



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
XXX CICLO

ACCESSORIETÀ E AUTONOMIA DELLE GARANZIE PERSONALI
NEL DIRITTO ROMANO

Coordinatore: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Luigi Garofalo

Dottorando: Valerio Calzavara

ABSTRACT

Partendo dalla constatazione che le categorie di accessorietà e autonomia, elaborate dalla civilistica contemporanea, vengono normalmente impiegate anche per descrivere la relazione esistente tra garanzia ed obbligazione garantita nel diritto romano, la presente tesi di dottorato mira a verificare la correttezza di tale operazione interpretativa. Ricostruiti, quindi, i concetti di accessorietà e garanzia, con specifico riferimento all'ambito delle garanzie personali, si procede ad esaminare, dal punto di vista della relazione garanzia-obbligazione garantita, gli istituti impiegati dal diritto romano con funzione di garanzia personale. Vengono considerate, dapprima, le stipulazioni di garanzia, nelle quali si rinviene un rapporto di subordinazione della garanzia all'obbligazione garantita, subordinazione tuttavia non riconducibile alla moderna accessorietà in quanto determinata da ragioni strutturali inerenti alle modalità di conclusione delle garanzie stesse. Viene preso in esame poi il mandato di credito, nel quale coesistono tanto elementi tipici della accessorietà quanto elementi propri dell'autonomia. Si esaminano, infine, il *constitutum debiti* ed il *receptum argentarii*, nei quali, ed in particolar modo nel secondo, la posizione giuridica soggettiva del garante si pone in un rapporto di notevole indipendenza rispetto all'obbligazione principale, pur non essendo rinvenibile nelle fonti che si occupano di tali istituti alcuna esplicita riflessione in merito al concetto di autonomia né tantomeno una elaborazione della categoria stessa.

ABSTRACT

The categories of accessory and autonomy, created by modern jurists, are used to describe the relation between suretyships and obligations in Roman Law too: this thesis wants to verify if this interpretation is correct. After having analyzed the concepts of accessory and autonomy, especially with regards to suretyships, it studies the institutes used in Roman Law as suretyships. First of all, the thesis considers the *stipulations*: they create a relation of subordination with the principal obligation but this subordination is different from accessory because it is the consequence of the way these suretyships are created. Then, the thesis studies *mandatum credendi*: it has some aspects that are similar to accessory and other ones that are similar to accessory. Finally, the thesis examines *constitutum debiti* and *receptum argentarii*: these suretyships, especially the second one, are very similar to autonomy suretyships but the juridical sources about them never talk about autonomy.

INDICE

Premessa	9
----------------	---

Capitolo primo I concetti di accessorieta e autonomia

1. I diversi significati del concetto di accessorieta	13
2. Il concetto di obbligazione accessoria	14
3. Il concetto di accessorieta genetica	15
4. L'accessorieta e le garanzie personali dell'obbligazione	16
5. Il concetto di autonomia	17

Capitolo secondo Le stipulazioni di garanzia: *sponsio, fidepromissio, fideiussio*

1. Premessa: il concetto <i>di accessio</i>	19
2. La situazione giuridica di cui è titolare lo <i>sponsor</i>	32
3. La situazione giuridica di cui è titolare il <i>fidepromissor</i>	49
4. La situazione giuridica di cui è titolare il <i>fideiussor</i>	56
5. L'obbligazione garantita come premessa per la costituzione di una valida stipulazione di garanzia	71
6. Lo scambio di <i>interrogatio</i> e <i>responsio</i> tra creditore e debitore come presupposto per la costituzione di una <i>sponsio</i> o di una <i>fidepromissio</i> valida	72
7. L'obbligazione civile valida, l'obbligazione naturale e l'obbligazione onoraria come presupposti per la costituzione di una valida <i>fideiussio</i>	94
8. La possibile difformità tra la stipulazione di garanzia e l'obbligazione garantita: i limiti dell' <i>alia obligatio</i> , del <i>plus debere</i> , della <i>durior condicio</i> e della <i>durior causa</i>	114
9. L'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale	138
10. Conclusioni in materia di accessorieta	156

Capitolo terzo
Mandato di credito

1. Introduzione.	159
2. L'interesse del mutuatario come fondamento del riconoscimento della validità del <i>mandatum credendi</i>	160
3. Necessaria anteriorità del <i>mandatum credendi</i> rispetto al mutuo.	172
4. Possibilità per il creditore di ottenere dal mandante quanto dovuto dal suo debitore sperando l' <i>actio mandati contraria</i>	176
5. Casi nei quali il mandante non è tenuto nei confronti del mandatario.	180
6. Eccezioni opponibili dal mandante-garante al mutuante.	188
7. Conclusioni.	190

Capitolo quarto
Constitutum debiti alieni e receptum argentarii

1. Introduzione.	193
-----------------------	-----

Parte prima: *constitutum debiti alieni*

2. Il <i>constitutum debiti alieni</i> come promessa di pagamento di un debito altrui.	194
3. Necessaria esistenza di un debito civile o onorario come presupposto del <i>constitutum</i>	197
4. Contenuto della <i>prior obligatio</i> come limite della responsabilità da <i>constitutum debiti</i>	199
5. Effetti dell'estinzione della <i>prior obligatio</i> sul <i>constitutum debiti</i> ed eccezioni.	201
6. Conclusioni.	202

Parte seconda: *receptum argentarii*

7. Premessa: individuazione delle fonti relative al <i>receptum argentarii</i>	203
8. La responsabilità dell' <i>argentarius</i> derivante da una promessa formale di pagamento di un debito altrui tutelata con un' <i>actio in factum</i>	205

9. Irrilevanza della volontà del debitore ai fini della validità del <i>receptum argentarii</i> in quanto negozio concluso tra il banchiere ed il creditore.	210
10. La sussistenza della responsabilità del banchiere in caso di inesistenza dell'obbligazione garantita.	212
11. La non opponibilità da parte del banchiere delle eccezioni attinenti all'obbligazione garantita.	214
12. Conclusioni.	217
Conclusioni	219
Bibliografia	225
Indice delle fonti	237

PREMESSA

La presente ricerca mira innanzitutto a stabilire se nel diritto romano classico o postclassico sia emersa e, in caso affermativo, come sia stata soddisfatta, l'esigenza del creditore di ottenere il pronto pagamento della garanzia da parte del garante, senza che questo possa lecitamente rifiutare l'esecuzione della prestazione facendo valere circostanze inerenti all'obbligazione garantita. Si vuole, in particolare, accertare se, tra i diversi istituti elaborati per assolvere alla funzione di garanzia personale dell'obbligazione, ne sia esistito uno dalla disciplina e dalle caratteristiche analoghe a quello che nel diritto civile odierno viene chiamato contratto autonomo di garanzia. Qualora venisse individuato un siffatto istituto, si intende stabilire se esso abbia posto problemi simili a quelli sollevati dal suo corrispondente moderno e come siano stati risolti.

La ragion d'essere di tale ricerca deve essere rinvenuta nelle riflessioni svolte, negli ultimi decenni, dalla dottrina civilistica e da quella romanistica, in materia di garanzie personali. A partire dalla metà degli anni Ottanta del XX secolo, infatti, la civilistica italiana ha affermato in modo sempre più deciso il carattere essenzialmente e necessariamente accessorio della fideiussione, carattere che si evincerebbe, in particolare, dall'art. 1939 cod. civ., in base al quale dall'invalidità dell'obbligazione garantita consegue l'invalidità della fideiussione, dall'art. 1941 cod. civ., in forza del quale la fideiussione non può eccedere quanto dovuto dal debitore principale né essere prestata a condizioni più onerose, e dall'art. 1945 cod. civ., che consente al fideiussore di opporre al creditore le eccezioni attinenti al rapporto obbligatorio principale. L'accento posto dalla civilistica sull'accessorietà della fideiussione, tuttavia, è stata la conseguenza della diffusione del contratto autonomo di garanzia, tipologia contrattuale che, pur essendo stata teorizzata dalla dottrina tedesca alla fine del XIX secolo, è penetrata nell'ordinamento italiano solo nel secondo dopoguerra come pratica del commercio internazionale ed è divenuta, proprio a partire dagli anni Ottanta, di uso comune anche nelle relazioni economiche di carattere meramente interno. Per contratto autonomo di garanzia si intende oggi una garanzia personale caratterizzata dalla inopponibilità, da parte del garante, delle eccezioni relative al rapporto obbligatorio principale e dalla conseguente irrilevanza, ai fini della operatività della garanzia, tanto della validità quanto di qualsiasi vicenda relativa all'obbligazione garantita. È comprensibile, dunque, che, a fronte della necessità di distinguere il contratto autonomo di

garanzia dalla fideiussione, si sia individuato proprio nell'accessorietà, cioè nella condizione di subordinazione e dipendenza della garanzia rispetto all'obbligazione garantita, l'elemento scriminate. Meno scontato, invece, è il fatto che la dottrina civilistica abbia sentito la necessità di individuare l'archetipo di questa accessorietà nella disciplina della *fideiussio*, e continui tutt'oggi a sentire tale esigenza, tanto che è comune trovare nelle monografie che si occupano di garanzie personali nel diritto italiano qualche paragrafo dedicato a spiegare che l'obbligazione del fideiussore è accessoria così come era accessoria quella del *fideiussor*.

Se tale riferimento alla *fideiussio* da parte dei civilisti, lungi dal costituire il frutto di una consapevole e ponderata riflessione sul diritto romano, è stata ed è poco più di un mero espediente retorico, utilizzato per confermare la correttezza delle tesi elaborate in materia di fideiussione, è interessante notare, invece, che la dottrina romanistica italiana, a partire dagli anni Novanta del XX secolo, si è dedicata allo studio delle garanzie personali, ed in particolare delle stipulazioni di garanzia, con il chiaro scopo di accertare se il concetto di accessorietà, sviluppato e utilizzato dalla civilistica contemporanea, possa essere realmente impiegato per qualificare il rapporto che la *sponsio*, la *fidepromissio* o la *fideiussio* creavano tra l'obbligazione del garante e quella principale. In quest'ottica, infatti, debbono essere lette le opere del Mannino e del Briguglio, dedicate a singoli aspetti della disciplina delle stipulazioni di garanzia, assai rilevanti, però, per comprendere la relazione tra garanzia e obbligazione garantita. Il Mannino ⁽¹⁾, in particolare, ha affrontato il complesso tema dell'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale, uno dei pilastri fondanti della moderna accessorietà, pervenendo alla conclusione che nel diritto romano il fenomeno in questione non fosse legato alla natura della relazione tra l'obbligazione del garante e quella del debitore principale ma fosse determinato da specifiche ragioni che variano da eccezione ad eccezione. Il Briguglio ⁽²⁾, invece, si è dedicato all'esame dell'*interrogatio* con la quale il creditore si rivolgeva al garante, per comprendere il tipo di situazione giuridica soggettiva che sorgeva in capo al garante: stabilito, anche grazie alla ricostruzione del testo di Gai 3.116 contenuto nel manoscritto veronese, che lo *sponsor* ed il *fidepromissor* promettevano l'*idem* a differenza del fideiussor che prometteva l'*id*, l'autore ha concluso che solo i primi due garanti assumevano una obbligazione nuova e distinta, mentre il *fideiussor* si rendeva responsabile per l'obbligazione

¹ V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale*, Torino, 1992, 23.

² F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus succurri solet'*, Torino, 1999.

garantita, circostanza dalla quale sarebbe possibile inferire che solo la *fideiussio* si poneva in una relazione di accessorietà rispetto al rapporto obbligatorio principale. Si trattava, comunque, secondo il Briguglio, di una accessorietà diversa rispetto a quella che caratterizza l'odierna fideiussione in quanto, superati i dubbi che si erano posti in vigenza del codice del 1865, è ormai opinione condivisa che il fideiussore divenga titolare di una vera e propria obbligazione. A queste ricerche parziali è poi seguito un altro saggio del Mannino del 2004 ⁽³⁾ nel quale l'autore, ripercorrendo per sommi capi gli aspetti fondamentali della disciplina della *fideiussio*, spiega che essa non era caratterizzata dalla accessorietà modernamente intesa dal momento che, se è pur vero che la *fideiussio* presupponeva un'obbligazione principale valida, trovava limiti contenutistici nella obbligazione principale e risentiva delle vicende relative all'obbligazione garantita, i giuristi romani non facevano derivare questi aspetti della disciplina dell'istituto dalla natura della relazione esistente tra garanzia e obbligazione garantita.

Considerato, dunque, lo stato della dottrina, mi è parso opportuno affrontare lo studio delle garanzie personali del diritto romano ponendo alle fonti domande nuove, ovvero, come ho già precedentemente accennato, se siano esistite garanzie autonome rispetto all'obbligazione garantita e, in caso affermativo, se tale autonomia fosse assimilabile a quella che caratterizza l'odierno negozio autonomo di garanzia. Una tale ricerca, infatti, consentirebbe, innanzitutto, di completare i più recenti studi in materia, estendendo l'ambito di indagine anche ad istituti diversi dalle stipulazioni di garanzia ed affrontando la questione della applicabilità alle garanzie romane del moderno concetto di autonomia, tema chiaramente complementare rispetto quello dell'accessorietà, sinora considerato. Essa, inoltre, nel caso in cui venisse individuato un contratto in tutto o in parte assimilabile all'odierno contratto autonomo di garanzia, permetterebbe di trarre dallo studio dello stesso importanti spunti di riflessione, utili per affrontare non soltanto il problema della distinzione rispetto alla fideiussione ma anche tutti gli altri aspetti problematici che la disciplina del negozio autonomo di garanzia rappresenta e rispetto alla soluzione dei quali, stante la perdurante atipicità del contratto, la dottrina può ancora giocare un ruolo fondamentale.

³ V. MANNINO, *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuale*, a cura di Luigi Garofalo, Padova, 2004.

CAPITOLO PRIMO

I CONCETTI DI ACCESSORIETÀ E AUTONOMIA

SOMMARIO: 1. I diversi significati del concetto di accessorietà. – 2. Il concetto di obbligazione accessoria. – 3. Il concetto di accessorietà genetica. – 4. L'accessorietà e le garanzie personali dell'obbligazione. – 5. Il concetto di autonomia.

1. *I diversi significati del concetto di accessorietà.*

L'accessorietà⁽⁴⁾, come concepita dalla dottrina contemporanea, non è una categoria dal significato univoco. Se, infatti, il termine 'accessorietà' designa pur sempre la condizione di subordinazione e dipendenza in cui si trova una cosa o un diritto rispetto ad altra cosa o diritto qualificabile come principale⁽⁵⁾, a seconda del contesto, tuttavia, assume caratteri specifici. Così, con esclusivo riferimento alle cose, l'accessorietà indica ciò che si trova in una situazione di inferiorità, che non ha rilievo primario⁽⁶⁾: a questo significato ci si riferisce, ad esempio, quando si parla di unione e commistione⁽⁷⁾. In ambito processuale, poi, accessorio è il diritto che presuppone un altro diritto⁽⁸⁾, come il diritto al rimborso delle spese di lite⁽⁹⁾. Con riguardo,

⁴ Bisogna avvisare fin d'ora che la riflessione della moderna dottrina in materia di accessorietà non si è concretizzata nella produzione di voci di enciclopedia né di monografie dedicate specificamente ai concetti di 'accessorietà' o di 'obbligazione accessoria'. Per una trattazione piuttosto sistematica della materia si possono comunque indicare: M. FRAGALI, *Libro quarto delle obbligazioni artt. 1936-1959*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 1962, 64 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 321 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1946, 181 ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, 417 ss.; V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, 36 ss.

⁵ Così il F. FERRARA, *Trattato*, cit., 417 secondo il quale sono accessori quei diritti che «esistono solo in relazione ad un altro diritto, a cui sono legati da un vincolo di dipendenza». In senso analogo L. BARASSI, *Teoria generale*, cit., 182: «di due obbligazioni una è principale e l'altra accessoria quando la prima è la ragion d'essere della seconda».

⁶ Cfr. M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 64 che si riferisce a ciò che è «un *minus* rispetto al *maius* costituito dal principale».

⁷ Il concetto di accessorietà qui serve a determinare la proprietà, cfr. M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 64.

⁸ Così M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 64: «si parla anche di accessorio quando l'esistenza di un diritto presuppone la sussistenza di un altro diritto».

⁹ Cfr. M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 64; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale II*, Napoli 1934, 186.

invece, ai diritti di tipo sostanziale, l'accessorietà designa la relazione esistente tra un diritto e la cosa o diritto di cui è conseguenza, derivazione⁽¹⁰⁾: in tal senso, l'obbligazione degli interessi è accessoria rispetto all'obbligazione del capitale⁽¹¹⁾. Accessorio, infine, è anche ciò che si trova in una situazione di dipendenza in quanto serve all'utilità o alle esigenze di altra cosa o diritto⁽¹²⁾.

2. *Il concetto di obbligazione accessoria.*

Al di là di queste considerazioni piuttosto generali, bisogna chiarire come deve essere concretamente disciplinata la relazione tra due obbligazioni affinché si possa predicare l'accessorietà dell'una rispetto all'altra secondo l'ultimo dei significati appena illustrati. Innanzitutto l'esistenza del rapporto obbligatorio accessorio deve essere subordinata all'esistenza di quello principale. Ciò si deve realizzare nel momento della genesi dell'obbligazione accessoria⁽¹³⁾, per cui da un lato la nullità dell'obbligazione principale impedisce il sorgere di quella accessoria⁽¹⁴⁾, dall'altro il contenuto dell'obbligazione principale condiziona in vario modo il contenuto di quella accessoria⁽¹⁵⁾. Ma tale subordinazione deve sussistere anche per tutto il tempo in cui persiste la relazione di accessorietà: pertanto le cause di estinzione del rapporto obbligatorio principale comportano l'estinzione anche

¹⁰ Cfr. M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 64 che definisce accessorio «ciò che è derivazione, conseguenza, filiazione di un diritto o di una cosa»; V. CAMPOGRANDE, *Trattato*, cit., 36 che indica come accessoria «l'obbligazione che è una conseguenza subordinata di quell'obbligazione» che è identificabile invece come principale.

¹¹ Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012, 681; V. CAMPOGRANDE, *Trattato*, cit., 36.

¹² Per F. FERRARA, *Trattato*, cit., 418 la subordinazione del diritto accessorio può essere data dal fatto che «un diritto ha la destinazione di servire agli scopi di un altro diritto»; similmente M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 65 per il quale «vi è una nozione giuridica dell'accessorio che non vuole soltanto descrivere una situazione sostanziale di subordinazione o di dipendenza, ma accentua un collegamento di scopo e quindi conduce ad un senso finalistico, palesando che una cosa o un diritto serve all'utilità o alle esigenze di altra cosa o di altro diritto».

¹³ Cfr. F. FERRARA, *Trattato*, cit., 419 per il quale «il diritto accessorio non può nascere senza che esista un diritto principale».

¹⁴ Così nel diritto italiano odierno la fideiussione presuppone la validità dell'obbligazione principale, cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 786; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 2012, 488; F. FERRARA, *Trattato*, cit., 419.

¹⁵ Sempre con riferimento alla fideiussione, l'identità di oggetto rispetto all'obbligazione principale è affermata da A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 785; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 492

di quello accessorio ⁽¹⁶⁾ e più in generale le varie vicende dell'obbligazione principale si riverberano su quella accessoria, in particolare determinando l'opponibilità nell'ambito del rapporto accessorio delle eccezioni relative al rapporto principale ⁽¹⁷⁾. A ciò si aggiunge il carattere esclusivo del legame tra i due rapporti obbligatori ⁽¹⁸⁾. L'accessorietà è relazione tra due determinate obbligazioni, pertanto, l'obbligazione accessoria non può essere separata dalla sua obbligazione principale senza che ne muti la natura. In particolare, non è ammissibile il trasferimento dell'obbligazione accessoria indipendentemente dal trasferimento di quella principale. Il trasferimento invece dell'obbligazione principale è ben effettuabile ma comporta anche il trasferimento dell'obbligazione ad essa accessoria ⁽¹⁹⁾. La dipendenza e l'esclusività del legame, infine, hanno importanti effetti sul piano probatorio: dall'accertamento dell'esistenza o meno di uno dei due rapporti obbligatori si possono trarre indicazioni circa l'esistenza dell'altro. In particolare, dall'esistenza dell'obbligazione accessoria si può indurre l'esistenza di quella principale; dall'inesistenza dell'obbligazione principale, l'inesistenza anche di quella accessoria ⁽²⁰⁾.

3. *Il concetto di accessorietà genetica.*

L'accessorietà, quindi, consiste nella dipendenza funzionale ⁽²¹⁾ di un rapporto obbligatorio da un altro rapporto obbligatorio. La dottrina, però, parla di accessorietà anche quando tra due obbligazioni sussistono un legame e una subordinazione meno intensi, perché legati al solo momento genetico

¹⁶ Cfr. F. FERRARA, *Trattato*, cit., 421 che ben rileva che «il diritto accessorio non può esistere senza il diritto principale, se questo perisce il diritto accessorio ne segue la sorte». Con specifico riferimento alla fideiussione A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 786; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 507; M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 63.

¹⁷ Per l'opponibilità delle eccezioni relative al rapporto principale nella fideiussione, cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 787; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 501.

¹⁸ F. FERRARA, *Trattato*, cit., 419 rileva che «il diritto accessorio esiste in connessione a un altro diritto determinato perciò il titolare non può di suo arbitrio staccare il diritto accessorio dal diritto principale, a cui è destinato, per connetterlo ad altro diritto, sia proprio che altrui».

¹⁹ Tale affermazione è fatta in generale da F. FERRARA, *Trattato*, cit., 420. Con specifico riferimento alla fideiussione si consideri che la cessione del credito comporta anche il trasferimento dei suoi accessori, tra i quali le garanzie (cfr. tra tutti A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 698).

²⁰ Questo aspetto è messo particolarmente in rilievo in F. FERRARA, *Trattato*, cit., 422.

²¹ È quanto afferma esplicitamente L. BARASSI, *Teoria generale*, cit., 182: «il rapporto di accessorietà presuppone una stretta dipendenza funzionale che collega le due obbligazioni nelle vicende di quella principale».

dell'obbligazione accessoria ⁽²²⁾. Si tratta di casi nei quali la nascita di un rapporto obbligatorio presuppone necessariamente l'esistenza di un altro rapporto obbligatorio, le cui cause di invalidità quindi si ripercuotono sul primo. Inoltre, la prestazione oggetto dell'obbligazione presuppone influenza la determinazione del contenuto dell'altra. Poi, però, i due rapporti obbligatori acquistano una propria autonomia: così l'estinzione del rapporto principale non determina l'estinzione dell'accessorio e, più in generale, le varie vicende del rapporto principale non si traducono in eccezioni opponibili nell'ambito del rapporto accessorio. Conseguentemente, la sopravvenuta indipendenza delle due obbligazioni esclude quelle conseguenze in ambito probatorio di cui si è detto sopra. Stante questo regime, tuttavia, la qualificazione di una obbligazione come accessoria rispetto all'altra è impropria ⁽²³⁾: di ciò è ben avveduta anche la dottrina che, avvalendosi in questi casi del concetto di accessorietà, sente il bisogno di qualificarlo ricorrendo all'aggettivo 'genetica'.

4. *L'accessorietà e le garanzie personali dell'obbligazione.*

Il concetto di accessorietà, inteso qui come condizione di quell'obbligazione che si aggiunge in posizione di subordinazione ad un'altra obbligazione, trova applicazione in particolare nell'ambito delle garanzie ⁽²⁴⁾ personali ⁽²⁵⁾ dell'obbligazione, cioè quegli istituti che realizzano la funzione

²² A questo tipo di accessorietà allude V. MANNINO, *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuale*, a cura di Luigi Garofalo, Padova, 2004, 54.

²³ Nega che in casi analoghi si possa parlare di accessorietà F. FERRARA, *Trattato*, cit., 418: «devono escludersi dai diritti accessori quelli che ... presuppongono bensì o sono subordinati ad un altro diritto ma non possono dirsi satelliti di esso, non sono legati in vita e in morte col diritto principale».

²⁴ Il termine 'garanzia' è impiegato dalla moderna dottrina con una pluralità di significati. Per una rapida ma esauriente disamina del tema cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 736, nt. 1 dove si distingue tra: garanzia primaria, che comprende tutti i mezzi a diretta soddisfazione del creditore; garanzia secondaria, come insieme dei mezzi riconosciuti al creditore per una maggior sicurezza (es. fideiussione); garanzia come espressione per indicare altri mezzi che la legge assicura a tutela del titolare di un diritto acquisito (es. garanzia per l'evizione nella compravendita). Con riferimento specifico al concetto di garanzia dell'obbligazione sarebbe assai arduo dare conto di tutte le definizioni elaborate dalla dottrina. Senza pretese di esaustività si possono indicare: A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 736; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 479; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Le garanzie personali*, Padova, 1962, 3; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1943, 174 ss. laddove si procede in special modo ad illustrare la differenza tra il concetto di garanzia dell'obbligazione e quello di responsabilità.

²⁵ Per l'esposizione del concetto e dei caratteri della garanzia personale, indipendentemente dai diversi istituti con i quali può essere costituita cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 784; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 479-480. Con precipuo riferimento al

di assicurare il soddisfacimento del credito mediante l'assunzione di un'obbligazione da parte di un soggetto terzo, il garante, nei confronti del creditore.

Quando viene costituita una garanzia personale, quindi, all'obbligazione garantita si aggiunge sempre una nuova obbligazione, l'obbligazione di garanzia. Tuttavia, a seconda del negozio concretamente impiegato, il rapporto che sorge tra le due obbligazioni può essere diverso e, per descriverlo, la dottrina suole avvalersi dei due concetti, tra loro incompatibili, di accessorieta e autonomia (²⁶).

L'utilizzo dell'uno o dell'altro è fatto dipendere dalla disciplina dell'istituto che viene in rilievo, in particolare per quanto riguarda alcuni aspetti essenziali: gli eventuali effetti prodotti sull'obbligazione di garanzia dalle cause di invalidità dell'obbligazione garantita; i limiti entro i quali la prestazione dovuta dal garante può differire rispetto a quella oggetto dell'obbligazione garantita; l'eventuale opponibilità da parte del garante delle eccezioni opponibili dal debitore principale.

Come si avrà modo di spiegare meglio in seguito, la garanzia è considerata accessoria quando la validità dell'obbligazione da garantire costituisce un presupposto per la sua costituzione, il contenuto della garanzia non può essere tale da rendere la posizione del garante più gravosa di quella del debitore e tutte le eccezioni che spettano al debitore dell'obbligazione garantita possono essere opposte anche dal garante. In presenza dell'opposto regime invece si ritiene esistente una garanzia autonoma.

5. *Il concetto di autonomia.*

Per quanto concerne, poi, il concetto di 'autonomia', ho appurato che esso, generalmente, non viene definito dalla dottrina in positivo ma in

diritto romano cfr. V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ. VIII*, Torino 1992, 615; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 570 s.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione I*, Roma 1940, 3.

²⁶ Considerando il diritto italiano, l'accessorieta viene generalmente ritenuta una caratteristica tipica dell'obbligazione del fideiussore. Cfr. in tal senso A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 785; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 488 ss.; G. STELLA, *Fideiussione e garanzie autonome*, Milano 2010, 248 ss. e la ricca bibliografia ivi riportata; M. FRAGALI, *Libro quarto*, cit., 62 ss.; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 203; V. CAMPOGRANDE, *Trattato*, cit., 36 ss. L'autonomia invece viene predicata come propria di alcuni negozi tipici quali l'avallo e la conferma di credito (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 520 ss. e 522 ss.); ma soprattutto viene in rilievo con riferimento all'atipico negozio autonomo di garanzia (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 524 ss. e la bibliografia ivi presente; G. STELLA, *Fideiussione*, cit., 775 ss.).

negativo, come assenza di quella condizione di subordinazione e dipendenza che integra l'accessorietà: vi è, dunque, autonomia, secondo la dottrina, quando la valida costituzione di una obbligazione non richiede l'esistenza di un'altra obbligazione anch'essa valida ed il debitore della prima obbligazione non può far valere in via di eccezione le vicende relative all'altra obbligazione.

Con particolare riferimento al tema in esame, quindi, una garanzia è autonoma se può essere validamente assunta pur essendo invalida l'obbligazione garantita ed il garante non può opporre alcuna eccezione relativa al rapporto obbligatorio garantito. L'esame della dottrina in materia di contratto autonomo, infine, ha fatto emergere che i principali aspetti problematici di questo tipo negoziale sono: la funzione dell'istituto, di vera e propria garanzia o di indennizzo degli effetti dell'inadempimento; i presupposti che consentono al creditore di chiedere il pagamento al garante, ovvero sia la mera dichiarazione dell'intervenuto inadempimento del debitore, l'indicazione dei fatti che integrano l'inadempimento o la produzione di determinati documenti comprovanti l'inadempimento; la causa delle negozio, esterna o interna; la difformità contenutistica rispetto all'obbligazione garantita, possibile o meno; i rimedi contro l'escussione fraudolenta da parte del creditore, in particolare l'eccezione di dolo generale ed il contesto in cui avvalersene (²⁷).

²⁷ In merito al concetto di autonomia, in particolare in tema di garanzia, e al contratto autonomo di garanzia cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 524 ss. e la bibliografia ivi presente; G. STELLA, *Fideiussione*, cit., 775 ss.; L. GAROFALO, *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *La garanzia nella prospettiva storico comparatistica. V Congresso internazionale Aristec (Salisburgo, 13-15 settembre 2001)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, 233 ss.

CAPITOLO SECONDO

LE STIPULAZIONI DI GARANZIA: *SPONSIO*, *FIDEPROMISSIO*, *FIDEIUSSIO*

SOMMARIO: 1. *Premessa: il concetto di 'accessio'*. – 2. Qualificazione della situazione giuridica di cui è titolare lo *sponsor*. – 3. L'origine della *fidepromissio*. – 4. Qualificazione della situazione giuridica di cui è titolare il *fidepromissor*. – 5. Le origini della *fideiussio*: epoca e ragioni della sua introduzione. – 6. La qualificazione della situazione giuridica di cui è titolare il *fideiussor*. – 7. L'obbligazione garantita come premessa per la costituzione di una valida stipulazione di garanzia. – 8. Lo scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e debitore come presupposto per la costituzione di una *sponsio* o di una *fidepromissio* valida. – 9. L'obbligazione civile valida, l'obbligazione naturale e l'obbligazione onoraria come presupposti per la costituzione di una valida *fideiussio*. – 10. La possibile difformità tra la stipulazione di garanzia e l'obbligazione garantita: i limiti dell'*alia obligatio*, del *plus debere*, della *durior condicio* e della *durior causa*. – 11. L'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa: il concetto di 'accessio'*.

Prima di procedere allo studio della *sponsio*, della *fidepromissio* e della *fideiussio* è necessario chiedersi se e in quale misura esse siano state fatto oggetto di un'elaborazione dottrinale unitaria da parte dei giuristi classici. Dalla risposta che si darà a tale quesito, infatti, si potranno trarre importanti suggerimenti circa il metodo da impiegare nell'analisi degli istituti stessi.

Il primo dato da prendere in considerazione è la trattazione di *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio* condotta nei paragrafi 115 - 127 del Libro terzo delle Istituzioni di Gaio. In essi il giurista antoniniano mette in luce come i tre istituti siano accomunati dall'essere assunzione di un'obbligazione a favore di chi si è già obbligato⁽²⁸⁾ e come ciò risponda ad una medesima finalità, cioè rendere più sicuro il credito⁽²⁹⁾. C'è quindi la consapevolezza della funzione di garanzia assoluta dalle figure in questione.

²⁸ Ciò viene detto espressamente in Gai 3.115: *Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus.*

²⁹ È quanto emerge dal primo periodo di Gai 3.117: *Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit.*

Mancano però l'elaborazione di una categoria di garanzia dell'obbligazione⁽³⁰⁾ e la riconduzione ad essa di *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*. Diversi sono i fattori che portano a tale conclusione. Innanzitutto non c'è nelle Istituzioni alcun paragrafo dedicato alla garanzia dell'obbligazione in sé a prescindere dagli istituti mediante i quali viene realizzata. Poi la stessa trattazione di *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio* appare volta più ad evidenziare le differenze tra tre istituti distinti che ad individuare elementi comuni che permettano la ricostruzione di una categoria unitaria⁽³¹⁾. Infine nonostante la segnalazione della funzione comune agli istituti di cui si è poc' anzi detto, non è questa la ragione principale che induce Gaio ad occuparsene contestualmente, bensì il loro essere tutti *obligationes verbis contractae*: il giurista cioè non è mosso dall'intento di affrontare ed esaurire la categoria delle garanzie dell'obbligazione, categoria che appunto non ha. Diversamente, nell'ambito dell'esposizione della categoria delle obbligazioni verbali⁽³²⁾, dedica alcuni paragrafi a *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio* perché vede in esse istituti ben distinti ma ciò nondimeno accomunati da una medesima funzione tipica.

Dei risultati così raggiunti non si può avere né conferma né smentita dalle Istituzioni giustinianee. In esse infatti non vi è traccia della *sponsio* e

³⁰ Così anche B. BIONDI, 'Sponsio' e 'stipulatio'. *Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR*, 1962, 105 s. per il quale l'assenza di una categoria generale e di un termine ugualmente generale «corrispondente a quello moderno di garanzia dell'obbligazione, si spiega agevolmente considerando che i giuristi romani, *veteres* e classici, non sono assillati dall'esigenza di presentare categorie e formulazioni generali. [...] Quegli istituti, che noi qualificiamo sotto il profilo della garanzia, erano così eterogenei che i giuristi non sentivano né trovavano la opportunità di raggrupparli sotto una medesima categoria e una medesima qualifica». Analogamente anche F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma 1940, 1: «Nelle fonti romane non v'è un'elaborazione dogmatica del concetto di garanzia [...]. Le nostre moderne discussioni sul concetto di garanzia sono estranee alla giurisprudenza romana, la quale si preoccupava unicamente, almeno nell'età classica, di costruire i principi più adeguati ai bisogni della vita giuridica».

³¹ Gran parte dei paragrafi sono infatti dedicati ad illustrare le differenze tra gli istituti: Gai 3.116 elenca le varie formule costitutive; Gai 3.119 si occupa del differente rilievo che ha l'invalidità dell'obbligazione garantita a seconda dell'istituto impiegato; Gai 3.120 espone il diverso regime della trasmissibilità agli eredi dell'obbligazione del garante; Gai 3.121 affronta le differenze circa la durata dell'obbligazione del garante discendenti dalla non applicabilità alla *fideiussio* della *Lex Furia*; Gai 3.122 si occupa del differente regime della divisibilità della garanzia tra cogaranti derivante dall'applicazione o meno della *Lex Apuleia*. Più limitata la parte dedicata all'esposizione degli aspetti comuni alla disciplina dei tre istituti; significativo poi che, tranne quanto risulta dai già citati Gai 3.115 e Gai 3.117, si tratti dei paragrafi conclusivi; infatti: Gai 3.124 si occupa della generale applicazione della *Lex Cornelia*; Gai 3.126 espone i comuni limiti contenutistici all'obbligazione del garante.

³² Alle *obligationes verbis contractae* sono dedicati i paragrafi 92 - 127 del Libro terzo.

della *fidepromissio* perché nel VI sec. erano ormai da molto scomparse. Vi è invece un intero capitolo, il ventesimo del libro terzo, dedicato alla fideiussione: da esso però nulla può trarsi circa l'esistenza o meno nel periodo classico di una categoria unitaria cui fossero ricondotte *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*.

A questo punto bisogna considerare un secondo dato: la presenza nelle fonti di due termini, *adpromissor* e *accessio*, utilizzati per designare genericamente il garante a prescindere dal tipo di obbligazione verbale impiegata per costituirlo. È fondamentale allora stabilire la classicità o meno di tali espressioni perché, se fossero classiche, costituirebbero un prezioso indizio del fatto che i giuristi di tale periodo abbiano proceduto all'elaborazione di un concetto di garanzia personale dell'obbligazione proclive a trascendere i singoli istituti della *sponsio*, della *fidepromissio*, della *fideiussio*.

Cominciando con *adpromissor*, di esso si rinvencono tracce nelle fonti letterarie. In Cic. *Rosc.* 26 si legge infatti:

Usque adeo autem ille pertimuerat, ut mori mallet, quam de his rebus Sullam doceri. Homines antiqui, qui ex sua natura ceteros fingerent, cum ille confirmaret sese nomen Sex. Rosci de tabulis exempturum, praedia vacua filio traditurum, cumque id ita futurum T. Roscius Capito, qui in decem legatis erat, appromitteret, crediderunt; Ameriam re inorata reverterunt. Ac primo rem differre cotidie ac procrastinare isti coeperunt, deinde aliquanto lentius nihil agere atque deludere, postremo, id quod facile intellectum est, insidias vitae huiusce Sex. Rosci parare neque sese arbitrari posse diutius alienam pecuniam domino incolumi obtinere.

Si noti qui l'uso del verbo *adpromitto*. Esso però è utilizzato per far riferimento ad una garanzia che si colloca più sul piano pubblicistico che privatistico (³³). Oggetto di essa infatti sono la cancellazione dalle liste di proscrizione del nome di Sesto Roscio e il rilascio dei beni del figlio.

Viene poi in rilievo un passo di Festo, nel quale è riportata una definizione di Varrone:

³³ Del medesimo avviso anche E. LEVY, *'Sponsio' 'fidepromissio' 'fideiussio'*, Berlino 1907, 14 e F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 12 il quale parla di rapporti di carattere politico.

Adpromissor est, qui quod suo nomine promisit, idem pro altero quoque promittit.

Il testo nella sua versione manoscritta è alquanto corrotto, pertanto viene generalmente accolta la sua correzione mediante l'aggiunta di un *quis* ⁽³⁴⁾. Risulta pertanto che:

Adpromissor est, qui quod suo nomine quis promisit, idem pro altero quoque promittit.

Così integrato il passo effettivamente definisce un garante privatistico ⁽³⁵⁾. Non può infatti essere accolta l'interpretazione di chi vede qui descritto l'istituto della novazione ⁽³⁶⁾. La promessa dell'*idem* è caratteristica peculiare della stipulazione di garanzia e il perfetto *promisit* indica semplicemente che la stipulazione costitutiva dell'obbligazione da garantire ha preceduto, come è normale che sia, quella costitutiva dell'obbligazione di garanzia.

Quando si passa a considerare le fonti giuridiche, si deve rilevare che nelle Istituzioni di Giustiniano *adpromitto*, *adpromissio*, *adpromissor* non vengono mai utilizzati. Ciò però non desta meraviglia: la già citata scomparsa di *sponsio* e *fidepromissio* fa sì che non vi sia la necessità di termini generici onnicomprensivi.

Ben più significativo, invece, è il fatto che nel Digesto i termini in questione compaiano in soli tre passi, passi la cui genuinità è posta in serio dubbio dalla dottrina maggioritaria ⁽³⁷⁾.

Si consideri infatti

Ulp. 7 *ad l. Iul et Pap.* D. 24.3.64.4: *Sed et si reum maritus acceperit adpromissoremve, aequae adversus ipsum obligationem debet praestare.*

³⁴ Tale ricostruzione viene proposta e presentata come generalmente accolta dalla dottrina in F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 12.

³⁵ Questa interpretazione è proposta anche da F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 12 il quale basa il suo ragionamento sul testo integrato mediante l'aggiunta di *quis*.

³⁶ Sostengono che il passo si occupi della novazione anche C.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, II, Tubingae, 1909 e E. LEVY, *'Sponsio'*, cit., 15.

³⁷ L'analisi dei testi in questione onde verificarne la genuinità o meno è condotta in: S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones' nè 'adpromissores'*, in *BIDR*, XXXVII, 1930, ora in *Scritti giuridici III*, Napoli, 1960, 350 ss.; E. LEVY, *'Sponsio'*, cit., 18 ss.; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietat der römischen Burgshaftstipulationen*, Weimar 1932, 126 ss.; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano I. Le garanzie personali*, Torino 1934, 586.

Tale passo si colloca nell'ambito della trattazione delle restituzioni dovute dal marito nel caso in cui manometta il servo dotale. Due sono gli aspetti più problematici. Innanzitutto l'espressione *obligationem praestare* viene utilizzata solo in questo passo ⁽³⁸⁾ e sembra alludere alla trasmissione dell'obbligazione: il marito dovrebbe trasferire alla moglie l'obbligazione che ha verso il garante. In secondo luogo l'uso di *ipsum*: esso si riferisce sia a *reum* che ad *adpromissorem*, pertanto dovrebbe essere al plurale ⁽³⁹⁾. Tutto ciò porta a dubitare fortemente della genuinità del passo ⁽⁴⁰⁾.

Il secondo passo che viene in rilievo è

Pomp. 26 ad Sab. D. 45.1.5.2: *Satis acceptio est stipulatio, quae ita obligat promissorem, ut adpromissores quoque ab eo accipiantur, id est qui idem promittunt.*

Diverse sono le ragioni che inducono a ritenere che tutto il passo sia una glossa o un rifacimento di un testo classico ⁽⁴¹⁾. Innanzitutto il termine *satis acceptio* compare solo in questo luogo del Digesto⁴² e risulta costruito avendo come modello la gaiana *satisdatio* di D. 2.8.1. Poi è presente un evidente glossema, '*id est ... promittunt*' ⁽⁴³⁾. Infine, è la stessa definizione di *satis acceptio* che stenta a tenere: *eo* si riferisce al *promissor* e soggetto di *accipiantur* sono i garanti, pertanto risulterebbe che la *satis acceptio* è la *stipulatio* in virtù della quale il *promissor* si obbliga al fatto che dei garanti siano da lui accettati.

