

GELLIANA

II

Aulo Gellio

tra diritto e antiquaria

a cura di

Aniello Atorino, Gaetana Balestra, Raffaele D'Alessio

Edizioni Grifo



Progetto di Rilevante Interesse Nazionale

Visioni criminali dall'antico:
Crimini e pene nello specchio della letteratura
tra esperienze e deformazioni

Publicazione realizzata con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento su fondi PRIN 'Visioni criminali dell'antico: Crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e deformazioni'.

© Edizioni Grifo 2023
Via Sant'Ignazio di Loyola, 37 - 73100 Lecce
www.edizionigrifo.it
edizionigrifo@gmail.com

ISBN 9788869943706

Indice

Francesca Lamberti		
<i>Presentazione</i>	p.	7
Jan Zabłocki		
<i>L'esecuzione della pena nelle Notti attiche</i>	“	13
Leofranc Holford-Strevens		
<i>Punishment in Aulus Gellius</i>	“	31
Bernardo Santalucia		
<i>Gell. 10.6: il caso di Claudia</i>	“	49
Pierangelo Buongiorno		
<i>Il processo di Manilia (Gell. 4.14) e i</i> <i>Coniectanea di Gaio Ateio Capitone</i>	“	63
Giunio Rizzelli		
<i>La donna di Smirne e l'Orazio sororicida</i>	“	81
Fabio Botta		
<i>Gellio, Catone e l'adulterio prima di Augusto (Gell. 10.23)</i>	“	149
Luigi Garofalo		
<i>Il flamen Dialis nelle Notti attiche. Premesse per uno studio</i> <i>sulla qualificazione giuridica delle membra del corpo umano</i>	“	181
Luigi Pellecchi		
<i>De mandatis obsequendis: a proposito di Gell. 1.13</i>	“	207

Carlo Pelloso	
<i>Le tipologie di comitia calata nel primo libro</i>	
ad Q. Mucium di <i>Lelio Felice</i>	“ 245
Giusto Traina	
Equus Seianus. <i>Un cavallo nel corso delle guerre civili (Gell. 3.9)</i> ...	“ 287
Cosimo Cascione	
<i>Relazione conclusiva</i>	“ 299

De mandatis obsequendis: a proposito di Gell. 1.13

Luigi Pellecchi

I. Premessa

Un capitolo delle *Noctes Atticae* offre la possibilità, non così frequente per chi si occupi di diritto privato romano, di collegare i discorsi dei giuristi a quelli di altre discipline e saperi. Nel capitolo gelliano si discute se sia opportuno deviare dalle istruzioni ricevute nell'interesse della persona che quelle istruzioni ha impartito. La discussione è condotta *lato philosophiae*, ma corrisponde, con i dovuti aggiustamenti, a quella che impegnava i giuristi sui *fines mandati* e la possibilità di trascenderli.

È merito della intelligenza e della finezza di Okko Beherends e Dieter Nörr di aver richiamato, sul testo l'attenzione degli storici del diritto, pressoché contemporaneamente, dopo alcuni fugaci accendi di Beseler, Pringsheim e, in tempi più recenti, di Remo Martini¹. Non si può tutta-

¹ G. v. Beseler, *Fruget et paleae*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* III, Milano 1948, 282; F. Pringsheim, *Noch einmal Gai. 3.161. und Inst. Just. 3.26.8*, in *ZSS.* 72, 1955, 65 nt. 41; R. Martini, *Il mandato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, a c. di J. Paricio, Madrid 1994, 646 nt. 38; O. Behrends, *Die bona fides im mandatum. Die vor-klassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag*, in M.J. Schermer e Z. Végh (a c. di), *Ars boni et aequi: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 54-55 (= M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl e C. Möller [a c. di], *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze* II, Göttingen 2004, 830-831); D. Nörr, *Mandatum, fides, amicitia*, in D. Nörr e S. Nishimura (a c. di), *Mandatum und Verwandtes*.

via dire che lo spunto offerto dai due illustri Maestri sia stato pienamente raccolto. Se non vedo male, eccettuate alcune pagine di Carla Masi, peraltro più interessate agli aspetti pubblicistici della questione², il solo autore che sia tornato sulla notizia della *Noctes Atticae*, e con motivate riserve circa la possibilità di servirsene per una migliore intelligenza dei testi dei giuristi, è stato Giovanni Finazzi³. Gli ultimi studi monografici, dedicati al mandato, ignorano sostanzialmente il problema⁴, che a noi sembra valga invece la pena di riprendere e di affrontare, oltre che con le lenti della *iurisprudencia*, con quelle della retorica.

Si vedrà in questo modo che le riserve, circa la possibilità di trasportare il discorso di Gellio al mondo del diritto (anche privato), hanno un valore relativo. Si vedrà anche che se va senz'altro evitato di attribuire al testo più di quanto esso non dica, esso permette comunque di recuperare una visione di fondo dell'eccesso di mandato, che non è priva di utilità per chi si accosti alle fonti giuridiche. Ciò anche a fronte di alcune incrostazioni, determinatesi nella stagione dell'interpolazionismo, non ancora del tutto rimosse.

Beiträge zum römischen und modernen Recht, Berlin 1993, 29-31 (= T. J. Chiusi, W. Kaiser e H.-D. Spengler [a c. di], *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften* III, Goldbach 2003, 1949-1951).

² C. Masi Doria, *Spretum imperium. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli 2000, 104-125. Nella scia di Nörr, vd. anche i rapidi cenni di A. Bürge, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999, 134.

³ G. Finazzi, *Amicitia e doveri giuridici*, in A. Corbino, M. Humbert e G. Negri (a c. di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 782-785.

⁴ Il testo non riceve più che una citazione in T. Rundel, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia: Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster 2004, 20 nt. 94, nonché in S. Randazzo, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 29 nt. 92.

II. Il testo

Inizieremo con il presentare il capitolo delle *Noctes Atticae* (1.13) secondo l'edizione oxoniense di Marshall⁵. Di seguito, ne offriremo una prima interpretazione in via di parafrasi. Essa permetterà di fissare alcuni punti iniziali, relativamente fermi, e di mettere a fuoco quali questioni sia invece necessario approfondire nell'ottica di una lettura 'giuridica' del testo.

In officiis capiendis, censendis iudicandisque, quae καθήκοντα philosophi appellant, quaeri solet, an negotio tibi dato et, quid omnino faceres, definito contra quid facere debeas, si eo facto videri possit res eventura prosperius exque utilitate eius, qui id tibi negotium mandavit. 2. Anceps quaestio et in utramque partem a prudentibus viris arbitrata est. 3. Sunt enim non pauci, qui sententiam suam una in parte defixerint et re semel statuta deliberataque ab eo, cuius id negotium pontificiumque esset, nequaquam putaverint contra dictum eius esse faciendum, etiamsi repentinus aliqui casus rem commodius agi posse polliceretur, ne, si spes fefellisset, culpa inpatientiae et poena indeprecabilis subeunda esset, 4. si res forte melius vertisset, dis quidem gratia habenda, sed exemplum tamen intromissum videretur, quo bene consulta consilia religione mandati soluta corrumperentur. 5. Alii existimaverunt incommoda prius, quae metuenda essent, si res gesta aliter foret, quam imperatum est, cum emolumento spei pensitanda esse et, si ea leviora minoraque, utilitas autem contra gravior et amplior spe quantum potest firma ostenderetur, tum posse adversum mandata fieri censuerunt, ne oblata divinitus rei bene gerendae occasio amitteretur; 6. neque timendum exemplum non parendi crediderunt, si rationes dumtaxat huiusmodi non abessent. 7. Cum primis autem respiciendum putaverunt ingenium naturamque illius, cuius res praeceptumque esset: ne ferox, durus, indomitus inexorabilisque sit, qualia fuerunt Postumiana imperia et Manliana. 8. Nam si tali praeceptorum ratio reddenda sit, nihil faciendum esse monuerunt aliter quam praeceptum est.

⁵ A. Gellii *Noctes Atticae*. *Recognovit brevique adnotatione critica instruxit* P. K. Marshall, I, Oxford 1968, 63-65.

9. *Instructius deliberatiusque fore arbitramur theorematium hoc de mandatis huiusmodi obsequendis, si exemplum quoque P. Crassi Muciani, clari atque incluti viri, apposuerimus.* 10. *Is Crassus a Sempronio Asellione et plerisque aliis historiae Romanae scriptoribus traditur habuisse quinque rerum bonarum maxima et praecipua: quod esset ditissimus, quod nobilissimus, quod eloquentissimus, quod iurisconsultissimus, quod pontifex maximus.* 11. *Is cum in consulatu obtineret Asiam provinciam et circumsedere oppugnareque Leucas pararet opusque esset firma atque procera trabe, qui arietem faceret, quo muros eius oppidi quateret, scripsit ad magistratum Mylattensium, sociorum amicorumque populi Romani, ut ex malis duobus, quos apud eos vidisset, uter maior esset eum mittendum curaret.* 12. *Tum magistratus comperto, quamobrem malum desideraret, non, uti iussus erat, maiorem, sed quem esse magis idoneum aptioremque faciendo arietem facilioremque portatu existimabat, minorem misit.* 13. *Crassus eum vocari iussit et, cum interrogasset, cur non, quem iusserat, misisset, causis rationibusque, quas dictitabat, spreto vestimenta detrahi imperavit virgisque multum cecidit corrumpi atque dissolvi officium omne imperantis ratus, si quis ad id, quod facere iussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato respondeat.*

La cronaca di Gellio si basa sull'impiego di due diverse fonti, che conferiscono al discorso una struttura dichiaratamente bipartita. A una prima parte, che delinea lo svolgimento della *quaestio* filosofica in termini (fino a un certo punto) generali (§§ 1-8), segue la rievocazione di uno specifico episodio storico, addotto come *exemplum* per concretizzare la *quaestio* stessa e mostrare forse anche, tra le righe, in quale delle posizioni filosofiche in campo Gellio si riconosca (§§ 9-13).

La *quaestio* – che nella giuntura tra la prima e la seconda parte del capitolo è indicata a mo' di titolo come *theoremantium de mandatis obsequendis*⁶ – trova un riassunto abbastanza fedele nell'indice di aper-

⁶ Sul diminutivo – e le sue possibili ascendenze – vd. R. Till, *Der Befehl. Zu Sempronius Asellio Fragment 8*, in *Chiron* 3, 1973, 110 nt. 6.

tura delle *Noctes Atticae*⁷. Si tratta di sapere se, dopo aver ricevuto un incarico, definito in ogni suo aspetto, sia doveroso deviare dalle consegne ricevute, quando in questo modo ragionevolmente si stimi di poter meglio servire gli interessi del mandante⁸.

Si tratta di una *quaestio anceps* (§ 2), a seguire illustrata prospettando le tesi presentate in un senso e nell'altro da due schiere di filosofi, non meglio individuati, ma che si è usi ricondurre alla scuola stoica⁹. Da una parte e dall'altra, gli argomenti addotti sono di un doppio ordine, soggettivo e oggettivo. I fautori (*non pauci*) della tesi più rigorosa sostengono che non ci si deve mai discostare dalle istruzioni deliberate dal titolare della faccenda (*is cuius id negotium pontificiumque esset*¹⁰). E ciò sia per il rischio di rispondere in prima persona in caso d'insuccesso (§ 3) sia, nel caso di un successo dovuto alla bontà divina, per non offrire un cattivo precedente, in grado di incrinare la *religio mandati* (§ 4). Altri filosofi sono invece meno categorici, e giustificano che ci si possa discostare dalle direttive del mandante in presenza di una doppia condizione, positiva e negativa. In positivo, affinché l'iniziativa

⁷ Sulla natura, la funzione e la tradizione letteraria dei *capita rerum* gelliani, vd. da ult. J.A. Howley, *Aulus Gellius and Roman Reading Culture. Text, Presence, and Imperial Knowledge in the Noctes Atticae*, Cambridge 2018, 52 ss.

