretta esecuzione è volto da sempre l'interesse fondamentale del mandante (art. 1703 cod. civ.).

Siamo pertanto dell'avviso che, pure sulla base della sua antica tradizione, l'istituto in esame debba continuare ad essere inquadrato nella tipologia dei c.d. contratti bilaterali imperfetti, in cui una soltanto è l'obbligazione principale idonea a sostenere *ex se* la causa del contratto, sebbene nulla impedisca che altra obbligazione, eventuale, possa scaturire dal medesimo, al fine di soddisfare un interesse proprio anche del mandatario.

tornaconto, la ricompensa per averlo praticato consistendo, infatti, nell'azione in sé. Ma il tramonto di quest'etica ed il contemporaneo affermarsi di quella cristiana, con la sua valutazione positiva del lavoro, visto come fonte di sussistenza (Agostino, *epist.* 153.6.23) e quindi sempre da retribuire (S. Ambrogio, *epist.* 19.3), permette di giustificare la presenza in qualche testo classico, alterato dai Compilatori, di un principio opposto (Paolo, D. 17.1.26.8).

Della natura 'anfibia' del contratto di mandato, così come ci proviene dai testi del *Corpus Iuris*, rimane traccia nelle epoche successive. Il requisito della gratuità resta, sì, saldo infatti presso la dottrina medioevale, ma quest'ultima sarà costretta a fare i conti pure con il ridimensionamento subito dal principio stesso nell'epoca giustiniana.

La tradizionale nozione del mandato gratuito fu destinata comunque a subire una grossa battuta d'arresto col diffondersi delle ideologie rivoluzionarie settecentesche, essendo l'altruismo un sentimento ormai incompatibile con l'iniziativa privata e lo sviluppo delle attività economiche. Della gratuità se ne fece pertanto un elemento naturale del contratto che, in quanto tale, era derogabile dalle parti (art. 1986 c. napoleonico, rispecchiato fedel-

da edizione del trattato sul Contratto di lavoro, risalente al 1915, osservava innanzi tutto che non era vero che il mandato contenesse «sempre ed essenzialmente la rappresentanza: cioè, che la prestazione del mandatario» dovesse consistere «necessariamente in una *res juris*, nell'erezione di un negozio giuridico per modo che gli effetti del negozio si intendano riferiti ad un'altra persona, rappresentata dall'agente», potendo appunto l'oggetto del mandato «essere anche un atto materiale senza immediati effetti giuridici», a parte il fatto che, tra l'altro, «la fonte della rappresentanza non è già il contratto di mandato ... ma la procura». Per altro verso poi, l'autore affermava ancora non essere assolutamente incompatibile la rappresentanza col contratto di lavoro: lo avrebbe dimostrato la figura degli institori (da tutti collocati tra i locatori d'opera) che, in base all'art. 371 del Codice di Commercio potevano «contrarre obbligazioni», ricevendo un mandato (meglio una procura) di fronte ai terzi, quindi agendo come rappresentanti<sup>126</sup>. Bisognava allora escludere qua-

---

voce *Mandato civile*, cit., 394 ss.

<sup>126</sup> Art. 371, comma 1, cod. comm.: «L'institore deve sempre trattare a nome del preponente e nella sua sottoscrizione deve indicare, oltre il proprio nome e cognome, anche il nome e cognome, o la ditta, del

lunque criterio differenziale tra mandato e locazione d'opere o ammettere che lo fosse la gratuità o meno della prestazione?<sup>127</sup>.

La scuola italiana di diritto commerciale in effetti, combattuta la dottrina della rappresentanza e superate queste due alternative, aveva rivolto l'indagine sulla natura della prestazione costituente l'oggetto dei due contratti<sup>128</sup>. Tra gli altri<sup>129</sup>, autori come il Vivante<sup>130</sup> e lo Sraffa<sup>131</sup>, infatti, partirono dal presupposto che la prestazione del mandatario fosse caratterizzata per il suo contenuto d'indole negoziale, essendogli commesso l'incarico di compiere negozi giuridici che interessavano il patrimonio del mandante, mentre la prestazione del locatore d'opere avrebbe avuto un contenuto di natura tecnica o manuale, do-

---

preponente colla clausola "per procura" od altra equivalente».

<sup>127</sup> L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 266 ss.

<sup>128</sup> In proposito vd. anche F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 114 ss.

<sup>129</sup> Si veda pure A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 395 s., e gli altri autori citati da F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 114, nt. 3.

<sup>130</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*<sup>5</sup>, Milano, 1923-29, IV, 270 ss.

<sup>131</sup> A. SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, in *Commentario al Codice di Commercio*, IV, Milano, 1933, 27.

Dal particolare legame esistente tra le parti il rapporto si venne conseguentemente a profilare *ab origine* come gratuito.