Infine deve essere considerato

Ulp. 2 reg. D. 46.3.43: *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora,*

³⁸ Così S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 352 che cita a suo sostegno MAYR, in ZSS, XLII, 1922, 220 n.3

³⁹ Ciò viene segnalato anche da S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 352 che ritiene anche che in tale contesto *ipsum* costituisca un grecismo.

⁴⁰ Questa la conclusione anche di S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 352 che tra le prove della non autenticità adduce anche una generale oscurità del passo circa i rapporti tra il *reus* - *adpromissor* e il liberto, oscurità che a detta dell'autore non si giustificerebbe altrimenti che imputandola all'intervento dei compilatori.

⁴¹ Così S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 352 il quale adduce a sostegno di tale interpretazione le stesse ragioni anche qui accolte nonché quella che definisce «filologia puerile» del termine *satis acceptio* offerta al successivo paragrafo D.45.1.5.3.

⁴² Ciò è sottolineato anche da E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 18 n.4.

⁴³ Per il glossema propende E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 18 mentre per il PERNICE, in ZSS, XIX, 1898, 182 n. 5 si tratta di un' interpolazione.

praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur.

In questo passo viene detto che ogniqualvolta il debitore principale è liberato, vengono meno anche le garanzie sia personali che reali, tranne nel caso in cui verificandosi la confusione tra creditore e garante il debitore principale non è liberato. A parte l'oscurità della prima proposizione, nella quale deve sottintendersi che si sta trattando della liberazione del debitore principale, è lampante lo squilibrio dell'intero paragrafo: la non liberazione del debitore principale viene presentata come eccezione ai casi di liberazione dal garante. Risulta così assai probabile la non autenticità anche di questo testo (⁴⁴).

La prova decisiva nell'indagine circa la classicità del termine *adpromissor* è però offerta dalle Istituzioni di Gaio. In esse tale espressione non è mai impiegata. E ciò risulta ancor più significativo se si considera da un lato che in numerosi passi sono enumerati uno dopo l'altro lo *sponsor*, il *fidepromissor*, il *fideiussor*, laddove sarebbe stato ben più comodo usare un termine generale onnicomprensivo; dall'altro che viene invece più volte utilizzato il termine *adstipulatio*, molto simile nella forma, per indicare complessivamente le stipulazioni attivamente accessorie.

La probabile non genuinità dei passi del Digesto e quanto si è appena detto con riferimento alle Istituzioni gaiane inducono a ritenere che *adpromissor* non fosse utilizzato come termine tecnico dai giuristi dell'età classica (⁴⁵).

Si può allora pensare ad un intervento delle scuole postclassiche nascente dall'esigenza di realizzare un certo equilibrio classificatorio. Poiché

⁴⁴ Per la non autenticità del passo è anche S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 351 che indica gli stessi motivi indicati nel testo.

⁴⁵ Da segnalare la posizione di S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 350 ss. che giustifica la non classicità di *adpromissor* da un lato mediante l'analisi filologica dei testi, dall'altro mediante alcune considerazioni generali: l'esistenza di *adstipulator*, che avrebbe ben potuto fare da modello; l'elaborazione da parte dei bizantini del termine *accessio*, che non ci sarebbe stata se fosse già esistito un termine per designare tutti i garanti; lo scarsissimo impiego del termine *adstipulator* stesso nel Digesto, in quanto se fosse stato presente nelle fonti classiche i compilatori lo avrebbero usato maggiormente. L'autore però non si sbilancia circa l'individuazione del momento e delle cause della nascita del termine. Anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 14 propende per la non classicità del termine che viene motivata facendo riferimento alle ricerche condotte dal Solazzi. Quanto alla causa della presenza di *adpromissor* nei passi del Digesto, l'autore ipotizza la sostituzione da parte dei compilatori di un classico *fideiussor* con *adpromissor* oppure l'intervento delle scuole postclassiche. Sostengono invece la classicità di *adpromissor* il G. BESELER, *Römischen Studie*, in *Tijdschrift vor Rechtsgeschiedenis*, 1930, 220) e prima di lui il Lenel il quale motivava la scarsa presenza del termine *adpromissor* nelle fonti con la supposta sua cancellazione da parte dei compilatori giustinianei.

vi era un termine per indicare le stipulazioni attivamente accessorie, la *adstipulatio* gaiana, si è forse sentito il bisogno di introdurre anche un termine che indicasse complessivamente le stipulazioni passivamente accessorie. E in ragione della sua somiglianza al modello *adstipulatio* si è scelto *adpromissio*, espressione già impiegata nel linguaggio letterario per indicare le garanzie ma senza costituire un preciso e puntuale termine giuridico. I passi del Digesto che presentano *adpromissor* sarebbero stati quindi rimaneggiati nell'ambito di dette scuole e così accolti poi dai compilatori giustiniane in luogo dei testi originali. Sembra, invece, piuttosto improbabile che il termine in questione sia stato introdotto dai compilatori stessi. Da un lato perché è difficile pensare che questi abbiano inventato un termine di cui non avevano bisogno, visto che l'unica obbligazione verbale di garanzia era ormai la *fideiussio*, come si è già più volte detto. Dall'altro perché se avessero inventato siffatta espressione, la avrebbero poi impiegata sempre, o quantomeno più spesso, per sostituire i termini *sponsor*, *fidepromissor*, *fideiussor*, usati singolarmente o tutti assieme nei testi classici.

Resta ora da occuparsi del termine *accessio* che compare nelle Istituzioni gaiane e in ben sette passi del Digesto. Il primo testo da considerare è Gai 3.126 il quale, nella versione veronese (⁴⁶), così risulta:

In eo iure quoque iuris par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt; sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione esse potest, quam in principali reo.

Ciò che qui interessa è l'ultima frase: in essa infatti si trova l'ablativo *accessione* contrapposto a *principali reo*. Poiché *principalis reus* non può che significare 'debitore principale', se si vuole mantenere il parallelismo su cui si regge la proposizione, *accessio* deve essere interpretato come termine che indica collettivamente quegli *sponsores, fidepromissores, fideiussores* prima elencati separatamente. Parrebbe pertanto di trovare in Gaio una prova della classicità dell'uso di *accessio* come termine per indicare genericamente il garante a prescindere dal negozio utilizzato per costituire la garanzia.

Se si passa a considerare i passi del Digesto, viene innanzitutto in rilievo D. 46.3.43, già considerato nel paragrafo precedente. Vale pertanto

⁴⁶ È questa la lezione accolta nell'edizione Huschke - Kübler.

quanto già detto: la non autenticità del passo impedisce di considerarlo prova della classicità di qualsivoglia termine, tanto di *adpromissio* quanto di *accessio*. Altro testo da considerare è

Paul. 17 *ad Plaut.* D. 45.1.91.4: *Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. Quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? Cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. Accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponderunt. 5. An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui iubeat.*

Diverse sono le ragioni che inducono a dubitare dell'autenticità del passo⁽⁴⁷⁾. Innanzitutto la sua struttura. In apertura del paragrafo 4 si dice che verranno trattati due distinti problemi cioè chi è in grado di cagionare la *perpetuatio obligationis* e nei confronti di chi si producono gli effetti della *perpetuatio obligationis*. Ci si aspetterebbe quindi che dette materie venissero trattate separatamente una dopo l'altra, invece il paragrafo 5 si occupa solo della seconda mentre il paragrafo 4 le affronta entrambe, mescolandone la

⁴⁷ A sostegno della non genuinità del passo S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 340 ss. adduce anche altre prove, oltre a quelle indicate nel testo, in particolare la contraddizione del passo in questione con D.4.3.19 (*Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere neratius priscus et iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.*); D.22.1.32.5 (*Item si fideiussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur.*); D.45.1.88 (*Mora rei fideiussori quoque nocet. Sed si fideiussor servum obtulit et reus moram fecit, mortuo sticho fideiussori succurrendum est. Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione conveniri potest*); D.46.3.95.1 (*Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequae peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur: aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset*).

trattazione in modo alquanto confuso (⁴⁸). È presente poi un evidente glossema: *'id est fideiussoribus'* (⁴⁹). Inoltre, vi sono due lampanti errori grammaticali: *ipsorum* ed *eorum* sono riferiti ad *accessiones*, pertanto, non dovrebbero essere al maschile ma al femminile.

Viene poi in rilievo

Ulp. 43 *ad Sab.* D. 46.1.3: *Qui satisfacere promisit, ita demum implese stipulationem satisfactionis videtur, si eum dederit accessionis loco, qui obligari potest et conveniri: ceterum si dederit servum aut filium familias, ex quibus causis de peculio actio non datur, vel mulierem, quae auxilio senatus consulti utitur, dicendum est non esse impletam satisfactionis stipulationem. Plane si non idoneum fideiussorem dederit, magis est, ut satisfactum sit, quia qui admisit eum fideiubentem, idoneum esse comprobavit.*

Viene qui trattato il tema dell'adempimento o meno dell'obbligazione di dare un garante nel caso in cui quello proposto non sia idoneo ad obbligarsi. La ragione più rilevante per dubitare dell'autenticità del passo è il fatto che nella prima parte di esso venga usato il termine *accessio*, che dovrebbe essere generico, e nella seconda lo specifico *fideiussor*, senza che da ciò sembri derivare un restringimento della materia trattata: il riferimento al *fideiussor* non è fatto cioè per esporre una regola propria di questo particolare garante ma per esprimere un principio comune a qualsiasi tipo di garante. Secondo certa dottrina poi *'accessionis loco'* (⁵⁰) e l'ultima frase, *'plane si ... esse comprobavit'* (⁵¹), costituirebbero delle interpolazioni.

Si consideri poi

Ulp. 46 *ad Sab.* D. 46.1.5: *Generaliter Iulianus ait eum, qui heres exstitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri. Denique scripsit, si fideiussor heres extiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum, ex*

⁴⁸ Di tale avviso anche S. SOLAZZI, *Nè accessiones*, cit., 340

⁴⁹ Al riguardo cfr. S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 340; E. LEVY, *'Sponsio'*, cit., 17 n.6; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsia 1889, 1171 n. 1.

⁵⁰ Cfr. S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 343 che come motivazione indica il fatto che «nel diritto classico si doveva sapere la specie del garante che era obbligato a dare chi avesse promesso di *satisfacere*. È pertanto verosimile che Ulpiano indicasse tale specie, la quale dovette essere costituita dagli *sponsores*».

⁵¹ Cfr. S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 343 che adduce però giustificazioni del tutto insufficienti, dal momento che esse consistono in un generico riferimento alla banalità del contenuto e allo stile.

causa fideiussionis liberari: reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest repperiri, quae obligatio quam peremat: at in fideiussore et reo repperitur, quia rei obligatio plenior est. Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram per alteram peremi: cum vero duae eiusdem sint potestatis, non potest repperiri, cur altera potius quam altera consumeretur. Refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant. Est autem species talis. Si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet: item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. Plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.

Qui si può ben pensare che la prima parte ‘*generaliter ... scripsit*’ sia una glossa perché in essa non si fa altro che ripetere, riferendolo ad un qualsiasi garante, quanto viene in seguito affermato con specifico riferimento al fideiussore (⁵²).

Considerazioni analoghe valgono anche per

Ulp. 76 ad ed. D.46.1.32: Ex persona rei et quidem invito reo exceptio et cetera rei commoda fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.

L’espressione ‘*ceterisque accessionibus*’ generalizza il precedente *fideiussori*, facendo propendere per la sua non autenticità: Ulpiano non avrebbe avuto bisogno di mettere uno dopo l’altro i due termini (⁵³).

Rileva poi

Paul. 72 ad ed. D. 46.1.34: Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviores causas accipi possunt, in deteriores non possunt. Ideo, si a reo mihi stipulatus sim, a fideiussore mihi aut Titio, meliores causas

⁵² Cfr. S. SOLAZZI, *Né ‘accessiones’*, cit., 344 per il quale la parte ‘*eum qui... denique scripsit*’ costituisce una vana tautologia «frutto di una glossa, che generalizzava per tutti i garanti la dottrina esposta da Ulpiano per il fideiussore e che è stata incorporata nel testo ulpiano».

⁵³ Similmente S. SOLAZZI, *Né accessiones*, cit., 344 per il quale le parole ‘*ceterisque accessionibus*’ sono un glossema ispirato da completomania.

esse fideiussoris Iulianus putat, quia potest vel Titio solvere. Quod si a reo mihi aut Titio stipulatus, a fideiussore mihi tantum interrogem, in deteriore causam acceptum fideiussorem Iulianus ait. Quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fideiussore Stichum interrogem? Utrum in deteriore causam acceptus est sublata electione an in meliorem? Quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest.

Qui non si ha difficoltà a ritenere la frase iniziale ‘*hi qui ... possunt*’ una glossa: è evidente infatti che in essa si espone la regola generale ricavabile dal successivo caso concreto, tra l’altro utilizzando la contrapposizione *leviorem - deteriore* al posto di quella di Paolo *durioem – meliorem* ⁽⁵⁴⁾.

Infine bisogna considerare

Paul. 4 quaest. D. 46.1.71.pr.: Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud aurelium palmam mandator exstitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. Mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principali debitor mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione. Et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam: sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. Plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri. Cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. Quod

⁵⁴ Cfr. S. SOLAZZI, *Nè accessiones*, cit., 343 n. 16 che afferma che «il glossatore si rivela nell’antitesi *leviorem – deteriore*».

si creditor fideiussori heres fuerit vel fideiussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum.

In questo passo sono presenti tre glosse. L'indicazione di due soluzioni, 'veluti solutionis iure' e 'vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse', entrambe presentate come valide, fa pensare che 'quamvis ... esse' sia una prima glossa: un giurista classico avrebbe discusso le due alternative e avrebbe scelto una di esse⁽⁵⁵⁾. L'uso di 'liberatus est' al posto del più corretto 'liberatus sit' e l'impiego di 'personam eximere' con riferimento al debitore nei confronti del quale opera la confusione, laddove in tutti gli altri casi si parla di liberazione, portano a ritenere che costituisca una glossa anche 'iusta dubitatio ... obligatione'⁽⁵⁶⁾. Infine espressioni stridenti come 'aditione hereditatis confusione obligationis' e 'accessiones ex eius persona' nonché la sgrammaticatura costituita dall'uso del maschile *obligati* riferito al femminile *accessiones*, inducono a dubitare della genuinità anche della parte 'et puto ... remaneant'⁽⁵⁷⁾.

Neppure D. 46.1.3, D. 46.1.5, D. 46.1.32, D. 46.1.34 e D. 46.1.71 pr. possono essere portati a sostegno della classicità dell'uso del termine *accessio* per indicare genericamente i garanti.

Da quanto sin qui detto sembrerebbe esservi un netto contrasto tra quanto emerge da Gai 3.126 e i risultati dell'indagine condotta sui passi del Digesto. Tale contrasto in realtà non sussiste se si procede ad una corretta ricostruzione del testo gaiano⁽⁵⁸⁾. Si consideri nuovamente Gai 3.126. Il

⁵⁵ Cfr. S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 345 che indica come ulteriori prove del fatto che si è in presenza di una glossa: la mancata consecutio temporum il 'liberetur ... successit ... liberatur'; gli ablativi assoluti 'iudicio convento principali debitore' e 'veluti solutionis iure su lata obligatione'; ubi con il senso di 'se, quando'; la presenza della proposizione 'vel quia ... mandator esse' in altri due passi pure essi interpolati cioè D. 46.1.21.3 e D.46.3.34.8.

⁵⁶ Cfr. S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 346 s. che ritiene sospetto lo stile di tutta la parte 'iuste dubitatio ... obligatione' e rileva poi che «*liberatus est*, in luogo di *sit*, e l'ellissi del verbo ausiliare di *exempta* sono fiori di stile romano ellenico».

⁵⁷ Cfr. S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 347 ss. che oltre alle considerazioni logico grammaticali si sofferma anche in critiche di carattere contenutistico.

⁵⁸ Non è condivisibile metodologicamente il ragionamento di S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 349. L'aver dimostrato la non genuinità dei passi del Digesto in cui è impiegato *accessio* consente soltanto di affermare che detti passi non possono essere utilizzati per provare la classicità dell'uso del termine. Non permette invece di sostenere, come fa l'autore, che in chiusura di Gai 3.126 il giurista avrebbe usato 're' e non 'reo'. La versione veronese delle Istituzioni infatti si pone in contrasto con i risultati dell'indagine circa la classicità dell'uso di *accessio* condotta sui passi del Digesto, perché proverebbe l'utilizzo del termine da parte dei giuristi classici. È evidente quindi che tale contrasto non può essere rimosso affermando, come il Solazzi, che Gaio non avrebbe impiegato 'reo' perché altrimenti *accessio* avrebbe assunto un significato che non poteva aver presso i classici.

termine *accessio* compare in ciascuna delle due proposizioni che compongono l'ultimo periodo del passo. Nella prima è riferito senz'altro all'obbligazione del garante, andandone a descrivere il rapporto con l'obbligazione garantita: viene detto infatti che l'obbligazione di *sponsores*, *fidepromissores*, *fideiussores*, indicati con *horum*, è *accessio* dell'obbligazione principale. Nella seconda proposizione viene data la motivazione di quanto è stato affermato nella prima: risulta pertanto difficile pensare che qui *accessio* cambi significato e vada a designare la persona del garante. Ma tale interpretazione è imposta dalla contrapposizione *accessio - principalis reus*. Ecco che allora risulta plausibile l'ipotesi che il testo originario di Gaio non recasse 'reo' ma 're': in tal modo *accessio* manterrebbe il medesimo significato in entrambe le proposizioni, dal momento che *principale re* designa l'obbligazione garantita (⁵⁹). La lezione *reo* invece sarebbe il frutto dell'errore compiuto da qualche copista in un momento storico impossibile da determinare.

Se è la maggior coerenza logica che così acquisterebbe il passo che induce ad accogliere *re* anziché *reo*, risulta vano richiamare I. 3.20.5 (⁶⁰). È pur vero infatti che il passo delle Istituzioni giustinianee, che ricalca Gaio, presenta *re*, ma tale espressione può essere la conseguenza di cause opposte. È possibile che la copia delle Istituzioni di Gaio in possesso di Triboniano recasse *re*. È però altrettanto possibile che in essa vi fosse *reo* e che siano stati i compilatori a decidere di utilizzare nelle Istituzioni *re* proprio per far sì che *accessio* mantenesse quella uniformità di significato di cui si è detto (⁶¹). Al

⁵⁹ Cfr. M. TALAMANCA, 'Alia causa' e 'durior condicio' come limite dell'obbligazione dell'adpromissor', in *Studi in onore di Giuseppe Grosso III*, Giappichelli, Torino 1969, 121 n.12 il quale ritiene che la lezione *re* sia «imposta dal contesto gaiano, che si riferisce chiaramente, con *accessio*, all'*obligatio* e non all'*obligatus*». Bisogna segnalare che la lezione *re* è accolta anche nell'edizione delle Istituzioni gaiane di Krüger - Studemund.

⁶⁰ I. 3.20.5: *Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur: contra vero non potest obligari. Ite si ille pure promiserit, fideiussor sub condicione promittere potest: contra vero non potest. Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. Plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.*

⁶¹ Non convince quanto sostenuto da S. SOLAZZI, *Nè 'accessiones'*, cit., 350 cioè che è più probabile che il manoscritto di Gaio utilizzato da Triboniano recasse *re*. L'autore afferma infatti che se in detto manoscritto fosse stato contenuto '*principalis reo*' i compilatori avrebbero quasi certamente recepito nelle Istituzioni giustinianee tale espressione così come nel Digesto conservano il termine *accessio* per indicare il garante. Contro tale ricostruzione bisogna ribadire che la presenza di *re* anche nelle Istituzioni giustinianee è imposta dalla struttura stessa del passo, dalla necessità di preservarne l'equilibrio, facendo sì che *accessio* mantenga il medesimo significato nelle due proposizioni successive in cui viene utilizzato.

di là poi del testo riportato nel manoscritto di Gaio sul quale hanno lavorato i compilatori giustinianeï, nulla garantisce che tale testo corrispondesse precisamente a quanto aveva scritto il giurista antoniniano secoli prima: nella plurisecolare tradizione del testo potevano ben essere intervenuti degli errori.

Una volta accolta la suddetta correzione di Gai 3.126 viene meno qualsiasi prova dell'utilizzo da parte dei giuristi classici di *accessio* come termine generico idoneo ad indicare qualsivoglia tipo di garante a prescindere dal negozio costitutivo della garanzia.

La dimostrazione della non classicità dell'uso di *adpromissor* e *accessio* come termini generali, conferma quanto si è già avuto modo di affermare in base a Gai 3.115-127: la mancata elaborazione da parte dei giuristi classici di una categoria di garanzia personale dell'obbligazione. *Sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*, pur nella consapevolezza del fatto che realizzassero lo stesso scopo pratico, erano quindi intese non come specie di un comune genere ma come istituti ben distinti tra loro.

Queste osservazioni servono ad orientare metodologicamente il presente lavoro. Inducono, infatti, ad affrontare il tema della qualificazione della relazione tra obbligazione garantita e obbligazione di garanzia non da un punto di vista generale bensì con esclusivo riferimento ai singoli istituti.

Si procederà ora ad analizzare distintamente la struttura, e in special modo le modalità di costituzione, di *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*, per verificare quali informazioni possono essere tratte dalla struttura di questi istituti circa l'utilizzabilità del concetto di accessorietà.

2. *La situazione giuridica di cui è titolare lo 'sponsor'.*

La prima questione da affrontare nel momento in cui ci si accinge a ricostruire la struttura della *sponsio* è la determinazione della categoria entro la quale sia riconducibile la relazione che l'istituto in questione instaura tra il creditore e il garante. Bisogna cioè capire come sia qualificabile la situazione giuridica che la *sponsio* crea in capo allo *sponsor*.

A tal fine risulta utile innanzitutto considerare la forma dell'atto mediante il quale viene costituita la garanzia. Nonostante alcuni dubbi ⁽⁶²⁾,

⁶² La questione controversa è l'utilizzo da parte di Gaio di *id* oppure *idem*. Alle origini del problema vi è la diversa trascrizione di Gai 3.116 - Codex XV (13) fol. 25v rigg. 14-16 operata negli unici due apografi esistenti, quello di E. BÖCKING, *Gaii Institutiones Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas compositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Eduardus Böcking accesserunt Goescheni de Codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de iure fisci quae supersunt*, Lipsiae, 1866, 158 e quello di G. STUEMUND, *Gaii Institutionum Commentarii quattuor. Codicis*

che recenti ricerche hanno ulteriormente contribuito a fugare (⁶³), si può dire che in base a

Gai 3.116: *Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES? fidepromissor ita: IDEM FIDEPROMITTIS? fideiussor ita: ID FIDE TVA ESSE IVBES? uidebimus de his autem, quo nomine possint proprie adpellari, qui ita interrogantur: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES?*

al fine di una valida conclusione della *sponsio*, colui che vuole ottenere una garanzia per il proprio credito deve chiedere al garante «*idem dari spondes?*» e il garante deve rispondere «*spondeo*». Sono necessari quindi il contestuale scambio di *interrogatio* e *responsio* e la congruenza tra i *verba* utilizzati dall'*interrogans* e quelli impiegati dal *respondens*, cioè gli stessi requisiti formali di una qualsiasi *obligatio verbis contracta* (⁶⁴). Tale osservazione e la constatazione che l'esposizione della disciplina della *sponsio* è collocata nelle

Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund, Lipsiae, 1874, 158. Il primo infatti ritiene che debba leggersi *idem* in tutte e tre le *interrogationes*, il secondo invece che vi sia un *id•* (abbreviazione di *idem* secondo una prassi comune nei manoscritti latini in carattere onciale) solo nell'*interrogatio* della *fidepromissio* e un semplice *id* in quelle della *sponsio* e della *fideiussio*. Conseguentemente gli editori moderni delle Istituzioni hanno compiuto diverse scelte. La maggior parte di essi corregge tutti gli *id* in *idem*, così: F. L. GÖSCHEN, *Gaii Institutionum Commentarii IV e codice rescripto bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae Scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi a I. F. L. Goeschen accedit fragmentum veteris iureconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem bibliothecae membranarum transcriptum*, Berolini, 1820, 209; E. BÖCKING, *Gaii Institutionum Commentarii quattuor emendavit Eduardus Böcking*, Lipsiae, 1855, 205; R. GNEIST, *Institutionum et regularum iuris romani Syntagma edidit et brevi annotatione instruxit Rudolphus Gneist*, Lipsiae, 1880, 203; P. KRUEGER - G. STUEMUND, *Gaii Institutiones ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum*, Berolini, 1905, 128; F. KNIEP, *Gaii Institutionum Commentarius tertius*, Jena, 1917, 13; U. MANTHE, *Gaius Institutiones Die Institutionen des Gaius*, Darmstadt, 2004, 264. Altri invece, come P.F. GIRARD - F. SENN, *Textes de droit romain*, Paris, 1967, 145, correggono in *idem* solo l'*id* dell'*interrogatio* della *sponsio*.

⁶³ Si allude all'indagine paleografica condotta con moderne tecniche di imaging sul Codex XV (13) da Filippo Briguglio e i cui risultati sono riportati in F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008. L'Autore segnala che anche nell'*interrogatio* rivolta allo *sponsor* il manoscritto veronese presenta *id•*: il puntino non è mai stato sinora segnalato perché nascosto da un carattere della *scriptura superior*; oggi è possibile individuarlo grazie a tecniche di analisi multispettrale (cfr. F. BRIGUGLIO, *Un puntino*, cit., 126).

⁶⁴ Che questi siano in generali i caratteri dell'*obligatio verbis contracta* emerge da Gai 3.92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM.*

Istituzioni gaiane laddove si tratta delle obbligazioni verbali (⁶⁵), permettono di sostenere che la *sponsio* con funzione di garanzia è considerata da Gaio un'obbligazione verbale. Tuttavia, per poter affermare con sicurezza che quello intercorrente tra creditore garantito e *sponsor* è un rapporto obbligatorio sono necessarie ulteriori conferme, in particolare prove dell'esistenza dei due elementi costitutivi dell'obbligazione, cioè debito e responsabilità (⁶⁶).

Per quanto riguarda il *debitum*, si consideri ancora la formula costitutiva della *sponsio*. Da essa si può trarre che lo *sponsor* promette di *dari idem*, cioè si obbliga ad eseguire personalmente una ben determinata prestazione. Il garante non assume quindi responsabilità per un'obbligazione altrui, perché di ciò non vi è traccia nell'*interrogatio*. Il passivo *dari*, se può forse essere indizio della derivazione della *sponsio* da antichi istituti di eterogaranzia, non permette certo di sostenere che in età classica lo *sponsor* fosse un eterogarante (⁶⁷). Ciò è comprovato dal fatto che *dari* è utilizzato da Gaio anche in altri due passi, quello in cui esemplifica gli atti mediante i quali può essere costituita una *obligatio verbis contracta* (⁶⁸) e quello in cui spiega che il verbo *spondeo* è riservato esclusivamente ai *cives* romani (⁶⁹): è ben

⁶⁵ Come già segnalato, la trattazione delle *obligationes verbis contractae* occupa i paragrafi 92-127 del Libro terzo mentre alla *sponsio*, assieme alle altre garanzie, sono dedicati i paragrafi 115-127.

⁶⁶ Si concorda qui con quella dottrina che identifica i due elementi costitutivi di ogni obbligazione in: debito (*Schuld*), come comportamento che il debitore deve tenere per soddisfare l'interesse del creditore; responsabilità (*Haftung*), come soggezione della persona o patrimonio del debitore ad un potere del creditore da esercitarsi nel caso di frustrazione dell'interesse creditorio, potere che si manifesta nel diritto romano nella titolarità di un'*actio*. Interessante la storia di questa teoria. Ideata in abbozzo da A. BRINZ, *Kritische Blätter civilistischen Inhalts* 3, Erlangen, 1853 e poi più diffusamente in ID., *Der Begriff obligatio*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, I, 1874 sulla base delle fonti romane e in contrapposizione alla teoria dell'obbligazione del Savigny, venne poi sviluppata dai germanisti mediante l'indagine dei diritti germanici antichi (in particolare: K. VON AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Leipzig 1882 con riferimento al diritto svedese antico; P. PUNTSCHART, *Schuldvertrag und Treuegelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter: Ein Beitrag zur Grundauffassung der altdeutschen Obligation*, Leipzig 1896 con riferimento al diritto sassone medievale; O. GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslavia, 1910), per poi tornare ad essere applicata al diritto romano e venire estesa anche ai diritti moderni.

⁶⁷ Non pare condivisibile l'osservazione di F. PASTORI, *Osservazioni intorno alla sponsio romana*, in *SDHI*, XIII, 1947, 219: «*dari* non sembra alludere al fatto dello *sponsor* ma a quello del debitore».

⁶⁸ Si tratta del già segnalato Gai 3.92.

⁶⁹ Si allude a Gai 3.93: *Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo: δόσεις; δώσω· ομολογεῖς; ομολογώ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις;*

evidente infatti che qui il giurista non si sta occupando di garanzie ma della *sponsio* come ordinaria obbligazione verbale diretta a far sorgere un normale rapporto obbligatorio. Inoltre il verbo, sempre al passivo, si ritrova in diversi passi del Digesto (70), passi che si occupano anch'essi della *sponsio* come comune *obligatio verbis contracta*.

ποιήσω. Etiam hae tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.

⁷⁰ A titolo di esempio si possono indicare, dal titolo dedicato alle obbligazioni verbali: Pomp. 5 ad Sab. D. 45.1.12: *Si ita stipulatus fuero: 'decem aut quinque dari spondes?', quinque debentur: et si ita: 'kalendis ianuariis vel februaryis dari spondes?', perinde est, quasi 'kalendis februaryis' stipulatus sim.*; Ulp. 49 ad Sab. D. 45.1.38.13: *Si quis dolum malum promissoris heredisque eius abesse velit, sufficere 'abesse a futurumque esse' stipulari: si vero de plurium dolo cavere velit, necessarium esse adici: 'cui rei dolus malus non abest, non afuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?'*; Iul. 52 dig. D.45.1.56.4: *Qui ita stipulatur: 'decem, quoad vivam, dari spondes?', confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.* 5. *Qui ita stipulatur: 'ante kalendas proximas dari spondes?' nihil differt ab eo, qui 'kalendis dari' stipulatur.*; Iul. 53 dig. D. 45.1.57: *Si quis 'si Titius consul factus erit, decem dari' sponderit, quamvis pendente condicione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.*; Afr. 7 quaest. D. 45.1.64: *Huiusmodi stipulatio interposita est: 'si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?' post triennium condicio exstitit: an huius temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur. Respondit eam stipulationem utilem esse ita, ut in ea eorum quoque annorum, qui ante impletam condicionem intercesserint, praestatio in id tempus collata intellegatur, ut sententia eius sit talis: tunc cum titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur.*; Paul. 72 ad ed. D. 45.1.83: *Diversa causa est summarum, veluti 'decem aut viginti dari spondes?' hic enim etsi decem sponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur.*; Cel. 26 dig. D. 45.1.97 pr.: *Si ita stipulatus fuero: 'te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?' proinde erit, atque 'te sisti' solummodo stipulatus essem.*; Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.1: *Sed et si ita stipulatus fuero: 'si in Capitolium non ascenderit' vel 'Alexandriam non ieris, centum dari spondes?' non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse coeperit te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse.*; Pap. 27 quaest. D. 45.1.118.1: *'decem hodie dari spondes?' dixi posse vel eo die pecuniam peti nec videri praematurius agi non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est, nam peti non debet, quod intra tempus comprehensum solvi potest: in proposito enim diem non differendae actionis insertum videri, sed quo praesens ostendatur, esse responsum.*; Pap. 37 quaest. D. 45.1.120: *Si ita stipulatus fuero: 'hanc summam centum aureorum dari spondes?', etsi maxime ita exaudiatur ille sermo: 'si modo centum aureorum est', non facit condicionem haec adiectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est: nec placuit instar habere condicionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.*

Per quanto attiene invece alla responsabilità, bisogna considerare che il creditore può agire indifferentemente nei confronti del debitore e dello *sponsor*, essendo il beneficio di escussione estraneo alla disciplina classica della *sponsio* ⁽⁷¹⁾. Ne consegue che se l'*actio* compete al creditore tanto nei confronti del debitore quanto nei confronti del garante, significa che anche il garante è responsabile.

Pertanto, se in capo al debitore vi è sia *debitum* sia responsabilità ciò significa che tra il creditore e il garante vi è un vero rapporto obbligatorio.

Accertato così che il vincolo che lega creditore e garante è una *obligatio*, bisogna ora stabilire se detta obbligazione sia la medesima che intercorre tra creditore e debitore oppure una nuova ed ulteriore. Si tratta cioè di determinare se l'effetto della *sponsio* sia di far assumere al garante l'obbligazione garantita oppure di costituire una nuova obbligazione che si aggiunge a quella garantita. Per far ciò bisogna verificare se gli elementi costitutivi dei due rapporti obbligatori siano i medesimi o meno.

Incominciando dai soggetti, è quasi superfluo dire che nelle due obbligazioni in questione, il creditore è lo stesso mentre il soggetto passivo muta. Accertare tale differenza tra i due rapporti però non è sufficiente perché non è pacifico che i soggetti, e in particolare il debitore, abbiano nel rapporto obbligatorio una rilevanza tale da permetterne l'individuazione ⁽⁷²⁾.

⁷¹ Su questo punto la dottrina è concorde. Detta possibilità di agire indifferentemente nei confronti del debitore e del garante è da parte di molti autori considerata la ragione e al contempo l'effetto della riconducibilità della *sponsio* entro la categoria delle obbligazioni solidali. In tal senso: M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (storia)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, 328 ss. secondo il quale tra garanzia e obbligazione garantita vi è una «obbligazione solidale dunque, per quanto qui interessa, del debitore principale e del garante, posti su un piano paritetico, caratteristica questa che si mantiene, sotto alcuni profili, anche nella *fideiussio*, sino al diritto giustiniano. [...] Il garante risponde negli stessi limiti e solidalmente con l'obligato principale, senza avere, per tutto il diritto classico, alcuna pretesa a che il creditore escuta, preventivamente, il debitore principale»; F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto di obligatio*, in *SDHI*, VI, 1940, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli, 1995, 417 il quale osserva che «correalità significa che lo *sponsor* è obbligato precisamente come il debitore, onde il creditore può agire per l'intera prestazione per il *solidum*, contro l'uno o contro l'altro a sua scelta. Egli non è tenuto a rivolgersi prima al debitore»; A. BERETTA, *Sulle formule di stipulazione fideiussoria e novativa*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, 79 il quale sottolinea che «la stessa azione, che compete contro quest'ultimo [= il debitore], competerà anche contro lo *sponsor*»; V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 616 per il quale «l'obbligazione dell'*adpromissor* conserva durante l'età classica un carattere solidale rispetto a quella dell'obligato principale in riferimento al persistere dell'inapplicabilità del *beneficium excussionis*»).

⁷² In tal senso M. TALAMANCA, *Obbligazione (dir. rom)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1981, 22 il quale segnala che, pur dovendosi considerare i soggetti elementi costitutivi dell'obbligazione, «la teoria dei soggetti del rapporto obbligatorio non ha costituito un

Elemento costitutivo dalla sicura capacità di caratterizzare e distinguere i rapporti è invece la prestazione. Come si è già detto in precedenza, la prestazione dovuta dal garante è individuabile a partire dall'*interrogatio* e consiste nel *dari idem*. Del significato di *dari* ci si è occupati poc'anzi. Bisogna ora comprendere a fondo il significato di *idem*.

Con tale espressione il creditore fa riferimento senz'altro alla prestazione oggetto del rapporto obbligatorio per il quale intende costituire la garanzia. È necessario allora stabilire se ciò comporta che l'oggetto del rapporto di garanzia sia la stessa prestazione del rapporto garantito oppure una prestazione diversa. Utili indicazioni al riguardo possono trarsi dalla disciplina della novazione.

Come noto, la novazione è quell'istituto mediante il quale una precedente obbligazione viene estinta e sostituita da una nuova ⁽⁷³⁾. Se la *obligatio novanda* può essere qualsiasi obbligazione civile, pretoria, naturale ⁽⁷⁴⁾, l'istituto mediante il quale si produce l'effetto novatorio può essere soltanto una *stipulatio* ⁽⁷⁵⁾. Due sono i requisiti essenziali della novazione: deve essere chiesta e promessa la stessa prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio novando; deve esserci un *aliquid novi*, cioè qualcosa di nuovo che faccia sì che la nuova obbligazione non sia del tutto identica a quella precedente ⁽⁷⁶⁾.

Se si considerano i passi ⁽⁷⁷⁾ del Digesto nei quali viene riportato lo scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e debitore mediante il quale

argomento particolarmente trattato dai *prudentes* a prescindere dagli aspetti rappresentati dalla pluralità dei soggetti stessi».

⁷³ Ciò emerge chiaramente da Ulp. 46 *ad Sab.* D. 46.2.1 pr.: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur. novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*

⁷⁴ In tal senso Ulp. 46 *ad Sab.* D. 46.2.1.1: *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.*

⁷⁵ La dottrina è concorde sul punto. Cfr. ad esempio: V. MANNINO, *Garanzie*, cit., 440.

⁷⁶ L'*aliquid novi* può consistere: nell'aggiunta o nell'eliminazione di una condizione, di un termine, di un garante, come si è visto sopra; nel mutamento della *causa obligationis*, quando l'obbligazione da novare non è un'*obligatio verbis contracta*; nella sostituzione di uno dei soggetti del rapporto obbligatorio.

⁷⁷ Essi sono: Ulp. 50 *ad Sab.* D. 45.1.47: *Qui sic stipulatur: 'quod te mihi illis kalendis dare oportet, id dare spondes?' videtur non hodie stipulari, sed sua die, hoc est kalendis.; Ulp. 22 *ad ed.* D.45.1.75.6: *Qui vero a Titio ita stipulatur: 'quod mihi seius debet, dare spondes?' et qui ita stipulatur: 'quod ex testamento mihi debes, dare spondes?', incertum in obligationem deducit, licet seius certum debeat vel ex testamento certum debeat. Quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si**

viene realizzata la novazione, emerge che la domanda tipica posta dal creditore è la seguente: «*id quod Titius mihi debet dari spondes?*». Da ciò risulta che per indicare la stessa prestazione dovuta dal debitore originario, cioè la stessa prestazione oggetto del rapporto novando, e così soddisfare uno dei requisiti essenziali dell'istituto, viene utilizzata l'espressione *id quod*. Tale significato è confermato anche da altri testi relativi alla novazione nei quali, pur non riportandosi la *interrogatio* tipica, l'espressione è comunque sempre accompagnata dal riferimento a quanto dovuto dal debitore dell'obbligazione originaria⁽⁷⁸⁾.

Queste considerazioni assumono particolare significato se si conviene con quella parte della dottrina che individua l'elemento distintivo tra *sponsio* e novazione nei *verba* utilizzati nelle rispettive *interrogationes*⁷⁹. È evidente,

modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: 'id fide tua esse iubes?'; Gai 3 de verb. oblig. D. 46.2.34.2: In summa admonendi sumus nihil vetare una stipulatione plures obligationes novari, veluti si ita stipulemur: 'quod Titium et Seium mihi dare oportet, id dari spondes?' licet enim ex diversis causis singuli fuerant obligati, utriusque tamen novationis iure liberantur, cum utriusque obligatio in huius personam, a quo nunc stipulemur, confluat.; Ulp. 46 ad Sab. D. 46.2.8.2: Si quis ita stipulatus a Seio sit: 'quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes?', an, si postea a Titio stipulatus sim, fiat novatio solusque teneatur Seius? et ait Celsus novationem fieri, si modo id actum sit, ut novetur, id est ut Seius debeat quod Titius promisit: nam eodem tempore et impleri prioris stipulationis condicionem et novari ait, eoque iure utimur.