⁸ *Quaesitum esse in philosophia, quidnam foret in recepto mandato rectius, idne omnino facere, quod mandatum est, an nonnumquam etiam contra, si id speres ei, qui mandavit, utilius fore; superque ea quaestione expositae diversae sententiae*. Nel sunto della *quaestio*, reso per l'indice, il dettaglio omissso è che si tratti di un mandato prefissato in tutti i suoi aspetti: *negotio tibi dato et, quid omnino faceres, definito* (§ 1). Nel riportare il testo alle fonti giuridiche si tratta di un dato rilevante, non sempre tenuto nel debito conto: vd. § 6.

⁹ Sulla base delle parole con cui la *quaestio* è introdotta al § 1: *quae καθήκοντα (scil. officia) philosophi appellant*: sul punto vd., con varietà di approfondimenti, Till, *Der Befehl* cit. 109; Behrends, *Die bona fides* cit. 830 e nt. 53; L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius. An Antonine Scholar and his Achievement*, Oxford 2003², 281.

¹⁰ Sulle difficoltà che pone la lezione *pontificium*, vd. peraltro Till, *Der Befehl* cit. 115 s. nt. 34.

del mandatario non si traduca in un pericoloso precedente, occorre che il *commodum* superi l'*incommodum*, vale a dire che la posta in gioco non sia troppo elevata e le speranze di successo realistiche (§§ 5-6). In negativo, occorre che il *praeceptor* non sia di carattere *ferox, durus, in-domitus* e *inexorabilis*, come i celeberrimi Aulo Postumio Tuberto e Tito Manlio Imperioso (§ 7). Le tremende punizioni che costoro, secondo la tradizione, non avevano esitato a infliggere per insubordinazione, senza farsi trattenere né dalla parentela con la persona punita, né dal fatto che l'iniziativa del sottoposto fosse stata comunque coronata dal successo¹¹, costituiscono la tacita spiegazione della riflessione con cui si chiude questa prima parte del discorso, e cioè che di fronte a *praeceptores* di tal fatta l'esecuzione del mandato deve sempre essere la più scrupolosa (§ 8).

Questo riferimento agli *imperia Manliana et Postumiana* – riferimento che Gellio potrebbe anche aver trovato nella fonte (medio o tardo) stoica utilizzata¹² – prepara il lettore all'*excursus* successivo, dove il discorso, da generale che era nelle prime battute (*negotium datum / res statuta et deliberata / religio mandati*), si concretizza definitivamente intorno al problema della trasgressione agli ordini militari. Anche la formula di transizione sottolinea questo passaggio dal generale al particolare, avvertendo che l'esempio addotto serve per rendere più accurato e giudicabile il problema teorico *de mandatis huiusmodi obsequendis* (§ 9), dove la specificazione si riferisce evidentemente a *mandata* impartiti appunto in teatri bellici.

L'*exemplum* addotto – il cui valore sta per Gellio nella caratura del protagonista (sempre § 9), presentato come un uomo nel quale i

¹¹ Per la tradizione sui due personaggi, v. le fonti raccolte in Masi Doria, *Spetrum imperium* cit. 110-116. Su Manlio Torquato vd. poi in part. J. Gasper, *Titus Manlius Imperiosus Torquatus - exemplum severitatis. Die episodische Erzählung im Geschichtswerk des Livius und ihre Behandlung im Lektüreunterricht*, ebook consultabile all'indirizzo: <https://www.grin.com/document/204848>, 2003, *passim*.

¹² Cfr. Till, *Der Befehl* cit. 110 nt. 5.

contemporanei riconoscevano essersi concentrate in massimo grado ricchezze, riconoscimenti e talenti (§ 10)¹³ – riguarda un episodio che coinvolse Publio Licinio Crasso Divite Muciano durante la campagna contro Aristonico; campagna che Crasso guidava come console¹⁴. Durante l'assedio della città di Leuca, egli aveva fatto battere con le verghe il magistrato, o comunque una carica, di una città alleata¹⁵. Richiesto di abbattere e di portare al campo romano un certo albero, che l'*imperator* voleva fosse usato come ariete, l'alleato aveva fatto invece recapitare un albero diverso, secondo lui più idoneo alle necessità dell'assedio (§§ 11-13). La motivazione finale della punizione, ascritta al console (sempre § 13), è in linea con la posizione dei filosofi più intransigenti, in particolare con l'argomento che iniziative non richieste creano un precedente da evitare, perché capaci tanto di *solvere la religio mandati* (per i filosofi, in generale) quanto di *corrumpere atque dissolvere l'officium imperantis* (per Crasso, in particolare).

Dal momento che Crasso non era certamente sospettabile di essere un *praeceptor* del tipo di Manlio e Postumio¹⁶ e dal momento che dalla inizia-

¹³ Il giudizio – sulla cui prospettiva aristocratica vd. K.-J. Hölkeskamp, *Self-servings Sermons: Oratory and the Self-construction of the Republican Aristocrat*, in C. Smith e R. Covino (a c. di), *Praise and Blame in Roman Republican Rhetoric*, Swansea 2011, 27 – è ripreso dalle *Historiae* di Sempronio Asellione (fr. 8 Pet.). Sul fatto che Asellione rappresentasse la fonte da cui Gellio riprese e sunteggiò l'episodio rievocato di seguito, vd. da ult. H. Bernader, *Drei Fragmente aus dem Werk des annalisten Sempronius Asellio*, in R. Rollinger e B. Truschneegg (a c. di), *Altertum und Mittelmeerraum: die antike Welt diesseits und jenseits der Levante. Festschrift für P.W. Haider zum 60. Geburtstag*, Stuttgart 2006, 703-705.

¹⁴ Sulla campagna nel suo complesso vd. F. Daubner, *Bellum Asiaticum. Der Krieg der Römer gegen Aristonikos von Pergamon und die Einrichtung der Provinz Asia*, München 2004², *passim*.

¹⁵ Tanto il nome della comunità alleata quanto la precisa titolatura della carica che la rappresentava non sono esattamente determinabili, a causa di una tradizione testuale compromessa: dettagli in Till, *Der Befehl* cit. 112-113.

¹⁶ La cosa va osservata soprattutto in ragione di quanto affermato da Finazzi, *Amici-*

tiva dell'alleato non dipendevano certo le sorti dell'assedio, se ne deduce che, nell'ambito almeno dell'*imperium militiae*, le idee di Crasso (e sembrerebbe di Gellio) coincidessero con quelle dei filosofi più intransigenti.

III. *Rilievi storiografici e inquadramenti teorici*

Il capitolo delle *Noctes Atticae*, che abbiamo succintamente riassunto, è stato accostato alla disputa tra Sabiniani e Proculiani intorno a una *quaestio iuris* che la dottrina moderna inquadra nel problema del cd. eccesso di mandato. Dalle Istituzioni di Gaio (3.161) – e dalla integrazione che sul punto ne offrono le Istituzioni di Giustiniano (3.26.9) – si sa che a fronte dell'incarico di acquistare un certo bene a un certo prezzo, qualora il mandatario avesse perfezionato la compera a un prezzo superiore, il mandante non sarebbe stato tenuto a ratificare l'acquisto: in nessun caso, secondo i Sabiniani; a condizione che il mandatario non si offrisse di rimettere la somma pagata in eccesso, secondo i Proculiani.

Ad avviso di Behrends, i Sabiniani sarebbero stati ispirati da una visione della *religio mandati* analoga a quella in cui si riconoscevano i *non pauci* filosofi della prima corrente rappresentata nelle *Noctes Atticae*. Il resoconto di Gellio, a detta dell'illustre autore, lascerebbe anzi intendere che la stessa visione permeasse la giurisprudenza repubblicana nel suo complesso, atteso che «der Protagonist des Beispiels Licinius Crassus Mucianus, der Onkel des Q. Mucius *pontifex*, gehört in hiren

tia cit. 783 s., il quale sembra vedere nell'*exemplum* di Crasso una concretizzazione del «tipo caratteriale» del *praeceptor* dai cui ordini anche i filosofi della seconda corrente raccomandavano di mai discostarsi (cfr. in part. p. 784: «non si può escludere che, ove lo sfortunato architetto avesse avuto a che fare con un comandante romano meno duro, la sua scelta, ove profittevole, sarebbe stata approvata»). Nel senso proposto nel testo vd. invece Till, *Der Befehl* cit. 117, con una rassegna delle fonti che ben illustra la compresenza nell'uomo romano Crasso di «Macht und Menschlichkeit».

Kreis (*scil.* dei *veteres*-Juristen)»¹⁷. Anche Nörr ha rilevato una identità tra la posizione sabiniana e il primo «philosophischen Standpunkt»¹⁸, ma ha evitato di trarne corrispondenze troppo stringenti. A giudizio dell'illustre maestro di Monaco, sul versante del diritto privato, il valore di questo capitolo delle *Noctes Atticae* viene dal suo documentare che la discussione sugli obblighi del mandatario era trasversale a varie discipline, accomunate dalla presa d'atto dell'esistenza di «ambivalenter normativen Erwartungen»¹⁹. Si tratta di una posizione non solo esatta, ma che un approfondimento, oltre che del testo di Gellio, di alcuni escerti del *corpus* retorico e di un brano in particolare della giurisprudenza romana permetterà di affinare e di circostanziare.

Circa l'uso giuridico, se così lo si può chiamare, del capitolo delle *Noctes Atticae* sono stati tuttavia sollevati due ordini di rilievi, che conviene affrontare in via preliminare. I rilievi in questione hanno di mira soprattutto le deduzioni tratte da Behrends. È però vero che la loro portata è più generale, toccando tra l'altro punti non affrontati dalle rapide osservazioni sia di Behrends sia di Nörr.

Il primo rilievo è che dei vari argomenti messi in campo, via Gellio, nell'approccio filosofico al problema solo alcuni trovano riscontro nelle fonti che mostrano i giuristi confrontarsi (e all'occorrenza dividersi) in merito al problema parallelo dell'eccesso di mandato²⁰. Il secondo rilievo è che l'*exemplum*, sempre via Gellio, di Crasso può fare stato solo per il suo tempo e il suo ambito, vale a dire per l'età repubblicana e la

¹⁷ *Die bona fides* cit. 830.

¹⁸ *Mandatum* cit. 1949. In senso analogo Bürge, *Römisches Privatrecht* cit. 134.

¹⁹ *Mandatum* cit. 1950. A riscontro di questa trasversalità, Nörr segnala che anche la trattazione dell'eccesso di mandato nell'*Ad Edictum* di Paolo «enthält (...) Satze die in der Erörterung des Gellius ihren Platz hätten finden können»: sul pt. vd. meglio *infra* § 5.