Ora, mentre tale gratuità nell'ambito della giurisprudenza alto imperiale (Giavoleno, D. 17.1.36.1) assunse un significato ampio, non riguardando il non ricevere un compenso determinato, bensì piuttosto il non ottenere un qualsivoglia vantaggio nell'espletamento di un affare portato avanti ad esclusivo beneficio del mandante, nella giurisprudenza più evoluta (Gaio, D. 19.5.22; Paolo, D. 17.1.1.4) tale principio acquistò invece un contenuto più circostanziato, relativo alla semplice mancanza di un corrispettivo economico.

Detto requisito, inteso in quest'ultimo senso, non venne meno né con l'attribuzione al mandatario di un *honor*, semplice espressione di una prassi sociale di gratitudine (Ulpiano, D. 17.1.6 pr.), né di un *salarium*, esigibile *extra ordinem*, concesso semplicemente per *remunerare laborem*, quindi non come equivalente del lavoro prestato, ma come compenso per le fatiche sopportate (Papiniano, D. 17.1.7).

Incidenza notevole sul consolidarsi della gratuità del mandato, rimasta formalmente salda fino a Giustiniano (I. 3.26.13), ebbero sicuramente le idee portate avanti dall'etica stoica, secondo cui il bene non va fatto per

### ABSTRACT

Una discussione ancor'oggi aperta in dottrina è quella relativa all'interpretazione dell'art. 1709 cod. civ. Accanto a quanti infatti sostengono che l'onerosità non sia elemento essenziale del mandato e che conseguentemente il corrispettivo non può includersi tra gli elementi idonei a qualificarlo, c'è chi afferma invece che nel mandato oneroso la previsione del corrispettivo si inserirebbe quale prestazione corrispettiva a tutti gli effetti e che pertanto al mandato sarebbero applicabili i principi che regolano i contratti a prestazioni corrispettive. In proposito riteniamo che la questione possa trovare la sua giustificazione ma anche la sua soluzione alla luce dell'evoluzione storica dell'istituto in esame.

Il mandato, inquadrato dai giuristi classici nell'ambito dei contratti consensuali, era già conosciuto nel IV-III sec. a.C., in connessione al graduale incremento dei traffici e dei commerci attuatosi in seguito alla politica espansionistica intrapresa da Roma. Nel nuovo scenario economico apertosi si dovette infatti sentire l'esigenza di avvalersi sempre più spesso di uomini di fiducia, quindi oltre che di sottoposti anche di liberti e di amici, per l'espletamento di affari che il *dominus negotii* era impossibilitato ad eseguire personalmente.

vendo questi prestare un servizio di carattere intellettuale o materiale: l'uno sarebbe stato un cooperatore giuridico, l'altro un cooperatore tecnico o materiale.

Ma questa distinzione, anch'essa basata sull'autorità del diritto romano<sup>132</sup>, appariva evanescente per una importante categoria di locatori d'opere: quella degli impiegati privati, sia di concetto che di ordine. Ed invero, la differenza circa il contenuto economico dei due istituti era talmente sottile, che porre una netta linea di demarcazione tra essi non era possibile, qualora non si fosse tenuto conto di altri elementi determinanti, quali, ad esempio la diversa organizzazione dell'attività del mandatario rispetto a quella del locatore d'opere e la diversa posizione nei confronti di colui al quale dedicavano la loro attività, di indipendenza il primo, di subordinazione il secondo, aspetti questi ultimi, tenuti in conto

---

<sup>132</sup> Afferma, infatti, A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*, cit., 396: «Chiaramente il giureconsulto Paolo accennò alla diversità del contenuto dei due contratti; nella l. 5, § 2, Dig. *de praescript. verbis*, xix, 5, ed in seguito i glossatori ancora intuirono la caratteristica distinzione dei due contratti, formolando la teorica degli *acta mere facti* e degli *acta iuris*; gli uni consistenti in atti di puro fatto, di cose materiali oggetto di locazioni d'opere, gli altri in atti di ordine giuridico, inerenti al contratto di mandato».

soprattutto dalla giurisprudenza alla quale si deve appunto la soluzione del problema del quale ci stiamo interessando nel senso da ultimo illustrato<sup>133</sup>.

Certo, in dottrina non era mancato chi, contestate le idee dello Sraffa e del Vivante, aveva ribadito che dovesse privilegiarsi il criterio della gratuità o no della prestazione per operare un distinguo tra mandato civile e contratto di lavoro. Affermava infatti ancora Barassi nella sua monografia sul contratto di lavoro: «dunque, in sostanza, la promessa contrattuale di lavoro a titolo gratuito è mandato; se a titolo oneroso è contratto di lavoro. Il che, in altre parole, è come dire che tra i due tipi contrattuali, data la natura puramente soggettiva dell'equivalenza, la caratteristica differenziale va cercata nel modo, nell'intenzione con cui il lavoro nell'uno o nell'altro contratto viene promesso ed eseguito. Può il promittente avere in mira un semplice scopo di speculazione; e cioè esigere un adeguato corrispettivo. Qui si ha un impulso egoistico, e allora vi è la locazione di opera o di opere. Può invece mancare, come motivo impellente o primario, la mira di speculazione, ma solo

---

<sup>133</sup> Sul punto vd. *amplius* F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 116, part. nt. 1.

derarsi idonea ad attrarre nel suo alveo di operatività anche il compenso dovuto al mandatario, sì da permettere di trasformare se del caso, in base agli interessi reali che con quel singolo negozio si intendono attuare, il mandato da negozio bilaterale imperfetto anch'esso in negozio a prestazioni corrispettive? Ma questo interrogativo apre un nuovo capitolo della libertà contrattuale, tutto ancora *de iure condendo*.