⁷⁸ Essi sono: Pomp. 20 ad Sab. D. 45.1.25: *Si dari stipuler id quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante.*; Pomp. 5 ex Plaut. D. 46.2.24: *Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a titio fuero novandi animo sub condicione, quod mihi Sempronius debet, et pendente condicione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem condicio extiterit, novatio fiet: hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem cuius personam interim hereditas sustinet.*; Paul. 1 ad Ner. D. 46.2.32: *Te hominem et Seium decem mihi dare oportet: stipulor ab altero novandi causa ita: 'quod te aut Seium dare oportet': utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem.*

⁷⁹ È opportuno considerare criticamente le più importanti teorie elaborate dalla dottrina circa la distinzione tra novazione e *sponsio*. Per E. LEVY, 'Sponsio fidepromissio fideiussio', Berlin, 1907, 32 ss. la *sponsio* sarebbe stata caratterizzata, per gran parte del periodo classico, dall'*unitas actus* e ciò avrebbe permesso di distinguerla dalla novazione; a partire dai tempi di Proculo si sarebbe iniziato ad ammettere la *sponsio ex intervallo* e allora elemento distintivo rispetto alla novazione sarebbe divenuta la *praedictio ex lege Cicereia*. Per quanto riguarda la *praedictio*, va segnalato però che non v'è alcuna fonte che attribuisca ad essa la funzione che il Levy pretende abbia. Per quanto concerne invece l'*unitas actus*, a dimostrazione della sua estraneità rispetto alla struttura della *sponsio*, oltre alle osservazioni che verranno svolte nel prossimo paragrafo, bisogna dire che Gai 3.177-178 non consente di trarre le conclusioni alle quali giunge invece il Levy. Egli in particolare afferma che dal par. 177 emergerebbe che affinché possa essere assunta un'obbligazione di garanzia deve esserci *unitas actus* tra obbligazione garantita e *sponsio*: se infatti vi fosse solo lo scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e *sponsor*, con lo *sponsor* che promette l'*idem quod Titius spondit*, non si concluderebbe un'obbligazione di garanzia ma si effettuerebbe una

infatti, che quando l'*aliquid novi* è costituito soltanto dal mutamento del soggetto passivo, la domanda che il creditore formula per novare il rapporto e quella che pone allo sponsor per costituire una garanzia differiscono soltanto per la presenza nella prima di *id quod*, nella seconda di *idem*. Poiché sia la stipulazione novatoria che la *sponsio* sono negozi formali, la tesi che assegna funzione scriminante all'uso di una espressione piuttosto che dell'altra risulta la più convincente. Allora, nella *interrogatio* della *sponsio*, *idem* seppur allude alla prestazione oggetto del rapporto obbligatorio garantito, non può significare 'prestazione dovuta dal debitore' ⁽⁸⁰⁾. Si può

novazione soggettiva dell'obbligazione che si voleva garantire. Il contrasto poi tra Sabiniani e Proculeiani di cui si dà conto nel par. 178 avrebbe ad oggetto la validità della *sponsio ex intervallo*, ammessa dai Proculeiani e negata dai Sabiniani, la cui posizione sarebbe fatta propria da Gaio nel paragrafo precedente. Orbene, come il brano di Gaio possa essere piegato ad una siffatta interpretazione risulta difficile comprendere. In realtà il problema qui affrontato dal giurista antoniniano è ben più semplice: quali sono le condizioni perché si realizzi la novazione dell'obbligazione. Nel primo paragrafo infatti Gaio afferma che se la stessa persona che ha effettuato una prima *stipulatio* fa una seconda *stipulatio* con lo stesso contenuto e la stessa controparte, si verifica novazione della obbligazione se con la seconda *stipulatio* viene introdotto un *aliquid novi*. Questo qualcosa di diverso può consistere per Gaio e per i Sabiniani nell'aggiunta o nell'eliminazione di una condizione, di un termine, di uno *sponsor*. I Proculeiani invece ritengono che se il creditore promette nuovamente la prestazione già promessa allo stesso creditore e in tale occasione un terzo garantisce l'obbligazione mediante *sponsio* ovvero uno *sponsor* precedentemente assunto viene liberato, ciò non è sufficiente a costituire quell'*aliquid novi* necessario perché vi sia novazione: questo è quanto viene riferito nel secondo paragrafo. Una certa parte della Pandettistica e ancora più di recente P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Le garanzie personali*, Padova, 1962, 24 individuano invece l'elemento distintivo tra stipulazione novatoria e *sponsio* nell'*animus novandi*. Tale posizione non è assolutamente accoglibile perché è oggi piuttosto pacifico in dottrina che l'*animus novandi* non fosse un elemento costitutivo della novazione nel diritto classico. Diversi autori infine ravvisano ciò che è in grado di differenziare gli istituti nella diversità dei termini impiegati nelle *interrogationes* della novazione e della *sponsio*. Precursore di questo filone interpretativo sarebbe stato B. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römisch Recht*, Berlin, 1864, 169 che indicava come tipico della novazione *quod debes* e della garanzia *idem*. Più approfondite riflessioni sono state poi condotte in una analoga direzione da W. FLUME, *Studien zur Akzessorietat der römischen Burgshaftstipulationen*, Weimar, 1932, 25 ss. e F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, 50 ss. Dello stesso avviso è anche M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 330.

⁸⁰ Non è questa però l'interpretazione offerta da M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 330. L'autore, pur rinvenendo l'elemento distintivo tra stipulazione passivamente solidale e *sponsio* nella struttura verbale dell'*interrogatio*, osserva che «si è prospettata la distinzione che la stipulazione novatoria abbia ad oggetto l'obbligazione (l'*id quod Titius debet*) e la stipulazione di garanzia la stessa prestazione oggetto dell'obbligazione principale (l'*idem quod Titius sponndit*): essa non ci pare del tutto sicura. Dalle scarse tracce che rimangono nelle fonti ci sembrerebbe più plausibile una differenziazione nel senso che nella stipulazione novatoria si promette l'*id (quod Titius debet o sponndit)*, mentre nella stipulazione di garanzia si promette l'*idem (quod Titius debet o sponndit)*: in cui, a differenza dell'*id, idem*, anche se qualificato da *quod*, indica più un rapporto di coesistenza che di assorbimento». Tale ricostruzione non pare condivisibile in quanto sostenere che *id* indica assorbimento e *id*

pertanto affermare con sicurezza che il creditore chiede e lo *sponsor* promette una prestazione diversa da quella che costituisce oggetto del rapporto obbligatorio da garantire.

Con ciò è data una soluzione al problema che ci si era prefissi di risolvere. La diversità di uno degli elementi costitutivi, cioè la prestazione, permette di sostenere che l'obbligazione garantita e l'obbligazione del garante sono due obbligazioni differenti. Lo *sponsor* quindi non diviene in alcun modo parte del rapporto obbligatorio garantito. Egli è invece il soggetto passivo di un nuovo e ulteriore rapporto obbligatorio che si aggiunge a quello garantito, lasciandolo impregiudicato.

Resta però da stabilire quale significato assuma *idem*. Secondo larga parte della dottrina, tale espressione costituisce un rinvio formale al rapporto obbligatorio garantito (⁸¹). Chiedendo di promettere l'*idem*, il creditore fa riferimento alla prestazione oggetto dell'obbligazione garantita ma quest'ultima viene considerata staticamente in un momento ben preciso, cioè quello dello scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e debitore. Ecco allora che *idem* designa la prestazione promessa dal debitore

quod coesistenza, significa limitarsi a descrivere la struttura esterna degli istituti: estinzione di un'obbligazione e sua sostituzione con un'altra, nella novazione; affiancarsi dell'obbligazione di garanzia all'obbligazione garantita, nella *sponsio*. Non spiega però perché i due istituti producano questi effetti diversi. Il che è possibile fare solo attribuendo a *id* e *idem* significati sostanzialmente diversi. Da segnalare che in M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica: V Congresso internazionale ARISTEC: Salisburgo, 13-15 settembre 2001*, a cura di Letizia Vacca, Torino, 2003, 154 n. 10 l'autore sembra aver cambiato opinione poiché dice che «lo *sponsor*, personalmente obbligato per la prestazione oggetto della stipulazione principale».

⁸¹ La tesi secondo la quale *idem* instaura un rapporto puramente formale con l'obbligazione garantita ha avuto largo seguito in dottrina. Elaborata da A. PERNICE, *Parerga*, in *ZSS*, XIX, 1898, 179, è stata poi sostenuta dal G. BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS*, XLV, 1925, 199, W.W. BUCKLAND, *Le limites de l'obligation du fideiussor*, in *RHD*, VII, 1928, 462 e W. FLUME, *Studien*, cit., 27 ss. Ad essa ha aderito in un primo momento anche F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali I Autonomia classica della sponsio*, Napoli, 1937, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli, 1995, 48 e F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali II Intorno alla storia della sponsio*, Napoli, 1938, ora in *Diritto economia*, cit., 352 per poi mutare parzialmente avviso (cfr. F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, cit., 21: «*idem* certo non significa *quod Titius debet*, ma d'altra parte esso non ha un valore semplicemente formale, esso si riferisce all'oggetto materiale dedotto nell'obbligazione principale; non *idem debitum* [vincolo sostanziale] né *idem spondere* [vincolo formale, dichiarazione verbale] ma *eadem res*. Perciò se il debitore *centum spondet*, l'*idem* del garante equivale a *centum*, anch'egli ha promesso cento»). La tesi invece secondo la quale *idem* allude alla prestazione dovuta è sostenuta dal G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano: le garanzie personali e reali delle obbligazioni. Le garanzie personali*, Torino, 1934, 59 ss.

dell'obbligazione garantita, perché è tale prestazione ad essere l'oggetto dell'obbligazione in questione al momento della sua costituzione.

Così inteso, *idem* svolge una duplice funzione nella struttura della *sponsio*. La prima è quella di determinare *per relationem* il contenuto della prestazione oggetto dell'obbligazione di garanzia. Seppur la prestazione del garante è, come si è già più volte detto, diversa da quella dovuta dal debitore, il suo contenuto però coincide con quanto il debitore ha promesso al momento della costituzione dell'obbligazione garantita ⁽⁸²⁾.

La seconda funzione è invece quella di creare un collegamento tra gli atti costitutivi dei due rapporti, quello garantito e quello di garanzia. È necessario ora trattare più diffusamente questo tema.

Chiarito che il vincolo tra creditore e garante è un'obbligazione ulteriore e diversa rispetto a quella garantita e illustrata, seppur rapidamente, il contenuto, è ora necessario determinare come si relazionano gli atti costitutivi dei due rapporti obbligatori in questione. In particolare, poiché la *sponsio* può essere conclusa soltanto per rafforzare un'altra obbligazione verbale ⁽⁸³⁾, bisogna stabilire come si rapportano, dal punto di vista cronologico, ma non solo, due coppie di *interrogatio* e *responsio*: quella da cui sorge l'obbligazione da garantire e quella mediante la quale viene costituita la garanzia.

È possibile innanzitutto che la garanzia venga assunta contestualmente alla costituzione dell'obbligazione da garantire. In tal caso, nell'ipotesi più semplice, il creditore dapprima interroga il debitore e ottiene la sua risposta;

⁸² In senso analogo, tra coloro che vedono in *idem* un rinvio soltanto formale al rapporto garantito, cfr: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 28 tra gli elementi della *sponsio* è da ravvisare «identità dell'oggetto del rapporto creditorio principale e di quello di garanzia: questa identità risulta da un riferimento al contenuto dell'obbligazione principale, contenuto nella formula del negozio di garanzia: normalmente è espressa dall'*idem*»; A. BERETTA, *Sulle formule*, cit., 79 «lo *sponsor* e il *fidepromissor* si obbligano a una propria prestazione, come il debitore principale; solo che, attraverso l'*idem* delle formule il contenuto della loro obbligazione si commisura ed è identico alla prestazione per cui è tenuto il debitore principale»; F. DE MARTINO, *Studi*, II, cit., 252 «il contenuto dell'obbligazione del garante è identico a quello dell'obbligazione principale».

⁸³ Il fatto che la *sponsio* possa essere costituita solo per garantire un'altra obbligazione verbale è espressamente affermato da Gai 3.119 (*Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.*). Il punto è pertanto incontestato in dottrina. A titolo di esempio, cfr. C.A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano medievale moderno*, in *Dig. disc. priv.* – *Sez. civ.*, XII, Torino 1995, 441; M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 330; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 14; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 57.

sorto il rapporto da garantire, si rivolge allo *sponsor* e riceve la sua risposta, costituendosi in tal modo la garanzia

È probabile che in un periodo piuttosto risalente la contestualità degli atti costitutivi dei due rapporti obbligatori fosse necessaria per una valida ed efficace assunzione della garanzia ⁽⁸⁴⁾. Dalla metà del II sec. a. C. però è sicuramente ammessa la *sponsio ex intervallo*, cioè la garanzia costituita mediante un atto successivo al sorgere del rapporto obbligatorio da garantire ⁽⁸⁵⁾. A tale periodo infatti risale la *Lex Cicereia* ⁽⁸⁶⁾ la cui operatività presuppone l'ammissibilità della *sponsio ex intervallo*: se essa non fosse stata possibile, avrebbe utilità pratica alquanto ridotta imporre al creditore garantito, al momento della costituzione della garanzia, di indicare allo *sponsor* quanti garanti ha già assunti e quanti ha intenzione di assumerne successivamente ⁽⁸⁷⁾.

L'introduzione della *sponsio ex intervallo* può forse essere collocata già alla fine del III sec. a. C. Assai significativo in tal senso

⁸⁴ Nel senso di una originale necessità della contestualità tra le stipulazioni (*unitas actus*) cfr. M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 328; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 29.

⁸⁵ Come già accennato E. LEVY, *Sponsio*, cit., 32 ss. negava l'ammissibilità della *sponsio ex intervallo* ritenendo che laddove non vi fosse stata *unitas actus* si sarebbe verificata novazione; si è già illustrato nella n. 78 che a fondamento di questa erronea tesi non può essere addotto Gai 3.177-178. Del passo gaiano non può essere accolta neppure l'interpretazione del W. FLUME, *Studien*, cit., 16 ss. Questi, pur sostenendo correttamente che Gai 3.177-178 si occupa dei presupposti della novazione, ritiene che dal passo possano trarsi anche indicazioni circa la struttura della *sponsio*. In particolare i Sabiniani avrebbero ritenuto che laddove si fosse voluta concludere una *sponsio* in occasione della novazione dell'obbligazione da garantire, sarebbe stata necessaria l'*unitas actus*, esclusa invece in tutti gli altri casi in cui si fosse assunta la garanzia. I Proculiani invece avrebbero sempre escluso l'*unitas actus*, anche nel caso di novazione: la promessa di una prestazione già promessa avrebbe dato luogo ad una *stipulatio inutilis* e ciò avrebbe intaccato anche la validità della *sponsio*, laddove se ne fosse ammessa la contestualità. Anche qui c'è un fraintendimento delle parole di Gaio. Questi infatti si limita ad esporre quali sono le conseguenze dell'assunzione o della liberazione di un garante fatta in occasione della promessa della stessa prestazione da parte dello stesso debitore e a favore dello stesso creditore: per i Sabiniani la novazione dell'obbligazione garantita, così come se fosse stata aggiunta o eliminata una condizione o un termine; per i Proculiani nessuna novazione, dal che si può ben arguire l'invalidità della stipulazione avente ad oggetto l'*idem debitum*, senza che questa debba per forza intaccare la validità della garanzia. Da ciò non si può trarre invece alcuna indicazione circa l'impossibilità, possibilità o necessità della contestualità tra *sponsio* e conclusione dell'obbligazione principale. Gran parte della dottrina invece ritiene che nel diritto classico fosse pacificamente ammessa la costituzione della garanzia in un momento successivo alla costituzione del rapporto principale, cfr. M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 330; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 29 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 50.

⁸⁶ La *Lex Cicereia* va collocata dopo il 173 a. C. per I. TRIANTAPHULLOPOULOS, *Lex Cicereia I. Εγγυητικά*, Athena, 1957, 102 ss., dopo il 150 a. C. per M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 327.

⁸⁷ In tal senso v. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 574.

Strasb. Fragm. II a: *Nec tamen ideo quod obligationi in Italia contractae pignus accessit, pignoris dandi in Italia contractus est, sed si pignus in Italia contractum est, hoc est conventio de pignore: ut in Furia lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligatio contracta, cui sponsus accedit. Denique ex duobus sponsoribus quorum alter in Italia alter in provincia acceptus est, eum demum relevat, qui Italicus est.*

Dal momento che la *Lex Furia* si applica soltanto alle obbligazioni contratte in Italia, Ulpiano si chiede se debba essere conclusa in Italia l'obbligazione da garantire o la *sponsio* e opta per la seconda. La questione posta dal giurista evidentemente presuppone che un'obbligazione sia stata assunta in Italia e l'altra in provincia. Tuttavia entrambe le obbligazioni sono verbali e tale tipo di obbligazioni richiede che le parti siano presenti nello stesso luogo al momento della loro costituzione. Pertanto, poiché il creditore è parte di entrambi i rapporti obbligatori, questi possono essere validamente costituiti in luoghi diversi soltanto in tempi diversi. A considerazioni analoghe induce anche la seconda questione posta dal giurista. Nel caso in cui siano stati assunti due *sponsores*, uno in Italia e l'altro in provincia, ci si chiede, sempre ai fini dell'applicazione della *Lex Furia*, quale abbia rilievo. Anche qui è chiaro che la costituzione delle garanzie in luoghi diversi presuppone che almeno una di esse non sia contestuale alla conclusione dell'obbligazione da garantire⁽⁸⁸⁾.

La *sponsio ex intervallo* sembrerebbe pertanto ammessa già al tempo dell'adozione della *Lex Furia*⁽⁸⁹⁾.

⁸⁸ Analoghe considerazioni vengono svolte da P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 30: «La più notevole e irrefragabile prova della nuova prassi [= *sponsio ex intervallo*] è contenuta in un passo dei sopra ricordati frammenti argentoratensi di Ulpiano» e da F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 48 ss. in particolare: «poiché un requisito indispensabile della stipulazione era la presenza delle parti, così è chiaro che il testo giudica possibile che l'obbligazione principale e quella di garanzia avvenissero in momenti diversi. Il che è poi largamente confermato dal fatto che vi erano più *sponsores*, dei quali uno poteva promettere in Italia, l'altro in provincia». Per E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 96 invece, il passo non prova l'ammissibilità della *sponsio ex intervallo* sin dai tempi della *Lex Furia*: l'espressione '*ut in lege Furia spectamus*' manifesterebbe che il problema esposto da Ulpiano non si pone per tutto il tempo in cui l'*unitas actus* è requisito necessario e deriva solo da un'interpretazione della legge, interpretazione recente visto l'uso del verbo al presente.

⁸⁹ Secondo il Triantaphullopoulos l'adozione della *Lex Furia* si colloca in un periodo compreso tra il 241 e il 180 a. C. (cfr. I. TRIANTAPHULLOPOULOS, *La législation romaine sur le cautionnement*, in *RHD*, 1961, 15 ss. e ID, *Lex Cicereia*. Εγγρητικά, Αθήνα, 1957, 54 ss.).

Al di là della questione della collocazione temporale dell'introduzione della *sponsio ex intervallo*, bisogna comunque rilevare che la sua struttura non differisce in nulla da quella della *sponsio* contestuale alla costituzione dell'obbligazione da garantire. Il creditore interroga sempre lo *sponsor* con «*idem dari spondes?*» e lo *sponsor* risponde «*spondeo*».

A questo punto bisogna riflettere più a fondo sulla relazione esistente tra gli atti costitutivi dell'obbligazione garantita e della garanzia. Quanto detto sinora consente di affermare che gli atti in questione costituiscono due negozi ben distinti. Ciò risulta più evidente nella *sponsio ex intervallo* perché è sottolineato dalla distanza di tempo che si frappone tra gli atti stessi. Ma vale anche per la *sponsio* assunta contestualmente all'obbligazione garantita. Anche qui l'atto costitutivo della garanzia si configura come qualcosa di altro e diverso rispetto all'atto costitutivo del rapporto garantito. E tale alterità emerge dal modo in cui si susseguono *interrogationes* e *responsiones*, che può essere quello tipico anzidetto, cioè prima il creditore si rivolge al debitore e solo quando con la risposta di questo l'obbligazione è sorta si rivolge al garante, ma anche qualsiasi altro modo idoneo. Si consideri infatti il seguente passo, che si ritiene fosse originariamente riferito alla *sponsio* ⁽⁹⁰⁾:

Iul. 52 dig. D. 45.2.6.3: Duo rei sine dubio ita constitui possunt, ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat: modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quo minus duo rei sunt. fideiussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit, potest videri non impedire obligationem reorum, quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi.

Il caso affrontato da Giuliano è il seguente. Il creditore ha interrogato due debitori per costituire un'obbligazione passivamente solidale ma, prima della

Dello stesso avviso anche V. MANNINO, *Garanzie*, cit., 616 e M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 327 i quali citano le suddette ricerche dell'autore greco.

⁹⁰ Bisogna segnalare che la dottrina considera generalmente il passo solo nell'ambito della discussione sulla necessità o meno dell'*unitas actus*: per F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 45 ss. il testo dimostra che «un garante poteva obbligarsi nello stesso momento in cui si compiva la stipulazione principale, ma non dimostra affatto che questo requisito fosse indispensabile»; concorda con lui E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 89 ss. In realtà D. 45.2.6.3 dice di più. Proprio perché si occupa di una garanzia assunta contemporaneamente alla costituzione di una stipulazione solidale, in un caso in cui le *interrogationes* e le *responsiones* si mescolano tra loro, il passo fa emergere l'esistenza di una differenza strutturale tra *sponsio* e obbligazione solidale: se questa differenza non ci fosse, non sarebbe possibile nel caso concreto distinguere i due istituti.

loro risposta, si è verificato uno scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e un garante, scambio dal quale è sorta un'obbligazione di garanzia. Il giurista si chiede se la costituzione della garanzia sia di ostacolo al perfezionamento della stipulazione passivamente solidale. La risposta data è negativa perché l'intervallo di tempo tra la domanda del creditore e la risposta dei debitori è breve e perché la costituzione della *sponsio* non è un atto contrario all'obbligazione. Ecco allora che dalle parole di Giuliano emerge che in presenza di un susseguirsi di *interrogationes* e *responsiones* come quello descritto, il dialogo tra creditore e *sponsor* si manifesta come un atto distinto rispetto a quello costitutivo dell'obbligazione solidale. Se, infatti, lo scambio di interrogazioni e risposte tra il creditore e i debitori e quello tra il creditore e il garante fossero concepiti come fasi fisiologiche di un medesimo negozio, la questione esposta da Giuliano non si porrebbe neppure. È l'essere l'atto costitutivo della garanzia un negozio a se stante, un qualcosa di estraneo che si inserisce nello svolgimento del diverso procedimento costitutivo dell'obbligazione da garantire, che induce ad interrogarsi se interferisce con quest'ultimo.

Tale configurazione dell'atto costitutivo della garanzia permette di dare una risposta ad un altro problema assai rilevante, che in D. 45.2.6.3 resta sullo sfondo: ciò che differenzia *sponsio* e stipulazione passivamente solidale. Se è vero, infatti, che anche al debitore solidale interrogato per secondo viene posta la stessa domanda che viene rivolta anche allo *sponsor*, bisogna stabilire che cosa consente di distinguere i due istituti in questione (⁹¹).

Si considerino innanzitutto le fonti, in particolare,

⁹¹ Diverse sono state le interpretazioni elaborate dalla dottrina sul punto. A parte E. LEVY, *Sponsio*, cit., 29 ss. che nega la presenza di differenze di forma tra i due istituti, gli altri autori concordano sulla loro esistenza. Si tratta per G. SEGRÈ, *Corso*, cit., 535 dell'assenza di *idem* nelle stipulazioni passivamente accessorie: tale tesi non è condivisibile alla luce di I. 3.16.pr. Si tratta invece dell'ordine con cui si susseguono *interrogationes* e *responsiones* per M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 330 per il quale nella stipulazione solidale «vi è un'unica domanda del creditore e più risposte dei debitori solidali, e nella seconda [= la *sponsio*] all'*interrogatio - responsio* tra creditore e debitore principale segue una nuova coppia di *interrogatio - responsio* tra creditore e garante» e per F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 50: «i *duo rei promittendi* rispondevano insieme e contemporaneamente a due domande consecutive del *reus stipulandi*, invece il garante rispondeva dopo che già era avvenuta la stipulazione principale». Più articolata la posizione di C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino 2003, 178: per l'autore in alcuni casi la distinzione tra gli istituti era ben ravvisabile in ragione della forma impiegata per la costituzione della stipulazione passivamente solidale, come in D. 45.2.4; in altri casi invece, a fronte dell'uguaglianza formale delle *interrogationes* l'unica differenza è data dalla diversa volontà delle parti che deve pertanto essere interpretata.

I. 3.16. pr.: *Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita si post omnium interrogationem promissor respondeat 'spondeo'. ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat 'utrique vestrum dare spondeo': nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. duo pluresve rei promittendi ita fiunt, 'Maevi, quinque aureos dare spondes?' Sei, eosdem 'quinque aureos dare spondes?' Respondeant singuli separatim 'spondeo'. 1. Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat.*

Nella seconda parte del brano viene fatto un esempio di come *interrogationes* e *responsiones* debbano succedersi perché sorgano delle obbligazioni passivamente solidali: il creditore interroga separatamente, ma uno dopo l'altro, i due debitori, chiedendo al secondo se promette l'*idem*; i debitori rispondono separatamente «*spondeo*», dopo che il creditore ha posto tutte le domande. Che questa sia solo una delle possibili combinazioni che possono assumere domande e risposte (⁹²) emerge chiaramente da

Pomp. 24 ad Sab. D. 45.2.4: *Duo rei promittendi sive ita interrogati 'spondetis?' respondeant 'spondeo' aut 'spondemus', sive ita interrogati 'spondes?' respondissent 'spondemus', recte obligantur.*

In base a tale passo infatti vi è stipulazione passivamente solidale anche in altri tre casi: il creditore pone ai debitori un'unica domanda con il plurale *spondetis* e i debitori pronunziano due risposte separate usando il singolare *spondeo*; il creditore rivolge ai debitori una sola domanda usando il plurale *spondetis* e i debitori danno un'unica risposta usando il plurale *spondemus*; il creditore formula due diverse domande usando ogni volta il singolare *spondes* e i debitori rispondono con il plurale *spondemus*.

In queste diverse forme che possono caratterizzare la stipulazione passivamente solidale è però rinvenibile una costante, espressione della struttura dell'istituto: *interrogationes* e *responsiones* danno luogo ad un unico

⁹² Dello stesso avviso anche C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 139.

atto, un unico negozio costitutivo (⁹³). In tutti e quattro i casi considerati, infatti, le domande e le risposte che creditore e debitori si scambiano sono talmente interconnesse che, pur a fronte di una pluralità di rapporti obbligatori, non è ravvisabile una pluralità di procedimenti costitutivi. Esse sono piuttosto momenti successivi di una medesima operazione unitaria dalla quale discendono le obbligazioni solidali.

Ciò emerge più chiaramente nelle ipotesi indicate in D. 45.2.4: un'unica *interrogatio* con il verbo al plurale ha come suo naturale completamento una pluralità di risposte o una risposta con il verbo al plurale, similmente un'unica risposta nella quale viene impiegato il verbo al plurale ha come presupposto imprescindibile una sola domanda nella quale è usato verbo al plurale o una pluralità di domande. La situazione descritta nelle Istituzioni giustinianee non induce a diverse conclusioni: le domande del creditore che si susseguono una dopo l'altra trovano un completamento necessario in una pluralità di risposte. E tutto ciò è il segno che creditore e debitori intendono, con una sola operazione, dare vita a una pluralità di rapporti strettamente connessi tra di loro. Emerge così una differenza strutturale tra la *sponsio* e la stipulazione passivamente solidale: nella prima sono rinvenibili più atti che danno vita a più rapporti obbligatori; nella seconda vi è invece un unico atto che genera più obbligazioni (⁹⁴). Pertanto, per comprendere nei singoli casi concreti se si è in presenza di un rapporto obbligatorio accompagnato dalla sua

⁹³ Non è condivisibile pertanto quanto affermato da C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 138, che le forme risultanti dai passi dei giuristi «suppongono che all'insieme delle stipulazioni necessarie per realizzare un'obbligazione solidale i tre soggetti interessati siano tutti presenti dall'inizio dell'operazione. Ciò non significa, però, che il complesso della - chiamiamola così - conversazione necessaria a realizzare un'obbligazione solidale debba essere considerato un unico atto, anche se i giuristi avevano ben chiaro che l'obbligazione solidale che ne risulta poi creata consiste in un unico rapporto obbligatorio. Che invece il procedimento formale che la produceva fosse composto da più atti risulta chiaro constatando che la nullità di una delle stipulazioni di cui è composto non può di per sé comportare la nullità dell'insieme del procedimento». La motivazione addotta dall'autore per negare l'unitarietà dell'atto costitutivo delle obbligazioni solidali non pare concludente: il vizio che riguarda una delle coppie di *interrogatio - responsio* può infatti ben essere interpretata come causa di nullità parziale di un unico negozio costitutivo.

⁹⁴ La segnalata diversità di struttura tra la stipulazione passivamente solidale e la *sponsio* permette di rigettare fin d'ora, con riferimento alla *sponsio*, il concetto di solidarietà accessoria, intesa come sottocategoria della solidarietà (per un'interpretazione in tal senso della solidarietà accessoria v. M. TALAMANCA, *Obbligazione*, cit., 54 ss.). La *sponsio* di garanzia del periodo classico è un tipo di obbligazione a se stante, che certo ha parecchi aspetti della disciplina in comune con l'obbligazione solidale, ma che ormai si differenzia nettamente da essa. A maggior ragione deve essere respinta la qualificazione della *sponsio* come semplice obbligazione correa operata da alcuni autori, tra i quali F. DE MARTINO, *L'origine*, cit., 417 «Ho compiuto l'analisi dei caratteri classici della *sponsio* ... I caratteri del negozio sono l'autonomia e la correalità» e P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 14.

obbligazione di garanzia oppure di obbligazioni passivamente solidali, è necessario interpretare il modo in cui si relazionano tra loro *interrogationes* e *responsiones*. Non si tratta però di valutare la volontà delle parti, quanto piuttosto di stabilire oggettivamente se dette obbligazioni sono il prodotto ciascuna di un diverso negozio costitutivo oppure l'effetto complessivo di un unico negozio (⁹⁵).

Dimostrato, anche mediante la contrapposizione alla stipulazione passivamente solidale, che nella *sponsio* vengono in rilievo due distinti atti costitutivi, si può ora spiegare quella funzione dell'espressione *idem* che si è solo indicata in chiusura del paragrafo precedente.

Si è detto che *idem* crea un collegamento tra gli atti costitutivi dell'obbligazione garantita e della garanzia. Non solo, si può aggiungere che esso permette di interpretare lo scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e lo *sponsor* come volto a far sorgere una garanzia. L'espressione in questione, infatti, è l'unico elemento verbale che mette in relazione due atti per il resto del tutto distinti e separati: se essa mancasse, pertanto, tra il creditore e lo *sponsor* sorgerebbe una normale obbligazione verbale che nulla ha a che fare con l'obbligazione che si vorrebbe garantire. L'utilizzo di *idem* invece, richiamando la prestazione promessa dal debitore del rapporto da garantire, rende l'atto costitutivo della *sponsio* titolato con riferimento a detto rapporto. E ciò permette di attribuire all'obbligazione che nasce tra creditore e *sponsor* una funzione di garanzia (⁹⁶). La funzione di garanzia della *sponsio*, come rapporto obbligatorio tra creditore e *sponsor*, è quindi tipicamente manifestata dal collegamento esistente tra l'atto costitutivo del rapporto obbligatorio garantito e quello della garanzia, collegamento che consiste nel rinvio formale al rapporto obbligatorio garantito realizzato mediante l'uso della espressione *idem*.

⁹⁵ Si intende qui criticare la già segnalata posizione di C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 178 ss., cioè che in tali casi si debba interpretare la volontà delle parti per stabilire se si è in presenza di una stipulazione passivamente solidale o di una *sponsio*. La differenza tra gli istituti è sempre di carattere strutturale pertanto individuabile a prescindere dalla considerazione del significato che le parti stesse assegnano alle operazioni che pongono in essere.

⁹⁶ Condivisibile pertanto quanto sostenuto in C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 144 ss.: «la *stipulatio*, negozio di per sé astratto, può assumere natura causale se nella sua forma, e precisamente nella domanda dello *stipulator*, vi sia menzione espressa dell'affare al quale l'atto si riferisce ... Nella domanda che lo *stipulator* rivolge all'*adpromissor* è presente - con l'*idem* o espressione equivalente, l'indicazione della specifica funzione economica che le parti intendono attribuire all'atto che compiono».

3. *La situazione giuridica di cui è titolare il 'fidepromissor'.*

Si può ora passare a considerare la *fidepromissio*. Essa si sviluppa nel corso del III sec. a.C. ⁽⁹⁷⁾ e si affianca alla *sponsio* come istituto che può essere utilizzato sia per far sorgere un normale rapporto obbligatorio ⁽⁹⁸⁾ sia per garantire un'obbligazione verbale già esistente ⁽⁹⁹⁾. La ragione della sua introduzione è individuabile nell'esigenza di riconoscere rilevanza giuridica e quindi protezione ai rapporti che coinvolgono peregrini ⁽¹⁰⁰⁾: l'uso del verbo *fidepromitto*, infatti, a differenza di *spondeo*, non è riservato ai soli *cives romani* ⁽¹⁰¹⁾, pertanto la *fidepromissio* può essere impiegata anche quando una o entrambe le parti dell'obbligazione o della garanzia che si vuole costituire sono stranieri.

Tranne che per il punto appena considerato e pochissimi altri ⁽¹⁰²⁾, la disciplina della *fidepromissio* coincide con quella della *sponsio*, come segnalato anche da Gai 3.118. Gran parte delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti sono quindi valide anche per l'istituto di cui ci si sta ora occupando, pertanto, si farà ad esse ampio riferimento mentre si procede all'analisi delle varie questioni attinenti alla struttura della *fidepromissio*.

⁹⁷ La *fidepromissio* è pacificamente ritenuta successiva alla *Lex Publilia* perché questa non si applica all'istituto. Dal momento che la legge, seppur di incerta datazione, viene fatta generalmente risalire alla metà del IV sec., secondo le indicazioni di I. TRIANTAPHULLOPOULOS, *Lex Cicereia*, cit., 26 s., la comparsa della *fideiussio* è collocata da M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 572 agli inizi del III sec. a. C.

⁹⁸ *Fidepromissio*, *fidepromissor*, *fidepromitto* non compaiono mai nel Digesto né per indicare un normale rapporto obbligatorio né per designare una garanzia personale. Vi sono però diversi documenti nei quali i termini in questione vengono utilizzati per far riferimento ad una normale obbligazione; essi sono riportati in C.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, I, *Leges et negotia*, Tubingae, 1909, 329,14; 330,15; 331,12; 332,12; 352,1.

⁹⁹ *Fidepromissio*, *fidepromissor*, *fidepromitto* come termini che designano la garanzia personale compaiono in Paul. Sent. 1.9.5, oltre che in Gai 3.92, Gai 3.115, Gai 3.116, Gai 3.117, Gai 3.118, Gai 3.119, Gai 3.120, Gai 3.121, Gai 3.122, Gai 3.123, Gai 3.124, Gai 3.126. Secondo E. LEVY, *Sponsio*, cit., 10 e F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 16 n. 1 anche D. 45.1.122.1 si sarebbe originariamente occupato della *fidepromissio*.

¹⁰⁰ Per C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 149 la ragione dell'introduzione della *fidepromissio* è da ravvisare nell'esigenza di rendere possibile l'impiego di un negozio di garanzia anche agli stranieri.

¹⁰¹ Ciò si ricava *a contrario* da Gai 3.93, che indica come riservato ai *cives romani* l'uso del solo verbo *spondeo*. La dottrina pertanto è concorde nel ritenere che la *fidepromissio* potesse essere utilizzata anche dai peregrini, si vedano ad esempio P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 11; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1970, 894; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1985, 605 s.; C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 148.

¹⁰² Tra questi, particolarmente rilevante è, come già segnalato, la non applicabilità alla *fidepromissio* della *Lex Publilia*, con la conseguenza che il *fidepromissor* non era legittimato ad agire in regresso contro il debitore con l'*actio depensi*, come risulta da Gai 3.127.

Considerando la *fidepromissio* esclusivamente come garanzia personale, il primo problema che deve essere affrontato è quello della qualificazione giuridica della relazione che si viene ad instaurare tra chi presta e chi ottiene la garanzia.

Diversi fattori inducono ad affermare che il *fideiussor* assume nei confronti del creditore garantito una vera e propria obbligazione.

In primo luogo, la *fidepromissio* è trattata da Gaio nelle sue Istituzioni nell'ambito delle *obligationes verbis contractae* unitamente alla *sponsio*. Come tutte le obbligazioni verbali essa viene allora costituita mediante lo scambio, tra due soggetti compresenti, di una *interrogatio* e di una *responsio* nelle quali viene impiegato il medesimo verbo. In particolare, per garantire mediante *fidepromissio* una certa obbligazione verbale, il creditore di questa chiede «*idem fidepromittis?*» e il *fidepromissor* risponde «*fidepromitto*»⁽¹⁰³⁾.

Da tale dialogo stipulatorio possono essere tratte indicazioni ancor più probanti, perché da esso emerge che il garante promette l'*idem* (104). Con quest'ultima espressione le parti intendono richiamare la prestazione promessa dal debitore dell'obbligazione garantita. Valgono infatti in pieno le osservazioni svolte a tale riguardo con riferimento alla *sponsio* (105): poiché il verbo *fidepromitto* può essere utilizzato anche per costituire una normale obbligazione, ciò che permette di distinguere la *fidepromissio* con funzione novatoria dalla *fidepromissio* con funzione di garanzia è l'impiego di *id* nella prima, di *idem* nella seconda; *id* e *idem*, pur richiamando entrambi la prestazione di un'altra obbligazione, sono termini diversi, pertanto, debbono avere significati differenti; dal momento che *id*, per soddisfare uno dei requisiti della novazione, deve designare la prestazione promessa dal debitore dell'obbligazione novanda, *idem* indica invece la prestazione promessa dal debitore al momento dell'assunzione dell'obbligazione. Sulla base di ciò si può quindi affermare che il *fidepromissor* si impegna ad eseguire una prestazione di contenuto identico a quella promessa dal debitore dell'obbligazione garantita, dando giuridica rilevanza a tale impegno mediante il richiamo della *fides*. Risulta in tal modo provato che nella situazione giuridica che si crea in capo al *fidepromissor* è ravvisabile uno degli elementi costitutivi dell'obbligazione, il *debitum*, inteso come dovere di eseguire una prestazione.

¹⁰³ Così risulta in base ai già più volte ricordati Gai 3.92 e Gai 3.116.

¹⁰⁴ Sul punto non vi sono mai state discussioni in dottrina perché, come già segnalato, il manoscritto veronese delle Istituzioni presenta chiaramente *idem* nell'*interrogatio* della *fidepromissio*

¹⁰⁵ Si veda al riguardo quanto segnalato nel paragrafo 2 di questo capitolo.

Quanto all'altra componente, cioè la responsabilità, pure essa sussiste in capo al garante perché il creditore può agire tanto nei confronti del *fidepromissor* quanto contro il debitore principale ⁽¹⁰⁶⁾.

La coesistenza di debito e responsabilità in capo al *fidepromissor* consente pertanto di affermare che la *fidepromissio* fa sorgere, tra creditore e garante, un rapporto obbligatorio.

Prima di analizzare le caratteristiche di tale obbligazione è opportuno soffermarsi a considerare il concetto di *fides* perché ad esso, come si è già avuto modo di segnalare, si riferisce il garante proprio nel momento della costituzione della garanzia. Sarebbe assai arduo, e d'altro canto inutile, procedere ad una disamina completa del ruolo della *fides* nel diritto romano, perciò ci si limiterà a qualche breve riflessione circa la funzione svolta dal concetto nella struttura della *fidepromissio*. Che questa fosse la situazione del diritto classico si ricava a contrario dalla Nov. 4 che introduce il beneficio di escussione.

Bisogna innanzitutto segnalare che sul punto non vi è unanimità di vedute in dottrina, anzi sono state proposte interpretazioni contrastanti. Il Beseler ad esempio, ha sostenuto, sulla base di una indagine filologica, che *fidepromissio* deriva dall'espressione *manum fide promittere* la quale significherebbe 'stendere la mano al legame' ⁽¹⁰⁷⁾. La stipulazione di garanzia quindi, costituirebbe, secondo l'autore, una fase di transizione nell'evoluzione della *fides*, la quale avrebbe designato in età precedente un mero vincolo materiale ⁽¹⁰⁸⁾ e successivamente invece un concetto etico-giuridico ⁽¹⁰⁹⁾: l'unione delle mani, infatti, è al contempo un gesto fisico e un segno che allude alla creazione di un vincolo obbligatorio e quindi all'assunzione di responsabilità.

Per il Flume invece, la *fides*, anche se in età risalente si riferiva forse ad un vincolo morale, nel periodo classico indica soltanto il concetto giuridico

¹⁰⁶ Che questa fosse la situazione del diritto classico si ricava a contrario dalla Nov. 4 che introduce il beneficio di escussione.

¹⁰⁷ Questa tesi è stata prospettata da G. BESELER, 'Fides', in *Atti Congresso internazionale di diritto romano*, Pavia, 1934, 158 ss. Contro tale ricostruzione F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 25 osserva che «se anche l'etimologia di *promittere*, e di *fides*, fosse vera, resterebbe comunque non dimostrato che nell'età in cui sorse la *fidepromissio* il termine aveva ancora il valore di *manum promittere* e *fides* quello di vincolo. Anche qui è utile rilevare che nella *sponsio*, negozio certo più antico della *fidepromissio*, in quanto esclusivo dei soli *cives*, non vi è alcun cenno a vincoli materiali, né a simboliche unioni di mani».

¹⁰⁸ Nel senso di *Bindung*: si veda al riguardo G. BESELER, 'Fides', cit., 141 ss.

¹⁰⁹ Per G. BESELER, 'Fides', cit., 165 ss. la *fides* è concetto etico-giuridico nella *fideiussio* e nei *iudicia bonae fidei*.

di responsabilità (¹¹⁰). Nel funzionamento della *fidepromissio* poi, ricopre un ruolo del tutto secondario perché non influisce sulla costituzione del rapporto obbligatorio ma si limita ad indicare la responsabilità, appunto, che sussiste in capo al garante in seguito alla creazione dell'obbligazione ad opera del solo *promittere* (¹¹¹).