²⁰ Finazzi, *Amicitia* cit. 783. Il riferimento è al fatto che i *non pauci* filosofi più rigorosi chiamavano in causa (tra l'altro) il rischio che il mandatario non conseguisse il risultato sperato, mentre quelli più possibilisti raccomandavano (tra l'altro) di vagliare il carattere del *praepceptor*.

coercitio magistratuale, non certo per fare luce su una disputa relativa al contratto di mandato, insorta a secoli di distanza²¹.

Di per sé presi, non c'è dubbio che entrambi i rilievi costituiscano un giusto monito a non trarre dalle *Noctes Atticae* conclusioni improprie o affrettate. Ma d'altro canto, sarebbe altrettanto affrettato prendere atto delle peculiarità della cronaca di Gellio e non procedere oltre. Il fatto che la *quaestio anceps* delle *Noctes Atticae* risulti affrontata (nella prima parte del capitolo) *lato philosophiae* e il fatto che essa venga concretizzata (nella seconda parte) con un *exemplum* dalle coordinate cronologiche e tematiche molto lontane da quelle dei testi dei giuristi, che essa dovrebbe illuminare, non significa che tra le fonti giuridiche e il testo di Gellio non possa instaurarsi un confronto comunque virtuoso. L'essenziale è che il confronto sia condotto con metodo. Per convincersene, occorre innanzitutto mettere meglio a fuoco la cornice concettuale del *theorematum de mandatis obsequendis*. Di lì risulterà evidente perché non tutti gli argomenti enucleati sul piano della filosofia morale potessero spendersi altrettanto bene su quello della giurisprudenza.

Nell'ideale dialogo che si vorrebbe comporre tra giuristi e filosofi, il primo nodo concettuale da sciogliere è rappresentato dal fatto che il *theorematum de mandatis obsequendis* risulta affrontato, nelle *Noctes Atticae*, avendo come riferimento l'ipotesi di un mandato accettato, o comunque di un incarico impartito, ma non ancora eseguito. Non sarà infatti sfuggito che la discussione filosofica è condotta mettendosi nei panni di un mandatario che debba deliberare il da farsi, incerto sull'opportunità di deviare dall'incarico e cogliere l'occasione di meglio servire gli interessi del mandante, avendo come alternativa il non lasciarsi tentare dalla sorte e attenersi scrupolosamente alle istruzioni ricevute. Se la si guarda con le lenti della retorica – le cui incursioni nel campo delle *quaestiones* (più

²¹ *Op. cit.* 783 s. Il *caveat* – condivisibile nella sostanza – è tuttavia appoggiato alla premessa (errata: *supra* nt. 16) che l'*exemplum* di Crasso servisse a Gellio per concretizzare la figura del comandante romano del tipo inflessibile.

o meno) *infinatae* dei filosofi sono ben documentate²² – la discussione prospettata nelle *Noctes Atticae* va insomma inquadrata come una *quaestio de futuris*, e dunque come una questione che nella tradizionale tripartizione dei *genera dicendi* dava luogo a discorsi diversi da quelli che chiamavano in causa il diritto e si svolgevano nei tribunali²³.

Il confronto con la precettistica retorica illumina però anche su un secondo aspetto. Le questioni deliberative – che nelle scuole di retorica si declinavano in forma di *suasoriae* – erano affrontate con argomenti che attenevano per lo più allo *status* della *comparatio*²⁴. Sicché non stu-

²² Cfr. in gen. L. Pasetti, *Filosofia e retorica di scuola nelle Declamazioni Maggiori pseudoquintiliane*, in F. Gasti ed E. Romano (a c. di), *Retorica ed educazione delle élites nell'antica Roma*, Pavia 2008, 113-115, nonché ora G. Krapinger e Th. Zinsmaier, *Philosophische Theoreme in den Declamationes*, in A. Lovato, A. Stramaglia e G. Traina (a c. di), *Le »Declamazioni maggiori« pseudo-quintiliane nella Roma imperiale*, Berlin - Boston 2021, 148 s.

²³ Cfr. Quint. 3.4.6-7: *Omne orationis officium aut in iudiciis est aut extra iudicia. Eorum de quibus iudicio quaeritur manifestum est genus: ea quae ad iudicem non veniunt aut praeteritum habent tempus aut futurum: praeterita laudamus aut vituperamus, de futuris deliberamus*. Il passo offre una rielaborazione della tradizionale tripartizione aristotelica tra retorica epidittica, deliberativa e giudiziaria. Dal momento che il *genus* giudiziale aveva ad oggetto anch'esso τὰ γεγενημένα (cfr. Arist. *Rhet.* 1.3.1358b), è difficile comprendere come H. Kalverkämper, *Quintilian: Redner und Lehrer*, in M. Erler e C. Tornau (a c. di), *Handbuch Antike Rhetorik*, Berlin - Boston 2019, 449 s. possa identificare il *genus manifestum* dell'oratoria giudiziaria nell'«Aktuelles», come contrapposto al «Vergangenes» di quella epidittica e al «Zukünftiges» di quella deliberativa. Oltre a Quint. 7.4.2 (*infra* nt. 25), cfr. Quint. 7.2.3 (sia pure nella prospettiva specifica della *coniectura*): *In iudiciis praeteritum tempus maxime valet, nemo enim accusat nisi quae facta sunt*. Naturalmente, il fatto che la *quaestio* deliberativa sia svolta *de futuris* non impedisce che anche il passato vi sia conglobato in forma di *exempla* (cfr. Quint. 3.8.66: *usum exemplorum nulli materiae [scil. la suasoria] magis convenire merito fere omnes consentiunt, cum plerumque videantur respondere futura praeteritis*). Il che è esattamente quanto avviene nel capitolo di Gellio, prima con l'accenno ai *Postumiana et Manliana imperia*, e poi soprattutto con la rievocazione dell'episodio di Crasso.

²⁴ Cfr. Quint. 3.8.34: *Ita fere omnis suasoria nihil est aliud quam comparatio, videntumque quid consecuturi simus et per quid, ut aestimari possit plus in eo quod petimus sit commodi, an vero in eo per quod petimus incommodi*.

pisce che su un piano comparativo si muovessero anche le due schiere di filosofi delle *Noctes Atticae*. Da una parte e dall'altra, essi mettevano infatti su un piatto della bilancia innanzitutto il rischio personale, cui sarebbe andato incontro il mandatario: secondo una tesi, se la sua iniziativa non avesse avuto successo; secondo l'altra, se il carattere del *praeceptor* fosse stato tale che l'infrazione sarebbe stata punita a prescindere, anche in caso di successo. Al di là del profilo soggettivo, rappresentato dal rischio personale del mandatario, è però anche tutto il versante oggettivo della discussione a risultare impostato in termini comparativi, basato com'è sul confronto tra due diversi valori. I filosofi di orientamento più rigoroso, come si è visto, affermavano infatti che l'iniziativa personale del mandatario, anche se coronata dal successo, avrebbe comunque compromesso un valore più importante, rappresentato dalla *religio mandati*. I filosofi dell'altra corrente, dimostrando maggior fiducia in una razionalità collettiva capace di distinguere da caso a caso, spostavano invece la comparazione su un piano tutto interno al singolo mandato. A loro avviso, il mandatario doveva cioè valutare, nel concreto della situazione data, se il *commodum* derivante da un esito favorevole – e ragionevolmente certo – della sua iniziativa avrebbe superato gli svantaggi che si sarebbero potuti innescare devian-do dalle istruzioni ricevute.

Da un punto di vista sempre retorico, è poi banale osservare che lo *status causae* della *comparatio* era parte della *qualitas adsumptiva*: posto un fatto, di cui le parti non dibattono né la qualificazione né la illegittimità di base, si tratta di vedere se una qualche circostanza esterna non lo possa però almeno giustificare. Il che, applicato al *theoremium de mandatis obsequendis*, equivale a dare per scontato che sia sbagliato, in linea di principio, deviare dalle istruzioni ricevute, e che ciò di cui si discute è solo se l'assenza di rischi personali (aspetto soggettivo) e l'opportunità di meglio realizzare gli interessi del mandante (aspetto oggettivo) non rendano la cosa giustificabile.

Inquadrata la *quaestio* filosofica entro gli schemi concettuali della

retorica, una prima conclusione in merito alla sua trasversalità si fa a portata di mano. I maestri di oratoria avvertivano infatti che sul piano della *qualitas* – e degli argomenti correlati – non si davano differenze di principio tra *suasoriae* e *controversiae*, e dunque tra oratoria deliberativa e forense. Come spiega Quintiliano – rifacendosi ancora una volta alla tradizionale partizione dei *genera dicendi* – la differenza tra un discorso deliberativo e un discorso giudiziario non risiede nel modo in cui si deve ricercare *facienda vel non facienda, aptanda evitanda*, ma solo nel fatto che il discorso deliberativo applica gli argomenti relativi a problemi futuri, quello giudiziario a problemi del passato²⁵.

Il fatto che i filosofi delle *Noctes Atticae* dibatteressero *de futuro* non crea dunque alcuna difficoltà ad attribuire ai loro ragionamenti una portata potenzialmente generale, assumendoli cioè come ar-

²⁵ Quint. 7.4.2: *Eidem qualitati (scil. intesa la qualitas come status causae) succedunt facienda ac non facienda, adpetenda vitanda: quae in suasorias quidem maxime cadunt, sed in controversiis quoque sunt frequentia, hac sola differentia, quod illic de futuris, hic de factis agitur*. Da questo punto di vista, la fungibilità argomentativa di *suasoria* e *controversia* – e di più: da scuola a foro – è testimoniata in concreto da due noti squarci del terzo libro del *De officiis*, dove Cicerone, affrontando il problema della giustizia prima con riferimento alla *lex naturae* e poi alle *leges populorum*, riporta tra gli esempi della prima discussione (stoica) tra Diogene di Babilonia e Antipatro di Tarso circa i doveri di chi vende (negli *exempla ficta*: del grano o una casa), e, più avanti, tra gli esempi di *leges populorum*, la nota sentenza di M. Porcio Catone Saloniano all'esito di un *iudicium empti*. Comune alle due situazioni è la *quaestio* di fondo della reticenza del venditore, se cioè egli debba informare la controparte di varie circostanze che potrebbero incidere sulla determinazione del prezzo (se non della conclusione stessa del contratto). La differenza sta nel fatto che, i casi lasciati alla discussione dei filosofi sono impostati *de futuro*, figurandosi cioè un venditore «che deve decidere quale atteggiamento assumere» (R. Fiori, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel De officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 270), mentre la *sententia Catonis* non può che essere il frutto di una discussione *de praeterito*. La differenza indicata tuttavia non impedisce a Cicerone di porre le due situazioni a confronto e di sottolineare (con qualche forzatura: cfr. sempre Fiori, *op. cit.* 322 s.) la fungibilità dell'argomentazione: *Quod si recte iudicavit (scil. Catone), non recte frumentarius ille, non recte aedium paestilentium venditor tacuit (off. 3.67)*.

gomentazioni potenzialmente replicabili in contesti processuali o nei discorsi dei giuristi. Questa affermazione vale però sul piano astratto, delle nomenclature retoriche. Il passo successivo dev'essere di misurare il tutto su un piano concreto, dato dai contenuti del *theoremium de mandatis obsequendis*. E su questo piano, l'analisi non può non tenere conto del fatto che gli argomenti dei filosofi erano di un doppio ordine, soggettivi e oggettivi, e che in merito ai primi il passaggio dalla *quaestio de futuris* a quella *de praeteritis* non poteva non avere conseguenze. Sono in particolare gli argomenti soggettivi a essere toccati dallo spostamento diacronico della discussione. In primo luogo, perché in una *quaestio de praeteritis* non si può argomentare, come facevano i filosofi più rigorosi, a partire dall'incertezza circa l'esito dell'iniziativa del mandatario. In secondo luogo, perché in un processo non si vede bene quale peso potesse darsi al carattere più o meno duro del *praeceptor*; il che era invece quanto facevano i filosofi più possibilisti²⁶.