---

strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato), sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale».

essere le conclusioni nel momento in cui gli schemi contrattuali 'tipici' abbiano a subire una ulteriore 'evoluzione' con l'avvento di una nuova e diversa configurazione del momento causale. Chiudiamo, infatti, lasciando aperto un interrogativo col quale la giurisprudenza di legittimità dovrà confrontarsi: la 'nuova' causa in concreto del contratto, da essa recentemente accolta, non più intesa come mera ed astratta «funzione economico-sociale del negozio, bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto ... è diretto a realizzare», e cioè come «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto<sup>162</sup>», può consi-

---

<sup>162</sup> Cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490: «La definizione [di causa] del codice è, in definitiva, quella di funzione economico-sociale del negozio riconosciuta rilevante dall'ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell'autonomia privata (così, testualmente, la *Relazione* del Ministro Guardasigilli); ma è noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di 'Sale & lease back'; Cass. 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie causale 'concreta', e si elabora una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come

esservi l'intento di compiere un atto di amicizia, di ossequio, di beneficenza, o, insomma, di liberalità; nel qual caso, se compenso vi è, non è però questo il movente essenziale e primario o per lo meno esclusivo, cosicché manca il requisito della corrispettività<sup>134</sup>.

Non c'è dubbio che nell'individuare ancora nella gratuità l'elemento qualificante del mandato abbia notevolmente inciso la soluzione adottata dal legislatore tedesco, dal Barassi opportunamente richiamato<sup>135</sup>. Il BGB (§ 662) assegna infatti ancora oggi all'«Auftrag» la connotazione essenziale della gratuità<sup>136</sup>, fa-

---

<sup>134</sup> L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 289.

<sup>135</sup> Cfr. L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 281 s. nt. 2.

<sup>136</sup> Il nostro mandato non trova invero una perfetta corrispondenza col mandato tedesco in quanto in Germania, ad una generale figura di mandato civile, essenzialmente gratuito («Auftrag»), si affianca una seconda figura di mandato commerciale («Geschäftsbesorgung»), di dubbia autonomia in termini di 'tipo contrattuale', trovando applicazione, a seconda dei casi, le norme relative al contratto di servizi o d'opera, integrate a loro volta con le norme relative al mandato civile. La figura più generale di mandato è comunque l'«Auftrag», disciplinato ai §§ 662 ss. BGB. Il § 662 afferma che «Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen». Il legislatore tedesco, come può ben notarsi, parla di 'Geschäft', che è opportuno tra-

condone della stessa un vero e proprio elemento naturale del contratto. Ma determinanti furono anche i precedenti storici ai quali il favorista si richiama per spiegare l'atteggiamento legislativo: «Il mandato in diritto romano era eminentemente gratuito, ed in ciò appunto stava il criterio differenziale in confronto alla *locatio et conductio* ... Questo e non altro; la prestazione del mandatario» potendo «essere anche materiale». L'obiezione più si-

---

durre coll'italiano 'affare' piuttosto che 'negozio' in quanto l'Auftrag tedesco può avere ad oggetto il compimento di qualsiasi atto, anche non giuridico. In linea con la tradizione romanistica, inoltre, l'Auftrag è essenzialmente gratuito, anche se la prima bozza del BGB, redatta dalla prima commissione incaricata per la redazione di una proposta di codice civile nel 1874, proposta poi presentata nel 1887, prevedeva tanto la figura dell'Auftrag a titolo gratuito che quella dell'Auftrag a titolo oneroso. Il testo presentato da questa prima commissione fu tuttavia respinto in quanto troppo accademico; fu pertanto dato incarico, nel 1890, ad una seconda commissione, composta anche da professionisti, che ha introdotto alcune modifiche al primo progetto, tra cui appunto quella relativa al mandato, di cui si è recepita solo la categoria dell'Auftrag gratuito. Sul punto vd. T. HIRONAKA, *Das Recht des 'mandatum' und sein Einfluss auf das gegenwärtige Recht verschiedener Länder*, in *'Mandatum' und Verwandtes*, cit., 8 ss. Sulla figura dell'Auftrag cfr. anche S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 193, nt. 67.