A questa interpretazione si contrappone nettamente quella del De Martino (¹¹²) secondo il quale il riferimento alla *fides*, presente nella *fidepromissio* ma assente nella *sponsio*, è sintomo dell'incapacità del *promittere* di costituire da solo un'obbligazione (¹¹³): la *fidepromissio* rappresenterebbe allora l'istituto che sancisce la trasformazione della *fides* da concetto etico a concetto giuridico (¹¹⁴).

Per comprendere l'origine del concetto di *fides* sembra però utile ampliare un poco l'ambito di indagine e considerare un'espressione che ricorre diverse volte nella letteratura latina, specie nel teatro¹¹⁵: *fides mihi est apud aliquem*. Essa non significa, come si potrebbe pensare, 'ho fiducia in

¹¹⁰ Per W. FLUME, *Studien*, cit., 53 ss. la *fides*, in tempi storici, indica un legame giuridico e non etico.

¹¹¹ Secondo W. FLUME, *Studien*, cit., 54 la *fides* indica la responsabilità che nasce dal *promittere*. La presenza del *promittere* dal quale sorge il rapporto obbligatorio fa sì che la *fidepromissio* possa essere utilizzata anche per creare un'obbligazione principale.

¹¹² F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 26 rimprovera alla ricostruzione del Flume di «assegnare alla *fides* nella *fidepromissio* il valore di uno scialbo duplicato di *promissio*. Se è vero che dalla *promissio* nasce una responsabilità, se *fides* designa appunto la responsabilità, i termini sarebbero equivalenti, uno dei due è perciò superfluo».

¹¹³ Osserva infatti F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 27 che «quando in negozi dell'età storica troviamo un richiamo alla *fides*, il fenomeno è sempre uguale: la *fides* assurge a fonte di un vincolo giuridico, altrimenti impossibile», pertanto «se doveva essere una *fidepromissio*, ebbene una *promissio* pura e semplice non bastava».

¹¹⁴ Per F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 28 s. la *fidepromissio* è il primo ma non l'unico negozio che manifesta la trasformazione della *fides* da concetto etico a concetto giuridico. L'autore afferma infatti che «la *fides* è stata anticamente elevata a fonte di vincolo giuridico nel campo dei negozi con stranieri. Quel procedimento tecnico che il *pretor peregrinus* ha adoperato nella formazione dell'*intentio* dei *bonae fidei iudicia*, cioè il riconoscimento di un *oportere ex fide bona*, è in fondo un ricorso storico. Già prima dell'editto, la giurisprudenza aveva con il richiamo alla *fides* creato un vincolo giuridico mediante forme accessibili agli stranieri. Ma è chiaro che la *fides*, prima di essere un concetto della tecnica giuridica dovè essere un concetto etico-sociale, perché il diritto ha elevato a categoria giuridica una categoria affermatasi nella prassi delle relazioni con popoli stranieri. Dopo il riconoscimento della *fidepromissio*, la *fides* diviene per la prima volta una categoria giuridica, in quanto essa genera un vincolo, una responsabilità; prima essa è un legame etico, improduttivo di conseguenze giuridiche. Tutta la storia degli istituti di diritto privato mostra dimostra la verità di questa asserzione: negozi di buona fede, *fidepromissio* e finanche il tardo *fideicommissum* sono sempre attuazioni del medesimo schema, cioè l'evoluzione della *fides* da categoria etica in categoria giuridica».

¹¹⁵ Si vedano ad esempio Plaut. *Pseud.* 467 *paruam esse apud te mihi fidem ipse intellego* e Plaut. *Amph.* 555 *facis ut tuis nulla apud te fides sit*.

qualcuno', bensì 'posseggo fiducia presso qualcuno', che equivale all'espressione italiana 'genero fiducia in qualcuno' ma con l'importante differenza che per i latini il titolare della *fides* non è colui che si fida ma colui del quale ci si fida (¹¹⁶). Acquistare fiducia presso l'altro comporta però che l'altro si aspetti un certo comportamento, una certa condotta, da parte di colui nel quale ripone fiducia: ecco allora la responsabilità morale di quest'ultimo che è tenuto a corrispondere all'aspettativa del soggetto che di lui si fida. Si può quindi ipotizzare che la *fides* si sia sviluppata come concetto etico-morale nel quale sono presenti due componenti distinte ma intimamente legate tra loro, fiducia e responsabilità, che pongono necessariamente il loro comune titolare in relazione con un altro soggetto.

Per quanto concerne poi la *fidepromissio*, è difficile negare che la *fides* abbia un ruolo attivo nella costituzione dell'obbligazione di garanzia. Se si confrontano infatti le *interrogationes* di *sponsio* e *fidepromissio* nelle loro forme più semplici, emerge che entrambe sono composte da un verbo, rispettivamente *spondes* e *promittis*, e da un sostantivo, *idem*; solo nella *fidepromissio* compare anche *fide*, separato oppure unito al verbo. Poiché entrambe le stipulazioni sono negozi formali, i termini che ne compongono le *interrogationes* non sono casuali ma ha tutti invece una precisa funzione. È possibile pertanto fondatamente ipotizzare che *promitto*, a differenza di *spondeo*, non fosse ritenuto idoneo a far sorgere da sol un rapporto obbligatorio e che, per produrre tale effetto, fosse integrato dal richiamo alla *fides*. La *fides* quindi viene presa in considerazione dal diritto per rendere giuridicamente vincolante un rapporto che altrimenti tale non è: il *fidepromissor* non si obbliga perché promette ma perché promettendo fa riferimento alla *fides*.

Assunta a presupposto necessario per la costituzione di un rapporto obbligatorio, nella *fidepromissio* la *fides* cessa di essere un concetto etico-morale e diventa un concetto giuridico. In questa trasformazione però, diviene preponderante, se non esclusiva, la componente della responsabilità, perché è questa, e non la fiducia, ad essere uno degli elementi costitutivo anche

¹¹⁶ Segnala a tale riguardo E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I. Économie, parenté, société*, Paris, 1969, trad. it. a cura di M. Liborio, Torino, 2001, 86 s. che «se traduciamo *mihi est fides* con 'ho fiducia in te' arriviamo esattamente all'opposto del senso» dell'espressione. «La traduzione letterale di *fides mihi est apud aliquem* diventa 'ho credito presso qualcuno'; che allora è proprio l'equivalente di 'gli ispiro fiducia' o 'ha fiducia in me'. Così la nozione latina di *fides* stabilisce tra i partners una relazione inversa a quella che regge per noi la nozione di 'fiducia'. Nell'espressione 'ho fiducia in qualcuno', la fiducia è qualcosa di me che gli metto tra le mani e di cui egli dispone; nell'espressione latina *mihi est fides apud aliquem*, è l'altro che mette la sua fiducia in me, e sono io che ne dispongo».

dell'obbligazione: si può quindi affermare che la *fides*, come concetto giuridico, designa la sola responsabilità.

A conclusione di queste brevi considerazioni bisogna però aggiungere che, con il tempo, il ruolo della *fides* nel funzionamento della *fidepromissio* si attenua sino a perdersi del tutto. All'epoca di Gaio infatti, il riferimento alla *fides* permane perché è richiesto dalla forma che la stipulazione ha storicamente assunto ma non è più indispensabile per far sorgere il rapporto obbligatorio. Ciò è provato dal fatto che tra le stipulazioni di garanzia atipiche citate da Gaio vi è anche quella che si costruisce con il dialogo *promittis? promitto*. Poiché Gaio si limita a citare le *interrogationes* e le *responsiones* che danno vita alle garanzie personali atipiche e non vi sono altre fonti che si occupano di esse, non è dato sapere quando è venuta meno la funzione originariamente svolta dalla *fides* nella struttura della *fidepromissio*.

Chiarite meglio le modalità di costituzione dell'obbligazione del *fidepromissor*, si può ora tornare a considerare le caratteristiche di quest'ultima. Bisogna innanzitutto stabilire se la *fidepromissio* comporta l'assunzione da parte del garante dell'obbligazione garantita oppure fa sorgere in capo al garante un'obbligazione nuova e diversa. Per risolvere la questione è necessario analizzare gli elementi costitutivi essenziali dell'obbligazione garantita e dell'obbligazione del *fidepromissor* per verificare se coincidono o meno.

Con riferimento ai soggetti, è quasi inutile dire che sono diversi: il creditore dell'obbligazione garantita è anche parte della *fidepromissio* ma il *fidepromissor* è soggetto diverso dal debitore dell'obbligazione principale.

Per quanto riguarda le prestazioni, come si è già avuto modo di spiegare, il *fidepromissor* promette l'*idem*, facendo riferimento con tale espressione alla prestazione promessa dal debitore (¹¹⁷): l'obbligazione del garante quindi, al momento della sua assunzione, ha per oggetto una prestazione che, quanto al contenuto, è identica a quella promessa dal debitore. L'oggetto dell'obbligazione garantita è però costituito dalla prestazione dovuta dal debitore, e questa può differire dalla prestazione promessa perché, in seguito alla costituzione dell'obbligazione, possono essere intervenute delle vicende che, senza estinguere l'obbligazione, ne hanno modificato il contenuto. L'obbligazione del *fidepromissor*, pertanto, ha per oggetto, fin dal momento della sua assunzione, una prestazione differente da quella che costituisce l'oggetto dell'obbligazione garantita.

¹¹⁷ Sul significato di *idem* si vedano il paragrafo 2 e la nota 80 di questo capitolo: come già indicato, per la *fidepromissio* valgono le stesse considerazioni svolte con riferimento al rapporto tra *sponsio* e stipulazione novatoria.

Accertata la diversità tanto dei soggetti quanto delle prestazioni, è possibile affermare che la *fidepromissio* comporta la creazione in capo al garante di un'obbligazione ulteriore e diversa rispetto a quella garantita.

Resta ora da affrontare un'altra questione di grande rilievo attinente alla struttura della *fidepromissio*. Si è dimostrato che la *fidepromissio* come stipulazione di garanzia genera in capo al garante un'obbligazione nuova, ben distinta da quella garantita. Si è detto però che l'istituto può essere utilizzato anche per costituire un normale rapporto obbligatorio. Bisogna allora stabilire che cosa permette di qualificare un'obbligazione costituita mediante *fidepromissio* come normale obbligazione verbale oppure come stipulazione di garanzia.

Per giungere ad una soluzione è necessario determinare che cosa rende peculiare la *fidepromissio* come istituto di garanzia. A tale riguardo è innanzitutto centrale il ruolo svolto dalla promessa dell'*idem* da parte del *fidepromissor*. L'*idem*, infatti, facendo coincidere il contenuto della prestazione promessa dal garante con quello della prestazione promessa dal debitore dell'obbligazione garantita, non solo instaura un collegamento tra le due obbligazioni ma pone a fondamento della rilevanza giuridica della promessa del *fidepromissor* il fatto che si sia verificato tra creditore e debitore quello scambio di *interrogatio* e *responsio* dal quale dovrebbe sorgere l'obbligazione garantita (¹¹⁸). Anche nella *fidepromissio* quindi, come nella *sponsio*, il legame tra l'obbligazione garantita e l'obbligazione di garanzia è ravvisabile al livello degli atti costitutivi, cioè di quei procedimenti posti in essere dalle parti per costituire i rapporti obbligatori in questione.

La promessa dell'*idem* però, è una caratteristica tipica ma non esclusiva della stipulazione di garanzia, perciò non è sufficiente, da sola, a distinguerla da ogni *fidepromissio* diretta alla costituzione di una normale obbligazione verbale. In particolare, la *fidepromissio*, come la *sponsio*, può essere utilizzata per costituire un'obbligazione solidale e anche in tal caso il *fidepromissor* promette l'*idem*, riferendosi con questa espressione a quanto promesso dal debitore solidalmente al quale intende obbligarsi. I *verba* impiegati nell'*interrogatio* e nella *responsio* dirette alla costituzione di una *fidepromissio* - obbligazione solidale sono dunque gli stessi che vengono

¹¹⁸ Poiché *idem* ha nella *sponsio* e nella *fidepromissio* lo stesso significato, instaura pure lo stesso tipo di relazione tra la stipulazione di garanzia e l'obbligazione garantita. Si deve ritenere quindi che anche nell'*interrogatio* della *fidepromissio* serve a produrre un rinvio formale all'obbligazione garantita, secondo quanto segnalato in chiusura del paragrafo 2 e nella nota 80.

utilizzati per creare una *fidepromissio* - garanzia, pertanto è necessario ricercare altrove ciò che differenzia i due istituti (¹¹⁹).

Vale, infatti, quanto già ampiamente dimostrato con riferimento alla *sponsio* (¹²⁰), la configurazione cioè dell'uno o dell'altro tipo di *fidepromissio* dipende dal modo in cui si articolano le *interrogationes* e le *responsiones* con le quali vengono fatti sorgere i vari rapporti obbligatori: se il dialogo tra creditore e *fidepromissor* si presenta come un atto diverso e distinto rispetto a quello al quale di riferisce l'*idem*, la *fidepromissio* è utilizzata per costituire una garanzia; se invece il dialogo stipulatorio con il quale viene promesso l'*idem* è così intimamente legato all'altro al quale rinvia da poter essere interpretati come un unico atto costitutivo, la *fidepromissio* è diretta alla creazione di un'obbligazione solidale.

Sulla base di quanto sin qui affermato si può quindi affermare che due sono gli elementi strutturali la cui compresenza attribuisce alla *fidepromissio* funzione di garanzia: la configurabilità dello scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e *fidepromissor* come un atto nettamente distinto rispetto allo scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e debitore; la promessa da parte del *fidepromissor* dell'*idem*, che, richiamando la prestazione promessa dal debitore, crea uno stretto collegamento tra i due atti, pur distinti. La sussistenza di tali caratteristiche consente di distinguere la *fidepromissio* come stipulazione di garanzia da ogni altra *fidepromissio* diretta a far sorgere una normale obbligazione verbale.

4. *La situazione giuridica di cui è titolare il 'fideiussor'.*

Resta da trattare la *fideiussio*, la più recente delle stipulazioni con funzione di garanzia elaborate dai giuristi romani. La ragione principale della sua introduzione è da ravvisare nello sviluppo di nuove forme di obbligazione contrattuale: l'affermarsi di obbligazioni non verbali, per le quali non erano utilizzabili quindi *sponsio* e *fidepromissio*, ha reso indispensabile disporre di un nuovo istituto che consentisse anche per esse una garanzia personale (¹²¹).

¹¹⁹ Bisogna ribadire ancora una volta che, in età classica, la stipulazione di garanzia è un istituto ben definito e nettamente distinto dalla stipulazione come obbligazione solidale: non si può convenire pertanto con chi considera *sponsio* e *fidepromissio* particolari obbligazioni solidali.

¹²⁰ Anche la *fidepromissio* come stipulazione di garanzia può essere costituita immediatamente dopo la creazione dell'obbligazione da garantire oppure in seguito ad un certo intervallo di tempo.

¹²¹ La nascita della *fideiussio* è collegata alla necessità di disporre di un istituto che consenta di garantire le nuove obbligazioni non verbali da: E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 121; W.

Questa esigenza viene soddisfatta dalla *fideiussio* la quale, come si vedrà ampiamente in seguito, può garantire qualsiasi tipo di obbligazione contrattuale.

Vi è però anche un altro motivo, non adeguatamente segnalato dalla dottrina, che ha quantomeno favorito l'elaborazione di una nuova garanzia personale: il peggioramento della posizione del garante in seguito ad alcuni interventi legislativi che, a partire dalla fine del III sec. a. C. avevano interessato la disciplina della *sponsio* e della *fidepromissio*. Si intende alludere in particolare alla *Lex Furia* che, come noto, prevede l'estinzione di ogni garanzia dopo due anni dalla sua assunzione e, in presenza di più cogaranti, prescrive al creditore di agire nei confronti di ciascuno di essi soltanto pro quota; alla *Lex Cicereia* che impone al creditore di rendere noto al garante, al momento della costituzione della garanzia, quanti garanti ha già assunto e quanti altri ne intende assumere.

È plausibile allora immaginare che nella prassi negoziale sia emersa l'aspirazione dei creditori a ritornare all'antica più favorevole normativa e che ciò abbia favorito l'introduzione della *fideiussio*. È significativo, infatti, che tale garanzia sia caratterizzata dalla perpetuità del vincolo e dalla possibilità di agire per l'intero nei confronti di ciascun cogarante, cioè da quella stessa disciplina che era propria anche di *sponsio* e *fidepromissio* prima degli interventi legislativi.

Per quanto riguarda la collocazione temporale della nascita dell'istituto, non si dispone di notizie precise e certe. La dottrina tradizionale, seppur con notevoli diversità di posizioni, ritiene che la *fideiussio* sia stata elaborata nel corso del I sec. a.C. È stato sostenuto infatti che l'origine della stipulazione di garanzia va individuata entro i termini massimi costituiti dalla *Lex Cicereia* e dalla *Lex Cornelia* ⁽¹²²⁾: la prima, presumibilmente della fine del II sec. a.C., non applicandosi alla *fideiussio*, costituirebbe il limite oltre il quale non si può risalire nella datazione dell'istituto; la seconda invece, dell'81 a. C., occupandosi anche della *fideiussio*, indicherebbe la data dopo la quale si deve ritenere già apparso l'istituto.

Altra parte della dottrina invece, dando molto peso al fatto che nelle opere ciceroniane non vengono mai impiegati *fideiussio*, *fideiussor*, *fideiubeo*

FLUME, *Studien*, cit., 124 s.; C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 164; F. BRIGUGLIO, *Un puntino*, cit., 96.

¹²² Questa la posizione di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, 663 e F. WIEACKER, *Zur Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in ZSS, LXXX, 1963, 14.

(¹²³), ha ritenuto di poter sostenere che la garanzia è stata introdotta dopo la morte di Cicerone (¹²⁴). Questi Autori hanno dovuto però superare lo scoglio costituito dalla *Lex Cornelia*: è stato così da alcuni sostenuto che tale legge non sarebbe stata rogata da Silla e pertanto non risalirebbe all'81a. C.; altri invece hanno affermato che la legge, pur sillana, prendeva in considerazione soltanto la *sponsio* e la *fidepromissio* e si applicava alla *fideiussio* in forza di un'interpretazione estensiva.

Infine, è stato proposto di vedere in Labeone colui che ha ideato la *fideiussio*, dando rilevanza giuridica a quelle che fino ad allora erano rimaste mere prassi negoziali (¹²⁵): questa tesi però non è stata accolta favorevolmente e non ha pressoché trovato seguito (¹²⁶).

La dottrina più recente invece, ha messo in discussione l'impostazione tradizionale e ha suggerito di collocare la nascita della *fideiussio* nel II sec. a. C. Questa ricostruzione sembra essere molto più convincente perché già in tale periodo erano ampiamente diffusi e utilizzati i contratti reali, come il mutuo, e quelli consensuali, in particolare la vendita e la locazione: se il mutuo poteva esser facilmente novato mediante *stipulatio* e questa poi garantita con *sponsio* o *fidepromissio*, nulla di analogo poteva essere fatto con riferimento alla vendita e alla locazione. È pertanto difficile pensare che si sia atteso il secolo successivo per elaborare un istituto capace di sopperire all'inadeguatezza di *sponsio* e *fidepromissio* (¹²⁷). D'altro canto la mancanza di riferimenti alla *fideiussio* nelle opere di Cicerone non costituisce alcuna prova dell'inesistenza dell'istituto nella sua epoca: la conferma verrebbe dal fatto che in tali passi non è mai citata neppure la *fidepromissio*, che certo non può per questo essere considerata successiva all'autore.

Passando ad analizzare la struttura della *fideiussio*, la qualificazione della situazione giuridica che viene costituita in capo al garante è la prima

¹²³ Di recente però D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*, LX, 1994, 368 ha osservato che il ripetuto richiamo della *fides* nonché le circostanze considerate permettono di ipotizzare che nell'orazione *Pro Flacco* Cicerone faccia riferimento ad una *fideiussio*.

¹²⁴ Propendono per la nascita della *fideiussio* dopo l'età ciceroniana W. FLUME, *Studien*, cit., 41 e M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (dir. rom.)*, cit., 329.

¹²⁵ La tesi è stata proposta da E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 124 ss.

¹²⁶ Unico Autore a ritenere quantomeno possibile l'elaborazione della *fideiussio* da parte di Labeone è F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 499: egli infatti afferma che «we may safely assume that *fideiussio* was created by jurisprudence in the late Republic or early Principate, probably by Servius Sulpicius or Labeo».

¹²⁷ Questa la posizione di C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 164 il quale adduce come ulteriore argomento a sostegno della retrodatazione il fatto che *sponsio* e *fideiussio* non erano in grado di garantire le obbligazioni di fare infungibile. Le considerazioni del Cannata sono pienamente accolte da F. BRIGUGLIO, *Un puntino*, 97 s.

questione che deve essere affrontata e risolta. A tale fine è indispensabile esaminare attentamente l'atto mediante il quale viene conclusa la *fideiussio*: si tratta di uno scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e il garante che nella forma più semplice e tipica si risolve nella domanda *id fide tua esse iubes?* e nella risposta *fideiubeo*.

In passato era oggetto di vivace dibattito in dottrina il fatto che nell'*interrogatio* fosse presente *id* oppure *idem* (¹²⁸). La questione, di fondamentale importanza per la ricostruzione dell'intero istituto, era in buona parte alimentata dalla diversa trascrizione di Gai 3.116 operata dai due apografi del manoscritto veronese delle Istituzioni (¹²⁹): il Böcking infatti leggeva *idem* in tutte le *interrogationes* mentre lo Studemund riportava *idem* nell'*interrogatio* della *fidepromissio* e *id* in quella della *sponsio* e della *fideiussio*. Da ciò l'ampia varietà di ricostruzioni proposte dagli editori delle Istituzioni e soprattutto le divergenti posizioni di quegli Autori che si sono occupati delle stipulazioni di garanzia. Oggi, quantomeno con riferimento al testo gaiano risultante dal manoscritto veronese, il problema può considerarsi risolto perché moderne tecniche di indagine paleografica hanno consentito di stabilire che è presente *idem* nelle *interrogationes* di *sponsio* e *fidepromissio*, *id* in quella della *fideiussio* (¹³⁰). Ammesso che il codice veronese riporti fedelmente l'opera gaiana, dopo tale scoperta si dispone di un argomento in più per sostenere che la *fideiussio* si differenzia, già nei *verba* utilizzati nell'*interrogatio*, dalle altre due stipulazioni di garanzia.

Con riferimento invece al significato di *id* si è già detto molto trattando della *sponsio* e della *fidepromissio*: tali considerazioni valgono anche per la *fideiussio*, nella quale pertanto l'espressione fa riferimento alla prestazione dovuta dal debitore dell'obbligazione garantita.

Per quanto riguarda invece la *fides*, esigenze di completezza impongono innanzitutto di dar conto delle interpretazioni relative al significato e al ruolo

¹²⁸ Ritengono che nell'*interrogatio* sia presente *id*: H. SIBER, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, 295; W. FLUME, *Studien*, cit., 62 n. 3; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1960, 150; M. KASER, *Das römisches Privatrecht*, München, 1971, 663; C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 35; ID., *Corso*, cit., 155; F. BRIGUGLIO, *Un puntino*, cit., 116 ss. Sostengono invece che vi sia *idem*: S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 224 n. 2; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 22 ma nonostante ciò sostiene che la *fideiussio* comporti l'assunzione di responsabilità per l'obbligazione garantita; A. GUARINO, *Diritto*, cit., 895; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 606. Sul punto non si pronuncia F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 22 perché ritiene la questione di scarsa importanza.

¹²⁹ Si veda a tale riguardo la nota 61.

¹³⁰ A tale risultato si è pervenuti grazie alle ricerche del Briguglio, delle quali si è già dato conto nella nota 62.

del termine elaborate da quegli Autori che sono già stati considerati esaminando la *fidepromissio*.

Cominciando dal Beseler, il giurista ritiene che, al tempo dell'introduzione della *fideiussio*, la *fides*, conclusosi ormai il relativo processo evolutivo, si fosse definitivamente consolidata come concetto giuridico designante la responsabilità e che con tale significato sia impiegata nell'*interrogatio* della stipulazione di garanzia (¹³¹).

Anche per il Flume il termine in questione indica la responsabilità, nella *fideiussio*, come d'altro canto nella *fidepromissio*. La *fides* però ricopre secondo l'autore un ruolo nettamente diverso nel funzionamento dei due istituti, in quanto nella *fidepromissio* si limita a segnalare la responsabilità che consegue alla creazione dell'obbligazione di garanzia, nella *fideiussio* invece, unita ad *esse*, costituisce l'oggetto di *iubere* e manifesta così l'essenza stessa dell'istituto, determinare cioè l'assunzione da parte del garante di responsabilità per un'obbligazione altrui (¹³²).

La posizione del De Martino infine, non è poi molto diversa da quella del Flume, per quanto concerne la *fideiussio*, dal momento che egli sostiene che la *fides* indica la responsabilità e ricopre un ruolo centrale nella struttura dell'istituto perché fa sorgere un vincolo giuridico che altrimenti non si costituirebbe per effetto del solo *iubere* (¹³³).

Dalle posizioni degli illustri autori appena considerati emerge l'esistenza di due problematiche relative alla *fides*, strettamente legate tra loro ma distinte: il significato che deve essere assegnato al termine e il ruolo svolto dalla *fides* nel funzionamento della *fideiussio*.

¹³¹ Come già accennato, per G. BESELER, 'Fides', cit., 165 il termine *fides* è stato oggetto di un processo di trasformazione a conclusione del quale indica l'aver fede, la garanzia, cioè un concetto giuridico, dal quale sarebbe derivata poi la *bona fides*.

¹³² Secondo W. FLUME, *Studien*, cit., 54 mancando nella *fideiussio* un termine che, come *promittere*, indichi la promessa di una propria prestazione, la *fides* ricopre un ruolo di primo piano perché non allude alla responsabilità conseguente allo *iubere* bensì, legata ad *esse*, costituisce l'oggetto dello *iubere*: da ciò la natura di negozio di pura responsabilità propria della *fideiussio*.

¹³³ Per F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 27 la *fideiussio*, pur presentando delle analogie con la responsabilità del *pater* sanzionata mediante l'*actio quod iussu*, non è un negozio di pura responsabilità ma dà vita ad una vera e propria obbligazione. Pertanto, l'autore afferma che «se nell'*actio quod iussu* non occorre il fondamento della *fides* e nella fideiussione sì, se la prima è una creazione pretoria e la seconda no, ciò si spiega soltanto in un modo: che dal punto di vista del diritto civile il semplice *iussum*, nemmeno nei rapporti con i *fili familias*, era fonte di *obligatio*, ma che esso poteva divenirlo se avesse portato un richiamo alla *fides*. La quale viene elevata dalla giurisprudenza a fonte di *obligatio*, come nei negozi di buona fede. Quando in negozi dell'età storica troviamo un richiamo alla *fides*, il fenomeno è sempre uguale: la *fides* assurge a fonte di un vincolo giuridico altrimenti impossibile».

Con riferimento alla prima questione non si può che convenire circa l'aspetto che l'espressione *fides*, impiegata nell'*interrogatio* della *fideiussio*, indica il concetto giuridico di responsabilità. Come si ha già avuto modo di dimostrare infatti, l'introduzione della *fidepromissio*, assumendo la *fides* ad elemento indispensabile per attribuire rilevanza giuridica alla promessa del garante, ha comportato la trasformazione del concetto etico-morale in concetto giuridico e ha determinato la concentrazione dell'originale significato nella sola responsabilità. Poiché la *fideiussio* è un istituto ben più recente, è plausibile ipotizzare che abbia recepito gli esiti di questo processo.

Per quanto riguarda la seconda problematica, gli autori considerati evidenziano giustamente che nella domanda che il creditore pone al garante il termine *fide* è listo in stretta relazione sia con il verbo *esse* sia con verbo *iubes*. Per poter interpretare correttamente il ruolo svolto dalla *fides* nella struttura della *fideiussio* pertanto, è necessario dapprima procedere ad un'analisi complessiva dell'*interrogatio* che sia capace non soltanto di rivelare il senso di questa ma più in generale di chiarire gli effetti prodotti sul garante dalla costituzione della garanzia, ovvero l'essenza stessa della *fideiussio*. È opportuno quindi tenere in sospeso la questione della funzione della *fides* e proseguire nell'esame dei termini che compongono la domanda del creditore, occupandosi innanzitutto di *iubeo*.

Da un punto di vista generale, *iubeo* ha una pluralità di significati: da 'ordinare' a 'consentire', 'autorizzare' e financo 'volere' (¹³⁴). In ambito giuridico però, sembra di poter dire che il verbo, e il sostantivo che ne deriva *iussum*, abbiano prevalentemente assunto la funzione di indicare il concetto di autorizzazione. A tale conclusione infatti è possibile pervenire considerando l'*actio quod iussu* (¹³⁵), azione pretoria che viene concessa a chi ha concluso un contratto con un servo o con un *filiusfamilias* in seguito al *iussum* rispettivamente del *dominus* o del *pater*: in questo contesto *iussum*

¹³⁴ Osserva infatti C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 155 che «il verbo *iubere*, che nel linguaggio giuridico, assieme al sostantivo *iussum* che ne proviene, ha un significato assai ampio, che comprende una gamma di idee che si estende da quella dell'ordine a quella dell'autorizzazione, di per sé esprime solo la volontà, o anche solo il desiderio, che una certa cosa si faccia». Dello stesso avviso F. BRIGUGLIO, *Un puntino*, cit., 116 secondo il quale «se il verbo *iubere* di per sé esprime solo la volontà o anche solo il desiderio che qualcosa si faccia, nella lingua giuridica, assieme al sostantivo *iussum* che ne deriva, ha un significato assai vasto che va dall'ordine all'autorizzazione».

¹³⁵ Oltre a quanto indicato nel testo, preme qui ricordare che la formula dell'*actio quod iussu*, secondo la ricostruzione fattane da F.L. KELLER, *Über 'litis contestatio' und Urteil nach klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1827, 422 ss. e O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, Leipzig, 1907, 260 ss. e ormai generalmente accolta, presenta una *intentio* che si riferisce al *debitum* del *filius* o del *servus* e una *condemnatio* che riguarda il *pater* o il *dominus*.

designa senza dubbio l'atto con il quale il terzo viene autorizzato a contrattare. Pertanto, poiché l'introduzione dell'azione è generalmente collocata negli ultimi due secoli della Repubblica, cioè precedentemente o quantomeno contestualmente alla nascita della stipulazione di garanzia in questione, è plausibile ipotizzare che nella *fideiussio* il verbo *iubes* abbia un significato corrispondente a quello di *iussum* nell'ambito dell'*actio* (¹³⁶).

Si può tentare ora di interpretare l'*interrogatio* della *fideiussio*. Essa è composta da due proposizioni, una principale, costituita dal solo verbo *iubes*, e una subordinata, della quale *esse* ed *id* sono rispettivamente il verbo e il soggetto. *Fide tua* è un complemento di modo che, dipendente da *esse*, attribuisce un senso particolare alla proposizione di cui fa parte.

Tenendo conto del significato che si è indicato esser proprio di ciascun termine, la domanda che il creditore fa al *fideiussor* potrebbe essere tradotta

¹³⁶ Alcuni autori si limitano a sottolineare l'esistenza di punti di contatto tra la *fideiussio* e lo *iussum* dell'*actio quod iussu*; così: G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *BIDR*, XLII, 1934, ora in *ID.*, *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 489 il quale afferma che «*iussum* e *fideiussio* hanno di comune un elemento: quello di autorizzare il creditore attuale o futuro; per il resto si tratta di istituti che hanno un diverso punto di partenza, in quanto quello non è, questo è un negozio di garanzia, e tali che hanno sì uno sviluppo parallelo, ma, direi quasi, in senso opposto»; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 27 il quale sostiene che *iubeo* e *iussum* fanno riferimento entrambi al concetto di autorizzazione ma dubita della correttezza di quelle interpretazioni che vedono nella responsabilità del *pater* che che sta alla base dell'*actio quod iussu* il modello di riferimento per lo sviluppo della *fideiussio*; E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 151 il quale ritiene che «il *iubere* del garante esprime la medesima idea del *iussum*: assunzione, nella propria sfera giuridica, di un rapporto od atto altrui che viene autorizzato. Il che ha suggerito a taluno la congettura che in origine il *iussum* si identificasse con l'autorizzazione data dal *paterfamilias* in vista di un atto impegnativo di un suo soggetto a potestà, e che solo in processo di tempo se ne ricavasse un principio di affidamento utilizzabile all'infuori di quel primitivo campo di applicazione. Ma non è congettura probabile: tanto era ovvia l'ampia portata del *iussum*»; F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Torino, 1999, 25 n. 45 il quale condivide la posizione del Segrè. Altri si spingono sino ad individuare nella responsabilità del *pater* che può essere fatta valere con l'*actio quod iussu* il punto di riferimento per la costruzione della *fideiussio*; in tal senso: O. GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, 1894, 42; E. LEVY, *Sponsio*, cit., 129 ss.; W. FLUME, *Studien*, cit., 39 ss. il quale sostiene che dalla struttura della formula dell'*actio quod iussu* emerge che il *pater* non è obbligato ma soltanto responsabile per l'obbligazione del *filius* o del servo, come il *fideiussor* sarà soltanto responsabile per l'obbligazione principale e non debitore di qualsivoglia obbligazione; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 12 s. il quale sottolinea l'esistenza di parecchie analogie tra la disciplina della responsabilità del fideiussore e quella *quod iussu* del *paterfamilias*, in particolare «l'*actio quod iussu* si richiama alla *fides*, *iussum domini* e *fideiussio* hanno per oggetto caratteristico le obbligazioni dei servi, da numerosi testi delle fonti si deduce che era abituale nel pensiero dei giuristi classici il richiamo della responsabilità del *paterfamilias quod iussu* e del fideiussore, come di due responsabilità attecchianti analogamente (v. D. 47.2.14.10; D. 15.1.91.4; D. 34.3.5.4; D. 16.3.1.14; cfr. ancora, come documento della vicinanza delle due fattispecie nel pensiero dei classici, l'andamento del commento di Paolo all'editto *de pactis*, D. 2.14.19; D. 2.14.21; D. 2.14.23; D. 2.14.25)».

in modo letterale ‘autorizzi che la prestazione dovuta dal debitore sia secondo la tua responsabilità?’, che equivale a dire ‘autorizzi che la prestazione dovuta dal debitore sia posta sotto la tua responsabilità?’, o più semplicemente ‘ti assumi la responsabilità per la prestazione dovuta dal debitore?’¹³⁷). Con l’*interrogatio* quindi, il creditore non chiede al *fideiussor* di promettergli di eseguire una certa prestazione, bensì di assumersi la responsabilità per la prestazione dovuta dal debitore principale.

Da quanto detto emerge il ruolo svolto nella struttura della *fideiussio* da *fide*. Se infatti tale termine mancasse, la domanda posta dal creditore risulterebbe essere una mera richiesta di autorizzazione: si può ipotizzare che il terzo si rivolgesse in modo simile al *dominus* o al *pater* per ottenere il suo *iussum* a contrarre con il servo o il *filiusfamilias*. La presenza di *fides* fa sì invece che l’*interrogatio* possa essere interpretata come diretta alla costituzione di una garanzia. Dal momento poi che *iubeo* richiama lo *iussum*, cioè un atto che produce effetti soltanto al livello del diritto onorario, ed *esse* non ha alcun significato giuridico, è plausibile pensare che sia *fide* a rendere rilevante sul piano del *ius civile* la domanda del creditore, svolgendo quindi una funzione analoga a quella che ricopre nella *fidepromissio*.

Passando poi a considerare la *responsio*, essa, come in tutte le *stipulationes*, è corrispondente alla domanda posta dal creditore, non soltanto nella struttura, ma anche nel significato. Il *fideiussor* infatti risponde *fideiubeo*, verbo che sintetizza l’espressione *id fide mea esse iubeo*, che altro non è che la forma affermativa dell’*interrogatio*. Si può sostenere pertanto che il fideiussore, con la *responsio*, si assume la responsabilità per la prestazione dovuta dal debitore principale, come richiestogli dal creditore.

Quanto appena illustrato è di fondamentale importanza per risolvere il problema della qualificazione della situazione giuridica soggettiva di cui diviene titolare il garante per effetto della costituzione della *fideiussio*. Poiché infatti nell’*interrogatio* e nella *responsio* si fa riferimento soltanto alla responsabilità per la prestazione dovuta dal debitore principale e non vi è traccia di una qualche prestazione dovuta dal fideiussore, è possibile

¹³⁷ È opportuno segnalare la posizione dei diversi autori circa il senso dell’*interrogatio*: G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 490 ritiene che essa debba essere intesa come diretta ad «assumere su di sé verso il creditore la responsabilità per ciò che altri deve o sarà per dovere pur senza dichiarata promessa di fare questa prestazione»; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 30 afferma che «può solo significare consentire che un determinato rapporto sia posto sotto la propria garanzia»; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 32 la traduce «comandi tu che la responsabilità del primo obbligato abbia per te rilievo?»; C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni*, cit., 35 la rende «garantisci che avverrà?», seguito in ciò da F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., 25; C.A. CANNATA, *Corso*, cit., la interpreta «dichiari di volere che in fede tua sia così?», versione accolta anche da F. BRIGUGLIO, *Un puntino*, cit., 116.

affermare che la fideiussione non comporta l'assunzione da parte del garante di alcun dovere di prestazione. Mancando quindi il *debitum*, è inevitabile concludere che la situazione giuridica che la *fideiussio* crea in capo al garante non è un'obbligazione.

Il *fideiussor* però si assume la responsabilità (¹³⁸) per la prestazione dovuta dal debitore principale. Pertanto, dal momento che la responsabilità

¹³⁸ La qualificazione della situazione giuridica soggettiva che la *fideiussio* crea in capo al garante è questione tutt'altro che pacifica in dottrina. Già W. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte*, Jena, 1850, 20 ss., O. GEIB, *Zur Dogmatik*, cit., 37 ss. e A. PERNICE, 'Parerga', in *ZSS*, XIX, 1898, 182 avevano sottolineato la differenza esistente tra le *interrogationes* della *sponsio* e della *fidepromissio* da un lato, della *fideiussio* dall'altro, e avevano concluso che mentre lo *sponsor* e il *fidepromissor* promettendo una propria prestazione assumevano un'obbligazione, il *fideiussor* si rendeva responsabile per un'obbligazione altrui. Sulla stessa linea interpretativa si pongono poi G. BESELER, 'Miscellanea', cit., 237 ss. e soprattutto W. FLUME, *Studien*, cit., 39 ss., il quale, partendo dall'esame delle *interrogationes* delle tre stipulazioni di garanzia, perviene all'interpretazione della *fideiussio* quale negozio di pura responsabilità, per verificare quindi la correttezza delle sue conclusioni ripercorrendo l'intera disciplina dell'istituto. La *fideiussio* poi è intesa come istituto mediante il quale il garante si rende responsabile per l'obbligazione del debitore principale anche da: F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 72 il quale però sostiene che in età postclassica, con la caduta della *sponsio* e della *fidepromissio*, la *fideiussio* si attegga sempre più a promessa della propria prestazione; E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 151 secondo il quale «il *iubere*, che richiama e rinvia ad un debito altrui, significa assunzione, sulla propria *fides*, delle conseguenze che dal debito potranno derivare in caso d'inadempimento, e pertanto significa che il garante assume in via sussidiaria di adempiere l'aspettativa del creditore: aspettativa, sulla quale qui cade l'accento, per modo da conferire al garante la posizione di debitore sussidiario di pari grado, da convenire indifferentemente a scelta del creditore»; F. SCHULZ, *Classical*, cit., 499 il quale sottolinea che «the *fideiussor* did not (like the *sponsor* and the *fidepromissor*) promise what the principal debtor had promised, but he declared himself to be liable for the fulfilment of the principal obligation by the principal debtor»; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 71 ss.; F. PASTORI, *Osservazioni*, cit., 141 s. il quale osserva che «mentre lo *sponsor* e il *fidepromissor* promettono l'*idem*, ossia una propria prestazione con contenuto identico a quella del debitore principale, il *fideiussor* si obbliga con la formula *Quod Maevius debet id fide tua esse iubes? iubeo*, che viene interpretata quale assunzione di garanzia per l'adempimento del debitore» ma ritiene che l'esito della stipulazione sia di «creare in capo al garante, che risponde solo per l'inadempimento totale o parziale, un'obbligazione sussidiaria rispetto all'obbligazione garantita»; C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 156 il quale chiarisce che «il garante si impegna a che il debitore principale esegua la sua prestazione; ma ciò, non nel senso di un'obbligazione del fatto del terzo, bensì come assunzione da parte del dichiarante (il fideiussore) della responsabilità per l'inadempimento del debitore principale. In sostanza, il *fideiussor* si impegna, in caso di inadempimento da parte del debitore, a dare lui stesso soddisfazione al creditore, magari certo anche in forma specifica, ma comunque risarcendogli il danno, pagandogli cioè la stessa somma alla quale il debitore dovrebbe essere condannato se il creditore agisse contro di lui in seguito a tale inadempimento»; F. BRIGUGLIO, *Un puntino*, cit., 117 il quale afferma che «nella fideiussione compare una forte caratterizzazione come assunzione di responsabilità per un debito altrui, per cui il fideiussore non è da considerarsi soggetto ad un dovere di prestazione, ma assume la responsabilità per il caso di inadempimento del debitore principale». Ritengono invece che la *fideiussio* crei un normale rapporto obbligatorio: E. LEVY, 'Sponsio', cit., 128 ss. il quale sostiene che le differenze

per la prestazione dovuta da un soggetto si risolve nella responsabilità per l'obbligazione di quel soggetto, poiché l'oggetto dell'obbligazione si identifica con la prestazione dovuta dal debitore, la situazione giuridica di cui il garante acquista la titolarità per effetto della *fideiussio* è una mera responsabilità per l'obbligazione di un terzo.