Ragionare a cose fatte – vale a dire, su un mandato disatteso con successo, anziché su un mandato che si è tentati di disattendere, nella speranza di cogliere un'occasione addirittura più vantaggiosa per il mandante – implica insomma il venir meno degli argomenti soggettivi messi in campo da ambedue le schiere di filosofi. Il fatto che nella transizione ideale che stiamo tentando – dalle aule di filosofia a quelle dei tribunali – la discussione riportata da Gellio sia destinata a perdere un

²⁶ Semplicemente per sottolineare quanto la nostra poca conoscenza della fase dibattimentale del processo romano debba comunque invitare a una certa cautela, nell'escludere che l'aspetto soggettivo del carattere del *praeceptor* potesse trovare spazio in una causa forense, va comunque rilevato che nelle *controversiae* scolastiche il cui *focus* fosse la disobbedienza di un figlio al padre (dunque, tipicamente, nelle *controversiae* per *abdicatione*) una linea difensiva poteva consistere nel dirsi convinti che il padre non intendesse davvero che l'ordine dato fosse osservato: cfr. e.g. Sen. *contr.* 1.1.18 *i.f.*, 7.1.22. Un *color* del genere, ove lo si fosse dovuto concretizzare in una causa vera, difficilmente avrebbe potuto prescindere da un'analisi del carattere del *praeceptor*: cfr. (indirettamente) Sen. *contr.* 7.1.15: *an non putatis misericordem, qui, quem damnavit puniendum fratri dedit?*

pezzo non va però interpretato come il segno di due discussioni (quella filosofica e quella giuridico-giudiziaria) destinate ad andare ciascuna per proprio conto, irriducibili l'una all'altra. Si tratta piuttosto del prodotto di un cambio del tavolo di gioco, che obbliga a rinunciare ad alcuni elementi. Tutto sta dunque a vedere se gli elementi rimanenti trovino invece una loro – *de praeteritis* – nelle fonti a nostra disposizione.

IV. *Disciplina militare e legazioni pubbliche*

Tolto l'aspetto soggettivo, la questione della trasversalità del *thematium de obsequendis mandatis* si concentra dunque sull'aspetto oggettivo. Un aspetto che si potrebbe idealmente riassumere intorno al concetto di *utilitas mandatoris*, rifacendosi al modo in cui Gellio sintetizza i termini del problema sia nella rubrica del capitolo (*si id speres ei, qui mandavi, utilius fore*) sia nel preambolo della discussione (*ex utilitae eius, qui id tibi negotium mandavit*). Volto il problema dal futuro al passato, si tratta insomma di verificare se nel foro e nei libri dei giuristi trovasse spazio la tesi che era nei poteri di un incaricato di deviare dalle istruzioni ricevute, quando con la sua iniziativa personale egli avesse procurato un vantaggio al mandante.

Gli ambiti rispetto ai quali le fonti permettono di porre il problema sono tre: la disciplina militare, le legazioni pubbliche e il contratto privatistico di mandato. Del primo e del secondo ambito diremo in questo §; del terzo in quello successivo.

Sul piano della disciplina militare disponiamo di un testo di Modestino, tanto prosaico quanto istruttivo: *in bello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit*²⁷.

Rispetto ad altri testi, ancora più prosaici, che gli vengono spesso

²⁷ D. 49.16.3.15 (Mod. 6 *de poen.*).

accostati²⁸, il valore del brano di Modestino sta nel rilievo dato all'argomento del successo colto dal sottoposto che abbia disobbedito agli ordini ricevuti. Al *rem bene gessisse* ci si riferisce infatti come a una sorta di *ratio dubitandi*, cioè come a un elemento di peso, ma comunque insufficiente per deviare dalla regola del caso, qui rappresentata dalla massima punizione del responsabile. Il che vale – è il caso di precisarlo – sul piano del diritto (militare). Sul piano della *deprecatio* – che per la maggior parte dei maestri di retorica equivaleva a mettersi al di fuori degli schemi di un processo²⁹ – il successo colto disobbedendo agli ordini ricevuti poteva essere una delle considerazioni utili a impetrare la *venia* del comandante. Ne è un esempio l'emblematica vicenda del *magister equitum* Fabio Rolliano, reo di avere ottenuto un'importante vittoria sui Sabini, nel 325, contravvenendo agli ordini espliciti del *dictator* Papirio Cursor³⁰. Proprio questa vicenda offre peraltro l'attestazione più eloquente della *ratio decidendi* sottesa al precetto esposto da Modestino. *Cum polluta semel militari disciplina* – fa infatti replicare Livio al dittatore, per giustifica-

²⁸ Come D. 49.16.6.2 (Men. 3 *de re milit.*): *Contumacia omnis adversus ducem vel praesidem militis capite punienda est*. Per la sovrapposizione del passo a D. 49.16.3.15 vd. e.g. Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 30 nt. 1; F. v. Calker, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht*, Oldenbourg 1891, 63; S. Perea Yébenes, *El soldado romano, la ley militar y las cárceles in castris*, in S. Torallas Tovar e I. Pérez Martín (a c. di), *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, Madrid 2003, 132. Per la verità, che a *contumelia* debba attribuirsi in D. 49.16.6.2 il significato di disobbedienza è tutt'altro che chiaro: cfr. le diverse interpretazioni proposte da E. Sander, *Das römische Militärstrafrecht*, in *RhM.* 103, 1960, 292 e da J.H. Jung, *Die Rechtsstellung der römischen Soldaten. Ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diokletian*, in *ANRW.* II/14, 1982, 991.

²⁹ Cfr. Quint. 7.4.17: *Ultima est deprecatio, quod genus causae plerique negarunt in iudicium umquam venire*.

³⁰ Liv. 8.30-35: alla vittoria – e alla sua portata nel conflitto in atto – fanno riferimento prima il *magister equitum* (8.31.5-9) e poi suo padre (8.33.18-22) per attaccare l'intransigenza del *dictator*. Sulla vicenda nel suo complesso, con particolare attenzione ai suoi risvolti costituzionali, vd. Masi Doria, *Spretum imperium* cit. 23 ss.

re la sua (iniziale) intransigenza – *non miles centurionis, non centurio tribuni, non tribunus legati, non legatus consulis, non magister equitum dictatoris pareat imperio, nemo hominum, nemo deorum verecundiam habeat, non edicta imperatorum, non auspicia observentur*³¹.

Tolto l'aspetto religioso – legato alle contingenze della vicenda, dove l'ordine di soprassedere da ogni operazione bellica derivava dalla necessità di rinnovare gli *incerta auspicia* del *dictator*³² – è dunque la necessità di non minare l'autorità del comando a giustificare l'applicazione indefettibile della regola. Si tratta dello stesso valore che nel resoconto di Gellio sorregge la decisione di Crasso di punire il magistrato alleato. Il suo perfetto rovescio è rappresentato dalle lodi di cui erano invece fatti segno quei sottoposti che sapevano trattenersi dall'inseguire facili occasioni di vittoria per non usurpare le parti dell'*imperator*³³.

Quando però ci si allontana da quel valore assoluto che è la *disciplina militaris – praecipuum decus ac stabilimentum Romani imperii*, secondo l'efficace rappresentazione di Valerio Massimo³⁴ – le maglie che vincolano l'agire del mandatario cominciano a farsi più larghe, e ancora sul terreno del diritto pubblico.

Grazie a Quintiliano, si sa che la domanda se a un *legatus* fosse lecito discostarsi, in misura più o meno larga, dalle istruzioni ricevute dalla *civitas* costituiva una delle *quaestiones (iuris)* caratteristiche delle

³¹ Liv. 8.34.7-8.

³² Cfr. Liv. 8.30.1-2, su cui vd. in part. Masi Doria, *Spetrum imperium* cit. 28-30.

³³ Cfr. Caes. *b.c.* 3.51: *At plerique existimant, si acrius insequi voluisset* (scil. il legato P. Silla, che con l'arrivo delle due legioni di cui aveva il comando aveva facilmente respinto l'attacco pompeiano) *bellum eo die potuisse finire. Cuius consilium reprehendendum non videtur. Aliae enim sunt legati partes atque imperatoris: alter omnia agere ad praescriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet.* È notevole che la lode del subalterno sia affidata a una *sententia* generale: cfr. J.D. Craig, *The General Reflection in Caesar's Commentaries*, in *CR.* 45, 1931, 107.

³⁴ Val. Max. 2.7 pr.

controversie per *male gesta legatio*³⁵. Si tratta di una informazione resa all'interno di una rassegna della *Institutio Oratoria*, il cui obiettivo è di mostrare quanto numerose siano – tra scuola e foro – le cause improntate allo *status* della *qualitas*³⁶. Il fatto che nella rassegna in questione gli esempi più prossimi alla *male gesta legatio* siano rappresentati da soggetti tipicamente declamatori³⁷ ha fatto pensare che l'osservazione incidentale riferita da Quintiliano a questo tipo di *controversia* in particolare – *apud Graecos et veris causis frequens* – sottintendesse che le esercitazioni per *male gesta legatio* non avessero corrispondenze nelle *verae causae* anche del foro romano³⁸. A questo proposito, va tuttavia osservato che sotto l'etichetta di 'mal condotta ambasceria' i retori non riportavano soltanto le *quaestiones iuris* del tipo di quella di cui s'è detto

³⁵ Quint. 7.4.36: *Male gestae legationis, ubi iuris loco quaeri solet an omnino aliter agere quam mandatum sit liceat et quo usque sit legatus (quoniam aliae in <nuntiando legationes, aliae et in> renutiando sunt), ut in Heio, qui testimonium in Verrem dixerat post perlatam legationem*. La seconda *quaestio* – al netto di un testo la cui costituzione è congetturale: cfr. M. Winterbottom, *Problems in Quintilian*, London 1970, 127 – sembra focalizzata sul momento in cui doveva intendersi smessa la veste di *legatus*. L'episodio che esemplifica il punto è infatti relativo alla testimonianza resa nel processo contro Verre dal messinese Gaio Eio. Come *princeps legationis*, costui aveva prima esposto la *laudatio* deliberata dal senato cittadino a favore dell'ex governatore, per poi testimoniare però contro Verre da privato cittadino; di qui il tentativo di chiamarlo a rispondere in patria per non aver ottemperato ai doveri di legato, di cui in Cic. 2 in *Verr.* 4.18: cfr. M. Tulli Ciceronis in *C. Verrem actionis secundae liber quartus (de signis)*, a c. di G. Baldo, Firenze 2004, 257-267.

³⁶ Quint. 7.4.24-40; per questa chiave di lettura cfr. M. Winterbottom, *Quintilian and Declamation*, in *Hommages à Jean Cousin. Rencontres avec l'antiquité classique*, Paris 1983, 229.

³⁷ Dall'*accusatio inscripti malefici*, di cui alla prima parte di Quint. 7.4.36, fino alle *controversiae* testamentarie simulate che chiudono la lista al successivo § 39.