rispetto a quella in cui sorse, basata non più su un sistema assiologico caratterizzato dall'*amicitia* e dalla *fides*, bensì su una organizzazione imperniata sulla venalità dei valori, il nostro contratto è riuscito a conservare, pur nella eterogeneità dei diversi contesti applicativi, le sue caratteristiche originarie, rimaste costanti fino ai nostri giorni. Se è infatti vero che, con riferimento al momento genetico, non può essere messa in discussione la riconducibilità del mandato all'interno della categoria dei contratti consensuali, e se è anche vero che, per contro, con riguardo al momento effettuale, qualsiasi conclusione apparentemente definitiva ha dovuto fare i conti con la variabile doverosità o meno del compenso nei confronti del mandatario, tuttavia dal diritto romano fino ad oggi riteniamo che il mandato, per lo meno nella sua configurazione 'standard', continui ad essere riconducibile all'interno di quella figura che noi moderni qualificiamo con la terminologia di 'contratti bilaterali imperfetti', in cui una soltanto è l'obbligazione principale idonea a sostenere *ex se* la causa del contratto, sebbene nulla impedisca che altra obbligazione, eventuale, possa scaturire dal medesimo al fine di soddisfare un interesse proprio anche del mandatario.

Ciò certo non esclude che altre possano

Se poi lo si considera ‘ad onerosità eventuale’ lo si può anche ben distinguere dal contratto di lavoro, in cui la retribuzione dovuta al lavoratore è certamente una prestazione corrispettiva, come tale rientrante, a pieno titolo, nella causa del contratto che, conseguentemente, potrà definirsi sinallagmatico.

Quanto detto, pertanto, non crediamo consenta di condividere l’opinione di quella parte della dottrina che considera il mandato «un ramo secco del nostro ordinamento». Infatti, il dibattito ancora acceso sulla natura giuridica dell’istituto esaminato e le numerose applicazioni pratiche ancora possibili per questa figura contrattuale, che, data la sua naturale elasticità, costituisce un valido strumento di facilitazione degli scambi economici, evidenziano, anche questa volta, la lungimiranza dei nostri Padri del diritto, capaci di creare un istituto utilizzabile in tutti i casi in cui i profili di attività gestoria non trovino una diversa e più specifica caratterizzazione.

Nonostante si sia fatto dell’antico *honor* un vero e proprio compenso, adeguando il mandato ad una realtà completamente diversa

---

mente ed esclusivamente un valore accessorio e secondario, non incidendo sulla causa del contratto. Sul mandato *in rem propriam* letteratura in G. BALDINI, *L’estinzione del mandato*, cit., 463 ss.

gnificativa che a tale criterio distintivo si sarebbe potuta opporre, e cioè quella derivante dallo stesso art. 1739, secondo cui «il mandato è gratuito se non vi è patto contrario», per cui esso ammetteva appunto che il mandato potesse essere anche oneroso, e che una parte della dottrina<sup>137</sup> e della giurisprudenza<sup>138</sup>, sulla scia dei precedenti francesi<sup>139</sup>, superavano distinguendo l’eventuale remunerazione promessa al mandatario dal compenso, cioè dalla controprestazione per l’attività svolta, caratte-

---

<sup>137</sup> Cfr. E. PACIFICI MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, n. 268, citato da L. BARASSI, *Il contratto*, cit., part. 248 nt. 2; ma vd. anche 287.

<sup>138</sup> Cfr. App. Venezia 25 marzo 1898, in *Mon. Trib.*, 1898, cit. da L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 287, nt. 1

<sup>139</sup> «È ben vero», afferma infatti L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 287, «che questa interpretazione parrebbe avere dalla sua il precedente storico dato dall’opinione dei compilatori del codice Napoleone ... Ma, a parte l’illusione arcaica e sentimentale ... di un onorario o di una remunerazione che non è mercede equivalente, è certo che l’art. 1986 Cod. Nap. (uguale al nostro articolo 1739), fu redatto in modo da smentire categoricamente l’idea di un parziale compenso salvaguardante un parziale altruismo. Ripeto: l’idea madre che è nello sfondo di quel sentimentalismo arcaico è vera e istruttiva anche oggi: la gratuità tipica del mandato. Non però del mandato compensato di cui all’art. 1739: qui sta l’errore del Pacifici Mazzoni, che, come s’è visto, distingue la remunerazione dal compenso».

rizzante la locazione d'opere, non avrebbe messo in crisi, secondo Barassi, il criterio differenziale consistente nella gratuità o meno della prestazione, rientrando appunto il mandato retribuito in una forma di locazione d'opera (non d'opere). Si sarebbero dovuti distinguere dunque, secondo l'autore, due tipi contrattuali differenti: il mandato gratuito e quello oneroso, distinzione che in sostanza sarebbe corrisposta a quella tra mandato civile e mandato commerciale, presumendosi quest'ultimo, al contrario di quello civile, oneroso (art. 349 cod. comm.), benché potesse essere anche gratuito se così fosse stato voluto dalle parti. Ma nel caso in cui fosse stato retribuito sarebbe risultato una applicazione di una specie del tipo generale 'contratto di lavoro'<sup>140</sup>. In ultima analisi, sarebbe bastata l'onerosità per differenziare il tipo contrattuale da quello del mandato civile<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> In tal senso Cass. Firenze 17 giugno 1909, in *Legge*, 1910, 26, su cui vd. L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 295, nt. 2