I risultati sinora raggiunti sono stati fondati esclusivamente sull'analisi del dialogo stipulatorio: è necessario pertanto verificare se vi è qualche altro elemento che confermi, o al contrario escluda, che la *fideiussio* non crea un nuovo rapporto obbligatorio tra creditore e garante ma determina l'assunzione, da parte del garante, della responsabilità per l'obbligazione del debitore principale.

A tale riguardo risulta innanzitutto significativo che nel Digesto non vi sia alcun passo nel quale *fideiussio*, *fideiubeo*, *fideiussor* siano impiegati per designare rispettivamente una normale obbligazione verbale, il verbo utilizzato per costituirlo e il suo debitore. Si può ipotizzare infatti che tale mancanza sia la conseguenza del fatto che la *fideiussio* non è atta a costituire rapporti obbligatori tra le parti che si scambiano *interrogatio* e *responsio* e che tale inidoneità sussista non soltanto quando si volesse creare una normale obbligazione ma anche quando si intendesse assumere una garanzia.

Non è di ostacolo a tale ricostruzione

Iul. 54 dig. D. 46.3.34.1: *Si duo rei stipulandi hominem dari stipulati fuerint et promissor utrique partes diversorum hominum dederit, dubium non est, quin non liberetur. Sed si eiusdem hominis partes*

formali tra le stipulazioni di garanzia non si traducevano in differenze sostanziali; S. SOLAZZI, *Mora del convenuto con le azioni adiectitiae e mora del fideiussore*, in *RISG*, LXI, 1919, ora in, *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1957, 272; W.W. BUCKLAND, *Le limites de l'obligation du 'fideiussor'*, in *RHD*, XII, 1933, 119 ss.; M. DAVID, in *ZSS*, LIII, 1933, 611; G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 490 s. il quale osserva che «tra l'assumere su di sé verso il creditore la responsabilità per ciò che altri deve o sarà per dovere pur senza dichiarata promessa di fare questa prestazione (*fideiussio*) e il promettere l'identica prestazione sotto la propria responsabilità (*fidepromissio*), escluso però che si tratti di obbligazione cumulativa o di *duo rei promittendi*, la distanza non doveva essere nemmeno dappprincipio troppo grande», nel senso che anche la *fideiussio* doveva costituire un rapporto obbligatorio; A. BERETTA, *Sulle formule*, cit., 80 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 224 n. 2 il quale rileva che per alcuni *id fide tua esse iubes* «è il modo di *fideiubere* perché questa frase non significherebbe promessa ma garanzia; il garante dà un *iussum*, esprime cioè il suo consenso che *id* (l'obbligo del debitore) riposi sulla sua fede. Per noi, anche se usava *id*, il significato della frase è sempre lo stesso di quello di *spondes* o *promittis*; e l'*id* o l'*idem* indicano l'oggetto della promessa. Il garante *iubet*, ossia consente ciò stesso che consenti il debitore»; A. GUARINO, *Diritto*, cit., 895; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 606 secondo il quale anche nella *fideiussio* «il promittente si obbliga ad eseguire la medesima prestazione promessa dal debitore principale».

utriusque dederit, liberatio contingit, quia obligatio communis efficit, ut quod duobus solutum est, uni solutum esse videatur. Nam ex contrario cum duo fideiussores hominem dari sponderint, diversorum quidem hominum partes dantes non liberantur: at si eiusdem hominis partes dederint, liberantur.

In questo passo effettivamente il termine *fideiussores* non designa dei garanti ma dei debitori solidali (¹³⁹), parti di un autonomo rapporto obbligatorio: *nam ex contrario* (¹⁴⁰) serve infatti a segnalare che una soluzione analoga a quelle indicata nella prima parte del paragrafo vale anche quando la solidarietà si verifica dal lato passivo anziché da quello attivo; non vi sono poi ragioni che suggeriscano che Giuliano faccia riferimento ad un particolare tipo di debitori solidali quali sono i cofideiussori. Tuttavia, l'impiego del verbo *sponderint* per indicare la promessa effettuata dai debitori solidali induce a ritenere che questi ultimi fossero originariamente degli *sponsores* (¹⁴¹). Pertanto, poiché il termine *sponsor* è assai raramente utilizzato per indicare un debitore principale, è plausibile ipotizzare che i compilatori giustinianeî, ritenendo che Giuliano si occupasse di garanti, abbiano manipolato il passo sostituendo *sponsores* con *fideiussores*.

Notevoli problemi per la tenuta dell'interpretazione della *fideiussio* quale mera assunzione di responsabilità da parte del garante sono invece cagionati da un passo delle Istituzioni gaiane dal quale traspare che, quantomeno in un particolare contesto, una *interrogatio* contenente il verbo *fideiubeo* può essere impiegata per creare un rapporto obbligatorio. Si tratta di

Gai 3.112: *Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos uti sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: DARI*

¹³⁹ Ciò è stato oggetto di discussione in dottrina: per E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 2 infatti il passo si occupa di *correi debendi*; per L. MITTEIS, *Herkunft der Stipulation*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht: Festschrift für Ernst Immanuel Bekker*, Weimar, 1907, 118, W. FLUME, *Studien*, cit., 12 e F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, II, Napoli, 1938, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, 244 n. 10 invece di garanti.

¹⁴⁰ L'uso di *ex contrario* è indicato come prova del fatto che il passo si occupa di debitori solidali anche da F. DE MARTINO, *Studi*, II, cit., 244 n. 10.

¹⁴¹ Sostengono che *fideiussores* è interpolato in luogo di *sponsores*: O. LENEL, '*Palingenesia iuris civilis*', I, Lipsia, 1889, 459; A. PERNICE, '*Parerga*', cit., 182 n. 4; E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 2; W. FLUME, *Studien*, cit., 12; G. SEGRÈ, *Corso*, cit., 64 n. 1; F. DE MARTINO, *Studi*, II, cit., 244 n. 10.

SPONDES? ille sic adstipulari potest: IDEM FIDE TVA PROMITTIS? vel: IDEM FIDEIVBES? vel contra.

Gaio, occupandosi delle modalità di costituzione dell'*adstipulatio*, spiega che il verbo utilizzato dall'*adstipulator* nell'*interrogatio* con la quale si rivolge al debitore può essere diverso da quello precedentemente impiegato dal creditore principale nella propria *interrogatio*: così, se il creditore chiede al debitore *dari spondes?*, l'*adstipulator* può usare *idem fide tua promittis?* oppure *idem fideiubes?*; se al contrario il creditore ha impiegato *fide tua promittis?* oppure *fideiubes?*, l'*adstipulator* può chiedere *idem dari spondes?* Emerge quindi che le tre *interrogationes* sono sostanzialmente equivalenti, in quanto tutte idonee a far sorgere un'obbligazione tra l'*interrogans* e il *respondens*, e per questo motivo possono essere indifferentemente impiegate dal creditore e dall'*adstipulator*.

La dottrina ha elaborato diverse teorie per spiegare Gai 3.112 ⁽¹⁴²⁾ ma gran parte di esse non pare condivisibile, neppure metodologicamente. Non sembra in particolare compatibile con una seria analisi scientifica delle fonti l'atteggiamento di quegli Autori che, con troppa facilità, dichiarano non genuino un testo, o parte di un testo, soltanto perché in contrasto con la propria interpretazione di un istituto. Non è invece possibile prescindere da quanto inequivocabilmente emerge dal passo gaiano: l'*interrogatio* '*fideiubes*' può essere utilizzata tanto dall'*adstipulator* quanto dal debitore principale per costituire un rapporto obbligatorio con il debitore.

Premesso che la scarsità di informazioni relative alla *adstipulatio* in generale, e a questo specifico aspetto della sua disciplina in particolare, permette di formulare soltanto ipotesi, si può allora pensare che la *fideiussio*, dopo essere stata introdotta come stipulazione con funzione di garanzia, a partire da un certo momento sia stata impiegata anche come stipulazione attivamente accessoria, per analogia con quanto già accadeva con la *sponsio* e la *fidepromissio*, ma con effetti diversi rispetto a queste. È possibile infatti che, inizialmente, l'*adstipulatio*, costituita mediante la domanda *idem fide tua*

¹⁴² A tale riguardo E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 25 ss., il quale ritiene che la *fideiussio* sia esclusivamente un istituto di garanzia ma che abbia come effetto la costituzione di un'obbligazione, al pari di *sponsio* e *fidepromissio*, ha sostenuto che nel passo Gaio avrebbe indicato, come esempi di *adstipulatio*, delle stipulazioni di garanzia. G. SEGRÈ, *Corso*, cit., 65 di contro ha ipotizzato che colui che si obbliga nei confronti del creditore in qualità di debitore si impegna invece nei riguardi dell'*adstipulator* come fideiussore. W. FLUME, *Studien*, cit., 61 ss. infine, ha proposto di considerare *vel idem fideiubes* un glossema postclassico introdotto da un glossatore che, tratto in errore dalla somiglianza tra Gai 3.112 e Gai 3.116, avrebbe ritenuto che anche il primo passo si occupasse di stipulazioni di garanzia.

esse iubes?, non comportasse la creazione di un vero rapporto obbligatorio ma soltanto l'assunzione di responsabilità da parte del debitore nei confronti dell'*adstipulator*, con la conseguenza che quest'ultimo poteva agire in caso di inadempimento ma, non essendo il creditore di una prestazione a lui dovuta, non era legittimato a rimettere l'obbligazione o a novarla. È plausibile poi che il regime di questa stipulazione attivamente accessoria si sia progressivamente uniformato a quello delle altre e che al termine di questo processo l'*interrogatio* '*fideiubes?*', che nel frattempo aveva sostituito la più antica *idem fide tua esse iubes?*, nella quale *id* e *fide tua esse* facevano maggiormente emergere il riferimento all'assunzione di responsabilità, determinasse ormai la costituzione di un normale rapporto obbligatorio tra *adstipulator* e debitore (¹⁴³). A questo punto è ipotizzabile che anche il creditore principale abbia cominciato ad utilizzare *fideiubes?* per dare vita alla propria obbligazione con il debitore.

Poiché, oltre a Gai 3.112, non vi sono altri passi delle Istituzioni giurine né del Digesto nei quali *fideiussio* designi un normale rapporto obbligatorio, è possibile sostenere che il verbo *fideiubeo* si sia evoluto, acquistando la capacità di costituire un'ordinaria obbligazione, soltanto con riferimento alla speciale figura dell'*adstipulatio* (¹⁴⁴) e senza che ciò abbia influenzato in alcun modo la *fideiussio* come stipulazione di garanzia, che è rimasta mera assunzione di responsabilità da parte del garante per l'obbligazione del debitore principale.

Resta da affrontare un'ultima questione, sempre sollevata dalle Istituzioni giurine, che potrebbe rappresentare un serio ostacolo all'accoglimento dell'interpretazione della *fideiussio* che si è proposta: la *fideiussio* è considerata da Gaio una *obligatio verbis contracta*, come emerge esplicitamente da Gai 3.92 e, più in generale, dal fatto che la trattazione dell'istituto è collocata nell'ambito dell'esposizione della disciplina delle obbligazioni verbali.

Ad un'analisi superficiale del problema, la qualificazione di *obligatio* riservata alla *fideiussio* sembrerebbe precludere la possibilità di negare che l'istituto abbia come effetto la costituzione di un rapporto obbligatorio tra creditore e garante. Se si considerano però le caratteristiche proprie delle

¹⁴³ Anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 29 ritiene che l'acquisto, da parte dell'*interrogatio*, dell'idoneità a costituire rapporti obbligatori sia legata al passaggio dalla forma *id fide tua esse iubes?* a *id fideiubes?*

¹⁴⁴ Non è condivisibile quindi la posizione di S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 224 n. 2 e di F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 21 secondo i quali la *fideiussio* ha come effetto la creazione di normali rapporti obbligatori anche al di fuori del suo utilizzo come *adstipulatio*.

obligationes verbis contractae è possibile pervenire a diverse conclusioni. Ciò che accomuna infatti *sponsio* e *fidepromissio*, sia come normali obbligazioni, sia come obbligazioni di garanzia, e ne giustifica la riconduzione entro un'unica categoria, è la presenza di un accordo tra le parti, creditore e debitore, che acquista rilevanza giuridica nella misura in cui costituisce il contenuto di una domanda e di una risposta che le parti stesse si scambiano rispettando certe regole di forma, ovvero la contestualità di *interrogatio* e *responsio* e la *congruentia verborum*. Le stesse caratteristiche strutturali però, sono proprie anche della *fideiussio*: pure in questo istituto infatti è presente un accordo tra creditore e fideiussore che diviene giuridicamente rilevante in quanto trasfuso in uno scambio di *interrogatio* e *responsio*. *Sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio* presentano quindi la stessa modalità di costituzione, ciò che le differenzia è l'esito del dialogo stipulatorio, cioè il sorgere di un rapporto obbligatorio nella *sponsio* e nella *fidepromissio*, l'assunzione di responsabilità per un'obbligazione altrui nella *fideiussio*.

Se si considera che anche alla base delle altre tre categorie di obbligazioni contrattuali vi è un elemento formale, la consegna della cosa nelle *obligationes re contractae*, l'uso delle *litterae* nelle *obligationes litteris contractae*, la formazione del consenso nelle *obligationes consensu contractae*, si può ipotizzare che Gaio abbia ritenuto maggiormente rilevante l'analogia strutturale esistente tra *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio* e che per questo abbia deciso di trattarle contestualmente, nonostante le diverse conseguenze sostanziali. Il termine *obligatio* quindi, con riferimento alla *fideiussio*, risulterebbe utilizzato soltanto in modo improprio, per indicare l'appartenenza ad un gruppo di istituti accomunati dalle stesse modalità di costituzione.

Esaurita l'analisi delle caratteristiche della situazione giuridica soggettiva di cui diviene titolare il garante per effetto della costituzione della *fideiussio*, è necessario trattare brevemente un ultimo problema, cioè l'esistenza o meno di un rapporto di solidarietà tra debitore principale e garante. Sebbene tale questione sia stata oggetto di vivace dibattito in dottrina (¹⁴⁵), essa può essere facilmente risolta sulla base dei risultati sinora raggiunti.

¹⁴⁵ Negano l'esistenza di un rapporto di solidarietà tra *fideiussio* e obbligazione principale: O. GEIB, *Zur Dogmatik*, cit., 55; G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 492; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 501; W.W. BUCKLAND, *Principal and 'fideiussor'*. 'Consumptio litis', in *Juridical Review*, LIII, 1941, 281 ss.; C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni*, cit., 36; ID., *Corso*, cit., 156. L'opposta tesi è sostenuta invece da: F.L. KELLER, *Über 'Litis contestatio' und Urteil*, Zürich, 1827, 435; J. BINDER, *Die Korrealobligationen im Römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899, 136; E. LEVY, *Die Konkurrenz der*

Bisogna innanzitutto stabilire che cosa si intende per solidarietà. Questa è una categoria giuridica utilizzabile per qualificare la relazione esistente tra due obbligazioni aventi lo stesso debitore o lo stesso creditore. In particolare, si parla di solidarietà attiva quando un medesimo debitore è parte di più obbligazioni che, pur avendo creditori diversi, sono intimamente legate tra loro in quanto hanno il medesimo oggetto, con la conseguenza che ciascun creditore può pretendere l'intera prestazione e l'adempimento effettuato ad uno dei creditori libera il debitore anche nei confronti degli altri. Si ha invece solidarietà passiva quando uno stesso soggetto è creditore di più obbligazioni aventi debitori diversi ma il medesimo oggetto (¹⁴⁶), cosicché egli può pretendere l'intera prestazione da ciascun debitore e l'adempimento di uno libera anche tutti gli altri debitori.

Il presupposto della solidarietà comunque, è l'esistenza di due o più obbligazioni. Ciò manca quando si considera la relazione tra le situazioni giuridiche soggettive delle quali sono titolari il debitore principale e il garante perché, come si è ormai ampiamente dimostrato, il *fideiussor* non è debitore

Aktionen und Personen im klassischen Recht, I, Berlin, 1918, 190 ss.; G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche a ricordo di G. Castelli*, Milano, 1940, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 295 ss.; E. LEVY, *Principal and Surety in Classical Roman Law*, in *Seminar*, II, Washington, 1944, 15; G. PROVERA, *Riflessioni sul 'beneficium cedendarum actionum'*, in *Studi C. Sanfilippo*, IV, 1983, 612; F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus'*, cit., 48 il quale fonda la propria posizione soprattutto sugli effetti della *litis contestatio*.

¹⁴⁶ Da quanto appena detto e da quanto già segnalato circa la struttura delle stipulazioni passivamente solidali, emerge che il fenomeno della solidarietà passiva è ritenuto manifestarsi in una pluralità di obbligazioni accomunate dall'identità dell'oggetto. Questa è la posizione sostenuta in dottrina da: J. BINDER, *Die Korrealobligationen*, cit., 38; G. SEGRÈ, *Lezioni di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Torino, 1922, 193; G. LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milano, 1936, 135 ss.; G.G. ARCHI, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, I, Firenze, 1957, 41 s.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (dir. rom)*, cit., 54 s. Bisogna però segnalare che sono state effettuate anche altre ricostruzioni della solidarietà. In particolare, è stato sostenuto che la solidarietà passiva dà vita a più obbligazioni caratterizzate da un'unica prestazione; così: G. BRANCA, *'Unum debitum' e 'plures obligationes'*, in *Riv. dir. comm.*, LII, 1954, ora in *Studi in onore di P. De Francisci*, III, Milano, 1956, 142 ss.; A. MASI, voce *Solidarietà*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 833. Inoltre l'elemento che dà unitarietà alle obbligazioni solidali è stato ravvisato anche nell'identità dello scopo della prestazione; in tal senso: F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, in *Arch. civ. Prax.*, LXXVII, 1891, 421; H. DERNBURG, *Pandekten*, II, Berlin, 1897, 196; B.J.H. WINDSHEID, *Lerbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1906, 220; J. BINDER, *Die Korrealobligationen*, cit., 54 che considera lo scopo insieme all'oggetto; G.G. ARCHI, *Corso*, cit., 68 il quale dà rilievo anche all'oggetto. Altri autori infine interpretano la solidarietà in modo nettamente diverso, sostenendo che essa si traduce in un unico debito con una pluralità di soggetti passivi; questa la posizione di: G. BORTOLUCCI, *Un critico del Fabro (per la storia delle obbligazioni solidali)*, in *conferenze romanistiche*, Milano, 1940, 201; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, 26.

di alcuna obbligazione bensì è responsabile per l'obbligazione del debitore principale. Pertanto, pur esistendo tra le due situazioni giuridiche un rapporto particolarmente stretto, conseguenza del fatto che il *fideiussor* si assume la responsabilità per la stessa prestazione dovuta dal debitore, e pur essendo la disciplina di questo rapporto in molti punti coincidente a quella propria delle obbligazioni solidali, sarebbe improprio utilizzare la categoria della solidarietà.

5. *L'obbligazione garantita come premessa per la costituzione di una valida stipulazione di garanzia.*

Analizzati gli elementi strutturali delle stipulazioni verbali di garanzia, e chiarito in particolare il contenuto dell'obbligazione del garante, è possibile ora affrontare con più solide basi il tema centrale di questo lavoro, la qualificazione in termini di accessorietà o autonomia della relazione esistente tra l'obbligazione dell'*adpromissor* e l'obbligazione garantita. A tale riguardo si è già visto che diversi sono gli aspetti ai quali viene dato rilievo dalla moderna dottrina per ricondurre detta relazione all'una o all'altra categoria. Si procederà ora ad una loro analisi sistematica: in particolare, si considereranno dapprima le condizioni necessarie per il sorgere di una valida obbligazione di garanzia, per stabilire se e come essa si rapporti, al momento della sua genesi, con l'obbligazione garantita; poi si individueranno le vicende relative all'obbligazione garantita che assumono rilievo anche per l'obbligazione di garanzia, per determinare se e in che modo quest'ultima, dopo la sua genesi, si relazioni alla prima.

In base a tale disegno programmatico è d'uopo iniziare dalla dibattuta questione della validità dell'obbligazione garantita quale presupposto necessario per la costituzione della garanzia. Imprescindibile punto di partenza di ogni riflessione sul tema è un noto luogo delle Istituzioni giurine,

Gai 3.118: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. 119a. Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. At ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis*

obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeat.

Il passo, molto denso e ricco di aspetti problematici, necessita di un'attenta e approfondita analisi che, cogliendo l'indicazione di Gaio stesso (¹⁴⁷), dovrà essere condotta considerando separatamente *sponsio* e *fidepromissio* da un lato, *fideiussio* dall'altro.

6. *Lo scambio di 'interrogatio' e 'responsio' tra creditore e debitore come presupposto per la costituzione di una 'sponsio' o di una 'fidepromissio' valida.*

Per quanto riguarda i primi due istituti, si consideri innanzitutto il contenuto di Gai 3.119. Il paragrafo si apre segnalando che *sponsio* e *fidepromissio* possono accedere soltanto ad un'obbligazione verbale. Segue però un'importante precisazione: la garanzia sorge per quanto talvolta il debitore dell'obbligazione principale abbia promesso ma non si sia in realtà obbligato, come nel caso della donna o del pupillo che abbiano promesso senza l'*auctoritas* del tutore o in quello di chi abbia promesso di dare dopo la propria morte. Vengono infine ricordati due casi controversi: è oggetto di dibattito tra i giuristi la validità della *sponsio* e della *fidepromissio* costituite a garanzia della *stipulatio* compiuta da un servo e di quella eseguita da un peregrino.

Tentando ora di stabilire il significato del passo, il primo dato da considerare è che in esso vengono indicati cinque casi, tre certi e due dubbi, nei quali, pur a fronte dell'invalidità dell'obbligazione garantita, *sponsio* e *fidepromissio* possono essere validamente concluse. Di ciò possono essere date due opposte spiegazioni: i cinque casi *de quibus* sono eccezioni ad una regola generale in base alla quale *sponsio* e *fidepromissio* possono accedere soltanto ad un'obbligazione valida ed efficace, oppure sono degli esempi mediante i quali si intende affermare l'opposto principio, cioè che *sponsio* e *fidepromissio* possono in generale accedere ad un'obbligazione invalida. Per poter accogliere la prima soluzione è necessario dimostrare l'esistenza di ragioni peculiari che giustifichino, nelle situazioni in questione, la deroga al

¹⁴⁷ Si intende alludere a quanto segnalato da Gai 3.118: il paragrafo, che introduce la trattazione dei requisiti dell'obbligazione principale, avverte che la disciplina della *sponsio* e della *fidepromissio* è simile mentre quella della *fideiussio* molto diversa.

principio generale (¹⁴⁸). La scelta della seconda opzione interpretativa richiede di contro una ricostruzione dogmatica che consenta di spiegare perché, con riferimento a due casi di obbligazione da garantire invalida, la dottrina è divisa (¹⁴⁹).

Non sembra utile, invece, seguire la via battuta da quegli autori (¹⁵⁰) che ritengono di poter giungere alla corretta ricostruzione del contenuto del passo avvalendosi soltanto di argomenti di tipo formalistico, attinenti al significato di *quamvis* e di *interdum*, perché se non si può certo prescindere dalla puntuale considerazione del dato testuale, non è neppure possibile omettere di verificare se i risultati raggiunti mediante l'analisi dei testi siano compatibili con una ricostruzione sistematica degli istituti fondata sulla considerazione dei dati contenutistici sostanziali.

¹⁴⁸ Per completezza bisogna aggiungere che due interpretazioni, fondate su premesse del tutto diverse, configurano entrambe i cinque istituti citati in Gai 3.119 come eccezioni tassative alla regola della necessaria validità dell'obbligazione da garantire: secondo la prima, elaborata dalla Pandettistica e sostenuta in tempi più recenti da F. KNIEP, *'Gai Institutionum Commentarius'. Text mit Vorwort, Erklärung und Anhangen*, V, Jena, 1911, 396, H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Darmstadt, 1925, 296 e P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, 445, particolari ragioni attinenti alla disciplina degli istituti in questione hanno indotto i giuristi dell'età classica ad ammettere la validità di *sponsio* e *fidepromissio* assunte a loro garanzia, in deroga alla regola della necessaria validità dell'obbligazione garantita; secondo l'altra interpretazione, invece, sviluppata da G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *BIDR*, 1934, ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 495 ss. e fatta propria da A. BERETTA, *Sulle formule di stipulazione fideiussoria e novativa*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini I*, Milano, 1947, 82, e da F. PASTORI, *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1990, 145 ss., le stipulazioni *de quibus* sono casi tassativi nei quali, ancora in età classica, trova applicazione l'originaria disciplina di *sponsio* e *fidepromissio* in base alla quale era del tutto irrilevante l'invalidità dell'obbligazione garantita.

¹⁴⁹ Tale interpretazione, seppur sulla base di diverse giustificazioni, è stata sostenuta da S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, 226 n. 2, W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Burgshaftstipulationen*, Weimar, 1932, 64 ss., F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali I Autonomia classica della sponsio*, Napoli, 1937, ora in ID., *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli, 1995, 52 ss. e ID., *Le garanzie personali dell'obbligazione I*, Roma, 1940, 78 ss., F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, 495 ss., E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano II Obbligazioni*, Padova, 1960, 149 s., M. TALAMANCA, voce *Fideiussione (dir. rom.)*, cit., 331, C.A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano medievale moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, XII, Torino, 1995, 449 e ID., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, 168, F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus succurri solet'*, Milano, 1999, 20 ss. e ID., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di Peppe, Padova, 2008, 102 ss.

¹⁵⁰ Si tratta in particolare del G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, cit., 495.

Si debbono allora analizzare ad una ad una le cinque ipotesi menzionate in Gai 3.119. Iniziando dalla *stipulatio mulieris sine tutoris auctoritate* (¹⁵¹), bisogna segnalare che una certa parte della dottrina (¹⁵²) ritiene la validità della *sponsio* e della *fidepromissio* prestate per siffatto tipo di obbligazione un'eccezione alla regola della necessaria validità dell'obbligazione garantita e indica come possibile ragione giustificatrice l'attenuazione dei principi classici in materia di tutela muliebre. In particolare, gli autori che aderiscono a questa tesi sottolineano che la tutela legittima all'epoca di Gaio era ormai scomparsa da tempo (¹⁵³) e che lo stesso giurista si interroga sull'effettiva utilità dell'istituto della tutela muliebre nel suo complesso, dal momento che le donne ormai amministravano da sole il proprio patrimonio e richiedevano, quando necessaria, l'*auctoritas* del tutore, che poteva essere costretto dal pretore a prestarla (¹⁵⁴).

Tale ricostruzione non pare convincente. Se presupposto necessario della garanzia fosse infatti la validità dell'obbligazione da garantire, non vi sarebbero ragioni che consentano di configurare come eccezione a tale regola

¹⁵¹ Bisogna tener presente che la donna *sui iuris* è sottoposta a tutela e ha ridotta capacità di agire. Ella infatti è capace di compiere atti dai quali le derivano soltanto effetti vantaggiosi e alcuni atti svantaggiosi, come alienare *res nec mancipi* o estinguere obbligazioni. È invece incapace di compiere da sola altri atti svantaggiosi come alienare *res mancipi*, assumere obbligazioni da contratto, condurre un processo, procedere all'*aditio hereditatis*: è necessario che in questi casi intervenga il tutore prestando la sua *auctoritas* affinché l'atto produca effetti nei confronti della donna (per un elenco di atti per i quali è necessaria l'*auctoritas* del tutore si veda Ulp. Tit. 11.27: *Tutoris auctoritate necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in conturbatio alieni servi morari, si rem mancipi alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est.*). Con riferimento alla *stipulatio*, poiché è un'obbligazione contrattuale, in assenza dell'*auctoritas* del tutore essa è invalida, quindi la donna non si obbliga nei confronti della controparte.

¹⁵² Si tratta della posizione della Pandettistica e, con diverso significato, del F. PASTORI, *Elementi*, cit., 146.

¹⁵³ Effettivamente una *Lex Claudia* del I sec. d. C. aboliva la tutela legittima, ad eccezione di quella sulle liberte, come risulta da Gai 1.157 (*Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae, quod ad feminas attinet, agnatorum tutelae sustulit: itaque masculus quidem in pubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem; femina vero talem habere tutorem non potest.*) e Gai 1.171 (*Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint.*).

¹⁵⁴ Si veda infatti Gai 1.190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.*

la garanzia prestata per una *stipulatio mulieris sine tutoris auctoritate* ⁽¹⁵⁵⁾. Gli innegabili mutamenti intervenuti nella disciplina della tutela muliebre sin dall'età tardo repubblicana ⁽¹⁵⁶⁾ e l'inconfutabile atteggiamento critico di Gaio nei confronti dell'istituto non rendono la stipulazione effettuata da una donna senza l'*auctoritas* del tutore in cui essa è prescritta diversa da un qualsiasi altro negozio invalido. L'introduzione della coercibilità dell'*auctoritas* può indurre anzi a ben diverse considerazioni: se la valorizzazione dell'interesse della donna rispetto a quello del tutore non si è tradotto nell'attribuzione di validità al negozio concluso dalla donna senza l'*auctoritas* del tutore che ad esso si oppone ma ha comportato soltanto la possibilità di costringere il tutore a prestare detta *auctoritas* attraverso l'intervento del pretore, è ben difficile pensare che nell'ambito delle garanzie

¹⁵⁵ Non pare condivisibile quindi l'opinione di F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 50 il quale ritiene la *stipulatio mulieris* l'unico dei cinque casi indicati in Gai 3.119 nel quale la validità della garanzia potrebbe essere giustificata da ragioni peculiari attinenti alla disciplina dell'obbligazione garantita.

¹⁵⁶ Si verifica infatti, a partire da tale periodo, un progressivo svuotamento dell'originaria funzione dell'istituto. Diversi elementi permettono di sostenere che in età arcaica la tutela muliebre si configurasse come un diritto potestativo del tutore e non come un istituto di protezione della donna. Il fatto che la forma più risalente di tutela sia stata quella legittima (cfr. P. ZANNINI, voce *Tutela (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 313 il quale ritiene che dal tenore di Gai 1.114: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus impuberibus, feminini vero impuberibus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*, Paul. libro *singulari de testamentis* Fg. Vat. 229: *Parentibus licet liberis suis in potestate manentibus testamento tutores dare, masculi quidem impuberibus, feminis vero etiam puberibus, et tam iam natis quam etiam postumis. itaque post institutionem heredum hoc modo scribere potest: 'Lucio Titio filio meo et si mihi vivo mortuove nati ali erunt, tutores do Lucium Aurelium et Gaium Optatum, a quibus peto, ut tutelam liberorum meorum gerant ita, ut ea quae in Asia reliquero, Aurelius, ea autem quae in Italia, Optatus administret'. e Gai 12 ad ed. D. 26.2.1 pr: *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare.* si possa arguire che la legge delle XII tavole introdusse la tutela testamentaria solo per i pupilli e non per le donne) fa ipotizzare che l'istituto fosse diretto a tutelare le aspettative ereditarie degli agnati sul patrimonio delle donne. Nello stesso senso depongono l'esonero dalla tutela delle Vestali e la circostanza che il tutore legittimo potesse essere anche impubere, muto o furioso. Anche i poteri del tutore, limitati sempre alla prestazione dell'*auctoritas*, e mai estesi all'amministrazione del patrimonio della donna, portano alla stessa conclusione. Dall'età tardo repubblicana invece, una serie di novità normative mettono in discussione la configurazione stessa dell'istituto: nella tutela testamentaria viene introdotta la *tutoris optio*, clausola in forza della quale la donna può scegliersi il tutore e persino cambiarlo più volte; viene configurata come presupposto della tutela dativa la richiesta della donna stessa; viene ammessa la coercibilità dell'*auctoritas* del tutore testamentario e dativo; verso il 40 d. C. una *Lex Claudia* abroga la tutela legittima; con la *Lex Iulia* e *Papia* viene introdotto l'esonero da ogni forma di tutela per le donne che abbiano partorito tre figli, se ingenue, quattro, se liberte. Tutti questi mutamenti non permettono più di configurare la tutela muliebre come potestà del tutore e mettono in discussione l'utilità stessa dell'istituto.*

personali lo stesso mutamento di tendenze si sia concretizzato invece nel riconoscimento di validità alla *sponsio* o alla *fidepromissio* prestata per una *stipulatio mulieris sine tutoris auctoritate*, cioè in una netta e decisa rottura con i principi tradizionali, piuttosto che nell'introduzione di misure meno radicali, come ad esempio qualche rimedio a livello di diritto onorario. Escluso così ogni riflesso dell'evoluzione della disciplina della tutela muliebre, fintanto che si pretende di affermare che di regola l'obbligazione garantita deve essere valida ed efficace, non sono neppure ipotizzabili altre spiegazioni della validità della garanzia prestata per una stipulazione conclusa da una donna senza l'*auctoritas* del tutore.

Passando ora alla *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate* ⁽¹⁵⁷⁾, viene innanzitutto in rilievo la sua configurabilità quale *obligatio naturalis*. Si potrebbe infatti sostenere che la promessa effettuata dal pupillo senza l'*auctoritas* del tutore, pur essendo civilisticamente invalida, sia riconducibile alla categoria delle obbligazioni naturali e in quanto tale possa essere garantita mediante *sponsio* o *fidepromissio*. Una tale spiegazione però non è soddisfacente perché, se anche fosse corretto qualificare *naturalis* la *obligatio* del pupillo, il che non è pacifico in dottrina ⁽¹⁵⁸⁾, non è certamente questa la

¹⁵⁷ Il *pupillus*, inteso come *infantia maior* e non come generico *impubere*, è parzialmente incapace di agire e in quanto tale sottoposto a tutela: in particolare, può compiere validamente soltanto gli atti che producono nei suoi confronti esclusivamente effetti favorevoli; affinché un atto produca anche effetti sfavorevoli è necessario che egli agisca con l'*auctoritas* del tutore. Pertanto, una *stipulatio* effettuata dal pupillo in assenza dell'*auctoritas* del tutore è invalida perché non obbliga il pupillo nei confronti della controparte, essendo questo un effetto pregiudizievole per l'incapace. In tal senso si veda Gai 3.107: *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, velut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*

¹⁵⁸ Il tema della qualificazione della *stipulatio pupilli* si inserisce nel più ampio problema della definizione del concetto di *obligatio naturalis*. Senza alcuna pretesa di trattare in maniera esaustiva un argomento che è oggetto di vastissima letteratura, è necessario quantomeno segnalare che la dottrina moderna ha elaborato differenti ricostruzioni della categoria di obbligazione naturale, nel tentativo di superare le contraddizioni che si rinvenivano nelle fonti. Considerando infatti i passi del Digesto nei quali si parla di *obligatio naturalis*, sono individuabili tre gruppi di obbligazioni naturali (cfr. in tal senso M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, cit., 59): la prima è data da quelle fattispecie in cui la prestazione è incoercibile a causa della situazione di diritto familiare o personale di una delle parti (*obligatio* del servo, *obligatio* del *filius familias* nei confronti di altri appartenenti alla *familia*, crediti delle *personae alieni iuris* verso l'avente potestà o le altre persone soggette alla medesima potestà, obbligazioni del *capite minutus*, obbligazioni assunte dal pupillo *sine tutoris auctoritate*); la seconda è composta da istituti molto diversi tra loro ma accomunati dalla incoercibilità della prestazione (obbligazioni che vengono individuate dopo la *litis contestatio* e la sentenza di assoluzione ingiusta; obbligazioni da mero patto; obbligazioni corrispondenti ad un dovere morale o sociale, come per la donazione remuneratoria, per le *operae liberti*, per la dote); la terza raggruppa obbligazioni coercibili e

ragione che induce Gaio ad affermare la validità della *sponsio* o della *fidepromissio* che la garantiscono: la *stipulatio servi*, infatti, è un caso pacifico di obbligazione naturale, ciò non di meno il giurista segnala come dubbia la validità della garanzia per essa assunta (¹⁵⁹).

Merita qualche considerazione poi l'*actio in id quod pupillus locupletior factus est*, azione pretoria mediante la quale la controparte può far valere, nei limiti dell'arricchimento del pupillo, la responsabilità del pupillo stesso per negozi conclusi senza l'*auctoritas* del tutore. Si potrebbe ipotizzare infatti che tale azione costituisca il fondamento, o quantomeno la giustificazione, della validità della *sponsio* o della *fidepromissio* prestata per una *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate*.

che non attengono all'ambito familiare (mutuo, *condictio indebiti*, *actio rei uxoriae*, *locatio conductio*). Così la critica interpolazionistica, in particolare O. GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, in *Festgabe für Schirmer*, Königsberg, 137 e S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 33 ss., hanno ristretto la categoria di *obligatio naturalis* alle sole obbligazioni del servo e del *filiusfamilias*, ritenendo tutti gli altri casi frutto dell'intervento dei compilatori. Negli stessi anni H. SIBER, '*Naturalis obligatio*', in *Gedenkschrift für Mitteis*, Leipzig, 1926, 1 ss. riprendendo alcuni punti del F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1851, 22 ss., ha sostenuto che per i giuristi classici le *obligationes naturales* erano le *obligationes iuris gentium*, mentre le obbligazioni incoercibili erano casi di *debita* senza responsabilità; la qualificazione delle obbligazioni incoercibili come *naturales* sarebbe stata quindi opera dei compilatori giustiniani. Secondo l'interpretazione del H. SIBER, '*Naturalis obligatio*', cit., 62 pertanto, la *stipulatio pupilli* non è per i classici un'*obligatio naturalis*. Più recentemente un'altra interpretazione è stata proposta dal P. CORNIOLEY, '*Naturalis obligatio*'. *Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève, 1964: il concetto di *obligatio naturalis* sarebbe stato inizialmente utilizzato dai giuristi per designare rapporti sorti sul piano extra giuridico ma coercibili perché tutelati dal tutore dapprima in ragione del rilievo che in essi acquista la *fides*, poi in quanto considerati *obligationes iuris gentium* (ma non tutte le *obligationes iuris gentium* sono *obligationes naturales*); successivamente, sempre però in età classica, la categoria si sarebbe ampliata, andando a ricomprendere obbligazioni incoercibili. Con riferimento alla *stipulatio pupilli*, il P. CORNIOLEY, '*Naturalis obligatio*', cit., 179 ritiene che la sua qualificazione fosse oggetto di discussione presso i giuristi classici. Secondo l'impostazione oggi più diffusa (cfr. in tal senso M. TALAMANCA, voce *Obbligazione*, cit., 61 ss. e U. BRASIELLO, *Obbligazione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1957, 68) sicura è la possibilità di ricondurre entro la categoria di obbligazione naturale quelle obbligazioni incoercibili a causa della condizione personale o familiare di una delle parti mentre più dubbia è la classicità della qualificazione come obbligazioni naturali delle altre obbligazioni incoercibili.

¹⁵⁹ In tal senso anche il F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 55 il quale afferma che «il tema dell'obbligazione del pupillo senza l'*auctoritas* è un vecchio tema dibattuto nella letteratura romanistica, e comunque vada risolto non può offrire alcun utile elemento per la retta intelligenza di Gai 3.119. Anche la promessa del servo da luogo ad una *obligatio naturalis*, ed anzi il caso è molto più sicuro ... I testi gaiiani condannano dunque l'idea che la promessa del pupillo produca qualche effetto in quanto *naturalis obligatio*, perché allora anche l'*obligatio* del servo dovrebbe produrre i medesimi effetti».

La prima tesi non può essere accolta per due ragioni. Innanzitutto essa contraddice apertamente la lettera di Gai 3.119, in quanto sostenere che la validità della garanzia si fonda sull'*actio in id quod pupillus locupletior factus est* significa individuare come presupposto indispensabile per l'assunzione della garanzia stessa la possibilità di far valere la responsabilità del debitore garantito, laddove la *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate* viene esplicitamente presa in considerazione da Gaio in quanto caso nel quale colui che ha promesso non è obbligato. In secondo luogo, poiché non vi sono elementi in Gai 3.119 che consentano di affermare che l'obbligazione del garante è limitata all'arricchimento del pupillo, la tesi in questione è di per sé illogica perché porta ad identificare il fondamento della responsabilità del garante per l'intera sua obbligazione con la responsabilità del pupillo nei limiti del proprio arricchimento (¹⁶⁰).