³⁸ Cfr. da ult. A. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città che si cibò dei suoi cadaveri (Declamazioni maggiori, 12)*, Cassino 2002, 122; B. Breij, *The Law in the Major Declamations Ascribed to Quintilian*, in E. Amato, F. Citti, B. Huelsenbeck (a c. di), *Law and Ethics in Greek and Roman Declamation*, Berlin - Boston 2015, 245 s. Meno netta T. Wycisk, *Quidquid in foro fieri potest. Studien zum romischen Recht bei Quintilian*, Berlin 2008, 210.

(cioè della facoltà di disattendere le istruzioni ricevute), ma anche varie *quaestiones facti* che trovano più di una corrispondenza con i doveri che le fonti giuridiche ascrivono ai legati cittadini³⁹. Si aggiunga che gli statuti municipali di età Flavia prevedono un processo popolare per multa a carico del legato che avesse contravvenuto ai *mandata* decurionali o che avesse assolto in ritardo alla missione o alla relazione finale sulla stessa⁴⁰. Tutto ciò suggerisce che anche per Roma le *controversiae* corrispondenti si basassero su una *lex* la cui valenza non era esclusivamente *scholastica*.

Fidando di una corrispondenza almeno approssimativa tra scuola e foro, l'affermazione di Quintiliano, da cui siamo partiti, schiude dunque una prospettiva interessante. Se alle cause per *male gesta legatio* ineriva la *quaestio (iuris)* dell'*aliter agere quam mandatum sit*, significa che in questo ambito la liceità di eventuali deviazioni dalle istruzioni ricevute non era esclusa a priori, come invece avveniva nell'ambito della giurisdizione militare.

Ciò detto, si tratta di capire secondo quali argomenti fosse usualmente impostata la *quaestio (iuris)* di un'esecuzione dell'ambasceria

³⁹ Nel catalogo di addebiti, in cui Quint. 4.4.5 scompone il processo per *male gesta legatio* subito da Eschine, il terzo e il quarto capo d'imputazione (*quod moratus sit, quod munera acceperit*) si rispecchiano, rispettivamente, in D. 50.7.2.1 e D. 48.11.1. Pure è significativo che l'infedele esecuzione della legazione che Cicerone imputa a T. Roscio Capitone d'Ameria (*Rosc. Am.* 24-26, 109-117) abbia come sfondo l'idea che il *legatus* responsabile patisca (anche) la nota d'infamia, esattamente come per la condanna per παραπροσβεία del caso di Gaio Eio (di cui alla nt. 35).

⁴⁰ *Irn.* 47: R(ubrica). *De eo qui non ex decreto decurionum legatione functus erit. Ne quis legatus adversus mandata decurionum conscriptorumve facito neve dicitio neve dolum malum adhibeto, quo quit adversus mandata decurionum conscriptorumve fiat, quove tardius peragetur renuntieturve legatio. Qui adversus ea fecerit sciens dolo malo, quanti ea res erit in qua adversus ea quid factum erit, tantum damnas esto dare, eiusque pecuniae deque ea pecunia municipi ei ius municipi qui volet, cuique per hanc legem licebit, actio petitio persecutio esto.* Sul *caput* in questione vd. da ult. A. Triscuoglio, *Il mandato imperativo: dall'esperienza romana antica nei concilia provinciali ai costituzionalismi moderni*, in *Roma e America* 40, 2019, 290-293.

non conforme alle direttive ricevute. Il problema si pone perché il testo di Quintiliano non entra nel merito della questione. Né la cosa si può direttamente ricavare dalle (pochissime) altre fonti retoriche direttamente riferibili alle *controversiae* per *male gesta legatio*⁴¹. Una indicazione indiretta può tuttavia venire dalla Dodicesima Declamazione maggiore dello Pseudo Quintiliano. Proprio perché il testo illumina il tema solo di riflesso, è necessario brevemente inquadralo.

Protagonista di questo esercizio retorico – verosimilmente della prima metà del secondo secolo⁴² – è un legato il cui incarico consiste nell’acquistare del frumento oltremare e riportarlo entro un dato termine alla città, afflitta dalla carestia. La vicenda che dà il la al processo, che vedrà imputato proprio il *legatus*, si può riassumere in questi termini. Dopo aver reperito il grano ed essere ormai prossimo al rientro, il legato è costretto a fare scalo in una città vicina. Anche questa seconda città è piegata dalla fame, e dunque il legato riesce a vendervi al doppio del prezzo il carico che si era procurato. Rimessosi per mare, per procurarsi altro frumento – e che grazie al ricavato della prima vendita sarà questa volta di quantità doppia – egli torna finalmente in patria, quando il termine della legazione sta ormai per scadere⁴³.

L’accusa mossa nei confronti del *legatus* è di *laesa res publica*. Si

⁴¹ Vale a dire Quint. 4.4.5, Fortun. *rhet.* 89.1-11 (p. 93 Calb. Mont.) e Iul. Vict. 4.6 (p. 391 Halm). Nel primo testo, come si è visto (*supra* nt. 39), il focus è sulle *quaestiones facti* che caratterizzavano questo tipo di *controversiae*. Nel secondo e nel terzo il discorso attiene sì alla teoria degli *status*, e della *qualitas adsumptiva* in particolare, ma focalizzandosi sulla *remotio criminis* (anziché sulla *comparatio*).

⁴² Cfr. da ult. B. Santorelli, *Datazione e paternità delle Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee*, in *Le >Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee<* cit. 374-377.

⁴³ *Decl. mai.* 12.1 pr.: *Cum civitas fame laboraret, misit ad frumenta legatum, praestituta die intra quam rediret. Profectus ille emit et ad aliam civitatem tempestate delatus duplo vendidit et duplum frumenti modum comparavit. Illo cessante corporibus suorum pasti sunt. Reversus ad praestitutam diem rei publicae laesae accusatur.* Per le circostanze di tempo e di luogo di cui è stata arricchita la scarna esposizione del *thema*, vd. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città* cit. 91 s. ntt. 1-2.

tratta di una imputazione che nelle controversie figurate dei retori copre un'ampia tipologia di danni portati alla integrità dello stato⁴⁴. Nel caso di specie, l'accusatore sostiene che la *res publica* sia stata compromessa dalla scelta del legato di privarsi del primo carico: l'allungamento della missione, che ne è derivato, ha infatti condannato larga parte della cittadinanza a morire di fame e i superstiti a cibarsi dei morti⁴⁵.

Se il discorso, condotto su un capo d'accusa di questo genere, si può avvicinare alla *male gesta legatio*, è perché il declamatore, prima di dare avvio all'*argumentatio* vera e propria, fa prevenire all'accusatore una *praescriptio* di natura traslativa, volta a obiettarli che la legge incriminatrice, cui riferire i fatti di causa, non sia quella sulla *laesa res publica*, ma appunto quella sulla *male gesta legatio*⁴⁶. Evidentemente, tra le accuse dell'uno e dell'altro tipo doveva darsi una connessione di fatto; connessione che l'accusatore stesso, del resto, non disconosce in quanto tale⁴⁷. Ciò spiega per

⁴⁴ Cfr. da ult. L. Pasetti, *Decl. min. 260*, in L. Pasetti, A. Casamento, G. Dimatteo et al. (a c. di), *Le Declamazioni minori attribuite a Quintiliano I (244 -292)*, Bologna 2019, 300-302, con nt. 3 e 304, con indicazioni di fonti e lett. Ivi anche per una sostanziale tripartizione del perimetro dell'*accusatio*, tra danni materiali ai beni della *res publica* (ipotesi di base), danni alle «risorse umane» della stessa e danni «d'immagine».

⁴⁵ Sul tema del cannibalismo – che sembra costituire l'aspetto più originale della *Decl. mai. 12*, rispetto a esercizi più o meno simili della retorica greca (cfr. Stramaglia, [Quintiliano] *La città* cit. 23 e 91 s. nt. 1) – vd. da ult. M. Ravallese, *La città che divora. Aspetti paideutici e giuridici nella XII Declamazione maggiore dello Pseudo-Quintiliano*, in *Le >Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee<* cit. 321-328.

⁴⁶ *Decl. mai. 12.12.2: Quid, quod actionem rei publicae laesae temptat in legem male gestae legationis deflectere?*

⁴⁷ Cfr. *Decl. mai. 12.12.5: Rem autem qui male agit, ut arbitro, laedit*. Anche nel merito, la *praescriptio* è confutata secondo il principio generale del concorso tra reati, opponendo cioè che il fatto che la condotta contestata cada sotto una certa legge incriminatrice non esclude che anche altre norme possano essere state al contempo violate: cfr. (comparandolo con C. 9.2.9.1 [Diocl. et Maxim., a. 289]) il § 12.6 della declamazione: *an existimas hanc legatis dari peccandi licentiam, ut quaecumque scelera in eo officio commiserunt, cum his omnibus hac una lege decident?*

quale ragione se la *confirmatio* si svilupperà lungo le *divisiones* canoniche delle accuse per *laesa res publica*⁴⁸, la *refutatio* costringerà invece il *delator* a confrontarsi con una serie di *contradictiones* perfettamente spendibili anche a fronte dell'altro tipo di accusa.

Le obiezioni con cui il legato giustificerebbe il proprio operato si possono seguire in una progressione diacronica. Egli ha venduto sì il primo carico, ma lo ha fatto al doppio del prezzo ('*duplo vendidi*')⁴⁹. Ciò gli ha permesso di ricomprare il *frumentum* atteso e di riportarlo in patria in quantità addirittura doppia ('*ego vero*' *inquit* '*attuli et quidem duplum*')⁵⁰. Il rientro è avvenuto prima che scadesse il termine indicato nella legazione ('*ad diem veni*')⁵¹.

Se la terza questione apre a una discussione *de scripto et sententia*, che non presenta particolare interesse, nell'ottica del nostro discorso⁵², le prime due obiezioni danno invece luogo a una replica incentrata sulla

⁴⁸ Vale a dire, se quello patito dalla *civitas* sia un danno, ai sensi della legge incriminatrice (§§ 13.2-15.6), e se a provocarlo sia stata la condotta del legato (§§ 15.7-19.1). Sui modelli di questa partizione vd. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città* cit. 136 nt. 128.

⁴⁹ *Decl. mai.* 12.19.3, con reiterazione ai §§ 19.6-7.

⁵⁰ *Decl. mai.* 12.23.6.

⁵¹ *Decl. mai.* 12.24.4. Incastonate in questa progressione sono invece le giustificazioni della scelta di vendere il carico, illustrate (e confutate) a ritroso: il legato temeva che il carico gli sarebbe stato comunque sottratto con la forza dagli abitanti affamati della città vicina (§ 20.3), nella quale egli era stato costretto a fare scalo da una tempesta (§ 22.7).