<sup>141</sup> Tant'è che la cessazione del mandato commerciale era disciplinata dall'art. 366, che conteneva norme proprie del contratto di lavoro ed incompatibili col mandato civile gratuito (cfr. L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 295 s. e nt. 1), mentre la facoltà di recesso era riconosciuta al mandante dall'art. 1758 cod. civ., regola che si spiegava benissimo solo per il mandato gratuito

di un contratto bilaterale imperfetto<sup>161</sup>.

<sup>161</sup> In una sola ipotesi il mandato può configurarsi come contratto a prestazioni corrispettive, quando sia *in rem propriam*, cioè sia nell'interesse esclusivo del mandatario. Questa figura, prevista espressamente dal nostro legislatore nell'art. 1723, comma 2, cod. civ., ricorre, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, solo nel caso in cui al rapporto di mandato preesista un precedente rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario, per cui il mandante è debitore ed il mandatario creditore. Quest'ultimo, quindi, ha un proprio diritto perché sia data effettiva esecuzione al mandato, visto che dalla effettiva esecuzione dell'affare dipende la realizzazione di tale suo diritto. A giudizio della Suprema Corte, pertanto, «l'interesse del mandatario non coincide con quello generico a conservare l'incarico o a proseguire l'attività gestoria al fine di conseguire il compenso, essendo invece necessario un interesse giuridico del mandatario alla esecuzione dell'incarico, vale a dire, appunto, un rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario generalmente preesistente al mandato o comunque con esso costituito, in cui debitore sia il mandante e creditore il mandatario»: Cass. 4 dicembre 2000, n. 15436; ma vd. anche Cass. 25 marzo 1976, n. 1070; Cass. 2 settembre 1982, n. 4793; Cass. 11 agosto 2004, n. 15554; Cass. 9 maggio 2007, n. 10568. Su questa base, se ne deve dedurre, *e contrario*, che in tutte le ipotesi diverse da questa il contratto non può configurarsi come sinallagmatico, bensì come bilaterale imperfetto, visto che il diritto al compenso non è visto dalla stessa giurisprudenza alla stregua di una vera e propria controprestazione, assumendo semplice-

Non bisogna d'altronde dimenticare il diritto del mandante di revocare il contratto<sup>160</sup>, riconosciutogli dall'art. 1723, comma 1, cod. civ., benché esso preveda la possibilità di un accordo diverso intercorso tra le parti, derogabile comunque qualora esista una giusta causa, giusta causa che gioca un suo ruolo significativo anche nel caso di mandato oneroso *ex art. 1725 cod. civ.*, sia in riferimento al mandato conferito per un tempo determinato o per un determinato affare che riguardo al mandato a tempo indeterminato, facendo assumere conseguentemente alla irrevocabilità del mandato oneroso un carattere 'relativo'.

#### 10. Considerazioni conclusive

Bene, tutto quanto precede induce anche chi scrive ad essere tra quelli che accettano dell'attuale mandato ancora la configurazione

---

cit., 369 s. (ma cfr. pure 426 ss., in riferimento all'analogo principio contenuto nell'art. 1746 del codice del 1865).

<sup>160</sup> Sul punto cfr. per tutti F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 132 s.; G. BAVETTA, voce *Mandato*, cit., 366 ss.; G. BALDINI, *L'estinzione del mandato: la revoca. Il mandato 'in rem propriam'*, in AA. VV., *Il mandato*, cit., 447 ss. Cfr. anche Cass. 15 maggio 1998, n. 4912.

9. L'attuale configurazione dell'istituto attraverso l'analisi dei più significativi contributi dottrinali e giurisprudenziali

La diversa e certamente comprensibile regolamentazione del nostro istituto nel Codice di Commercio del 1882 (art. 349), il quale nel regolare il mandato commerciale stabiliva, come si è detto, che esso aveva per oggetto la trattazione di affari commerciali e che non si presumeva gratuito, ebbe comunque di certo una grossa incidenza sugli sviluppi successivi del principio della gratuità<sup>142</sup>, soprattutto sulla formulazione dell'art. 1709 del cod. civ. del 1942 che si esprime in termini opposti rispetto all'art. 1739 del cod. civ. del 1865: «Il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi; in mancanza è determinata dal giudice».

La gratuità, dunque, nel nostro attuale ordinamento, non rappresenta più un elemento 'naturale' del contratto, bensì un elemento

---

(cfr. ancora L. BARASSI, *Il contratto*, cit., 301 ss.).