Escluso così che l'*actio in id quod pupillus locupletior factus est* possa essere considerata di per sé sola la giustificazione della validità di *sponsio* e *fidepromissio*, ci si deve chiedere se essa sia almeno espressione di un orientamento normativo al quale possa essere ricondotto anche il riconoscimento di validità alla garanzia prestata per la *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate*. A tale riguardo si può ritenere che l'esigenza di assicurare maggior tutela alla controparte del pupillo abbia determinato la concessione dell'*actio in id quod pupillus locupletior factus est*, azione pretoria, per mezzo della quale è possibile quindi garantire alla controparte del pupillo una condizione più vantaggiosa di quella che gli spetta in base allo *ius civile*, pur rimanendo ferma la disciplina di *ius civile* stessa. Non sembra plausibile invece ravvisare la medesima *ratio* alla base del riconoscimento di validità della *sponsio* e della *fidepromissio* assunte per una *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate*. Se la regola, e regola di *ius civile*, fosse stata quella della validità dell'obbligazione garantita come presupposto necessario della validità della garanzia, l'affermarsi di un orientamento diretto a rafforzare la posizione della controparte del pupillo non avrebbe determinato la validità di *sponsio* e *fidepromissio* ma avrebbe piuttosto comportato l'introduzione di una qualche azione pretoria mediante la quale far valere ugualmente l'obbligazione civilisticamente invalida del garante: è improbabile infatti che l'esigenza di tutelare la controparte del pupillo nell'ambito in cui essa emerge

¹⁶⁰ Dello stesso avviso anche il F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 50 quando afferma che non si può trovare una spiegazione della validità della garanzia «nel fatto che Antonino Pio abbia concesso un'azione contro il pupillo nei limiti dell'arricchimento, perché lo *sponsor* non risponderebbe per quella parte di debito della quale il pupillo ha tratto vantaggio, ma di tutta l'obbligazione».

maggiormente, cioè i rapporti tra pupillo e sua controparte, abbia dato luogo soltanto a rimedi di diritto pretorio, mentre in materia di diritti personali di garanzia abbia modificato addirittura le norme di *ius civile*.

Quanto detto sinora consente di affermare che né la configurabilità quale obbligazione naturale né il riferimento all'*actio in id quod locupletior factus est* né alcuna altra ragione peculiare permette di distinguere la *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate* da una qualsiasi altra obbligazione invalida. Se si ritiene quindi che l'obbligazione garantita debba essere di regola valida e che il caso in questione sia solo un'eccezione, non si ravvisano giustificazioni di detta eccezione.

Si può ora considerare il terzo caso menzionato in Gai 3.119, cioè quello della *sponsio* e della *fidepromissio* che garantiscono una *promissio post mortem dari* ⁽¹⁶¹⁾, obbligazione invalida perché viola palesemente il fondamentale principio civilistico *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. Ricercando l'eventuale presenza di motivi specifici che spieghino la validità della garanzia, viene innanzitutto in rilievo la posizione di quella parte della dottrina che fa riferimento ad una presunta attenuazione del principio civilistico anzidetto, fenomeno che, intervenuto già in periodo classico e testimoniato in particolare dall'introduzione della *stipulatio cum moriar*, avrebbe comportato anche il riconoscimento di validità alla *sponsio* e alla *fidepromissio* assunte per garantire una *promissio post mortem dari* ⁽¹⁶²⁾. Tale ricostruzione va respinta perché le prove addotte a suo sostegno inducono in realtà ad opposte conclusioni. È vero infatti che già i giuristi classici percepivano il divieto di far iniziare l'obbligazione dall'erede come un principio dissonante, tanto che Gaio non riesce ad offrire una convincente spiegazione della sua origine ⁽¹⁶³⁾. Ciò non significa però che gli stessi giuristi

¹⁶¹ L'invalidità della *stipulatio post mortem dari*, così come la validità della *stipulatio cum moriar* della quale si tratterà tra poco, emergono chiaramente da Gai 3.100: *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita: POST MORTEM TVAM DARI SPONDES? Valet autem, si quis ita dari stipuletur: CVM MORIAR, DARI SPONDES? vel ita: CVM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: PRIDIE QVAM MORIAR, aut PRIDIE QVAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*

¹⁶² Questa è la posizione della Pandettistica e anche del F. PASTORI, *Elementi*, cit., 146.

¹⁶³ Nel già citato Gai 3.100 il giurista si limita ad affermare che è parso *inelegans* far iniziare l'obbligazione dall'erede. Anche il M. TALAMANCA, *Obbligazione*, cit., 23 è dell'avviso che «gli stessi giuristi classici non riuscivano ad individuare, né storicamente né dogmaticamente, una ragione sufficiente, come emerge chiaramente dall'affermazione di Gai

non riconoscano la piena validità e vincolatività della regola civilistica. A parte il fatto che, da quanto emerge dalle fonti, essa viene esplicitamente abrogata solo da Giustiniano (¹⁶⁴), la stessa *stipulatio cum moriar*, lungi dal provarne il superamento, ne testimonia invece la piena vitalità perché se il principio non fosse stato pienamente vincolante non vi sarebbe stata neppure la necessità di elaborare un istituto che, pur essendo rispettoso del *ius civile*, produca di fatto effetti del tutto analoghi a quelli vietati (¹⁶⁵). Si deve allora

3.100: ed a ciò è, del resto, omologa l'accennata tendenza a svuotare la portata sostanziale del principio che, nel periodo classico, si presenta in effetti come un fossile».

¹⁶⁴ La riforma viene attuata con tre successive costituzioni di Giustiniano : *Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 8.37.11: Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur vel pridie quam morietur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nihilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus. (a. 528); Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 4.11.1: Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. 1. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. 2. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur. (a. 531) e Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 8.37.15: Si quis spoponderat insulam, cum moriebatur, aedificare stipulatori, impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio. sed nobis sensum contrahentium discutientibus veri simile esse videtur hoc inter eos actum, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, immineat autem heredibus eius, donec ad effectum perducatur. nemo enim ita stultus invenitur, ut tali animo faceret stipulationem, ut putaret posse tantum aedificium in uno momento horae extollere, vel eum qui moritur talem habere sensum, quod ipse sufficere ad huiusmodi operis completionem. 1. Sancimus itaque, si quid tale evenerit, heredes teneri, ut factum, quod mortis tempore facere promisit, hoc heredes eius adimpleant quasi speciali heredis mentione habita, licet hoc minime fuerit expressum. quemadmodum enim, si in dando fuerit stipulatio, et contra heredes transmittatur, ita et si in faciendo est, licet in mortis tempus colligatur, attamen ad similitudinem in dando conceptae stipulationis et heredes obligari, ut non discrepet factum a datione, sed sit lex nostra per omnia sibi consentanea. 2. Quod et in legatis simili modo relictis observari censemus. (a. 532). Si veda anche I. 3.19.13: Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post eius mortem a quo stipulabatur. ac ne is qui in alicuius potestate est post mortem eius stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur, 'pridie quam moriar' vel 'pridie quam morierisdari?' inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.*

¹⁶⁵ Anche il F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 51 respinge la tesi secondo la quale «la *promissio post mortem dari* è stata ammessa in epoca avanzata, per l'affermarsi di quella corrente di idee per la quale la *stipulatio cum moriar* era riconosciuta valida» ma con argomenti in parte diversi. L'autore ritiene infatti che «nell'età di Gaio la *stipulatio cum moriar* era valida e pertanto non si doveva sentire il bisogno di ammettere la *sponsio* per casi

concludere che se l'invalidità della *stipulatio post mortem dari* è sempre rimasta indiscussa e non è venuta meno neppure quando il principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest* non era più conforme al sentire socio-giuridico, tanto che si preferì introdurre un istituto nuovo che aggirasse il divieto piuttosto che violarlo, non si vede perché la validità della garanzia prestata per una *promissio post mortem dari* avrebbe dovuto essere considerata una eccezione alla regola della necessaria validità dell'obbligazione garantita.

Rimangono ora da affrontare la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini*, cioè le due obbligazioni che, secondo le indicazioni di Gaio, era dubbio potessero essere garantite mediante una valida *sponsio* o *fidepromissio*. Con riferimento a tali ipotesi allora, non solo dovranno essere ricercate delle ragioni sensate per ammettere la validità della garanzia ma bisognerà anche individuare i motivi del dissenso della dottrina.

Iniziando dalla *stipulatio servi*, è inevitabile osservare che essa è un caso indiscusso di *obligatio naturalis* (¹⁶⁶): si potrebbe allora ipotizzare che fosse proprio tale sua qualificazione a giustificare, quantomeno per alcuni giuristi, la validità della *sponsio* o della *fidepromissio* che ad essa accedessero. Tale ricostruzione però non può essere accolta per diverse ragioni. In primo luogo, non si ravvisano elementi specifici che differenzino la *stipulatio servi* da una qualsiasi altra obbligazione naturale, pertanto non è possibile sostenere che la validità di *sponsio* o *fidepromissio* sia una conseguenza del loro essere assunte a garanzia di un peculiare tipo di obbligazione naturale (¹⁶⁷). D'altro canto non è neppure possibile affermare che l'ammissibilità della garanzia derivi dal fatto che *sponsio* e *fidepromissio* possono accedere in generale a qualsiasi obbligazione naturale perché ad una tale interpretazione osta la lettera di Gai 3.119, soprattutto se confrontato con Gai 3.119a: l'espressione *verborum obligatio* infatti, in assenza di ulteriori precisazioni, può essere intesa soltanto come 'obbligazione verbale valida' e non può certo essere considerata comprensiva anche di quei rapporti obbligatori che, pur avendo la struttura di un'obbligazione verbale, debbono essere qualificati come obbligazioni naturali; l'indicazione della stipulazione del servo poi difficilmente può essere ritenuta un esempio utilizzato da Gaio

di *promissio post mortem dari*, che ormai potevano essere stipulati in forme pienamente riconosciute. La norma dunque dovrebbe risalire ad un'età molto più lontana, ma allora, essendo ancora incontrastato il principio che la *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, non potrebbe trovarsi nell'attenuazione di esso il motivo dell'ammissibilità della *sponsio*».

¹⁶⁶ Per il concetto di *obligatio naturalis* si veda quanto detto alla nota 122.

¹⁶⁷ In tal senso anche F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 51 s.

per segnalare che l'obbligazione garantita può essere in generale anche un'obbligazione naturale perché se il giurista avesse voluto esporre tale regola lo avrebbe fatto esplicitamente, come nel successivo paragrafo relativo alla *fideiussio*.

Quanto segnalato sinora impedisce anche di individuare la ragione del contrasto tra i giuristi segnalato da Gaio. Escluso che argomento di dibattito potesse essere la riconduzione della *stipulatio servi* entro la categoria delle obbligazioni naturali poiché ciò non è mai stato negato, la discussione tra i giuristi poteva vertere soltanto su due questioni: la possibilità di garantire un'obbligazione naturale mediante *sponsio* o *fidepromissio*, ipotesi da escludere perché si è già spiegato che nel passo in questione Gaio non intende affrontare tale argomento; la validità di *sponsio* e *fidepromissio* in quanto assunte per garantire quel particolare tipo di obbligazione naturale che è la *stipulatio servi*, interpretazione pure questa da respingere perché non sono ravvisabili le ragioni della specialità di tale obbligazione.

Si può allora concludere che non la *stipulatio servi* non può essere considerata un'eccezione alla regola della necessaria validità dell'obbligazione garantita a causa del suo essere un'*obligatio naturalis*. Non sembra neppure che vi siano altre caratteristiche peculiari della stipulazione del servo che permettano una diversa interpretazione.

Trattando ora della *stipulatio peregrini* come obbligazione da garantire, considerazioni diverse debbono essere fatte a seconda del tipo di obbligazione verbale effettivamente conclusa dallo straniero. Se infatti il peregrino effettua una *stipulatio* utilizzando un qualsiasi verbo idoneo diverso da *spondeo*, egli si obbliga validamente e la sua obbligazione può essere garantita da un terzo mediante *sponsio* o *fidepromissio*. Se invece il peregrino usa il verbo *spondeo*, la *stipulatio* è radicalmente nulla perché, come Gaio diffusamente spiega, l'utilizzo del verbo in questione è riservato ai *cives* romani (¹⁶⁸). In Gai 3.119 si fa riferimento allora solo a questo secondo caso: non si capisce però per quali ragioni, muovendo dal presupposto che l'obbligazione garantita deve essere valida, si dovrebbe ammettere la validità di una *sponsio*

¹⁶⁸ Si veda infatti Gai 3.93: *Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo δώσεις; δώσω• ομολογείς; ομολογώ• πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω• ποιήσεις; ποιήσω etiam hae tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.*

o di una *fidepromissio* assunta a garanzia di tale *stipulatio* né tantomeno si vede quale potrebbe mai essere il motivo del contrasto tra i giuristi (¹⁶⁹).

L'indagine sin qui condotta ha fatto emergere l'inesistenza di ragioni peculiari attinenti alla disciplina degli istituti considerati che giustificano la validità della *sponsio* o della *fidepromissio* costituite a garanzia di una *stipulatio pupilli* o *mulieris sine tutoris auctoritate*, di una *stipulatio post mortem dari*, di una *stipulatio servi* o di una *stipulatio peregrini*. Ciò permette di rigettare quell'interpretazione di Gai 3.119 in base alla quale i casi in questione sarebbero delle eccezioni introdotte dalla dottrina alla regola della necessaria validità dell'obbligazione garantita.

I risultati raggiunti contribuiscono però a respingere anche un'altra interpretazione del passo gaiano che pure qualifica i cinque istituti in esso citati come casi eccezionali (¹⁷⁰). Si è sostenuto infatti che in età risalente l'invalidità dell'obbligazione da garantire sarebbe stata irrilevante ai fini della valida costituzione della *sponsio* o *fidepromissio*. Poi, la disciplina delle due garanzie si sarebbe avvicinata a quella della *fideiussio* con la conseguenza che sarebbe divenuta necessaria, anche ai fini della loro valida costituzione, un'obbligazione principale valida. La *stipulatio mulieris* e *pupilli sine tutoris auctoritate*, la *stipulatio post mortem dari*, la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini* costituirebbero allora casi tassativi nei quali sopravviverebbe, ancora in età classica, l'antico principio (¹⁷¹). Conferma di ciò dovrebbe trarsi dal confronto con Gai 3.176: poiché in tale passo *interdum* serve ad indicare che gli istituti in esso citati, che sono gli stessi di Gai 3.119, costituiscono delle eccezioni ad un principio precedentemente espresso, si deve presumere che l'avverbio svolga la medesima funzione anche in Gai 3.119, cioè segnali il

¹⁶⁹ Similmente anche F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 52 il quale afferma che, ammessa l'esistenza di un'obbligazione principale valida come presupposto della valida costituzione della *sponsio*, non si riuscirebbe «a spiegare come mai i classici potessero discutere intorno alla possibilità di una *sponsio*, per garantire una promessa dello straniero, assolutamente e irrimediabilmente invalida».

¹⁷⁰ L'interpretazione di cui trattasi è stata proposta da G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 495 ss e ripresa da A. BERETTA, *Sulle formule di stipulazione*, cit., 82 e da F. PASTORI, *Elementi di diritto romano*, cit., 145 ss.

¹⁷¹ Sostiene il G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 499 che «i casi in cui è validamente costituito uno *sponsor* o un *fidepromissor* per una stipulazione esteriormente esistente ma nulla, ormai nel diritto classico non rappresentano più la regola, ma sono invece eccezione, per quanto importante, al principio dell'accessorietà». Similmente il A. BERETTA, *Sulle formule*, cit., 82 ritiene «preferibile l'opinione di coloro che considerano casi eccezionali, e non già meri esempi di una regola generale, quelli di Gaio 3,119, intendendosi però che essi non rappresentano una tarda introduzione, avvenuta nel periodo classico, ma bensì vestigia di un risalente principio di *ius civile*, consistente nell'originaria autonomia della *sponsio*».

carattere eccezionale della validità della garanzia assunta per una delle stipulazioni citate (¹⁷²).

In realtà, non sembrano esservi argomenti validi che permettano di accogliere l'interpretazione appena illustrata. In particolare, iniziando proprio dall'ultimo punto considerato, non vi sono ragioni sensate che consentano di sostenere che *interdum* abbia il medesimo significato in Gai 3.119 e in Gai 3.176. In primo luogo, non si può certo pretendere che un giurista utilizzi, nell'ambito della propria opera, un certo avverbio sempre con la medesima precisa funzione perché ciò richiederebbe un'attenzione estranea ad un qualsiasi normale autore, anche ad un letterato. Il fatto poi che *interdum* introduca nei due passi lo stesso elenco di istituti è del tutto irrilevante in quanto è ben più probabile che si tratti di una casualità piuttosto che di una scelta consapevole. Ciò che conta invece è che gli stessi istituti che hanno un regime diverso da quello ordinario per quanto riguarda la novazione hanno anche una disciplina differente da quella generale per quanto riguarda le garanzie personali: questo dovrebbe indurre a chiedersi se vi è una ragione che giustifichi al contempo l'una e l'altra peculiarità. Vale quindi quanto già detto circa la cautela che deve usarsi nel considerare le fonti: un confronto tra passi diversi che guardi più alla forma che ai contenuti, che privilegi l'analisi lessicale, andando alla ricerca di parallelismi tra i termini impiegati, rispetto all'individuazione della regola che si vuole esprimere con quelle parole, è inutile, se non addirittura dannoso perché fuorviante (¹⁷³).

Infatti l'analisi della disciplina della *stipulatio mulieris e pupilli sine tutoris auctoritate*, della *stipulatio post mortem dari*, della *stipulatio servi* e della *stipulatio peregrini* fa emergere tutta la debolezza della tesi che si sta considerando perché se non vi sono ragioni peculiari (¹⁷⁴), né di carattere

¹⁷² Viene segnalato da G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 497 che «l'*interdum* nell'ipotesi parallela fatta da Gaio (III,176) della *novatio* mediante *stipulatio* nulla, va inteso, e certamente qui, data la posizione di *interdum* prima di *licet*, nel senso che questa ha efficacia estintiva solo in casi singoli, che sono gli stessi indicati a proposito della validità dell'obbligazione dello *sponsor* ... Quindi è da ritenere che anche nel § 119, dove l'*interdum* non potrebbe trovare posto che dopo *quamvis*, il significato dell'avverbio non sia diverso». Dello stesso avviso anche A. BERETTA, *Sulle formule*, cit., 82.

¹⁷³ Quanto detto fa apparire priva di fondamento l'osservazione di A. BERETTA, *Sulle formule*, cit., 82 secondo il quale «se Gaio con *interdum* avesse voluto dire che di norma il debitore principale si obbliga validamente è ascrivere a Gaio una banalità, dalla quale il giurista sarebbe rifuggito, anche perché una tale osservazione era atta ad ingenerare confusione. Se il pensiero di Gaio» fosse stato quello appena indicato «nessun dubbio che egli avrebbe scritto semplicemente: *quamvis ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si ...etc.*».

¹⁷⁴ Non sono condivisibili le osservazioni svolte da F. PASTORI, *Elementi di diritto romano*, cit., 146 ss. il quale per dimostrare che le stipulazioni citate in Gai 3.119 hanno

strutturale né legate alla loro evoluzione storica, che distinguano tali istituti da qualsiasi altra obbligazione invalida, non si capisce perché solo e proprio questi casi dovrebbero costituire delle eccezioni alle quali continua ad applicarsi l'antica regola dell'irrelevanza dell'invalidità dell'obbligazione da garantire. Neppure la presunta influenza che la disciplina della *fideiussio* avrebbe avuto sul regime della *sponsio* e della *fidepromissio* ⁽¹⁷⁵⁾, fenomeno comunque tutto da dimostrare, offre alcuna spiegazione al riguardo, così come non giustifica affatto il dubbio segnalato da Gaio circa la possibilità di costituire una valida garanzia a favore di una *stipulatio servi* o di una *stipulatio peregrini*.

Si può quindi concludere che non vi sono ragioni per sostenere che in Gai 3.119 venga affermato che di regola *sponsio* e *fidepromissio* devono accedere ad un'obbligazione valida, pur essendovi dei casi tassativi nei quali ancora si applica il risalente principio in base al quale tali garanzie possono essere assunte anche per un'obbligazione invalida.

È stato così raggiunto un primo importante risultato: la piena validità ed efficacia dell'obbligazione garantita non può essere considerata un presupposto della validità di *sponsio* e *fidepromissio*. D'altro canto però il dubbio segnalato da Gaio circa il regime della garanzia costituita per la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini*, porta ad escludere che *sponsor* e *fidepromissor* possano garantire qualsiasi tipo di obbligazione invalida. Si impone allora la necessità di procedere ad un'interpretazione complessiva del passo che, cogliendo ciò che accomuna da un lato la *stipulatio mulieris* e *pupilli sine tutoris auctoritate* e la *stipulatio post mortem dari*, dall'altro la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini*, consenta di spiegare la ragione della distinzione operata da Gaio e di determinare quindi a quali condizioni *sponsio* e *fidepromissio* possono essere validamente assunte.

Prima di proporre una possibile soluzione della questione è opportuno passare brevemente in rassegna alcune delle ipotesi avanzate dalla moderna dottrina, perché dal raffronto tra le diverse posizioni dei giuristi si possono trarre utili spunti di riflessione.

Conviene iniziare dalle considerazioni svolte dal Flume ⁽¹⁷⁶⁾ in quanto esse sono divenute punto di riferimento imprescindibile per tutti coloro che

particolare rilevanza giuridica adduce gli stessi argomenti che sono già stati confutati nella prima parte del presente paragrafo.

¹⁷⁵ Così G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 498.

¹⁷⁶ L'interpretazione del passo gaiano che ci si appresta ad esporre è stata originariamente elaborata da W. FLUME, *Studien*, cit., 64 ss. e poi ripresa in ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn - München - Wien - Zürich, 1990, 29 ss.

si sono occupati e si occupano di questa tematica (¹⁷⁷). Secondo l'autore, per comprendere il significato di Gai 3.119 è necessario abbandonare la dogmatica del rapporto obbligatorio a favore di una dogmatica dell'atto (¹⁷⁸). La promessa della donna e del pupillo effettuate senza l'*auctoritas* del tutore e la promessa di dare dopo la propria morte sono infatti stipulazioni perfette dal punto di vista strutturale, perché rispettose dei requisiti di forma della *stipulatio*, cioè il contestuale scambio di *interrogatio* e *responsio* e la *congruentia verborum*, ciò non di meno sono improduttive di effetti, a causa dell'incapacità di agire del *respondens* non integrata dall'intervento del tutore ovvero della violazione del divieto *obligatio ab heredis persona incipere non potest*: si è in presenza quindi di atti formalmente validi ma inidonei a generare, nel caso concreto, rapporti obbligatori. Poiché poi, guardando alla lettera del passo gaiano, le tre stipulazioni in questione vengono presentate come delle esemplificazioni del caso in cui colui che ha promesso non si è obbligato e tale situazione risulta essere una specie del più ampio genere *verborum obligatio*, quest'ultimo termine non può significare 'rapporto obbligatorio costituito mediante un atto verbale', ma dovrà essere inteso come

¹⁷⁷ L'impostazione del Flume è stata seguita da F. SCHULZ, *Classical roman law*, cit., 495 ss., E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 149 s., M. TALAMANCA, *Fideiussione*, cit., 331, C.A. CANNATA, *Obbligazioni*, cit., 449 e ID., *Corso*, cit., 168, F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus*', cit., 20 ss. e ID., *Un puntino*, cit., 102 ss. Netta critica della teoria dell'autore tedesco invece in W. BUCKLAND, *Le limites de l'obligation du 'fideiussor'*, in *RDH*, XII, 1933, 116 ss., G. SEGRÈ, *In materia di garanzie*, cit., 495 ss., F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, cit., 52 ss. e ID., *Le garanzie personali*, cit., 78 ss., A. BERETTA, *Sulle formule*, cit., 82 ss.

¹⁷⁸ Alla centralità del concetto di atto nel diritto romano è dedicata una parte importante delle ricerche del Flume, in particolare W. FLUME, *Studien*, cit., ID., *Die Vererblichkeit der suspensive bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, in *TR.*, XIV, 1936, ID., *Der bedingte Rechtsakt nach der Vorstellungen der römischen Klassiker*, in *ZSS*, XCII, 1975, ID., *Die Aufhebungsabreden beim Kauf – 'lex commissoria', 'in diem addictio' und sogenanntes 'pactum displicentiae' – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift Käser*, München, 1976, i cui risultati sono stati poi rielaborati nell'opera di sintesi ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn - München - Wien - Zürich 1990, saggio molto denso per la cui comprensione risulta un valido ausilio la nota C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*, LVII, 1991. Secondo l'autore l'atto e in secondo luogo l'*actio* costituiscono i due fondamenti delle costruzioni dogmatiche dei giuristi romani, mentre un ruolo residuale è svolto dal rapporto obbligatorio. Ciò sarebbe testimoniato innanzitutto dall'evoluzione storica dell'ordinamento: nella fase più risalente la giurisprudenza pontificale creava atti, e le stesse *legis actiones* erano atti; con l'introduzione del processo formulare poi si è sviluppato il concetto di *actio*, perché la diversità delle pretese non si traduceva più in differenti modi di agire ma in pluralità di formule; infine, dalla riflessione sull'*intentio* delle formule la giurisprudenza ha elaborato il concetto di rapporto. È però soprattutto dall'analisi degli istituti ad emergere che la disciplina degli stessi è sovente costruita avendo come punto di riferimento l'atto: così avviene ad esempio per la *sponsio* e la *fidepromissio*, per l'*acceptilatio*, per la rappresentanza e per la condizione.

‘atto verbale astrattamente idoneo a generare rapporti obbligatori’. Se allora *sponsio* e *fidepromissio* accedono ad un atto verbale astrattamente idoneo a generare rapporti obbligatori anche se talvolta è possibile che il rapporto non sorga, si può sostenere che ai fini della validità della *sponsio* o della *fidepromissio* è sufficiente che la garanzia sia costituita con riferimento ad una *stipulatio* valida ma inefficace, cioè ad un atto dotato di quei requisiti di forma che consentono di qualificarlo come *stipulatio*. In tale ottica si spiega anche il dubbio relativo alla *stipulatio servi* e alla *stipulatio peregrini*: poiché il verbo *spondeo* è riservato ai *cives romani*, nel caso in cui il servo o il peregrino prometta utilizzando tale verbo è l’atto stesso ad essere viziato nella sua struttura, tanto da risultare incerta la possibilità di qualificare tale atto come *stipulatio*. L’incertezza relativa alla validità della garanzia è pertanto la conseguenza di un dubbio circa la sussistenza dei requisiti formali minimi per poter qualificare la promessa del servo e la promessa del peregrino in termini di *stipulatio* (¹⁷⁹).

¹⁷⁹ Analogamente E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 149 s. afferma che la costituzione della *sponsio* o della *fidepromissio* «presuppone una *obligatio verborum*, ma non richiede che questa sia stata validamente contratta (che cioè alla promessa di un *debitum* si accompagni l’assunzione di un *vinculum iuris*). Se ad esempio una donna o un pupillo abbiano fatto una promessa stipulatorio senza assistenza del tutore o se la promessa sia stata rivolta ad un trasferimento da eseguire dopo la morte del promittente, è chiaro che non v’è assunzione di un *vinculum iuris*, oltre la fattispecie esteriore di una *obligatio verborum*: fattispecie, che sarebbe invece esclusa se il promittente, anziché un *civis romanus* pur incapace di agire, fosse uno schiavo o uno straniero, per la mancanza, nell’uno, di personalità giuridica, nell’altro della comunione di *ius civile* coi romani». Così anche il S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 226 n. 2 secondo il quale «Gai 3.119 dice che gli *sponsores* e i *fidepromissores* restano obbligati anche se una donna *sui iuris* e un pupillo avevano promesso senza l’autorità del tutore; e che si discuteva se restavano obbligati se accedevano ad una *sponsio* fatta da un servo o da un peregrino. La ragione del dubbio dipendeva da ciò che mentre nei casi precedenti si ha una stipulazione principale formalmente perfetta, benché invalida, nel secondo caso si ha una stipulazione principale formalmente imperfetta, perché servi e peregrini non possono *spondere*. Onde la stipulazione di garanzia pareva mancare della principale a cui si potesse aggiungere». I medesimi concetti, seppur con espressioni un poco diverse, sono esposti anche da F. SCHULZ, *Classical roman law*, cit., 495 s. quando afferma che «the accessory *sponsio* was accessory to a principal stipulation, not to a principal obligation ... The principal stipulation was ineffective, since a stipulation *post mortem stipulatoris dari* was *inutilis*, but the accessory *sponsio* was fully valid. Or, if the promissory in the principal stipulation was a *pupillus* or a woman who acted without *auctoritatis tutoris*, both *pupillus* and *mulier* were free from obligation, but the surety (*sponsor* or *fidepromissor*) was bound». Anche M. TALAMANCA, voce *Fideiussione*, cit., 331 poi, sostiene che «è evidente che per la giurisprudenza romana, *sponsio* e *fidepromissio* di garanzia erano efficaci, purché accedessero ad un negozio che avesse la struttura di una *verborum obligatio*, ancorché da questo non sorgesse alcun effetto. Le due eccezioni a questa regola sono ancora discusse al tempo di Gaio, nonostante l’influsso che poteva aver già avuto, sulla struttura della *sponsio* e della *fidepromissio*, il diverso regime della *fideiussio*, ispirato all’accessorietà, ma non si spiegano con tale influsso. Basta, infatti, vedere quali sono dette eccezioni: la *sponsio servi* e la *sponsio peregrini*; se, infatti, si pone mente alla circostanza che la *sponsio* è negozio di

Altra posizione degna di nota è quella del De Martino, il quale sviluppa diversi aspetti della sua interpretazione del passo gaiano in contrapposizione alle tesi del Flume. In primo luogo, l'autore partenopeo rileva che *quamvis* serve ad introdurre una limitazione ad una precedente affermazione, pertanto il suo impiego sarebbe scorretto se *verborum obligatio* significasse 'negozio formalmente esistente' e *ipse qui promiserit non fuit obligatus* indicasse il soggetto che ha concluso una *stipulatio inutilis* purché formalmente esistente: date tali premesse, infatti, verrebbe semplicemente ribadito il principio precedentemente espresso (¹⁸⁰). Si rende necessaria allora una diversa ricostruzione. Poiché ciò che accomuna la *stipulatio mulieris e pupilli sine tutoris auctoritate*, la *stipulatio post mortem dari*, la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini* è l'esser tutte obbligazioni invalide e poiché in base alla lettera di Gai 3.119 i suddetti istituti costituiscono tutti esemplificazioni del caso in cui *ipse qui promiserit non fuit obligatus*, si deve ritenere che con quest'ultima espressione Gaio abbia voluto indicare la situazione in cui chi ha promesso non è obbligato a causa dell'invalidità del rapporto obbligatorio. Pertanto, la frase introdotta da *quamvis* afferma che *sponsio* e *fidepromissio* possono talvolta accedere ad un'obbligazione invalida e ciò costituisce una delimitazione della precedente dichiarazione che tali garanzie accedono ad una *verborum obligatio*, da intendersi quindi come obbligazione nata *verbis* formalmente e sostanzialmente valida (¹⁸¹). Il dubbio segnalato da Gaio con riferimento al caso in cui l'obbligazione garantita sia una *stipulatio servi* o una *stipulatio peregrini* indica però che non tutta la dottrina riteneva possibile la costituzione di una *sponsio* o di una *fidepromissio* a garanzia anche di queste stipulazioni invalide. Dal momento che, considerando la disciplina degli istituti in questione, non sembrano esservi motivi peculiari ad essa attinenti che giustificano tale discussione tra i giuristi, bisogna allora ricercare una spiegazione più generale che metta in luce ciò che accomuna la

stretto *ius civile*, si comprende come la ragione per cui si esclude che una *sponsio* od una *fidepromissio* di garanzia possano accedere ad un'*obligatio contracta* col verbo *spondere* dal servo o dal peregrino vada ritrovata nell'irrelevanza assoluta, per il *ius civile*, postulata per tale stipulazione».

¹⁸⁰ Viene infatti sostenuto dal F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 54 che «se Gaio avesse adoperato *verborum obligatio* nel senso della semplice esistenza formale del negozio, non avrebbe adoperato *quamvis* per dire che la *sponsio* poteva accedere anche ad una *inutilis stipulatio*, purché questa fosse formalmente esistente».

¹⁸¹ F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 54 infatti, dopo aver segnalato che «*quamvis* serve ad introdurre un limite al principio che gli *sponsores* possono accedere solo ad *obligationes* nate *verbis*, limite consistente nella possibilità che gli sponsori accedano ad obbligazioni invalide» afferma che «*verborum obligatio* s'intende così la forma del vincolo come la sostanza, senza possibilità di distinguere».

stipulatio servi e la *stipulatio peregrini*, differenziandole dalla *stipulatio mulieris* e *pupilli sine tutoris auctoritate* e dalla *stipulatio post mortem dari*.

Al riguardo non è possibile avvalersi della contrapposizione tra *stipulatio inutilis* e *stipulatio non existens* perché essa non è elaborata da Gaio come distinzione né di carattere generale né di applicazione limitata a singoli istituti (¹⁸²). Quando infatti il giurista si occupa della stipulazione invalida in generale non individua diverse figure di invalidità ma al contrario utilizza la categoria unitaria di *stipulatio inutilis*, alla quale viene ricondotta ogni sorta di obbligazione invalida (¹⁸³). Nella trattazione poi di *sponsio*, *fidepromissio* e novazione non è plausibile che Gaio impieghi i concetti di *stipulatio inutilis* e *stipulatio non existens* esemplificando il primo con la *stipulatio mulieris* e *pupilli sine tutoris auctoritate* e la *stipulatio post mortem dari*, il secondo con la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini* perché, se avesse veramente fondato l'esposizione della disciplina degli istituti in questione sulla distinzione tra diverse figure di invalidità, lo avrebbe dichiarato espressamente, tanto più che dovrebbe trattarsi di una distinzione che trova applicazione esclusivamente in questi casi (¹⁸⁴). Inoltre, sarebbe strano che Gaio non citi tra i supposti esempi di *stipulatio non existens* negozi affetti da vizi di forma ben più gravi, come la mancanza di congruenza tra *interrogatio* e *responsio*. D'altro canto, la distinzione tra *stipulatio inutilis*

¹⁸² Ritenendo che della distinzione tra *stipulatio inutilis* e *stipulatio non existens* non vi sia traccia nelle fonti, F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 54 s. avverte che «attribuirla ai classici significa voler correre il rischio di ricostruire il sistema giuridico antico con strumenti della dommatica odierna, il che se può essere talvolta utile all'intelligenza di qualche istituto non giova in linea generale alla precisa visione storica del sistema, che si deve far rivivere» e aggiunge che «il tema dell'invalidità del negozio giuridico è uno di quelli, nei quali si rischia più facilmente di attribuire ai Romani concezioni moderne, perché nelle fonti manca una dottrina generale dell'invalidità e tanto meno vi è una terminologia costante». Più in generale, l'autore afferma esplicitamente di combattere «l'idea che la giurisprudenza classica avesse distinto dommaticamente vari tipi di invalidità del negozio», giudicando non persuasivi l'individuazione di diverse figure di invalidità prospettata in particolare da G. KRETSCHMAR, *Die Natur des Prälegats*, Leipzig, 1874, 211 ss., O. KARLOWA, *Der Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, 188 ss. e L. MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis uf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908, 249.

¹⁸³ Secondo F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 53 in Gai 3.97 ss. vengono indicati «come esempi di *stipulationes inutiles* tanto casi di invalidità sostanziale del negozio (impossibilità della prestazione, condizione impossibile, promessa della cosa propria, promessa *post mortem dari*) o di invalidità derivanti da incapacità di agire (stipulazione del furioso, del pupillo senza l'autorità del tutore, della donna sottoposta a tutela), quanto di assoluta inesistenza del negozio (incongruenza tra domanda e risposta, *stipulatio* del muto e del sordo, del servo, della persona *in mancipio* e della *filia familias*, compresa la moglie *in manu*, *stipulatio* per una persona alla cui potestà lo stipulante non fosse soggetto o fra la persona sottoposta ad una potestà familiare e il titolare della potestà medesima)».

¹⁸⁴ Si veda in tal senso F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 54.

e *stipulatio non existens* non sarebbe comunque capace di spiegare il dubbio relativo alla *stipulatio servi* e alla *stipulatio peregrini*. Fondare, infatti, l'interpretazione di Gai 3.119 sulla contrapposizione tra le due suddette figure di invalidità porterebbe necessariamente ad affermare che i giuristi classici non fossero d'accordo nel ritenere inesistenti la stipulazione del servo e quella del peregrino, il che è da escludere (¹⁸⁵).

L'esegesi corretta di Gai 3.119 è allora un'altra. I cinque istituti citati nel passo appartengono tutti ad un'unica categoria, quella dell'obbligazione invalida, ciò non di meno diverse sono le cause di invalidità: l'incapacità di agire del promittente nella *stipulatio mulieris* e *pupilli sine tutoris auctoritate*, la violazione di una norma sostanziale di *ius civile* nella *stipulatio post mortem dari* (¹⁸⁶), l'incapacità giuridica del promittente nella *stipulatio servi* e nella *stipulatio peregrini* (¹⁸⁷). Risulta quindi che ai tempi di Gaio *sponsio* e *fidepromissio* potevano essere costituite a garanzia di un'obbligazione invalida, qualunque fosse la causa dell'invalidità per una parte della dottrina, con esclusione dei casi di incapacità giuridica del promittente per altra parte. La ragione di tale diversità di posizioni va ricercata nell'evoluzione della disciplina di *sponsio* e *fidepromissio* (¹⁸⁸). In una fase molto risalente tali garanzie sarebbero state caratterizzate da totale autonomia rispetto all'obbligazione garantita, la cui invalidità pertanto sarebbe risultata del tutto irrilevante. Poi, in età più recente, si sarebbe affermato il principio secondo il quale *sponsio* e *fidepromissio* accedono ad un'obbligazione principale e ciò avrebbe indotto i giuristi ad interrogarsi circa gli eventuali effetti dell'invalidità dell'obbligazione principale sulla garanzia: parte della dottrina allora sarebbe rimasta fedele agli antichi principi e avrebbe continuato a sostenere che *sponsio* e *fidepromissio* possono essere sempre validamente costituite; altra parte, invece, avrebbe escluso la validità della garanzia nei casi in cui l'obbligazione principale fosse invalida a causa dell'incapacità giuridica del debitore, ritenendo che il negozio contratto con chi non può essere titolare di diritti si deve considerare come contratto con nessuno,

¹⁸⁵ Così F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 52.

¹⁸⁶ Con riferimento a tale obbligazione il F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 59 parla in particolare di stipulazione sostanzialmente invalida.

¹⁸⁷ Per il F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 59 quindi «nel caso della *sponsio* del servo o del peregrino la *stipulatio* è formalmente perfetta: ma quel che manca è la capacità del promittente di essere soggetto di diritti, cioè manca un presupposto fondamentale ed indispensabile non solo della *sponsio*, ma di ogni qualsiasi negozio». Tutti e cinque gli istituti, comprese la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini*, sono interpretati dall'autore come «esempi e non già nel senso, che solo in essi era ammessa o discussa la possibilità di una *sponsio* e che in tutti gli altri invece la *sponsio* non era ammessa».

¹⁸⁸ Per l'esposizione della teoria che segue si veda F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 59.

quindi come non avvenuto nella realtà (¹⁸⁹). In conclusione, ancora ai tempi di Gaio, il presupposto minimo di una valida *sponsio* o *fidepromissio* veniva individuato in una qualsiasi obbligazione invalida da quei giuristi che rimanevano legati alla tradizionale concezione della stipulazione di garanzia, in una obbligazione invalida assunta da chi ha capacità giuridica invece da coloro che accoglievano una ricostruzione più moderna degli istituti in questione.

Ora è possibile trarre spunto dalle ricostruzioni dei due illustri autori appena considerati per stabilire quale sia la corretta interpretazione di Gai 3.119. Il primo dato da tenere presente è che, per i motivi che si sono già ampiamente esposti, la *stipulatio mulieris* e *pupilli sine tutoris auctoritate*, la *stipulatio post mortem dari*, la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini* non possono essere considerate casi tassativi nei quali eccezionalmente *sponsio* e *fidepromissio* vengono validamente costituite a garanzia di un'obbligazione invalida. Allo stesso tempo, però, il dubbio relativo al regime della *stipulatio servi* e della *stipulatio peregrini* impedisce altresì di affermare che qualsiasi obbligazione invalida possa essere garantita mediante *sponsio* o *fidepromissio*.

Per individuare allora quali caratteristiche deve avere l'obbligazione da garantire perché ad essa possa accedere una valida garanzia è necessario considerare quali sono le cause dell'invalidità delle cinque stipulazioni citate in Gai 3.119. Iniziando dalla *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate*, va notato che tra il creditore e il pupillo vi è uno scambio di *interrogatio* e *responsio* formalmente perfetto, ciò non di meno il rapporto obbligatorio voluto non sorge a causa della parziale incapacità di agire del pupillo promittente non integrata dalla *auctoritas* del tutore. Le stesse considerazioni valgono nel caso in cui a promettere sia stata una donna non assistita dal suo tutore. Anche nella *stipulatio post mortem dari* poi l'*interrogatio* e la *responsio* sono pienamente rispettose delle norme che concernono la loro struttura, l'invalidità dell'obbligazione è però la conseguenza della violazione

¹⁸⁹ Onde fugare ogni dubbio che potrebbe derivare dal qualificare la *stipulatio servi* e la *stipulatio peregrini* come 'non avvenute nella realtà', F. DE MARTINO, *Studi*, cit., 60 n.1 osserva che contro la propria «esegesi non si può obiettare che in fondo essa finisce per riconoscere quella distinzione, che voleva respingere, tra stipulazioni nulle e stipulazioni inesistenti». Egli, infatti, nega «che la giurisprudenza facesse leva sull'inesistenza dell'atto: essa guardava all'inesistenza della persona, e solo in questo caso negava la possibilità della *sponsio*. La critica alla dottrina del Flume è quindi fondata perché questa condurrebbe a negare la validità della *sponsio* quando l'*obligatio* principale fosse formalmente invalida, mentre» l'opinione del De Martino «porta a ritenere che la *sponsio* potesse sempre intervenire eccettuati i casi di assoluta incapacità giuridica del debitore principale, secondo la parte della giurisprudenza meno conservatrice».

del divieto sostanziale *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. La *stipulatio servi* invece non soltanto è un'obbligazione contratta da un soggetto privo di capacità giuridica, e ciò solo basterebbe a renderla invalida, ma presenta pure un altro vizio: poiché Gaio utilizza il verbo *sponderit* per indicare la promessa del servo, si deve ritenere che nell'*interrogatio* e nella *responsio* venga impiegato *spondeo*, violando così quella norma di *ius civile* che riserva tale verbo ai *cives romani*. Gli stessi due vizi infine, affliggono anche la *stipulatio peregrini*.