⁵² La replica sarà *de scripto et sententia* perché l'accusatore oppone che la data indicata al momento di decretare la legazione costituiva il termine massimo concesso dalla *civitas* per il caso di condizioni di navigazione avverse; cfr. in part. *Decl. mai.* 12.25.1-3: *Tu tamen, si interpellatus tempestatibus serius venisses, excusares mare et ambiguus flatus, et tibi bonam causam habere videreris, cum diceres: 'Ante non potui'. Et nos hoc cogitavimus, his casibus ampliavimus tempus. Nos illum tibi diem dedimus, sed quid attinet? Citius emisti, quam speravimus, supra votum nostrum navigasti; ad proximum litus mature classis adplicata est. (...) Ergo, quantum in te <est>, tempus consumptum [est], dies excessit.* Per l'emendazione della parte finale del testo, vd. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città* cit. 181 s. nt. 286.

effettiva utilità rivendicata dal legato al proprio operato. A che cosa è servito – contesta infatti l'accusatore – vendere il carico al doppio del prezzo e arricchire così la *res publica*, se la *res publica* stessa, proprio a causa di questa scelta scellerata, era destinata a morire di fame?⁵³ E allo stesso modo, che importanza può avere che il carico sia arrivato alla fine in quantità doppia, se così tanti compatrioti sono morti appunto di fame, e gli altri costretti a cibarsi dei loro cadaveri?⁵⁴

Che questo gioco di obiezioni e di repliche rientri perfettamente nella topica delle accuse per *laesa res publica* non c'è nemmeno bisogno di dire⁵⁵. Ma il modo – anche se ironico e iperbolico – con cui l'accusatore replica al legato, immaginato a insistere sullo zelo e l'*industria* messi nell'espletare la missione, mostra che si trattava di *contradictiones* perfettamente adattabili anche alle *controversiae* per *male gesta legatio: miror Hercules, si tam bene negotium gesseras, quomodo nobis pecuniam non retuleris*⁵⁶. In buona sostanza, anche spostando la controversia sul piano del *male* o del *bene gessisse*, anziché su quella dell'avere leso o giovato allo stato, la contestazione di fondo nei confronti del legato sarebbe rimasta la medesima, vale a dire che egli avrebbe dovuto attenersi fedelmente allo spirito della legazione, procurandosi il grano per i suoi concittadini e rientrando in patria il più rapidamente possibile⁵⁷.

⁵³ *Decl. mai.* 12.19.4. La seconda parte della replica (§§ 19.8-20.2) gioca sul filo dell'assurdo, rimproverando il legato di non aver 'aperto' la vendita alla sua stessa patria, così che essa potesse «riacquistare quel carico, o almeno una sua parte, a qualunque prezzo» (Stramaglia, *op. cit.* 162 nt. 221).

⁵⁴ *Decl. mai.* 12.23.7-24.3.

⁵⁵ Atteso che una delle *quaestiones iuris* canoniche per questo tipo di *controversiae* era se l'accusato non avesse giovato allo stato, anziché danneggiarlo: cfr. Quint. 7.4.37.

⁵⁶ *Decl. mai.* 12.19.5, su cui vd. Stramaglia [*Quintiliano*] *La città* cit. 162 nt. 221.

⁵⁷ Che il prisma con cui valutare l'operato del legato rimanga, al fondo, il rispetto o meno delle consegne ricevute, è confermato dalla *sententia* '*legatum a praecepto non recedat*', con cui si chiude la prima parte della replica (§§ 20.4-7) all'obiezione che la

Al tempo stesso, proprio il fatto che il torto del legato emerga attraverso un giudizio comparativo, dove l'*utilitas* della sua iniziativa vien fatta apparire come davvero poca cosa rispetto alle sofferenze indicibili patite dalla *civitas*, è la riprova che non si tratta di ragioni che si potessero rigettare a priori, come si è visto avvenire invece nell'ambito della giurisdizione militare. Entro il perimetro della *Declamatio* dodicesima – e cercando di renderlo il più possibile omogeneo, rispetto al perimetro della *quaestio* filosofica della *Noctes Atticae* – la colpa del legato non discende insomma dal fatto che egli non avrebbe dovuto in assoluto deviare dalle direttive ricevute. La sua colpa sta nel fatto di aver sbagliato a pesare in concreto *comoda e incommoda*, così come anche da parte dei filosofi più possibilisti era comunque richiesto di fare.

V. Mandato privatistico

Resta da dire del contratto privatistico di mandato e della questione se i libri dei giuristi dessero qualche spazio alla tesi che al mandatario è lecito deviare dalle istruzioni ricevute nel miglior interesse del mandante. In questo ambito, già Nörr ha segnalato che un riverbero della posizione dei filosofi gelliani meno intransigenti sembra cogliersi in un passaggio dell'*Ad Edictum* di Paolo⁵⁸. A mo' d'introduzione al tema

vendita del grano si era resa necessaria per evitare che gli abitanti della città vicina se la prendessero con la forza (§ 20.3, *supra* nt. 51). Se ciò anche fosse vero – lamenta l'accusatore con una falsa preterizione – il legato non avrebbe comunque opposto la minima resistenza, prima di recedere così supinamente da quanto gli era stato ordinato (cioè di rientrare, approvvigionato, il più rapidamente possibile).

⁵⁸ D. Nörr, *Paulus (32 ad ed.) D. 17.1.3,5: Ein Traktat zum Mandatsexeseß*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg (Suisse) 1993, 367 (= *Historiae* III cit. 1911); Id., *Mandatum* cit. 1950 s.

dell'eccesso di mandato, Paolo presenta infatti una *divisio* incentrata sul risultato (economico) dell'iniziativa del mandatario, al quale talvolta non è neppure consentito migliorare la *causa mandantis*, in altri casi sì, ma mai ovviamente peggiorarla⁵⁹. La seconda classe di casi – che nell'ottica di un confronto con le *Noctes Atticae* sarebbe quella più interessante⁶⁰ – nella compilazione giustiniana risulta tuttavia esemplificata da un'unica fattispecie, poco significativa. L'ipotesi è infatti quella di un mandato di comprare a un certo prezzo un certo bene, che il mandatario riesce invece a procurarsi a un prezzo inferiore oppure ottenendo in aggiunta un qualche accessorio⁶¹.

Ciò che rende il caso poco rilevante ai nostri fini è la motivazione con cui Paolo indica come legittima la condotta del mandatario: *utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti*. Se la si legge

⁵⁹ D. 17.1.3 pr. (Paul. 32 ad ed.): *Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior; deterior vero nunquam*. Per i problemi che pone la costituzione dell'*incipit* del testo, vd. sempre Nörr, *Mandatum* cit. 1950 nt. 80.

⁶⁰ Le fattispecie (superstiti) che Paolo avrebbe incasellato sotto la classe del '*nec melior causa mandantis fieri posse*' sarebbero invece, ad avviso di Nörr, quella del mandato a comprare a un certo prezzo un certo bene, che il mandatario procura però a un prezzo superiore (D. 17.1.3.2) e quella del mandatario che, al posto del bene indicato, ne compri *intra pretium* uno di valore superiore (D. 17.1.5.2). Nel primo caso, l'impossibilità di migliorare la *causa mandantis* è il frutto della tesi (non unanime: cfr. D. 17.1.4, I. 3.26.8) che il mandatario non può pretendere il rimborso di quanto pagato, neppure rinunciando alla differenza, perché non si può far dipendere dalla scelta di una delle parti (di rinunciare o meno alla differenza) il diritto dell'altra di farsi trasmettere il bene comprato: cfr. Nörr, *Paulus* (32 ad ed.) D. 17.1.3,5 cit. 1909-1911.

⁶¹ D. 17.1.5.5 (Paul. 32 ad ed.): *Melior autem causa mandantis fieri potest, si, cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeris, tu eum minoris emeris vel tantidem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti*. La seconda ipotesi può esemplificarsi col caso di un mandatario che riesca a comprendere nel prezzo di vendita il peculio dello schiavo comprato; nelle compere di schiavi, il peculio non era infatti incluso automaticamente nell'oggetto del contratto: cfr. D. 18.1.29 e D. 21.2.3.

alla luce della motivazione impiegata da Gaio per la (sola) fattispecie dell'acquisto a un prezzo inferiore (*is utique mandasse intellegitur, ut minoris, si posset, emeretur*)⁶², risulta evidente che il caso non era affrontato dai giuristi secondo lo stesso statuto logico della discussione gelliana. In questa, come si è visto, per giustificare l'iniziativa personale del mandatario, il piano scelto da (una parte de)i filosofi era quello della *comparatio* e, dunque, della *qualitas adsumptiva*: in linea di principio è sbagliato disattendere le istruzioni ricevute, ma se nel caso dato il *commodum* supera l'*incommodum*, allora la deviazione si può giustificare. Nella fattispecie giurisprudenziale dell'acquisto a un prezzo inferiore del bene che si era stati incaricati di comprare, si direbbe invece che i giuristi scegliessero il piano dello *scriptum et sententia*, e dunque della *qualitas absoluta*: il mandatario non ha trasgredito alle istruzioni ricevute, perché la sua condotta implicitamente vi rientrava.

Più proficuo, nella prospettiva di un dialogo con le *Noctes Atticae*, si rivela invece un secondo brano di Paolo, anch'esso già richiamato da Nörr, ma non ulteriormente approfondito⁶³. Si tratta di un brano, sempre dell'*Ad Edictum*, estratto da una sezione dedicata alla *stipulatio*, nella quale doveva trovare spazio anche l'analisi della *stipulatio poenae*⁶⁴. È infatti con il relativo regime che il caso discusso da Paolo interseca le regole dell'*adpromissio* e del mandato, sotteso all'assunzione della garanzia. Il collegamento al *theorematum de mandatis obsequendis* emerge peraltro nella seconda parte del testo, dove la soluzione del caso specifico si apre a una motivazione più generale sulla 'libertà', che il mandatario può prendersi, in determinati casi, per meglio realizzare gli interessi del mandante. Sull'affidabilità proprio di questa motivazione

⁶² Gai 3.161 *i.f.*: *quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur.*

⁶³ *Paulus (32 ad ed.) D. 17.1.3,5 cit.* 1906 nt. 26.

⁶⁴ Cfr. Lenel, *Pal.* 1.1091, fr. 806.

sono stati tuttavia espressi dubbi reiterati, anche in tempi piuttosto recenti. Conviene dunque lasciare come prima cosa la parola al testo (e a una sua prima interpretazione in via di parafrasi), per poi valutare la consistenza delle critiche in questione.

D. 17.1.46 (Paul. 74 ad ed.): *Si quis pro eo sponderit, qui ita promisit: 'si Stichum non dederis, centum milia dabis?' et Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum milium stipulatio committatur, constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.*

Come accennavamo, il testo si divide tra una presentazione del caso, accompagnata dalla relativa soluzione, e una trattazione che di quanto precede sembrerebbe porsi al tempo stesso come motivazione e generalizzazione. Il caso si articola come segue. Previo mandato, uno *sponsor* si fa garante di una *stipulatio poenae* che impegna il debitore principale a pagare centomila se non avrà trasferito allo stipulante un certo schiavo. Allo *sponsor*, anziché al debitore principale, si offre l'occasione di acquistare lo schiavo a un prezzo inferiore. Per evitare che scatti la penale, egli lo compra e lo trasferisce direttamente allo stipulante. La questione è se possa agire ora in regresso, con l'*actio mandati*, per recuperare dal debitore principale il prezzo versato al venditore.

Paolo afferma di sì, e indica che si tratta anzi di una soluzione pacifica (*constat*). Dalla trattazione che segue parrebbe che la *ratio dubitandi* fosse collegata al contenuto più o meno tassativo dell'incarico. *In mandatis* – si osserva infatti, generalizzando il discorso – va seguita questa regola (*forma*) che se il mandato è precisamente determinato (*certum*) non ci si deve allontanare dalla regola (di nuovo *forma*, ma qui nel senso concreto di direttiva) indicata dal mandante⁶⁵. Se invece si tratta

⁶⁵ Non mi pare che nella frase *recedi a forma non debeat* il significato del sostantivo

di un mandato che presenti aspetti non precisati (*incertum*) o di contenuto complesso (*plurium causarum*), allora il mandatario è libero di assolvervi con prestazioni che possono anche essere diverse da quelle che sarebbe stato naturale associare all'incarico ricevuto (*praestationes [...] quae ipso mandato inerant*), purché la cosa si traduca in un vantaggio del mandante (*si hoc mandatori expedierit*).