<sup>142</sup> Cfr. F.P. CONTUZZI, *Il contratto di mandato secondo il Diritto Romano, il Codice civile ed il Codice di commercio*, in *Filangieri*, XVIII, 1893, 151 ss.; A. SRAFFA, *Del mandato commerciale*, cit., 13 ss. Altra bibliografia in S. RAN-DAZZO, 'Mandare', cit., 192, nt. 66.

‘accidentale’. Ora, non v’è dubbio che la legislazione vigente, dando «una più razionale e logica sistemazione ... alla disciplina del lavoro», ha pure «apportato notevoli elementi di chiarezza in ordine alla disciplina del mandato»; tant’è che anche «quegli Autori che affermano che la prestazione del mandatario, consistente in un facere per conto altrui, rientra nell’ambito della nozione del lavoro intesa in senso lato» finiscono per riconoscere che essa ugualmente si differenzia dal lavoro subordinato e da quello autonomo non solo per l’autonomia che caratterizza il ‘lavoro’ del mandatario, bensì anche e soprattutto per la sua determinazione, consistente nel compimento di atti giuridici<sup>143</sup>. Ma la presunzione di

---

<sup>143</sup> Cfr. soprattutto G. MINERVINI, *Il mandato*, cit., 1 ss.; vd. anche F.M. DOMINEDÒ, voce *Mandato*, cit., 116 s.; F. ALCARO, *Il mandato*, cit., 6 s. Sul punto cfr. comunque, anche recentemente, Cass. 26 ottobre 2004, n. 20739, ove gli Ermellini precisano che «Il contratto di mandato e di locazione d’opera, pur avendo in comune entrambi un facere, si distinguono in relazione al rispettivo oggetto, che nel primo caso è rappresentato da un’attività qualificata di conclusione di negozi giuridici per conto e nell’interesse del mandante, e nel secondo da un’attività di cooperazione esterna alla sfera negoziale, consistente nel compimento di un’opera o di un servizio, materiale od intellettuale»; vd. pure Cass. 30 marzo 1995, n. 3803.

mandato era certamente fuori discussione (Cic. *pro Roscio Am.* 38 s.; 111 ss.)<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. quanto osservato a nt. 81. Riguardo alle ragioni di questa grave responsabilità imposta al mandatario si può ancora oggi considerare valida la giustificazione datane da F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 16 ss., part. 22 s.: «Non è inverosimile che una ragione di questo fatto» – egli afferma – «debba vedersi nel modo di pensare dei Romani. Cicerone osserva nel sopra citato suo frammento, che nessuno avrebbe affidato un mandato se non all’amico più stimato per onorabilità e per capacità. Per ogni cittadino romano doveva quindi costituire un alto onore l’esser nominato mandatario. Perciò doveva richiedersi da esso che ben rispondesse alla fiducia in lui riposta, poiché il suo onore cittadino avrebbe corso grave pericolo se egli si fosse reso colpevole di qualsiasi negligenza. *In rebus privatis*, dice Cicerone, *si qui rem mandatam gessisset negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant*. In seguito dovette questo modo di pensare modificarsi; ma il principio rimase immutato. A giustificazione della severa responsabilità imposta al mandatario restò tuttavia un altro principio che Paolo espone nella L. 5 pr. D. h. t.: *diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excedit, aliud quid facere videtur*, e nella L. 46 D. *eodem* insegna lo stesso giurista, *igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat*. Questo dovere esige la più esatta diligenza nella esecuzione del mandato, e la natura delle cose porta necessariamente con sé che l’accettazione del mandato includa una tacita promessa di usare nella sua esecuzione la massima diligenza». Sul punto vd. anche A. OLIVIERI, voce *Mandato civile*,

carico affidatogli, nella cui corretta esecuzione si sostanzia l'interesse fondamentale del mandante, caratterizzato unilateralmente, a che l'incarico sia eseguito fedelmente ed in maniera corretta<sup>158</sup>.

Né costituisce un ostacolo a tale caratterizzazione la responsabilità per colpa, la quale del resto permane, seppure valutata con minore rigore, anche nel caso del mandato gratuito (art. 1710 cod. civ.). Il che si lega alle sue antiche origini, essendo stata essa prevista già in epoca repubblicana, quando la gratuità del

---

<sup>158</sup> S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 197 e nt. 76. Interessante, sotto questo profilo, una recente decisione della Suprema Corte relativamente al rapporto intercorrente tra una società cooperativa a responsabilità limitata ed il suo amministratore, visto sotto il profilo del rapporto di immedesimazione organica e quindi di mandato; esso, pertanto, a giudizio del giudice di legittimità, «non può essere qualificato come rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione continuata e coordinata, dovendo invece essere ascritto all'area del lavoro professionale autonomo; ne consegue che il disposto dell'art. 36, comma 1, Cost., relativo al diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, pur costituendo norma immediatamente precettiva e non programmatica, non è applicabile al predetto rapporto, per cui è legittima la previsione statutaria di gratuità delle relative funzioni»: Cass. 1 aprile 2009, n. 7961. In proposito vd. comunque anche Cass. 13 novembre 1984, n. 5747.