Nelle prime tre stipulazioni considerate sussiste quindi uno scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e il debitore correttamente effettuato e pertanto astrattamente idoneo a far sorgere un rapporto obbligatorio; esso è però reso inefficace dalla presenza di un vizio attinente alla condizione soggettiva del debitore ovvero alle modalità di esecuzione della prestazione. Nella *stipulatio servi* e nella *stipulatio peregrini* invece, sono viziate anche l'*interrogatio* e la *responsio* compiute per far sorgere l'obbligazione. Si può pertanto ipotizzare che, richiamando gli esempi della *stipulatio mulieris* e *pupilli sine tutoris auctoritate* e della *stipulatio post mortem dari*, Gaio abbia inteso affermare che *sponsio* e *fidepromissio* possono essere validamente costituite a garanzia di una stipulazione invalida purché il creditore abbia interrogato il debitore e il debitore abbia risposto nel rispetto delle norme che regolano tale procedimento. Da ciò risulta che l'esistenza di uno scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e il debitore rappresenta il presupposto minimo per la valida costituzione di una *sponsio* o di una *fidepromissio*. L'incertezza allora circa la validità della garanzia assunta per una *stipulatio servi* o una *stipulatio peregrini* è la conseguenza del fatto che l'uso del verbo *spondeo* da parte di un non *cives* rende dubbia la possibilità di qualificare come *interrogatio* e come *responsio* la domanda e la risposta che il creditore e il debitore si scambiano.

Questa interpretazione sarebbe però scorretta se l'esistenza o l'inesistenza, da un punto di vista giuridico, di una *interrogatio* e di una *responsio* comportasse l'individuazione di due diversi tipi di obbligazione invalida, il primo garantibile mediante *sponsio* o *fidepromissio* e l'altro no. Se si considera infatti la trattazione generale della stipulazione invalida è evidente che Gaio non distingue diverse figure di invalidità a seconda che la stipulazione non produca alcun effetto o non produca effetti nei confronti di alcuni soggetti o produca effetti ma questi siano rimovibili su iniziativa di chi è legittimato: l'unica categoria che viene ammessa è quella della stipulazione

invalida, intesa come obbligazione del tutto inefficace ⁽¹⁹⁰⁾. D'altro canto non è plausibile che il giurista si avvalga nella trattazione di singoli istituti di una distinzione che non ha operato sul piano generale senza che ciò venga segnalato.

Per risolvere il problema bisogna innanzitutto considerare che il vizio il quale, colpendo il fatto storico del dialogo tra creditore e debitore, esclude la sua qualificazione in termini di *interrogatio* e *responsio*, ha come conseguenza quella di impedire il sorgere del rapporto obbligatorio, cioè

¹⁹⁰ Si consideri infatti Gai 3.97: *Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum, quem seruum esse credebat, aut mortuum, quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.* 97a. *Item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, velut hippocentaurum, stipuletur, aequae inutilis est stipulatio.* 98. *Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, velut 'si digito caelum tetigerit', inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* 99. *Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ignorans rem suam esse dari sibi eam stipuletur; quippe quod alicuius est, id ei dari non potest.* 100. *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita: POST MORTEM TUAM DARI SPONDES? valet autem, si quis ita dari stipuletur: CUM MORIAR, DARI SPONDES? vel ita: CUM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, aut PRIDIE QUAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.* 101. *Quaecumque de morte diximus, eadem et de capitis diminutione dicta intellegemus.* 102. *Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu nummum sestertium V milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.* 103. *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. Sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant; pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.* 103a. *Alia causa est, --- DARI SPONDES --- solidum deberi et me sol --- etiam -- -. 104. Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. Servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est, non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectae ve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.* 105. *Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Idem etiam in surdo receptum est; quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et qui promittit, verba stipulantis exaudire debet.* 106. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat.* 107. *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, velut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.* 108. *Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt.* 109. *Sed quod diximus de pupillo, utique de eo verum est, qui iam aliquem intellectum habet; nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. Sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.*

rendere la stipulazione inefficace. Pertanto, l'inesistenza giuridica di uno scambio di *interrogatio* e *responsio*, lungi dal dare vita ad un particolare tipo di stipulazione invalida, risulta essere una comune causa di invalidità, al pari dell'incapacità dei soggetti o della violazione di una norma relativa al contenuto dell'obbligazione.

Si potrebbe però sostenere che la possibilità di garantire con *sponsio* o *fidepromissio* le stipulazioni invalide nelle quali il dialogo stipulatorio è stato correttamente eseguito attribuisce a tali obbligazioni una qualche rilevanza giuridica, rendendole diverse da qualsiasi altra stipulazione invalida e mettendo così in discussione l'unicità del concetto di invalidità. Per confutare ciò basta ricordare che il garante promette l'*idem* e che questa espressione, facendo riferimento alla prestazione promessa dal debitore dell'obbligazione garantita, pone in relazione lo scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e il garante con quello precedentemente intervenuto tra creditore e debitore, determinando così il contenuto dell'obbligazione del garante e attribuendo alla *sponsio* e alla *fidepromissio* quella funzione di garanzia che permette di distinguerla da una normale obbligazione. Ai fini della costituzione della garanzia quindi è sufficiente che si sia verificato il fatto storico del dialogo stipulatorio e che questo sia giuridicamente qualificabile come scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e il debitore dell'obbligazione principale, mentre risulta del tutto irrilevante che nel caso di specie sorga o meno il rapporto obbligatorio. La garanzia quindi, poiché necessita dell'esistenza dell'atto e si pone in relazione con l'atto, non attribuisce alcuna rilevanza giuridica alla stipulazione invalida che resta del tutto inefficace.

A questo punto si può considerare dimostrato che il presupposto minimo per la valida costituzione di una *sponsio* o di una *fidepromissio* è l'esistenza giuridica di uno scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore e il debitore dell'obbligazione da garantire.

7. *L'obbligazione civile valida, l'obbligazione naturale e l'obbligazione onoraria come presupposti per la costituzione di una valida 'fideiussio'*

Ci si può ora occupare della *fideiussio*, concludendo innanzitutto l'esegesi del passo gaiano riportato in apertura di questo capitolo. A tale riguardo bisogna segnalare che in base a Gai 3.119a il fideiussore può aderire ad ogni obbligazione, sia essa stata contratta *re, verbis, litteris, consensu*, ed è irrilevante che questa obbligazione sia civile o naturale, potendo essere garantita persino una *stipulatio servi*. Per tentare allora di stabilire quali

caratteristiche deve possedere l'obbligazione principale affinché possa essere costituita a sua garanzia una valida *fideiussio*, bisogna risolvere due questioni che, come si vedrà, si intrecciano tra loro: cosa intende Gaio per *obligatio re, verbis, litteris, consensu contracta*; quale ruolo è svolto dalla precisazione che tale obbligazione può essere sia *civilis* sia *naturalis*.

Per quanto riguarda il primo problema, è opportuno considerare le soluzioni che ne sono state date da quegli autori le cui interpretazioni di Gai 3.119 sono state messe a frutto per giungere alla corretta individuazione del presupposto della *sponsio* e della *fidepromissio*: anche in questo caso infatti, le posizioni dei due autori, pur non essendo alcuna di esse del tutto condivisibile, offrono utili spunti di riflessione.

Incominciando dal Flume, egli ritiene, come è già stato ampiamente segnalato, che l'*obligatio verborum* di Gai 3.119 designi l'obbligazione verbale formalmente valida, cioè la *stipulatio* astrattamente idonea a generare rapporti obbligatori in quanto è stato effettuato correttamente lo scambio di *interrogatio* e *responsio*. Pertanto, poiché l'espressione impiegata in Gai 3.119a, '*obligatio re verbis litteris consensu contracta*', è diversa, differente deve essere anche il suo significato: in particolare, l'utilizzo di *contracta*, da intendersi come 'conclusa', 'assunta', e più in generale la contrapposizione segnalata da Gai 3.118 tra *sponsio* e *fidepromissio* da un lato, *fideiussio* dall'altro, inducono a ritenere che l'espressione in questione indichi l'obbligazione non solo formalmente ma anche sostanzialmente valida⁽¹⁹¹⁾.

Per il De Martino, invece, '*obligatio re verbis litteris consensu contracta*' allude soltanto alla diversa modalità di costituzione dell'obbligazione garantita, nulla dice della sua validità; non è possibile poi trarre alcuna indicazione circa l'ammissibilità o meno di un'obbligazione principale invalida da altri elementi di Gai 3.119a né dal confronto del passo con il precedente Gai 3.119⁽¹⁹²⁾.

Come premesso, non può essere accolta né l'una né l'altra interpretazione. È innegabile, infatti, che Gai 3.118 manifesti l'esistenza di una netta differenza tra la disciplina della *sponsio* e della *fidepromissio* e quella della *fideiussio*, e che i due paragrafi successivi siano dedicati ad illustrare in che cosa essa consista. È vero poi che una prima importante

¹⁹¹ In tal senso W. FLUME, *Studien*, cit., 70 ss.

¹⁹² Sostiene infatti il F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 85 con riferimento a Gai 3.119 che «non vi è alcun motivo di leggere nel testo più di quanto il testo non dica: mentre la *sponsio* può accedere soltanto ad un negozio verbale, la *fideiussio* accede a tutti i negozi obbligatori. Nel primo caso non è sempre richiesta la validità del vincolo principale, nel secondo Gaio non dice nulla». La questione da risolvere pertanto è «se nonostante il silenzio di Gaio vi siano nelle fonti casi di indipendenza della *fideiussio* dall'obbligazione principale».

distinzione è costituita dal tipo di obbligazioni che possono essere garantite: le sole obbligazioni verbali con *sponsio* e *fidepromissio*, tutte le obbligazioni contrattuali con la *fideiussio*. È probabile infine che l'uso di due espressioni parzialmente diverse in due passi consecutivi sia determinata dalla volontà di indicare due concetti, non necessariamente incompatibili, ma quantomeno differenti.

Per giungere però a comprendere il significato di '*obligatio re verbis litteris consensu contracta*' bisogna valorizzare due aspetti che né gli autori citati né altri considerano: la nozione di contratto che emerge dalle Istituzioni gaiane; il fatto che l'*obligatio civilis* e l'*obligatio naturalis*, in base al tenore letterale di Gai 3.119a, sono entrambe espressione della più ampia categoria *obligatio re verbis litteris consensu contracta* di cui si sta trattando.

Con riferimento al primo punto, per contratto Gaio intende ogni *conventio*, cioè ogni accordo, che acquista rilevanza giuridica in conseguenza di un segno che ne permette il passaggio dalla dimensione del pre-giuridico a quella del giuridico. Il giurista quindi, nel tentativo di operare la massima sintesi, riconduce ad un'unica categoria, il contratto appunto, le figure dell'*actum*, del *contractum* e del *gestum* elaborate dalla dottrina precedente⁽¹⁹³⁾. Cerca tuttavia di recuperare la pluralità perduta operando la nota

¹⁹³ Si accoglie qui la ricostruzione prospettata da L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano, 2007, 49 ss. circa le ragioni che hanno indotto Gaio a compiere la *summa divisio* tra *obligationes ex contractu* e *obligationes ex delicto* e poi la nota quadripartizione delle prime. Scrive infatti l'autore che «constatato grazie appunto al *dictum Pedii* che tutti i contratti e tutti gli atti a carattere reale, verbale e letterale di cui parlava Labeone avevano in sé un accordo, Gaio, nell'intento di ridurre al massimo le categorie del sistema e agevolarne così il dominio razionale, aveva maturato la decisione di ricondurli ad unità: per il che riteneva sufficiente trasferire nella classe dei contratti l'*agere re, verbis* e *litteris*. Questa si sarebbe così incrementata non poco, mentre sarebbe svanita quella degli atti». L'intervento di Gaio costituisce quindi l'esito di quella riflessione dottrina in materia di *contractum* che prende avvio con Labeone e si sviluppa poi con Sesto Pedio. Secondo L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 23 ss. infatti Labeone (il cui pensiero emerge dal noto Ulp. 11 *ad ed. D. 50.16.19 Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*) indagando «le condizioni al ricorrere delle quali l'ordinamento accoglieva in sé, assicurandone la tutela, gli accordi che prevedessero l'impegno di una o di entrambe le parti di eseguire una prestazione» distingue «all'interno del novero degli accordi riconosciuti dal sistema come idonei a produrre effetti obbligatori, due categorie in relazione di contiguità: quella dell'atto, che abbraccia gli accordi che in tanto riuscivano a produrre questi effetti in quanto vi si accompagnasse la consegna della *res* o la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae*; e quella del contratto, che racchiude gli accordi capaci dei soliti effetti solo perché imponevano alle parti lo scambio di due prestazioni». Quanto invece a Sesto Pedio, sempre L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 29 ss. sostiene che il

quadripartizione delle obbligazioni contrattuali: le *obligationes re verbis litteris contractae* sono infatti sussumibili entro l'*actum* di Labeone, le *obligationes consensu contractae* dovrebbero ricomprendere invece gli istituti rientranti nel *contractum* e nel *gestum* labeoniano (¹⁹⁴). Il riferimento però al mero consenso e non al consenso su di un'*ultra citroque obligatio* o al consenso circa il compimento di una certa attività materiale o giuridica, fa emergere che, nel momento in cui Gaio opera la suddivisione delle obbligazioni contrattuali, al tema dell'individuazione del segno attributivo della giuridicità se ne sovrappone un altro, cioè quello della determinazione e del momento del perfezionamento del contratto (¹⁹⁵).

Sulla base di tali considerazioni si può quindi affermare che l'espressione '*obligatio re verbis litteris consensu contracta*' indica l'obbligazione generata da un accordo giuridicamente rilevante perché perfezionatosi mediante la consegna di una cosa, la pronuncia di *verba*, l'uso di *litterae* o la formazione del consenso tra le parti.

Prova della correttezza di questa interpretazione è data dal fatto che essa è in grado di spiegare la riconduzione entro un'unica categoria, quella dell'*obligatio re verbis litteris consensu contractae* appunto, tanto dell'*obligatio civilis* quanto dell'*obligatio naturalis*. L'obbligazione naturale infatti è un'obbligazione giuridicamente rilevante perché è idonea a giustificare il trasferimento patrimoniale che si verifica tra debitore e creditore, dal momento che il suo adempimento spontaneo comporta la *soluti retentio*, cioè l'impossibilità per il debitore di ripetere quanto prestato. Non ogni obbligazione civile invece ha rilevanza giuridica ma solo l'obbligazione

giurista, accogliendo nelle sue linee di fondo la distinzione labeoniana tra *actum*, *contractum* e *gestum*, interviene nel dibattito giuridico mosso da due obiettivi, emergenti da Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3 (*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*): mettere in luce che «non vi è alcun contratto, concepito al modo di Labeone, né alcun rapporto obbligatorio non reciproco, riconducibile all'atto dello stesso Labeone, che non contenesse una convenzione, essendo del tutto indifferente che per il nascere di tale rapporto fosse imprescindibile la consegna della *res* o la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae*»; evitare la scomparsa dell'*agente re*, circoscrivendo la categoria del contratto «agli accordi che vincolavano ciascuna parte al compimento di una prestazione i quali fossero tipicamente riconosciuti dall'ordinamento, essendo perciò protetti da azioni edittali, oppure nell'ipotesi in cui non lo fossero, avessero dato luogo all'esecuzione di una prestazione, essendo allora tutelati dall'*actio praescriptis verbis*.

¹⁹⁴ Si attinge anche qui a quanto affermato da L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 50.

¹⁹⁵ Così anche L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 51.

civile valida: l'obbligazione civile invalida, al contrario, non produce effetti giuridici pertanto, per il mondo del diritto è come se non esistesse. L'*obligatio civilis* citata nel passo deve quindi intendersi come obbligazione civile valida.

Quanto illustrato sinora consente di sostenere che anche Gai 3.119a, come il precedente Gai 3.119, si occupa del tema della validità dell'obbligazione garantita come presupposto o meno della costituzione di una valida garanzia. In particolare, il passo stabilisce che l'obbligazione principale può essere soltanto un'obbligazione civile valida o un'obbligazione naturale.

A questo punto è necessario verificare se le conclusioni raggiunte sulla base delle sole Istituzioni gaiane sono compatibili con la disciplina della *fideiussio* che emerge dai passi del Digesto.

Innanzitutto deve essere fatta una precisazione che non inficia però i risultati conseguiti sinora. In base a

Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.1.8.2: *Pro eo etiam, qui iure honorario obligatus est, posse fideiussorem accipi sciendum est.*

la *fideiussio* può essere costituita anche a garanzia delle obbligazioni onorarie, cioè di quei rapporti obbligatori che trovano tutela esclusivamente sul piano del diritto pretorio. Anche queste obbligazioni sono giuridicamente rilevanti, come le obbligazioni civili valide e le obbligazioni naturali, pertanto il loro inserimento tra le obbligazioni che possono essere garantite mediante *fideiussio* non contrasta con l'interpretazione di Gai 3.119a proposta. La mancata loro menzione da parte di Gaio allora, è semplicemente la conseguenza del fatto che il giurista non si occupa per nulla di questo tipo di obbligazioni nel suo manuale istituzionale.

Passando ora ad accertare se vi è qualche passo che ammetta la *fideiussio* per un'obbligazione principale invalida si può ad esempio considerare

Paul. 18 *ad ed.* D. 46.1.29: *Si sub impossibili condicione stipulatus sim, fideiussor adhiberi non potest.*

L'opposizione di una condizione impossibile rende l'obbligazione principale invalida: l'obbligazione non può essere garantita mediante *fideiussio* ⁽¹⁹⁶⁾.

¹⁹⁶ F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 103 sottolinea che «il negozio sotto condizione impossibile è invalido per una ragione obbiettiva» ma che proprio la natura oggettiva di

Si veda poi

Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.5.4: *Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fideiussorem dederit, neque virum liberari neque mulierem obligari vel fideiussorem eius iulianus ait, perindeque haberi ac si nihil promississet.*

In questo caso la moglie promette a titolo di donazione al creditore del marito, al fine di ottenere la liberazione di questo; rafforza inoltre il proprio debito fornendo al creditore un fideiussore. L'obbligazione della donna è invalida perché viola il divieto di donazione tra i coniugi, pertanto, secondo Giuliano è come se non fosse stato promesso nulla: non solo il marito non è liberato e la moglie non è obbligata ma non è obbligato neppure il fideiussore. La nullità dell'obbligazione principale comporta quindi la nullità della garanzia ⁽¹⁹⁷⁾.

Simili considerazioni possono essere svolte anche con riferimento a

Ulp. 48 *ad Sab.* D. 45.1.1.2: *Si quis ita interroget 'dabis?' responderit 'quid ni?', et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.*

Il passo presenta un esempio di obbligazione principale radicalmente nulla per vizio di forma: il debitore di una costituenda obbligazione verbale, infatti, interrogato dal creditore, non risponde ma si limita ad annuire. Ulpiano conviene con Sabino nell'affermare che il fideiussore che avesse garantito tale obbligazione non sarebbe obbligato. La precisazione che il debitore, annuendo, non dà vita né ad un'obbligazione civile né ad un'obbligazione naturale palesa che per Ulpiano è proprio la mancanza di un'obbligazione civile valida, o quantomeno di un'obbligazione naturale, a rendere nulla la fideiussione ⁽¹⁹⁸⁾.

questa causa di invalidità fa sì il principio potesse trovare applicazione anche alla *sponsio* e alla *fidepromissio*.

¹⁹⁷ Di debito nullo perché *contra legem* parla P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 51. Anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 105 rileva che «il fideiussore non è obbligato in quanto l'obbligazione della donna è invalida per il divieto delle donazioni tra i coniugi» ma sostiene che non si può stabilire se la regola si applicasse soltanto alla *fideiussio* o anche alla *sponsio*.

¹⁹⁸ F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 106 s. afferma che, pur essendo il passo estremamente corrotto, non vi sono ragioni per dubitare dell'autenticità della previsione dell'invalidità della *fideiussio*. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 52 dopo aver affermato che dalla nullità dell'obbligazione principale discende l'invalidità della *fideiussio*, osserva che «è

Molto interessante è poi

Paul. 15 *quaest.* D. 46.1.56.2: *Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri pomponius ait. quid ergo, si consumptis nummis nascatur condictio? puto fideiussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.*

Nella prima parte del passo Paolo considera il caso in cui il mutuante dia in nome proprio al mutuatario *nummi* non suoi: il mutuo è nullo perché il mutuante non è proprietario dei *nummi* ed è nulla pure la fideiussione costituita a garanzia del mutuo, come aveva sostenuto anche Pomponio. Anche qui, quindi, l'invalidità della *fideiussio* è la conseguenza della mancanza di un'obbligazione principale valida. Nella seconda parte del passo, invece, Paolo si interroga sulla sorte della fideiussione nel caso in cui vi sia stata *consumptio nummorum* e conseguentemente spetti al mutuante la *condictio*: secondo il giurista, che sembra qui risolvere la questione in modo inedito ⁽¹⁹⁹⁾ o quantomeno diverso da Pomponio, il fideiussore è obbligato. Al di là della possibilità di parlare di una convalida ⁽²⁰⁰⁾ del mutuo originariamente invalido, la consumazione di *nummi* altrui effettuata dall'accipiente in buona fede rende comunque giuridicamente rilevante un mutuo che altrimenti non produrrebbe alcun effetto perché attribuisce al mutuante la possibilità di agire per la restituzione dei *nummi* con una *condictio sine causa* ⁽²⁰¹⁾. Il fatto quindi che l'obbligazione principale acquisti rilevanza giuridica la rende, secondo Paolo, garantibile mediante *fideiussio*.

Tutti i passi sin qui considerati sono concordi nell'escludere la possibilità di costituire una *fideiussio* a garanzia di un'obbligazione civile invalida. Si può di conseguenza ritenere confermata l'ipotesi che solo un'obbligazione civile valida, un'obbligazione pretoria o un'obbligazione naturale possono essere garantite mediante *fideiussio*.

probabile che Sabino e Ulpiano parlassero anche della *sponsio* ma il ricordo della mancanza di fondamento naturale dell'obbligazione principale ci fa certi che l'attenzione dei classici, almeno di Ulpiano, era rivolta alla *fideiussio*».

¹⁹⁹ In tal senso P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 56 il quale giustifica tale affermazione con riferimento all'uso di *puto*.

²⁰⁰ Con riferimento all'effetto della *consumptio nummorum* il M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 542 parla di convalida di un mutuo originariamente inefficace; il P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 52 invece preferisce riferirsi al concetto di sanatoria del negozio nullo.

²⁰¹ In tal senso M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 420 e 542.

In tal senso depongono anche

Iul. 12 *dig.* D. 46.1.11 *Qui contra senatus consultum filio familias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent.*

e

Ven. 2 *stipul.* D. 14.6.18 *Creditorem filii familias mortuo eo fideiussorem accipere non posse iulianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat: plane a patre eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi.*

Nel primo passo Giuliano si occupa del caso in cui taluno, in violazione del Senatoconsulto Macedoniano, abbia prestato del denaro ad un *filiusfamilias* il quale ha promesso di fornirgli, a garanzia del prestito, un fideiussore. Morto il *filiusfamilias* prima della costituzione della garanzia, il suo creditore non può pretendere che il *pater* gli fornisca il fideiussore perché non ha, nei confronti del *pater*, alcuna azione né civile né onoraria. Da ciò emerge che, finché il *filiusfamilias* è vivo, la fideiussione può essere validamente costituita: tra il creditore e il *filius* infatti vi è un'obbligazione civile pienamente valida perché il Senatoconsulto Macedoniano opera soltanto sul piano del diritto pretorio⁽²⁰²⁾ comportando la concessione di un'*exceptio* nel caso in cui il creditore agisca per la restituzione della somma. Intervenuta la morte del *filius*, invece, la fideiussione non può più essere costituita perché non vi è alcuna obbligazione da garantire: alla mancanza di azioni civili o pretorie esperibili da parte del creditore del *filius* contro il *pater* corrisponde l'assenza di qualsiasi obbligazione tra i due soggetti⁽²⁰³⁾.

Nel secondo passo Venuleio considera un qualsiasi debito del *filiusfamilias* che questo ha promesso di rafforzare fornendo un *fideiussor*: morto il *filius* prima che il *fideiussor* si sia obbligato, la fideiussione non può

²⁰² Dello stesso avviso anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 107 che afferma che «se un fideiussore non poteva costituirsi dopo la morte del *filiusfamilias* obbligatosi contro il divieto del Senatoconsulto Macedoniano ciò significa che la semplice invalidità del negozio non impediva la costituzione della garanzia. Ma ciò si spiega perché il senatoconsulto era applicato da dal pretore mediante un'*exceptio*, non operava *ipso iure*».

²⁰³ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., sostiene che, morto il figlio, «manca la possibilità di configurare la responsabilità di un reo cui acceda quella del fideiussore».

essere costituita perché manca un'obbligazione civile o naturale da garantire; opposta soluzione deve però essere ammessa se contro il *pater* è esperibile l'*actio de peculio*. Contrariamente a quanto potrebbe apparire, la posizione di Venuleio non è per nulla in contrasto con quella di Giuliano, che viene infatti citato: essa è semplicemente la conseguenza del diverso caso esaminato. È ben possibile infatti che un debito del *filiusfamilias* sia stato assunto con modalità tali da comportare la responsabilità *de peculio* del *paterfamilias*, con conseguente esperibilità della relativa azione, il che invece è escluso nel caso in cui il debito violi il Senatoconsulto Macedoniano (²⁰⁴). Se però è data contro il *pater* l'*actio de peculio*, significa che vi è una responsabilità del *pater* sanzionabile sul piano del diritto pretorio, quindi un'obbligazione onoraria garantibile mediante *fideiussio*. Anche Venuleio, pertanto, conferma che l'esistenza di un'obbligazione civile valida o di un'obbligazione onoraria è presupposto imprescindibile per la costituzione di una valida *fideiussio*.

A questo punto bisogna però segnalare che vi sono alcuni passi che ammettono la possibilità di garantire mediante *fideiussio* un'obbligazione invalida: si tratta di testi accomunati dal fatto che l'invalidità dell'obbligazione principale è determinata sempre dalla medesima causa, l'assunzione dell'obbligazione da parte di un pupillo *sine tutoris auctoritate*. È necessario allora procedere all'analisi delle fonti per ricercare in esse una qualche giustificazione della validità della garanzia.

Si può iniziare considerando

Pomp. 18 *epist.* D. 12.2.42 pr.: *Creditor, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, iusiurandum deferente pupillus iuravit se dare non oportere: eandem pecuniam a fideiussore eius petit: an excludendus sit exceptione iurisiurandi? quid tibi placet, rescribe mihi. Eam rem apertius explicat iulianus. Nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenit, ut ab omni condicione discederetur, si pupillus iurasset, isque iuraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac pactione*

²⁰⁴ Così anche P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 54 il quale nota che «mentre chi parla di creditore *contra Senatusconsultum Macedonianum* configura una fattispecie da cui è per ipotesi esclusa la responsabilità per arricchimento (questo è il caso di Giuliano), chi parla di creditore *sic et simpliciter* non soltanto non può escludere la responsabilità del padre *de peculio et de in rem verso*, ma vuole innanzitutto parlare di questa responsabilità (questo è il caso di Venuleio): ed è appunto perciò che Venuleio da una parte deve ricordare la possibile responsabilità *de peculio* e la conseguente possibilità di costituzione di un garante di questa responsabilità, dall'altra parte può mettere in rilievo l'eventualità di una responsabilità per arricchimento, sostituendo al ricordo delle non esperibili azioni civili o onorarie quello dell'obbligazione civile o onoraria».

tolletur et soluta pecunia repeti poterit. Sin vero creditor quidem se mutuatam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quod tutor eius non intervenisset et hoc tale iusiurandum interpositum est, hoc casu fideiussorem praetor non tuebitur. Si autem liquido probari non potest, quid actum sit, et in obscuro erit (ut plerumque fit), de facto an de iure inter creditorem et pupillum controversia fuerit deferente creditore pupillum iurasse, intellegere debemus id actum inter eos, ut, si iurasset se dare non oportere, ab omni condicione discederetur: atque ita et solutam pecuniam repeti posse et fideiussoribus exceptionem dari debere existimavimus.

Il caso affrontato è il seguente: un pupillo, senza l'*auctoritas* del tutore ha preso a mutuo una certa somma; a garanzia del mutuo è stata costituita una *fideiussio*; il creditore agisce per la restituzione e deferisce al pupillo il giuramento; il pupillo giura di non dover dare nulla perché non ha mai ricevuto il denaro e risulta così vittorioso ⁽²⁰⁵⁾; il creditore agisce contro il fideiussore; ci si chiede se al fideiussore spetti l'*exceptio iurisiurandi* ⁽²⁰⁶⁾. La questione è risolta da Pomponio riportando il pensiero di Giuliano, il quale ritiene che si debba pervenire a conclusioni diverse a seconda del contenuto del giuramento del pupillo. Se il pupillo ha giurato di non aver mai ricevuto il denaro, tale giuramento estingue l'obbligazione naturale e pertanto l'*exceptio iurisiurandi* deve essere concessa anche al fideiussore. Se invece il pupillo ha giurato soltanto che il tutore non è intervenuto prestando la sua *auctoritas* al momento della conclusione del mutuo, al fideiussore non spetta l'eccezione.

Dal passo emerge quindi che la *fideiussio* può essere validamente costituita a garanzia di un mutuo assunto dal pupillo senza la prescritta *auctoritas* del tutore pur essendo questa un'obbligazione invalida in base al *ius civile*: negare infatti l'estensione al *fideiussor* dell'*exceptio iurisiurandi* nel caso in cui il giuramento deferito al pupillo abbia avuto come esito di accertare la mancanza dell'*auctoritas* tutoria comporta che il fideiussore non può bloccare l'azione promossa contro di lui dal creditore lamentando l'invalidità dell'obbligazione principale ⁽²⁰⁷⁾.

²⁰⁵ Poiché il giuramento deferito attiene all'esistenza del credito, se il convenuto giura risulta vittorioso, se non giura vince invece l'attore.

²⁰⁶ L'*exceptio iurisiurandi* spetta al convenuto il quale abbia prestato il giuramento che gli è stato deferito dall'attore.

²⁰⁷ Non pare condivisibile pertanto la posizione di W. FLUME, *Studien*, cit., 77 secondo il quale dal passo non può trarsi alcuna informazione circa il fatto che il *fideiussor* sia o meno obbligato.

Tale disciplina non può certo essere giustificata affermando che Giuliano e Pomponio si riferivano originariamente alla *sponsio* o alla *fidepromissio* perché, essendo l'obbligazione principale un mutuo, è esclusa la possibilità di utilizzare tali istituti. La ragione della validità della *fideiussio* è invece un'altra ed è esplicitata dal discorso di Giuliano: l'obbligazione assunta dal pupillo senza l'*auctoritas* del tutore è un'obbligazione naturale. Ciò spiega la diversità delle conseguenze dei due giuramenti. Il giuramento che accerta l'assenza dell'*auctoritas* non fa altro che confermare l'esistenza di un'obbligazione naturale la quale, come ormai noto, può essere garantita mediante *fideiussio*: il fideiussore non può quindi opporre l'*exceptio iurisiurandi* perché il giuramento non ha in alcun modo modificato l'obbligazione principale. Il giuramento *se dare non oportere*, invece, estingue l'obbligazione naturale: l'eccezione pertanto si estende al fideiussore perché venendo meno l'obbligazione garantita neppure il garante può essere considerato obbligato.

La ricostruzione appena proposta è confermata da

Pap. 28 *quaest.* D. 46.3.95.4: *Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.*

In base a questo passo infatti è possibile affermare che, anche per Papiniano, si può garantire con la *fideiussio* l'obbligazione assunta da un pupillo, tale obbligazione è un'*obligatio naturalis* e il giuramento estingue sia l'obbligazione principale sia la garanzia⁽²⁰⁸⁾.

Si può ora passare a

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.14 *Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam,*

²⁰⁸ Anche per P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 48 «il testo conferma la responsabilità del fideiussore per un deposito presso un pupillo».

cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet.

Il passo è piuttosto complesso e si occupa di quali azioni possono essere esperite dal depositante contro un certo soggetto qualora, avendo voluto effettuare il deposito presso di lui, lo ha invece effettuato, su suo suggerimento presso un di lui liberto. Ulpiano riferisce il pensiero di Pomponio secondo il quale bisogna interpretare la manifestazione di volontà del terzo e il conseguente comportamento del depositante. Così, il depositante ha l'*actio depositi* contro il terzo se ha agito in nome del terzo, come se questo, dopo aver ricevuto la cosa in deposito, la avesse depositata presso il proprio liberto per mezzo del depositante. Se invece il depositante si è semplicemente lasciato persuadere da un consiglio del terzo, contro costui non ha alcuna azione, potendo esercitare soltanto l'*actio depositi* contro il liberto. Se poi il depositante ha agito come mandatario del terzo, gli spetta nei confronti di questo l'*actio mandati*. Se infine il comportamento del terzo è interpretabile come assunzione di una fideiussione a garanzia dell'obbligazione del liberto depositario, il terzo è tenuto come fideiussore, per il dolo del depositario ma anche in altri casi, purché la cosa rimanga presso il depositario. Il passo poi continua esemplificando tali ulteriori situazioni in cui sussiste la responsabilità del fideiussore citando tra esse il caso in cui il depositario sia un pupillo.

Anche qui, pertanto, risulterebbe affermata la validità della *fideiussio* costituita a garanzia da un'obbligazione assunta da un pupillo *sine tutoris auctoritate*. Vi sono però forti dubbi circa la genuinità della parte di D. 16.3.1.14 in cui è espressa tale regola: il brusco cambiamento della materia trattata, infatti, non più il deposito presso un servo, come in tutto il resto del passo, ma le condizioni alle quali è responsabile il fideiussore che ha garantito un deposito presso un non servo, induce a ritenere che la proposizione che inizia con *non tantum si dolo* sia una glossa (²⁰⁹).

²⁰⁹ Da segnalare la posizione di P. FREZZA, *Garanzie*, cit., 47 s.: l'autore considera la parte del passo in questione una glossa scolastica e adduce ad ulteriore prova l'interrogazione retorica '*quid ni?*', ciononostante ritiene che la glossa si muova nell'ordine di idee dei classici. Anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 125 ss. reputa la parte finale di D. 16.3.1.14 corrotta per diverse ragioni: l'assenza di un qualsiasi nesso logico tra «il problema esaminato

Ciò non di meno anche

Pomp. 22 ad Sab. D. 46.1.2 *Et commodati et depositi fideiussor accipi potest et tenetur, etiamsi apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit, sed ita demum, si aut dolo malo aut culpa hi fecerunt, pro quibus fideiussum est.*

ammette la possibilità di garantire mediante fideiussione l'obbligazione di un pupillo depositario. Anzi, il passo prevede che la *fideiussio* possa essere assunta a garanzia non solo del deposito ma anche del comodato conclusi da un pupillo senza l'*auctoritas* del tutore o da un servo.

Bisogna però segnalare che anche l'autenticità di D. 46.1.2 è stata messa in discussione da parte della dottrina, soprattutto a causa della previsione della responsabilità del depositario per colpa, la quale non sarebbe classica⁽²¹⁰⁾. Pertanto, il problema della validità della *fideiussio* costituita a garanzia dell'obbligazione civilisticamente invalida del pupillo, è stato risolto da taluni autori affermando che il riferimento al pupillo in D. 46.1.2 è il frutto di una modifica del passo operata dai compilatori giustinianei: Pomponio si sarebbe occupato soltanto del deposito o del comodato concluso da un servo, obbligazioni certamente naturali garantibili mediante *fideiussio*⁽²¹¹⁾.

Tale ricostruzione non è però condivisibile perché fondata soltanto sul presupposto che l'obbligazione assunta dal pupillo *sine tutoris auctoritate* non sia un'obbligazione naturale. Si è visto, invece, che proprio Pomponio in D. 12.2.42pr. ammette la fideiussione a garanzia del mutuo del pupillo in quanto considera quest'ultimo un'obbligazione naturale. È possibile, quindi, che in D. 46.1.2 il giurista abbia considerato l'obbligazione del pupillo

nella prima parte del testo, cioè l'esistenza di un mandato di credito, e quello esaminato dopo, cioè la responsabilità del fideiussore»; «il principio che il garante sia tenuto anche quando la condotta del depositario sia dolosa»; «la responsabilità del fideiussore per il fatto materiale che la cosa si trova presso il debitore». L'autore poi ritiene che l'impostazione del problema della *fideiussio* non sia classica: Ulpiano si sarebbe occupato della *fideiussio* «per dire che anche qui vi è in sostanza un *iussum*, cioè un'autorizzazione di compiere un determinato negozio e questo somiglia al mandato *pericolo meo* ma il passo del giurista» è stato corrotto «deviando il testo in una ben diversa direzione, cioè verso l'esame della *fideiussio* in rem».

²¹⁰ Ritengono non classico il richiamo della colpa come criterio di responsabilità: F. EISELE, *Beitrag zur Erbennntniss den Digesteninterpolationen*, in ZSS, XIII, 1892, 131; R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in BIDR, XIX, 1907, 51; TUMEDEI, *Distinzioni postclassiche relative all'età*, Bologna, 1922, 49; E. LEVY, *Die Konkurrenzen der Aktionen*, I, 285; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht*, in ZSS, XL, 1919, 248; P. FREZZA, *Garanzie*, cit., 48.

²¹¹ 'Vel pupillum' è considerato un'aggiunta dei compilatori da J. VAZNY, *'Naturalis obligatio'*, in *Studi Bonfante*, IV, 163 ss. e W. FLUME, *Studien*, cit., 78 ss.

accanto a quella del servo proprio perché la riteneva, come questa, un'*obligatio naturalis* a garanzia della quale quindi è ammessa la costituzione della *fideiussio*.

D'altro canto, al di là dell'autenticità o meno del passo di Pomponio, è comunque significativo che sia D. 46.1.2 che D. 16.3.1.14 citino il deposito effettuato presso il pupillo accanto al deposito effettuato presso il servo: ciò manifesta, infatti, che quantomeno i giuristi postclassici percepivano l'esistenza tra i due istituti di un'analogia, che si può ipotizzare determinata dalla riconducibilità di entrambe le obbligazioni entro la categoria delle *obligationes naturales*.

Vi è poi da considerare

Gai. 5 *ad ed. provinc.* D. 4.8.35: *Si pupillus sine tutoris auctoritate compromiserit, non est arbiter cogendus pronuntiare, quia si contra eum pronuntietur, poena non tenetur: praeterquam si fideiussorem dederit, a quo poena peti possit. Idque et Iulianus sentit.*

Gaio esamina gli effetti del compromesso arbitrato effettuato da un pupillo *sine tutoris auctoritate* e garantito mediante *fideiussio* (²¹²): il pupillo non è tenuto a pagare la pena convenzionale stipulata, la quale può essere richiesta invece al fideiussore. Anche da questo passo, quindi, risulterebbe la possibilità di costituire una valida *fideiussio* a garanzia di un'obbligazione assunta dal pupillo senza l'*auctoritas* del tutore. Alcuni autori però, per giustificare la validità della garanzia, hanno sostenuto che il brano originariamente non si sarebbe riferito alla *fideiussio*: escluso che potesse occuparsi della *sponsio*, essendo tratto dal commento all'editto provinciale, esso avrebbe considerato la *fidepromissio*, istituto accessibile ai peregrini che, come risulta da Gai 3.119, avrebbe potuto accedere alla *stipulatio poenae* effettuata dal pupillo (²¹³). Questa spiegazione è plausibile ma è altrettanto possibile che il passo sia genuino e che Gaio abbia ritenuto garantibile mediante *fideiussio* la stipulazione del pupillo in quanto obbligazione naturale.

Considerazioni analoghe possono essere svolte anche con riferimento a

²¹² Secondo P. FREZZA, *Garanzie*, cit., 46 Gaio si sarebbe occupato della *fideiussio* ma anche della *fidepromissio*.

²¹³ In tal senso F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 87 che ritiene appunto che il passo originariamente si riferisse alla *fidepromissio*.

Scaev. 5 *quaest.* D. 45.1.127: *Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea.*

Il passo si occupa del caso in cui un pupillo si sia obbligato *sine tutoris auctoritate* a dare uno schiavo e abbia rafforzato la sua obbligazione con una fideiussione: morto lo schiavo dopo che il pupillo è caduto in mora, il fideiussore non è più obbligato. Tale esito non è determinato, secondo Scevola, dall'invalidità della *fideiussio* ma dalla peculiarità dell'obbligazione garantita: l'assenza dell'*auctoritas* del tutore, infatti, fa sì che non si producano nei confronti del pupillo le conseguenze negative dell'attività negoziale da lui svolta: nel caso di specie il pupillo non è tenuto a dare lo schiavo. Pertanto, se sin dal momento della conclusione della *stipulatio* il pupillo non è obbligato, non soltanto non vi può essere mora ma neppure *perpetuatio obligationis*: la morte dello schiavo quindi, estingue per impossibilità sopravvenuta l'obbligazione del pupillo⁽²¹⁴⁾. Il *fideiussor* allora non è più obbligato perché il venir meno dell'obbligazione garantita comporta l'estinzione della fideiussione.