A differenza del precedente passaggio dell'*Ad Edictum*, segnalato da Nörr, qui il giro della motivazione ha il pregio di allineare (parzialmente) il discorso alla discussione filosofica delle *Noctes Atticae*. La concessiva *licet aliis praestationis (...) exsoluta sit causa mandati* indica infatti l'eccezione alla regola-base che il mandato non ammette deviazioni. La condizione *si hoc mandatoris expedierit* indica invece l'elemento che l'eccezione giustifica (in concorso con il contenuto imperfettamente determinato del mandato). Al netto della differenza di cui diremo nel prossimo §, l'assetto di fondo del ragionamento è dunque lo stesso di quei filosofi che Gellio presentava come (relativamente) aperti alla possibilità di deviare dal mandato. I valori da mettere sulla bilancia sono due: da un lato, l'esigenza che il mandante possa fidarsi del fatto che saranno le sue istruzioni (ed esse soltanto) ad essere eseguite; dall'altro lato, l'opportunità di poter meglio servire gli interessi stessi del mandante. A date condizioni – è il senso della motivazione di Paolo – questa seconda opportunità ha un valore maggiore della prima esigenza.

Prima di prendere le misure definitive rispetto al discorso di Gellio,

sia «vicino a quella *natura contractus*, che è notoriamente un utensile di grande uso nella dogmatica bizantina», come vorrebbe invece V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, 111 nt. 1. Direi piuttosto che il riferimento sia al contenuto (dell'incarico), nello stesso senso con cui per es. in Tac. *ann.* 6.17.4 si parla di *forma senatus consulti* per riferirsi a certe prescrizioni (disattese) del senato o in D. 45.1.52 pr. (Ulp. 7 *disp.*) di *contractui forma* per riferirsi al contenuto delle *stipulationes conventionales* (intese come il prodotto di quanto voluto dai contraenti e perciò opposte alle *praetoriae stipulationes* il cui contenuto normativo [*lex*] si determina in base alla *mens praetoris*).

occorre tuttavia chiedersi se quanto si legge nella seconda parte di D. 17.1.46 sia davvero di Paolo. Come si accennava, il problema si pone perché da più parti si è sostenuto il contrario. Dell'origine classica della seconda parte del brano Donatuti, Sanfilippo e Scapini sono stati i critici più severi⁶⁶. Ma non meno rilevante, ai fini del nostro discorso, è la tesi di G. Longo, il quale indicava come unica interpolazione sostanziale di D. 17.1.46 la condotta del mandatario *mandatori expedierit*⁶⁷. Diversi tra gli interventi successivi non hanno fatto altro che mettersi sulla scia delle critiche precedenti⁶⁸. E se è vero che negli anni non sono mancate esegesi molto più equilibrate, è vero anche che esse non sono riuscite a superare del tutto indenni la china sdruciole-vole cui costringe l'interpolazionismo⁶⁹.

⁶⁶ G. Donatuti, *Mandato incerto*, in *BIDR.* 33, 1923, 182 s. (= *Studi di diritto romano* I, Milano 1976, 173 s.); C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Il mandato. Parte prima*, Catania 1947, 63 s. (rist. in *RDR.* 4, 2004, p. 27 dell'estr., consultabile all'indirizzo <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano04sanfilippo.pdf>); N. Scapini, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, Milano 1973, 1201-1210.

⁶⁷ G. Longo, *Sul mandato incerto*, in *Scritti in onore di C. Ferrini II*, Milano 1947, 141 e 146.

⁶⁸ Cfr. M. Camacho de los Ríos, *El mandatum incertum*, in *Riv. Fac. Der. Univ. Gr.* 2, 1999, 530; Randazzo, *Mandare* cit. 186-188; A. Murillo Villar, *La responsabilidad del mandatario en el mandatum incertum*, in *Revista Jurídica del Notariado* 62, 2007, 447-451. I tre studiosi si appoggiano, rispettivamente, alle conclusioni di Scapini, Donatuti e Longo.

⁶⁹ Così in part. Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 110-113. Anche a fronte di una esegesi sostanziale che ne mostra l'intrinseca coerenza, l'autore sostiene che la seconda parte di D. 17.1.46 sia stata «scritt[a] o per lo meno riscritt[a] su un canovaccio paolino ormai perduto, da mano postclassica» (p. 112). Nella sua scia anche P. Voci, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)* I.1. *Il contenuto dell'obligatio*, Milano 1969, 221 nt. 57, parla di «riassunto» dell'originale classico. Quanto ai principali rilievi di Arangio-Ruiz, va detto che essi non appaiono così cogenti. Da un lato il sintagma *causam (mandati) exsolvere* si basa su un significato traslato e astratto di *exsolvo*, nel senso di assolvere un impegno, che ha attestazioni plurime (cfr. *ThLL.* s.v., nr. I.B.2.b) e che nel caso specifico si giustifica forse anche per la connessione del caso alla tematica della *stipulatio*

Entrando allora nel merito delle critiche, va detto innanzitutto che la tesi dell'interpolazione della seconda parte di D. 17.1.46 ha come primo caposaldo un presupposto esterno al testo, vale a dire che il diritto classico ignorasse la figura del *mandatum incertum*, intesa quale figura di mandato in cui si sarebbe rimesso, anche implicitamente, all'*arbitrium boni viri* del mandatario di determinare le modalità di esecuzione dell'incarico. Gli *scholia* ai Basilici – è stato sostenuto – dimostrerebbero che si tratta di una figura elaborata solo dalla dogmatica bizantina; sicché sarebbero spuri tutti quei luoghi del Digesto, come la seconda parte di D. 17.1.46, in cui affiorano punti di vista più o meno simili⁷⁰. Va da sé che si tratta di un modo di argomentare a forte rischio di circolarità. Si aggiunga che gli scoli che sono sembrati più significativi, ai sostenitori di questa teoria, sono stati oggetto di una rinnovata indagine che ha confermato la tesi opposta, vale a dire che il diritto bizantino non ha affatto ipostatizzato la categoria del *mandatum incertum*⁷¹.

Resta dunque la decostruzione cui D. 17.1.46 è stato sottoposto, per così dire, dall'interno; decostruzione che consiste nel presentare la prima e la seconda parte del testo come se i rispettivi contenuti (caso e soluzione da un lato, motivazione, dall'altro lato) siano estranei gli uni

poenae. La consegna al creditore dello schiavo (procuratosi dal garante-mandatario) costituisce infatti quella prestazione che nella *stipulatio poenae* garantita Paolo avrebbe indicato, ai sensi del brano escerpito in D. 44.7.44.5 (*infra* nt. 75), ma palingenticamente connesso con D. 17.1.46 (cfr. Lenel, *Pal.* 1.1091, fr. 806), come dedotta *in exsolutione*. Dall'altro lato, l'indicativo futuro della proposizione conclusiva si spiega considerando il tratto at *quotiens incertum* (scil. *mandatum sit*) *vel plurium causarum, tunc (...)* *mandati erit actio* come un periodo indipendente, anziché come una proposizione coordinata alla completiva precedente. Quanto infine al presunto significato bizantino del termine *forma*, vd. alla nt. 65.

⁷⁰ Donatuti, *Mandato incerto* cit. *passim*, seguito da Sanfilippo, *Corso* cit. 26 s.; Scapini, *Appunti* cit. 1209 s., 1218 ss.

⁷¹ Cfr. H. de Jong, *Some remarks on mandatum incertum in Byzantine Law*, in *RIDA*. 69, 2012, *passim*; Ead., *Ἐντολή (mandatum) in den Basiliken*, Leiden - Boston 2020, 77-102.

agli altri. Se con Donatuti la cosa si risolve peraltro in un'affermazione di puro principio⁷², a dar credito a Sanfilippo l'attuale incongruenza del testo starebbe in quel che presuppone la motivazione, vale a dire che quello di garanzia fosse un *mandatum incertum*⁷³. Infine, secondo Scapini, a cui si deve la critica indubbiamente più circostanziata, sul piano dell'esegesi giuridica, fattispecie e motivazione di D. 17.1.46 non corrisponderebbero, perché sarebbero espressione di logiche diverse: il caso sarebbe stato risolto dai classici sulla base delle sole regole dell'*adpromissio*, mentre della (nuova) motivazione, basata sulla figura del *mandatum incertum*, avrebbero avuto bisogno i bizantini, a causa della diversa configurazione dogmatica assunta ormai ai loro occhi dalla garanzia personale. Secondo tale autore, in particolare, a rendere scontato per diritto classico il regresso del garante sarebbe stato il principio dell'identità del debito di *sponsor* e debitore principale. Difatti, anche se la *stipulatio poenae* garantita era del tipo cd. semplice⁷⁴, e dunque prevedeva la pena *in obligatione* e la facoltà di dare lo schiavo (solo) *in exsolutione*⁷⁵, della medesima facoltà alternativa del debitore principale non c'era dubbio che potesse avvalersi lo *sponsor*⁷⁶.

Cominciando proprio da quest'ultimo punto il confronto, va detto

⁷² *Mandato incerto* cit. 173: «Questa (*scil.* la decisione di cui alla prima parte di D. 17.1.46) non è applicazione né del principio *recedi a forma non debeat* né del principio *licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expederit*».

⁷³ *Corso* cit. 27: «In ogni caso non vi è alcuna questione di determinatezza o meno del mandato, poiché il mandato era assolutamente certo: prestare la fideiussione. La questione è solo quella della valutazione dell'oggetto dell'*actio mandati contraria*». Per la critica di questo punto di vista, vd. oltre nel testo.

⁷⁴ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 568.

⁷⁵ Cfr., il brano, proprio di Paolo e palinogeneticamente connesso (*supra* nt. 69), escerpito in D. 44.7.44.5: *Si ita stipulatus sim: 'si fundum non dederis, centum dare spondes?' sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus*.

⁷⁶ Scapini, *Appunti* cit. 1201 s., 1204 s.

che le regole dell'*adpromissio*, anche ammesso che il loro richiamo sia a tutti gli effetti pertinente, offrirebbero una spiegazione comunque soltanto parziale della fattispecie prospettata in D. 17.1.46. Se la logica dell'*idem debitum* dovesse tutto spiegare, si arriverebbe infatti all'assurda conclusione di riconoscere allo *sponsor* la libertà di decidere lo stesso che era libero di decidere il debitore principale, vale a dire se dare lo schiavo o pagare la penale, e di deciderlo secondo quello che allo *sponsor* fosse apparso più conveniente. È invece proprio perché le cose non stanno così che il testo, nel prospettare il caso, esplicita sia che lo schiavo era stato acquistato dal garante *vilius*, cioè a un prezzo inferiore all'importo della penale, sia che il suo trasferimento al creditore era dettato dall'esigenza di evitare la *commissio* della *poena*. Questa precisazione (in fatto) – che (in diritto) fa il paio con la condizione *si hoc mandatori expedierit* della motivazione⁷⁷ – mostra che la soluzione applicata da Paolo, anche qualora avesse tenuto conto della logica dell'*adpromissio* e dell'*idem debitum*, lo avrebbe comunque fatto senza prescindere dal mandato e dalle sue regole⁷⁸. Il che riapre la porta alla

⁷⁷ Corrispondenza che mi pare escluda che proprio questo e solo inciso sia da ritenere interpolato, come invece voleva G. Longo: vd. *supra* nt. 67.