onerosità prevista dal legislatore del '42 ha posto la dottrina di fronte ad un altro non trascurabile problema: quello di un nuovo inquadramento dogmatico della nostra figura, se cioè considerarla un contratto a prestazioni corrispettive<sup>144</sup>, e ciò sulla base dell'ovvia considerazione che la previsione di un compenso determinerebbe il sorgere di un interesse del mandatario nel contratto<sup>145</sup>. La dottrina che si fa portavoce di questo orientamento fa leva sul combinato disposto di cui all'art. 1709 ed il 1720 («il mandante deve pagare al mandatario il compenso che gli spetta»), ritenendo che l'obbligo di compiere atti giuridici venga assunto dal mandatario necessariamente verso un corrispettivo che può essere in denaro, ovvero sotto forma di attribuzione di un diritto personale di godimento. Accettando questa impostazione dogmatica però si rischia di attenuare notevolmente la linea di demarcazione rispetto alla locazione d'opere, oggi contratto di lavoro, in cui l'attività manuale o intellettuale viene espletata dietro un corrispettivo che costituisce appunto la contropresta-

---

<sup>144</sup> In tal senso si è infatti espressa la prevalente dottrina: cfr. gli Autori citt. a nt. 7; *contra* però Trib. Roma 3 maggio 1952, in *Giust. civ.*, 52, 358.

<sup>145</sup> In tal senso anche S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 193.

zione per l'attività svolta. Ciò permette anche di spiegare la crisi che il contratto di mandato sta attraversando, specie di fronte ad un contratto di lavoro che, adeguandosi alle mutate esigenze di una economia in rapida evoluzione, tende oggi ad inglobare in sé il compimento di attività materiali e prestazioni intellettuali di svariato genere rese da un soggetto a favore di un altro. Si ritiene infatti già da tempo che «la crescita esponenziale e il conseguente effetto assorbente della disciplina lavoristica abbiano fatto perdere rilevanza al contratto di mandato<sup>146</sup>, spingendo gli studiosi a porre in discussione l'opportunità della 'conservazione' di un istituto ritenuto ormai una 'foglia secca'<sup>147</sup> dell'ordinamento civilistico»<sup>148</sup>, rappresentando l'attuale disciplina «una figura contrattuale che va considerata una sovrastruttura di dubbia utilità, residuo di un malin-

<sup>146</sup> Sui rapporti tra mandato e contratto di lavoro vd. anche H.T. HLAMI, *'Mandatum' and labour in Roman law*, in *ZSS*, CXIX, 1989, 575 ss.

<sup>147</sup> L'espressione è di L. MOSSA, *Diritto commerciale*, I, Milano, 1937, 68. In tal senso vd. anche, oltre P. ZANELLI, *Storia e teoria del rapporto di agenzia*, in *Studi urb.*, XXXII, 1963-64, 133; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 243 ss. Sul punto cfr. anche S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 3 e nt. 4.

<sup>148</sup> Così S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 3.

e 'non debbono' concordare un compenso, tant'è che di recente si è arrivati a qualificare il mandato come un contratto «eventualmente oneroso», ma non già a prestazioni corrispettive. Deve in proposito specificarsi infatti che mentre tutti i contratti corrispettivi sono sempre necessariamente onerosi, non vale la reciproca, perché onerosi possono essere anche alcuni contratti unilaterali, o bilaterali imperfetti, come il mutuo, il deposito e, appunto, il mandato. Invero, l'onerosità non implica di per sé quella interdipendenza delle prestazioni in cui si esprime principalmente la rilevanza del nesso di corrispettività. È infatti oggi pacifico in dottrina che onerosità e corrispettività non abbiano un significato equivalente. Mentre l'onerosità è connotata dal collegamento di un sacrificio patrimoniale ad un vantaggio patrimoniale in termini di comparabilità, la corrispettività indica il nesso sinallagmatico che pone le attribuzioni l'una in funzione dell'altra<sup>157</sup>.

Il fatto che il mandatario sia stato posto nella condizione di ricevere un compenso riguarda, come si è già detto, una sfera accessoria rispetto a quella della realizzazione dell'in-

<sup>157</sup> C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, cit., 540 ss. Vd. altresì in proposito F. ALCARO, *Caratteri*, cit., 17; 22 s.

Suprema si è espressa in tal senso evidenziando che «la presunzione di onerosità del mandato è stabilita *iuris tantum* dalla legge e, pertanto, può essere facilmente vinta da una prova contraria che presuntivamente dimostri la gratuità del mandato stesso: tale estremo può essere desunto anche dalle circostanze nelle quali il rapporto si è instaurato, come la qualità del mandatario, le relazioni che intercedono fra questi e il mandante, il contegno delle parti prima e dopo lo svolgimento delle prestazioni<sup>156</sup>». Il compenso destinato al mandatario non è quindi utile a connotare il contratto sul piano causale; infatti, in quest'ultima ipotesi la dottrina ritiene che la causa del negozio debba essere rinvenuta nella fiducia che intercorre tra mandante e mandatario. E quantunque in base all'art. 1720 il mandante è tenuto a fornire il compenso al mandatario a prescindere dal buon esito dell'affare, le parti potrebbero sempre derogare a tale disposizione normativa, prevedendo la gratuità del contratto o la subordinazione del compenso al buon esito dell'operazione. In considerazione del principio di autonomia privata di cui all'art. 1322 cod. civ. le parti dunque in concreto 'possono'

---

<sup>156</sup> Cass. 24 gennaio 1980, n. 605; Cass. 27 maggio 1982, n. 3233.

teso impianto sistematico romanistico»<sup>149</sup>.

Certo, non è mancato chi si è mostrato a favore di una «permanente vitalità» del nostro contratto, le cui caratteristiche permettono la disciplina di svariati rapporti, dai bancari e di amministrazione patrimoniale, ai trasporti, ai più recenti contratti legati all'utilizzo delle nuove tecnologie, quali il contratto di 'hosting', per la gestione di siti internet<sup>150</sup>.

Il punto è però che si è perso di vista come nei contratti di lavoro la retribuzione=*merces* rappresenta un vero e proprio corrispettivo per l'attività espletata, facendo di tali rapporti dei contratti a prestazioni corrispettive 'tout court'. Il compenso del mandatario costituisce invece, a tutt'oggi, solo un elemento esterno rispetto all'oggetto specifico del contratto, alla cui realizzazione è finalizzato solo l'interesse del mandante, come si desume dall'art. 1703.

È vero, infatti, che l'obbligo di compiere atti giuridici nell'interesse di un altro soggetto viene solitamente assunto dal mandatario a fronte di un corrispettivo in denaro, o sotto forma di altro diritto personale di godimento<sup>151</sup>, per cui la causa del contratto sembra-

---

<sup>149</sup> In tal senso P. ZANELLI, *Storia*, loc. cit.

<sup>150</sup> Cfr. anche S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 4 e nt. 5.

<sup>151</sup> Cass. 7 marzo 1977, n. 922.

rebbe essere individuata nella necessaria correlazione tra il compimento dell'attività giuridica da parte del mandatario ed il pagamento del compenso da parte del mandante; però è anche vero, come altra parte della dottrina non ha mancato di precisare<sup>152</sup>, che la previsione di un compenso risulta collocata in un articolo diverso rispetto a quello di definizione dello stesso, quale l'art. 1703 cod. civ. in cui si statuisce soltanto che «il mandato è un contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra». In altri termini, la configurazione del nostro contratto potrebbe non richiedere l'esistenza di una controprestazione in quanto la su riferita norma mette in evidenza solo l'interesse esclusivo del mandante a che il mandatario compia uno o più atti giuridici. Per di più, lo stesso art. 1720 cod. civ., sancendo una equiparazione tra la possibilità per il mandatario di ottenere il suo compenso ed il rimborso delle spese, rende tale presunta controprestazione, se non altro, puramente accessoria rispetto a quella che costituisce l'oggetto principale del contratto. La ricompensa che può ottenere il mandatario si pone, infatti, sullo stesso piano del rimborso di

---

<sup>152</sup> Cfr. gli Autori citt. a nt. 6.

eventuali spese, oltre che del risarcimento di eventuali danni. Del resto, la giurisprudenza di merito, forzando il dettato dell'art. 1709, non ha mancato di rimarcare che il «contratto di mandato in cui il rappresentante non abbia chiesto alcun compenso si presume non oneroso<sup>153</sup>», anche se, a onor del vero, a distanza di pochi mesi, si è pronunciata in termini opposti<sup>154</sup>. In attesa di decisioni provenienti dal Supremo Consesso, idonee a superare le divergenze esistenti presso i giudici di merito, che in mancanza di determinazione del compenso ora fanno del mandato un contratto presuntivamente non oneroso, ora invece lo qualificano in termini opposti, bisogna in ogni caso ricordare che è pacificamente ammesso il mandato gratuito: l'art. 1709 cod. civ. precisa infatti che «il mandato si presume oneroso», con la conseguente validità di ogni patto contrario<sup>155</sup>. La stessa Giurisprudenza della Corte

---

<sup>153</sup> Trib. Bari 11 luglio 2007.

<sup>154</sup> Trib. Cassino 5 maggio 2008, ha infatti stabilito che il mandato, in assenza di prova contraria, si presume a titolo oneroso; pertanto, in mancanza di un'espressa e pacifica pattuizione in senso contrario, il mandante sarà tenuto a corrispondere al mandatario, per l'attività svolta da quest'ultimo in esecuzione dell'incarico ricevuto, il compenso.

<sup>155</sup> Cass. 3 febbraio 1978, n. 508.