⁷⁸ Lo riconosce implicitamente lo stesso Scapini, *Appunti* cit. 1202, quando osserva *incidenter* che il regresso è comunque subordinato alla condizione dell'«avere il mandatario ottenuto lo schiavo per una somma non superiore a quanto dedotto in *obligatione*». D'altro canto, nemmeno la spiegazione delle ragioni per cui i giustiniani avrebbero dovuto aggiungere l'intera parte motiva di D. 17.1.46 appare così stringente. Secondo l'Autore, le difficoltà di recepire senza modifiche il testo di Paolo dipendevano dalla costituzione con cui Giustiniano aveva eliminato gli effetti estintivi della *litis contestatio* nei rapporti di garanzia (C. 8.40[41].28, a. 531) e dalla prassi del periodo di fare sottoscrivere ai creditori *cautiones* che li impegnavano a escutere preliminarmente il debitore principale. Secondo lo studioso, la somma dei due elementi avrebbe messo in crisi il paradigma dell'*idem debitum* e ridotto il garante al rango di debitore sussidiario. A queste (mutate) condizioni, un garante come quello di D. 17.1.46, che invece di attendere di essere eventualmente escusso per la pena, di sua iniziativa procuri e trasferisca al creditore lo schiavo indicato nella *stipulatio poenae* garantita, figurerebbe inevitabilmente come un

motivazione di D. 17.1.46 e invita a tornare senza preconcetti sulla questione della sua congruenza o meno con la prima parte del testo.

A questo proposito, conviene ribadire che la motivazione ascritta a Paolo segue un duplice movimento: essa inizia col ricordare la regola-base del mandato, e cioè che il mandatario non può discostarsi dalle istruzioni ricevute (*recedere a forma [mandati]*), ma finisce per ammettere che, a fronte d'istruzioni che non coprano ogni singolo aspetto dell'incarico o quando questo abbia contenuto composito, siano allora lecite prestazioni anche diverse da quelle che sarebbe spontaneo associare all'incarico stesso (*aliae praestationes quam quae ispo mandato inerant*). Ancora, va ribadito che la prima parte di D. 17.1.46, ha per protagonista uno *sponsor* che non ha atteso di essere sollecitato a quell'unica prestazione direttamente richiamata dalla garanzia assunta (cioè di pagare al creditore la *poena*), ma ha fatto qualcosa di obiettivamente diverso (comprando lo schiavo da un terzo e poi trasferendolo al creditore). Va dunque da sé che chi ha vergato la motivazione di D. 17.1.46 era guidato dall'idea che quello assunto dallo *sponsor* rientrasse tra i mandati del secondo tipo, quelli cioè il cui oggetto non fosse stato predeterminato in tutto e per tutto dal mandante.

Che un giurista classico potesse far sua una qualificazione del genere non ha nulla di sorprendente; né vale in senso contrario il rilievo, di Sanfilippo, che nel caso prospettato nella prima parte di D. 17.1.46 «non vi è alcuna questione di indeterminatezza del mandato, poiché il mandato era

mandatario andato oltre i *fines mandati*. Di qui la necessità di trovare una 'nuova' giustificazione alla soluzione di Paolo, individuata nella 'nuova' figura del *mandatum incertum*. A nostro avviso, questa complessa spiegazione sconta l'evidente difficoltà di anticipare le implicazioni di una riforma – quella del cd. *beneficium excussionis* – non ancora maturata al momento della compilazione del Digesto (dovendosi attendere Nov. 4, a. 535). Da un lato, infatti, l'Autore basa su una petizione di principio l'idea che la prassi giustiniana si caratterizzasse per le indicate *cautiones* a sfavore dei creditori (cfr. *Appunti* cit. 1207 s.). Dall'altro lato, nemmeno si sofferma a spiegare per quale motivo nel Digesto siano stati mantenuti testi, come per es. D. 46.1.62 pr. (Scaev. 5 *resp.*), dove si continua evidentemente a postulare la *libera electio* del creditore.

assolutamente certo: prestare la fideiussione»⁷⁹. Questo modo d'argomentare trascura, come è stato osservato⁸⁰, che un mandato di garanzia poteva assumersi in modo anche totalmente implicito. Si aggiunga che questo tipo d'incarico poteva finire per accollare al mandatario prestazioni su cui è ben possibile che le parti non si fossero soffermate al momento della conclusione del contratto. Basti dire che, una volta prestata la garanzia, se fossero maturate delle eccezioni di dolo o di patto di cui si avesse conoscenza, il garante aveva l'onere di opporle⁸¹; il che vuol dire che il mandatario, anziché pagare, avrebbe dovuto in certi casi sostenere in giudizio le ragioni del debitore principale. E allo stesso modo, se nel giudizio intentatogli dal creditore il garante avesse subito una condanna ingiusta, avrebbe avuto in linea di massima l'onere di impugnare la sentenza, facendosi perciò carico di un secondo processo⁸².

In questa dimensione di relativa incertezza è del tutto ragionevole che i giuristi riconoscessero alla *bona fides*, su cui s'imperniava il mandato, una elasticità per così dire bidirezionale. In altre parole, come potevano darsi casi in cui si pretendeva dal garante/mandatario di fare qualcosa di diverso dall'eseguire la prestazione principale (negli esempi ora visti: non pagare, ma farsi citare in giudizio e opporre l'*exceptio* del caso; oppure: non ottemperare alla sentenza di condanna, ma impu-

⁷⁹ Sanfilippo, *Corso* cit. 27.

⁸⁰ Da Voci, *Le obbligazioni* cit. 210 e nt. 56, con rinvio a D. 17.1.6.2 e D. e.t. 40.

⁸¹ Cfr. D. 17.1.29 pr., nella lettura – anche per i problemi posti dalla costituzione del testo – di C.A. Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II.1, Torino 2003, 174 s.

⁸² Cfr. D. 17.1.8.8: *Quod et ad actionem fideiussoris pertinet. et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: 'Catullo Iuliano. si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te'. Igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: si scierunt, incumbabat eis necessitas provocandi, ceterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia. sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare.*

gnarla), allo stesso modo potevano darsi casi in cui si riconosceva che avesse agito bene il garante/mandatario che, di sua iniziativa, aveva sostituito quella principale con altre prestazioni, per il mandante addirittura più utili.

VI. Conclusioni

Definita l'esegesi di D. 17.1.46, possiamo tirare le fila del discorso, tornando là da dove eravamo partiti, da *Noctes Atticae* 1.13. Come già le fonti retoriche sulle *controversiae per male gesta legatio*, anche il testo di Paolo presenta un significativo punto di contatto con i termini della discussione filosofica esposta da Gellio. In particolare, D. 17.1.46 dimostra che i giuristi, come appunto già i retori, nelle loro discussioni *de mandatis obsequendis* non escludevano a priori che al mandatario fosse lecito allontanarsi dalle direttive ricevute, a differenza di quella che era invece la regola inderogabile, applicata nella giurisdizione militare. Di più, come i retori, anche i giuristi argomentavano secondo lo *status* della *comparatio*, pesando sulla bilancia *religio mandati* e *utilitas*, vale a dire la fiducia del mandante che le sue direttive avrebbero vincolato il mandatario e il fatto che a discostarsi dalle direttive in questione si era potuto meglio attendere agli interessi stessi del mandante. Lo sfondo argomentativo è dunque lo stesso attribuito nelle *Noctes Atticae* a quei filosofi che, sia pure sul piano di una *quaestio de futuris*, anziché *de praeteritis* (e dunque, retoricamente parlando, di una *suasoria*, anziché di una *controversia*), si opponevano a chi riteneva che la *religio mandati* fosse un valore tendenzialmente assoluto, da non scalfire lasciando al mandatario di ergersi a miglior giudice degli interessi del mandante.

Nel mettere testi di natura tanto diversa in relazione gli uni con gli altri e nel recuperare, per loro tramite, un *idem sentire* trasversale a retorica, giurisprudenza e (parte della) filosofia, non va peraltro trascurato un elemento che indubbiamente distingue il testo di Gellio dagli altri

fin qui considerati. I retori – per quanto si può giudicare dalle *controversiae per male gesta legatio* – e senz'altro i giuristi ammettevano la possibilità di argomentare *de utilitate* quando il contenuto dell'incarico lasciasse al mandatario qualche margine⁸³. Di fronte a indicazioni tassative, quale poteva essere quella di comprare uno specifico bene a un certo prezzo, i giuristi non dubitavano che l'indicazione andasse comunque rispettata, anche quando l'iniziativa del mandatario avrebbe potuto assicurare un vantaggio economico al mandante⁸⁴. Quello di un mandato perfettamente definito in tutti i suoi aspetti è invece proprio l'oggetto della *quaestio anceps* delle Notti Attiche: *an negotio tibi dato* - precisa infatti Gellio, nel prospettare in esordio i termini della discussione – *et quid omnino faceres definitio*. Di fronte a incarichi che non presentassero la caratteristica, su cui le *Noctes Atticae* focalizzano la discussione, si potrebbe dunque azzardare che la legittimità di iniziative personali che realizzassero il miglior interesse del mandante fosse riconosciuta da tutti: non solo da retori e giuristi, ma anche dai filosofi. Quella che ai filosofi (e forse a loro soltanto) restava da discutere era l'ipotesi estrema, del che fare quando la buona occa-

⁸³ Anche se non sono perfettamente sovrapponibili a D. 17.1.46, dal momento che l'iniziativa del mandatario non si traduce in una maggiore utilità del mandante, bensì nel raggiungere per altra via lo stesso risultato economico-giuridico che questi si attendeva, sono comunque significativi della tendenza indicata D. 17.1.62.1 (mandato di garantire *verbis* il mutuo da erogare in favore di un terzo, cui il mandatario assolve assumendo la garanzia nelle forme del *mandatum credendi*) e D. 17.1.45.4 (mandato di pagare un creditore, cui il mandatario assolve liberando il mandante attraverso una *expromissio*). In D. 17.1.59.6 l'alternativa che esplicitamente si riconosce al mandatario di ricevere o pegni o fideiussioni dipende dalla genericità dell'espressione (*idonea cautio*) usata dal mandante.

⁸⁴ Significativo in questo senso è D. 17.5.5.2: non è legittimo, a un prezzo uguale o addirittura inferiore, comprare una cosa diversa da quella indicata dal mandante, che pure sia *longe maioris pretii*. Come si è detto (in corrispondenza delle ntt. 61-62), il legittimo acquisto a un prezzo inferiore della cosa indicata dal mandante era riportato alla regola argomentando *de scripto et sententia*.

sione di deviare dal mandato si fosse presentata a chi aveva ricevuto un incarico definito in ogni suo aspetto.

È insomma possibile che a rendere davvero *anceps* la *quaestio* delle Notti Attiche fossero i termini tanto radicali entro i quali i filosofi avevano finito per porla. Né deve stupire che solo in questi termini il problema sia stato raccolto da un autore come Gellio, collezionista sì, ma dichiaratamente attento a non tediare il lettore⁸⁵.

⁸⁵ Cfr. *Praef.* 11; sul passo vd. L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 165.