Quanto alla validità della *fideiussio*, vale ciò che è stato detto con riferimento a D. 4.8.35: è possibile che il passo si occupasse originariamente di *sponsio* e *fidepromissio*⁽²¹⁵⁾ ma è pure plausibile che esso sia genuino e che la possibilità di costituire la *fideiussio* a garanzia della *stipulatio pupilli sine tutoris auctoritate* sia la conseguenza della riconduzione di tale istituto entro la categoria delle obbligazioni naturali.

Resta infine da analizzare

Ulp. 11 *ad ed.* D. 46.1.25: *Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.*

Ulpiano ricorda quanto è stato sostenuto da Marcello, cioè che per i più il fideiussore che abbia garantito l'obbligazione assunta da un pupillo *sine tutoris auctoritate* o da un furioso o da un prodigo, non è soccorso dalle

²¹⁴ Analoghe considerazioni sono svolte da P. FREZZA, *Garanzie*, cit., 49 s.

²¹⁵ In tal senso W. FLUME, *Studien*, cit., 119.

eccezioni spettanti al debitore principale perché non ha nei confronti di questo l'*actio mandati*. Il riferimento proprio a questa azione induce a ritenere che l'interpretazione appena indicata sia la più corretta, in quanto l'esperibilità o meno dell'*actio mandati* da parte del garante è spesso utilizzata dai giuristi classici per giustificare le proprie soluzioni circa l'estensione al garante delle eccezioni del debitore. Sembra pertanto meno plausibile che il passo vada letto assieme a D. 4.4.13 e che come questo si occupi della *restitutio in integrum* ⁽²¹⁶⁾.

Ciò che importa in questa sede comunque, è che D. 46.1.25 ammette la possibilità di costituire una valida *fideiussio* a garanzia dell'*obligatio pupilli sine tutoris auctoritate*. In questo caso però, vi sono fondati motivi per ritenere che la previsione della validità della garanzia sia la conseguenza di un intervento operato sul passo dai compilatori giustiniane: come si avrà modo di spiegare diffusamente nel prossimo paragrafo infatti, è probabile che Ulpiano non si occupasse della *fideiussio* bensì della *sponsio* e della *fidepromissio*, istituti che, è cosa ormai nota, potevano essere utilizzati senza dubbio per garantire l'obbligazione assunta al pupillo senza l'*auctoritas* del tutore.

Quanto sin qui esposto consente di formulare ora qualche breve considerazione. Innanzitutto, bisogna osservare che la possibilità di costituire una valida *fideiussio* a garanzia di un'obbligazione assunta dal pupillo *sine*

²¹⁶ Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13: *In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, ut puta fideiussoribus. Itaque si cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. in summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur. unde tractari potest, minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem an et adversus fideiussorem implorare debeat. et puto tutius adversus utrumque: causa enim cognita et praesentibus adversariis vel si per contumaciam desint in integrum restitutiones perpendendae sunt. 1. Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est. Il collegamento tra i due passi è stato segnalato da O. LENEL, 'Palingenesia iuris civilis', II, 475. Il passo si occupa della *restitutio in integrum* sicuramente per P. FREZZA, *Garanzie*, cit., 49, con qualche dubbio per F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 94. Contrario all'ipotesi del Lenel invece W. FLUME, *Studien*, cit., 143.*

tutoris auctoritate è prevista in passi del Digesto che si occupano di fattispecie piuttosto diverse tra loro: il giuramento, la legittimazione ad agire con l'*actio depositi* e l'*actio mandati*, il compromesso arbitrale, la mora, l'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale. È plausibile pertanto sostenere che la validità della *fideiussio* non è una soluzione particolare legata a singoli specifici istituti ma piuttosto un fenomeno di portata generale che in quanto tale richiede una spiegazione altrettanto generale.

Questa non può essere, come è stato invece da taluno sostenuto (²¹⁷), la non classicità di tutti i testi che prevedono una *obligatio pupilli sine tutoris auctoritate* garantita mediante *fideiussio*. Vi sono infatti almeno due passi, D. 12.2.42 pr. e D. 46.1.2, la cui autenticità è pressoché incontestabile dal momento che non è possibile ipotizzare che si occupassero originariamente di *sponsio* e *fidepromissio*, perché si riferiscono ad una obbligazione principale non verbale, né tantomeno che non affrontassero per nulla il tema delle garanzie personali, perché non è ravvisabile alcun intervento testuale che deponga in tal senso.

L'analisi delle fonti condotta in questo paragrafo ha permesso però di individuare un'altra giustificazione, compatibile con tutti i testi presi in esame: la riconducibilità dell'obbligazione assunta dal pupillo *sine tutoris auctoritate* entro la categoria delle obbligazioni naturali. È vero che solo D. 12.2.42 pr. e D. 46.3.95.4 fanno espressamente riferimento all'*obligatio naturalis* per giungere ad una soluzione del caso considerato, tuttavia, con esclusione di quei passi che sono stati oggetto di interventi tali da far addirittura dubitare che in origine si occupassero di una qualche garanzia personale, non sembrano esservi ragioni che impediscano di ritenere che anche in tutti gli altri casi la validità della *fideiussio* sia determinata dal fatto che l'obbligazione garantita è considerata un'obbligazione naturale.

Ecco allora la spiegazione generale che si stava cercando, spiegazione che rende pienamente conforme ai principi del diritto classico in materia di garanzie personali la *fideiussio* costituita a garanzia di una *obligatio pupilli sine tutoris auctoritate*, cioè di un'obbligazione invalida ai sensi del *ius civile*.

A questo punto è opportuno occuparsi più diffusamente di D. 46.1.25 perché appare in netto contrasto con quanto affermato sinora circa le caratteristiche che deve possedere l'obbligazione principale per poter essere garantita mediante fideiussione. Il passo, infatti, ammette la possibilità di costituire una valida *fideiussio* a garanzia non soltanto dell'*obligatio pupilli*

²¹⁷ Ci si riferisce alla posizione espressa da W. FLUME, *Studien*, cit., 77 ss.

sine tutoris auctoritate ma anche dell'*obligatio prodigi* e dell'*obligatio furiosi*: se la prima può essere considerata, come si è visto, un'obbligazione naturale, le altre due invece sono soltanto obbligazioni invalide. È necessario pertanto approfondire il tema della garantibilità dell'obbligazione del prodigo e dell'obbligazione del furioso per stabilire se quanto risulta da D. 46.1.25 deve indurre a ricostruire diversamente la disciplina della fideiussione classica.

I passi che devono essere considerati, oltre ovviamente a D. 46.1.25, sono due: D. 16.3.1.14 e D. 45.1.6. Il primo è già stato poc'anzi diffusamente illustrato. Ciò che rileva ora è quanto viene affermato nella parte finale del passo, che si è detta essere molto probabilmente una glossa: il fideiussore sarebbe tenuto a prestare quanto normalmente deve prestare in base all'*actio mandati* anche se il depositario divenisse pazzo. Il tema trattato sembra pertanto essere quello degli effetti prodotti sulla fideiussione dalla sopravvenuta pazzia del debitore principale, piuttosto che quello della validità della garanzia assunta per l'obbligazione del furioso (²¹⁸): pare cioè che il caso considerato sia quello di una fideiussione che nasce valida, in quanto costituita per un'obbligazione pienamente valida, e che tale rimane perché la sua validità non è inficiata dalla perdita della capacità di agire da parte del debitore principale. Il passo, dunque, non impone alcun ripensamento delle conclusioni raggiunte in materia di obbligazioni garantibili mediante *fideiussio*.

Considerevoli problemi sono sollevati, invece, da

Ulp. 1 *ad Sab.* D. 45.1.6: *Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.*

non tanto per la ricostruzione del suo contenuto, di facile comprensione, quanto piuttosto per la necessità di spiegare come possa coesistere con D. 46.1.25: Ulpiano afferma, infatti, che il prodigo interdetto non può trasferire la proprietà di una cosa né obbligarsi e il fideiussore non può garantire la sua obbligazione o quella del furioso.

²¹⁸ Anche per il F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 127 il passo si occupa degli effetti prodotti dagli effetti prodotti dalla pazzia e dalla dichiarazione di prodigalità sopravvenute. Secondo l'autore però, Ulpiano avrebbe affrontato questo tema con riferimento al mandato di credito. D'altro canto neppure nel contesto giustiniano è dato affermare con sicurezza se il principio si riferisca alla fideiussione perché niente vieta di considerarlo relativo al mandato di depositare.

Innumerevoli sono stati i tentativi di conciliare i due passi. Si è sostenuto, ad esempio, che D. 45.1.6 si riferirebbe all'obbligazione assunta da chi è già stato interdetto per prodigalità o da chi è già furioso, mentre D. 46.1.25 si occuperebbe dell'obbligazione costituita da un debitore capace, che solo successivamente viene interdetto o diviene pazzo ⁽²¹⁹⁾: tale interpretazione certo elimina il contrasto tra i due passi ma non è suffragata dai testi. È stato ipotizzato anche che l'obbligazione principale in D. 46.1.25 sia valida per un'altra ragione, cioè in quanto *obligatio ex re* la cui validità non dipenderebbe dalla capacità giuridica del debitore ⁽²²⁰⁾: anche in questo caso però si pretende di far dire al testo ciò che in realtà esso non dice. È stata pure suggerita l'opposta interpretazione, cioè che D. 46.1.25 tratti di una *fideiussio* invalida: Marcello avrebbe affrontato il tema della spettanza del regresso nel caso in cui il fideiussore abbia pagato nonostante l'invalidità della sua obbligazione derivante dall'invalidità dell'obbligazione garantita e avrebbe concluso che al garante non spetta l'*actio mandati contraria* perché il debitore principale non può esercitare l'*actio mandati directa* per mancanza di interesse ad agire ⁽²²¹⁾. Anche tale ricostruzione non può però essere condivisa perché il passo si occupa effettivamente del regresso ma in quanto giustificazione dell'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale.

La via da seguire sembra invece un'altra. Bisogna innanzitutto riconoscere che sul piano del diritto giustiniano il contrasto tra D. 46.1.25 e D. 45.1.6 è insanabile: entrambi i passi si occupano dello stesso tipo di obbligazione principale e l'uno ne afferma la garantibilità mediante *fideiussio*, l'altro la esclude. Ciò comunque non desta particolare meraviglia se si considera che D. 46.1.25, provenendo dal commentario all'editto di Ulpiano va ricondotto alla *pars edictalis*, e D. 45.1.6, essendo tratto dal commentario a Sabino di Ulpiano, afferisce invece alla *pars sabiniana*: è plausibile pertanto che vi sia stato nei lavori della commissione che si sono occupate delle due *partes* un difetto di coordinamento che ha comportato l'inserimento nel Digesto di soluzioni contrastanti su di un tema di importanza non certo capitale.

Poiché poi D. 46.1.25 è collocato nel capitolo dedicato alla fideiussione, è più probabile che sia questo passo ad esprimere lo stato del diritto

²¹⁹ Si tratta di un'interpretazione molto risalente proposta da CUIACIUS, *Commentarius in titulum de verborum obligationibus*, in *Opera*, X e accolto da DONELLO, *Commentarius in titulum de verborum obligationibus*, E. HUBER, *Praelectiones in Ist.* 3.20.

²²⁰ Questa la posizione di O. GEIB, *Zur Dogmatik*, cit., 92 n. 3.

²²¹ Tale ricostruzione è stata proposta da W. GIRTANNER, *Bürgerschaft*, cit., 25 ss.

giustiniano (222): la *fideiussio* quindi poteva essere validamente costituita a garanzia dell'obbligazione invalida del prodigo o del furioso. Conferma che questa fosse la regola del diritto postclassico e giustiniano si può trarre da D. 16.3.14 il quale, pur trattando un tema diverso rispetto a quello dei due passi che si stanno considerando, può essere comunque considerato espressivo della stessa tendenza ad ammettere la validità della *fideiussio* assunta per l'*obligatio prodigi* o l'*obligatio furiosi*. Di contro, si può ipotizzare che l'opposto principio emergente da D. 45.1.6 corrisponda alla posizione del diritto classico nel quale sarebbe pertanto escluso l'utilizzo della *fideiussio* per garantire le obbligazioni invalide (223). Questa ricostruzione rimarrebbe però una mera ipotesi se non trovasse una qualche conferma nei testi. Si deve a tal fine segnalare che D. 45.1.6 non presenta segni di interventi operati dai compilatori giustiniani (224). Ben diversa invece è la condizione di D. 46.1.25 nel quale al singolare *quis* vengono collegati il corretto *ei* e l'ingiustificato plurale *his*: è probabile quindi che il passo di Ulpiano fosse più ampio e che sia stato tagliato nella parte centrale, laddove si trovavano il termine o i termini ai quali si riferiva *his*.

A questo punto, accertato che il diritto classico non ammetteva la costituzione della *fideiussio* per le obbligazioni di prodigo e furioso e che D. 46.1.25 è stato modificato dai commissari giustiniani in modo tale da esprimere il proprio diverso diritto, bisogna tentare di stabilire come si presentasse questo passo nella sua versione originaria. Sembra da escludere che Ulpiano e Marcello si occupassero effettivamente della *fideiussio* considerandola però invalida, perché ciò implicherebbe un intervento dei compilatori su D. 46.1.25 troppo consistente, dal momento che nell'attuale formulazione del passo la validità della garanzia non è espressamente affermata ma si ricava dal complesso del ragionamento svolto. Si può piuttosto pensare che il passo trattasse della *sponsio* e della *fidepromissio*, garanzie che, come più volte detto, potevano essere assunte per un'obbligazione invalida (225). Ciò infatti sarebbe compatibile con modifiche

²²² Dello stesso avviso anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 93 che sottolinea come il frammento si trovi *in sede materiae*.

²²³ Il passo fa fede dello stato del diritto classico anche per F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 93 s.

²²⁴ Non pare condivisibile quanto affermato da G. BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS*, cit., 483 e S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, II, 81 cioè che la frase *ideo - pro furioso* sia un'aggiunta operata dai compilatori.

²²⁵ Molti autori ritengono che il passo si riferisse originariamente a *sponsio* e *fidepromissio*, così O. LENEL, *Palingenesia*, cit., 475 n. 8; O. GRADENWITZ, *Die Ungültigkeit*, cit., 275 n. 2; SUMAN, *Filangeri*, 332 n.1; W. FLUME, *Studien*, cit., 79; G. SEGRÈ, *Garanzie*, II, 518 nota.

testuali molto limitate: basterebbe che al posto dell'attuale *fideiusserit* vi fosse stato uno *spoponderit*. Inoltre, quell'*his* attualmente immotivato potrebbe essere giustificato dal fatto che nel brano eliminato si facesse riferimento allo *sponsor* e al *fidepromissor*. Non costituisce un ostacolo all'interpretazione proposta l'uso di *magis est* che allude all'esistenza di una qualche disputa tra i giuristi: oggetto di tale discussione infatti non risulterebbe essere la validità della garanzia, come è stato da taluno ⁽²²⁶⁾ sostenuto, ma la non estensione delle eccezioni al garante. Marcello sembrerebbe cioè dire che per i più le eccezioni del debitore non spettano al garante perché questo non ha l'*actio mandati*, ma che questa non è una soluzione universalmente riconosciuta in quanto secondo altri giuristi invece le eccezioni si estendono invece al garante, sulla base di una qualche diversa giustificazione indicata nella parte del passo soppressa.

8. *La possibile difformità tra la stipulazione di garanzia e l'obbligazione garantita: i limiti dell' 'alia obligatio', del 'plus debere', della 'durior condicio' e della 'durior causa'.*

Esaminata la struttura delle stipulazioni di garanzia – pervenendo alla conclusione che *sponsio* e *fidepromissio*, essendo costituite mediante la promessa da parte del garante di una prestazione di contenuto identico a quello della prestazione promessa dal debitore garantito, hanno per effetto la creazione in capo allo *sponsor* e al *fidepromissor* di un'obbligazione nuova e ulteriore rispetto a quella garantita, mentre la *fideiussio*, rendendo il garante responsabile per la prestazione dovuta dal debitore principale, comporta l'assunzione da parte del *fideiussor* della responsabilità per l'obbligazione garantita – e dimostrato che la diversità strutturale delle stipulazioni di garanzia fa sì che differenti siano pure i requisiti che debbono essere soddisfatti affinché la garanzia venga validamente costituita – bastando un dialogo tra creditore e debitore qualificabile come scambio di *interrogatio* e *responsio* per la *sponsio* e la *fidepromissio*, essendo invece necessarie un'obbligazione civile valida, un'obbligazione onoraria o un'obbligazione naturale per la *fideiussio* – ci si deve occupare ora di un altro presupposto di validità, comune però alle tre stipulazioni di garanzia: il rispetto da parte della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante dei limiti

²²⁶ Si allude a F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 88 il quale indica che *quamvis* fa riferimento ad una disputa e sembra che individui come oggetto di essa la validità della garanzia.

contenutistici derivanti dall'obbligazione garantita ⁽²²⁷⁾. È possibile, infatti, che il garante si obblighi o si impegni a rispondere per una prestazione non identica a quella promessa o dovuta dal debitore dell'obbligazione garantita, tuttavia, dal momento che la promessa dell'*idem* o l'assunzione di responsabilità per l'*id* costituiscono l'essenza stessa della *sponsio* e della *fidepromissio* la prima, della *fideiussio* la seconda, è necessario comprendere come la struttura delle stipulazioni di garanzia si concili con la possibilità di ammettere una difformità tra la prestazione per la quale è tenuto il garante e il contenuto dell'obbligazione garantita ⁽²²⁸⁾. A tal fine risulta innanzitutto indispensabile considerare quali differenze rispetto all'obbligazione garantita sono considerate dalla giurisprudenza classica tali da non inficiare la validità della garanzia. Le riflessioni dei giuristi su questo particolare aspetto della disciplina delle stipulazioni di garanzia saranno poi utili per verificare la correttezza di quanto sinora ipotizzato circa la relazione tra la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante e l'obbligazione garantita.

La trattazione dei limiti entro i quali la prestazione per cui è tenuto il garante può discostarsi dal contenuto dell'obbligazione garantita deve iniziare dalla constatazione che la giurisprudenza classica non ha mai ritenuta valida una stipulazione di garanzia *in aliam rem*, in base alla quale cioè lo *sponsor* o il *fidepromissor* debbano ovvero il *fideiussor* sia responsabile per una prestazione completamente diversa rispetto a quella dovuta dal debitore dell'obbligazione garantita ⁽²²⁹⁾. Tale inammissibile alterità sussiste, in particolare, quando le due prestazioni hanno oggetti diversi. Così, ad esempio, se l'obbligazione garantita è un'obbligazione di dare, *sponsor* e

²²⁷ I passi che si occupano di questo tema, e che verranno esaminati nel corso del capitolo, indicano infatti come conseguenza della violazione dei limiti contenutistici derivanti dall'obbligazione garantita il fatto che il fatto che il *fideiussor* non sia obbligato, cioè l'inefficacia e quindi l'invalidità della garanzia. Così anche M. TALAMANCA, '*Alia causa*' e '*durior condicio*' come limite dell'obbligazione dell'*adpromissor*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 1969, 119 il quale afferma che «la conseguenza della violazione dei limiti dell'*alia causa* e della *durior condicio* è, in entrambi i casi, la nullità totale del negozio di garanzia che è completamente inefficace e non soltanto ridotto, nei limiti in cui ciò sia possibile, alla portata obbligatoria del negozio principale».

²²⁸ Il problema è segnalato anche da F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 118 il quale osserva che «noi sappiamo che la formula tradizionale della stipulazione di garanzia contiene attraverso la il riferimento all'*idem*: ma chi garantisce *in minus* non può promettere l'*idem*». Dello stesso avviso anche P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 62 il quale segnala la difficoltà di conciliare la difformità contenutistica tra garanzia e obbligazione garantita con la forma delle stipulazioni di garanzia, la quale fa pensare «ad una identità di oggetto tra il rapporto obbligatorio principale e quello di garanzia».

²²⁹ Secondo M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit., 119 il limite dell'*alia re* o *alia obligatio* consiste nel fatto che il garante «non può essere responsabile in ordine ad una prestazione diversa da quella che deve il debitore principale».

fidepromissor non possono obbligarsi al, e il *fideiussor* non può assumersi la responsabilità per, il trasferimento della proprietà di una cosa diversa da quella dovuta dal debitore principale. In tal senso depone, infatti,

Iav. 10 *epist.* D. 46.1.42: *Si ita fideiussorem accepero: 'quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?', non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest, quia non, ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est.*

Il passo si occupa di un soggetto che, avendo dato a mutuo una somma di dieci, intende costituire una *fideiussio* a garanzia del proprio credito, chiedendo al *fideiussor* di assumersi la responsabilità per l'obbligazione di dare mille moggi di grano. Giavoleno afferma che la *fideiussio* è invalida perché al *fideiussor* viene chiesto di garantire un'obbligazione di fatto diversa da quella di cui è creditore il mutuante. Il mutuo, infatti, comporta il trasferimento della proprietà della somma mutuata e fa sorgere in capo al mutuatario l'obbligo di dare al mutuante una somma identica, pertanto, nel caso di specie, il mutuatario è tenuto a trasferire al mutuante la proprietà di una somma di dieci e l'obbligazione che ha per contenuto tale prestazione è quella che deve essere richiamata nell'*interrogatio* della *fideiussio*. Non ha rilievo, quindi, che i mille moggi di grano abbiano, secondo il creditore, un valore corrispondente alla somma di denaro, perché si tratta di *res certae* differenti che rendono radicalmente diverse le obbligazioni aventi come contenuto la *datio* degli uni o dell'altra. Di conseguenza, è valida soltanto la *fideiussio* costituita a garanzia dell'obbligazione della quale il creditore è realmente parte.

Dalla seconda parte del passo però, sembra che la soluzione appena prospettata sia determinata anche dal fatto che il denaro non è per sua natura una merce che può essere oggetto di stima⁽²³⁰⁾. Pare quindi che sarebbe stato possibile pervenire a diverse conclusioni nell'eventualità in cui fosse stata data a mutuo una cosa certa, passibile di *aestimatio*, e il creditore avesse tentato di costituire una *fideiussio* chiedendo al *fideiussor* di garantire la prestazione di dare una somma di denaro pari al valore della cosa mutuata

²³⁰ La seconda parte del passo, da *quia non* sino al termine, è considerata da F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 117 un'aggiunta operata dai compilatori, da P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 67 invece «un ripensamento scolastico della concisa motivazione data da Giavoleno».

(²³¹). Questa *fideiussio* può effettivamente essere considerata valida perché è costituita per una prestazione solo apparentemente diversa da quella dovuta dal debitore: in caso di inadempimento dell'obbligazione principale, infatti, essendo oggetto del mutuo una cosa certa, se il mutuante insoddisfatto decidesse di agire nei confronti del mutuatario, dovrebbe esperire nei suoi confronti la *condictio certae rei* e, poiché tale azione ha una *condemnatio incerta* al *quanti ea res est*, il giudice procederebbe alla *litis aestimatio*, cioè alle determinazione della somma di denaro pari al valore della cosa mutuata, somma al pagamento della quale verrebbe condannato il debitore. Se il mutuante, invece, volesse agire nei confronti del *fideiussor*, dovrebbe esercitare l'*actio certae credite pecuniae* che presenta una *condemnatio certa* alla somma menzionata nella stipulazione di garanzia, somma però pari al valore della cosa mutuata. Si può quindi affermare che il *fideiussor* non garantisce una prestazione diversa da quella dovuta dal debitore ma si rende responsabile del pagamento della stessa somma che sarebbe dovuta dal debitore se il creditore agisse nei suoi confronti (²³²). Analoghe considerazioni circa l'invalidità di una garanzia che faccia riferimento ad una prestazione avente un oggetto diverso rispetto a quello della prestazione dovuta dal debitore principale possono essere svolte sulla base di

Gai. 1 *de verb. oblig.* D. 46.1.70.2: *Si reo in fundum obligato fideiussor in usum fructum accipiatur, quaesitum est, utrum obligetur fideiussor quasi in minus, an non obligetur quasi in aliud. nobis in eo videtur dubitatio esse, usus fructus pars rei sit an proprium quiddam: sed cum usus fructus fundi ius est, incivile est fideiussorem ex sua promissione non teneri.*

Gaio si occupa di un caso che indica come dubbio, quello di un *fideiussor* che si rende responsabile per l'usufrutto di un fondo, essendo il debitore principale obbligato a trasferire la proprietà di quel fondo. Questione controversa, dalla cui decisione dipende anche la sorte della garanzia, è la configurabilità dell'usufrutto come parte del fondo oppure come entità a se stante: nel primo caso la *fideiussio* sarebbe valida perché il garante si sarebbe

²³¹ Anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 117 ritiene che «argomentando e contrario dal fr. 42 dovremmo ritenere che l'obbligazione del garante in denaro, se l'obbligazione del reo abbia per oggetto una merce, non sia *in aliam causam*» ma nega la classicità di tale soluzione: la posizione dell'Autore non è accoglibile per i motivi indicati nel corpo del testo.

²³² Al riguardo M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 130 n. 26 parla di *fideiussio* al *quanti ea res erit*.

assunto la responsabilità per una parte dell'obbligazione principale; nel secondo caso, invece, la *fideiussio* sarebbe invalida perché il garante si sarebbe reso responsabile per un'obbligazione che, avendo come contenuto una prestazione differente, è diversa dall'obbligazione principale. Al di là della soluzione concretamente data al caso dal giurista ⁽²³³⁾ risulta comunque confermata anche da Gaio l'esistenza di un principio in base al quale la garanzia è invalida se lo *sponsor* o il *fidepromissor* si obbliga ad eseguire, ovvero il *fideiussor* si rende responsabile per, una prestazione che, avendo un oggetto differente, risulta diversa da quella che costituisce il contenuto dell'obbligazione garantita ⁽²³⁴⁾.

In conclusione, bisogna notare che nei due passi considerati è certa l'autenticità del riferimento alla *fideiussio*: in D. 46.1.42, infatti, per l'obbligazione garantita, trattandosi di mutuo, non potrebbe essere costituita né una *sponsio* né una *fidepromissio*; in D. 46.1.70.2, invece, l'obbligazione principale, essendo un'obbligazione di fare infungibile, può essere garantita soltanto mediante *fideiussio*. Tuttavia, quanto è emerso da essi circa i limiti della possibile difformità tra la garanzia e l'obbligazione garantita è pienamente applicabile anche alla *sponsio* e alla *fidepromissio*.

Appurato che un incontrastato limite alla possibile difformità della prestazione per cui è tenuto il garante rispetto alla prestazione oggetto dell'obbligazione principale è dato dal fatto che la prima non può discostarsi tanto dalla seconda da essere ritenuta una prestazione diversa, bisogna ora considerare quali altri eventuali requisiti debbono essere soddisfatti affinché la garanzia possa essere ritenuta valida.

Ancora una volta è opportuno iniziare dalle Istituzioni gaiane. In

Gai 3.126: *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus; nam*

²³³ La decisione nel senso della qualificazione dell'*usufructus* quale *pars rei* è considerata gaiana da P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 67 secondo il quale «probabilmente Gaio doveva trattare in modo più ampio la questione». La parte del passo da *sed* in poi è considerata non genuina da W. FLUME, *Studien*, cit. Anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 113 n. 4 ritiene non gaiana la qualificazione dell'usufrutto quale *pars rei*, tuttavia sostiene che il giurista si sarebbe ugualmente pronunciato a favore della validità della garanzia. M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 153 n. 73 invece ritiene il passo sostanzialmente gaiano.

²³⁴ Il passo è comunque ritenuto espressivo del limite dell'*alia re* da: W. FLUME, *Studien*, cit.; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 113 n. 4; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 67; M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 153 n. 73.

ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali reo.

il giurista segnala che vi è una regola comune a *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*: il garante non può obbligarsi in modo da dovere di più di quanto non debba colui per il quale si è obbligato, cioè il debitore dell'obbligazione garantita; al contrario, può obbligarsi in modo da dovere di meno. L'obbligazione del garante, quindi, osserva Gaio, è soggetta agli stessi limiti contenutistici propri anche dell'obbligazione dell'*adstipulator*, limiti che il giurista ha illustrato nell'ambito appunto della trattazione dell'*adstipulatio*. Per comprendere appieno il significato di Gai 3.126 è necessario pertanto integrarne il contenuto con quanto risulta da

Gai 3.113: Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub condicione stipulari potest; contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.

Dopo aver affermato che l'*adstipulator* non può *adstipulari plus* ma può, invece, *adstipulari minus* rispetto al creditore principale, Gaio spiega che il *plus* ed il *minus* non vanno valutati soltanto con riferimento alla quantità della cosa oggetto dell'obbligazione ma anche al tempo in cui deve essere eseguita la prestazione. Conseguentemente, l'*adstipulator minus adstipulat se*, ad esempio, si fa promettere cinque quando al creditore è stato promesso dieci oppure conclude un'obbligazione condizionale laddove l'obbligazione del creditore principale è pura. Applicando ciò alle stipulazioni di garanzia ne deriva che il garante *minus debet* rispetto al debitore dell'obbligazione garantita quando garantisce una parte soltanto della prestazione dovuta dal debitore ma anche quando costituisce una garanzia condizionale per un'obbligazione principale pura.

Appare, quindi, abbastanza chiaramente che Gaio utilizza un criterio prettamente quantitativo per accertare la validità della garanzia: se dal confronto tra quanto dovuto dal garante e quanto dovuto dal debitore principale risulta che il primo deve quanto il secondo oppure meno, la

garanzia è valida; altrimenti, è invalida (²³⁵). Anche la presenza di una condizione è ricondotta ad una mera variazione quantitativa del dovuto, poiché Gaio ritiene che l'immediata esigibilità di un'obbligazione pura comporti che il debitore di questa debba di più del debitore di un'obbligazione condizionale, che esigibile diventa soltanto dopo il decorso del tempo necessario per l'avverarsi dell'evento dedotto in condizione. Ai fini della valutazione della maggiore o minore onerosità della prestazione dovuta, pertanto, viene dato rilievo solo al diverso momento in cui la prestazione deve essere eseguita, e quindi il creditore può agire per l'adempimento, mentre non viene preso in considerazione l'aspetto più tipico della condizione, cioè rendere soltanto eventuale il perfezionamento, e quindi l'efficacia, dell'obbligazione a cui è apposta (²³⁶).

A questo punto bisogna meglio chiarire in che senso i garanti *debeant* e il debitore *debet*. Il verbo *debeo*, infatti, sembrerebbe fare riferimento a prestazioni che i garanti ed il debitore sono obbligati ad eseguire, tuttavia, si è dimostrato che la *fideiussio* non crea alcun dovere di prestazione in capo al garante e non sembra che l'uso delle espressioni in questione valga a provare il contrario. Come, infatti, le esigenze di brevità e semplicità derivanti da un testo istituzionale fanno sì che in Gai 3.126 non vi sia alcun cenno al modo in cui deve essere applicato il criterio del *plus - minus debere* nell'eventualità in cui l'obbligazione garantita mediante *sponsio* o *fidepromissio* sia invalida (²³⁷), così è plausibile che le stesse ragioni abbiano indotto Gaio a non dilungarsi in precisazioni e distinzioni terminologiche tra *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*. È plausibile, pertanto, che lo stesso verbo indichi con riferimento allo *sponsor* e al *fidepromissor* la prestazione da questi promessa, con riferimento al *fideiussor* invece quanto il garante è tenuto a

²³⁵ Osserva M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit., 125 «che la terminologia adoperata da Gaio potrebbe sempre rispecchiare un punto di partenza diverso da quella concezione cui la giurisprudenza romana sarebbe poi arrivata».

²³⁶ A conferma del fatto che il criterio del *plus - minus debere* comporta un confronto quantitativo tra prestazioni M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit., 126 osserva che Gaio «prende in considerazione un elemento marginale come quello dell'irretroattività degli effetti dell'avveramento della condizione e non tiene in considerazione il profilo immediatamente rilevante e cioè quello dell'eventualità dell'obbligazione condizionale». F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 111 invece, muovendo dalla coincidenza del criterio del *plus debere* con quello della *durior causa*, si limita ad osservare che la giustificazione data da Gaio è inadeguata.

²³⁷ Come noto infatti *sponsio* e *fidepromissio* possono essere costituite anche a garanzia di un'obbligazione invalida: in questo caso il garante deve senz'altro di più del debitore garantito perché quest'ultimo non deve nulla. Il criterio del *plus - minus debere* va pertanto applicato confrontando la prestazione promessa dal garante e la prestazione alla quale viene fatto riferimento in quello scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e debitore che costituisce il presupposto minimo per la costituzione di una valida garanzia.

pagare al creditore che ha agito per far valere la sua responsabilità. Affermare, quindi, che l'apposizione di una condizione alla *fideiussio* fa sì che il *fideiussor minus debeat* rispetto ad un debitore principale obbligato *pure*, significa sostenere che il garante è tenuto a pagare meno del debitore perché il creditore può far valere la responsabilità del garante agendo nei suoi confronti solo dopo che è trascorso il tempo necessario affinché si sia verificata la condizione.

Per concludere l'esegesi di Gai 3.126 è necessario segnalare che il passo è di fondamentale importanza per la comprensione della relazione esistente tra la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante e l'obbligazione garantita. Di ciò però si tratterà diffusamente in seguito. Per ora è sufficiente notare che Gaio giustifica l'utilizzabilità del criterio del *plus - minus debere* come strumento per valutare la validità della garanzia affermando che la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante è un'*accessio* dell'obbligazione garantita.

Prima di passare alla trattazione degli altri criteri elaborati dalla dottrina, bisogna dar conto del fatto che la ricostruzione dei limiti entro i quali è ammissibile la difformità della garanzia rispetto all'obbligazione garantita operata da Gaio nelle sue Istituzioni è pienamente recepita dalle Istituzioni giustiniane. Si veda, infatti,

I. 3.20.5: *Fideiussores ita obligari non possunt ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recta obligatur: contra vero non potest obligari. Item si ille pure promiserit, fideiussor sub condicione promittere potest: contra vero non potest. non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.*

Il passo non necessita di particolari spiegazioni perché non è altro che la fusione, in un unico testo, di Gai 3.113 e Gai 3.126, resa necessaria dalla scomparsa, nella compilazione giustiniana, dell'istituto della *adstipulatio* ⁽²³⁸⁾.

²³⁸ Dello stesso avviso anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 111 e M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 122.

Passando ora a considerare i passi del Digesto, bisogna innanzitutto segnalare che in essi non viene mai utilizzato il criterio gaiano del *plus - minus debere* per giustificare le soluzioni date ai casi concreti ma viene fatto riferimento ai concetti di *durior condicio* ⁽²³⁹⁾, *levior condicio* ⁽²⁴⁰⁾ e *melior condicio* ⁽²⁴¹⁾, *durior causa* ⁽²⁴²⁾ e *levior causa* ⁽²⁴³⁾, *deterior causa* ⁽²⁴⁴⁾ e *melior causa* ⁽²⁴⁵⁾. Risulta, pertanto, necessario stabilire se la diversità terminologica tra Istituzioni gaiane e Digesto, ma pure all'interno dello stesso Digesto, sia segno di una difformità sostanziale, se sia cioè la conseguenza dell'individuazione da parte della dottrina di divergenti limiti alla validità della garanzia ⁽²⁴⁶⁾. Per far ciò, è indispensabile ricostruire, attraverso l'esame delle fonti, le posizioni proprie di ciascun giurista.

Si può iniziare analizzando

Iul. 53 dig. D. 46.1.16: *Fideiussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. quare si servus communis Titii et Sempronii nominatim Titio dari stipulatus fuerit et fideiussorem ita interrogaverit: 'Titio aut Sempronio id dare spondes?', Titius quidem petere a fideiussore poterit, Sempronii vero persona in hoc solum interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam et ignorante vel invito Titio possit. 1. Qui certo loco dari promisit, aliquatenus duriori*

²³⁹ Di *durior condicio* si parla in D. 46.1.8.8; D. 46.1.8.9; D. 46.1.16.1; D. 46.1.70 pr.

²⁴⁰ *Levior condicio* è impiegato in D. 46.1.8.11.

²⁴¹ *Melior condicio* è presente in D. 46.1.8.10.

²⁴² *Durior causa* è utilizzato in D. 46.1.8.7.

²⁴³ *Levior causa* è usato in D. 46.1.8.7 e D. 46.1.34.

²⁴⁴ *Deterior causa* viene impiegato in D. 46.1.34.

²⁴⁵ *Melior causa* si trova in D. 46.1.34

²⁴⁶ Gran parte degli autori che si sono occupati delle stipulazioni di garanzia non ha segnalato neppure la diversità terminologica tra il criterio impiegato da Gaio nelle Istituzioni e quelli utilizzati nel Digesto, così infatti: W. FLUME, *Studien*, cit., 8 ss.; G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, cit., 502 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 111 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 62. H. HASEMBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts: eine civilistische Studie*, Düsseldorf, 1870, 191 invece ha sottolineato la presenza di termini diversi nelle Istituzioni gaiane e nel Digesto ma ha negato che esista una differenza di significato. Anche W. GIRTANNER, *Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte*, Jena, 1850, 34 ss., pur sostenendo che il *plus debere* indica un *plus* nel non meglio precisato *Inhalt* dell'obbligazione di garanzia mentre la *durior condicio* fa riferimento ad un vantaggio che il creditore ha nei confronti del garante e non del debitore, ha finito poi per comporre i due criteri, dando maggior peso all'uniformità della disciplina. La presenza di una differenza sostanziale tra il *plus - minus debere* gaiano e i criteri utilizzati nel Digesto è segnalata e diffusamente trattata soltanto da M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 124 ss. Neppur questo Autore però nota la pluralità dei termini impiegati nel Digesto. La dottrina pertanto ha sempre inspiegabilmente data per scontata l'identità tra i criteri utilizzati nel Digesto, senza mai chiedersi perché *condicio* e *causa* dovrebbero avere lo stesso significato.

condicioni obligatur, quam si pure interrogatus fuisset: nullo enim loco alio, quam in quem promisit, solvere invito stipulatore potest. quare si reum pure interrogavero et fideiussorem cum adiectione loci accepero, non obligabitur fideiussor. 2. Sed et si reus, Romae constitutus, Capuae dari promiserit, fideiussor Ephesi, perinde non obligabitur fideiussor, ac si reus sub condicione promississet, fideiussor autem in diem certam vel pure promississet. 3. Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. 4. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. 5. Stipulatione in diem concepta fideiussor si sub condicione acceptus fuerit, ius eius in pendenti erit, ut, si ante diem condicio impleta fuerit, non obligetur, si concurreret dies et condicio vel etiam diem condicio secuta fuerit, obligetur. 6. Cum fideiussor hoc modo acceptus esset: 'si reus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse iubes?', verisimile est id actum, ut, cum appellatus reus non solvisset, fideiussor teneretur. sed et si reus, antequam appellaretur, decessisset, fideiussor obligatus erit, quia hoc quoque casu verum est reum non solvisse.

del quale interessano in particolare i §§ 1, 2 e 5. Nel § 1, infatti, Giuliano si occupa del caso in cui l'obbligazione principale non contenga alcun riferimento al luogo dell'adempimento mentre nella garanzia⁽²⁴⁷⁾ sia indicato dove il garante deve eseguire la propria prestazione: la garanzia è ritenuta invalida perché il garante, potendosi liberare soltanto nel luogo prestabilito, si trova in una condizione peggiore di quella del debitore⁽²⁴⁸⁾.

Analoga motivazione sta alla base anche dell'invalidità delle garanzie considerate nel § 2⁽²⁴⁹⁾. Se infatti l'obbligazione garantita e la garanzia

²⁴⁷Secondo W. FLUME, *Studien*, cit., 123 ss. e F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 113 n. 6 il fatto che nel *principium* venisse trattata una *sponsio* (il che è provato dall'uso di *spondeo* nell'*interrogatio*) suggerisce che anche D. 46.1.16.1 si occupasse originariamente di una *sponsio*. La genuinità del riferimento alla *fideiussio* è sostenuta invece da E. LEVY, '*Sponsio fidepromissio fideiussio*', Berlin, 1907, 187 e M. TALAMANCA, '*Alia causa*', 141 n. 50.

²⁴⁸ Secondo M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit., 156 l'*adiectio loci* comporta per il garante «un aggravio della situazione di responsabilità».

²⁴⁹ La garanzia originariamente considerata sarebbe stata una *sponsio* per W. FLUME, *Studien*, cit., 123 s. A favore invece della classicità del riferimento alla *fideiussio*: E. LEVY, '*Sponsio*', cit., 187; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 114 n. 1; M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit., 142 n. 50.

prevedono entrambe il luogo di adempimento ma nella prima è Capua, nella seconda Efeso, la posizione del garante è comunque più onerosa, perché deve recarsi in una città più distante per liberarsi ⁽²⁵⁰⁾. Qualora, invece, la garanzia sia pura o a termine e il rapporto obbligatorio principale sotto condizione, la situazione in cui versa il garante è più gravosa di quella in cui si trova il debitore perché la responsabilità del garante è già sorta, o comunque è inevitabile che sorga, essendo il termine un evento il cui verificarsi è certo, mentre l'obbligazione del debitore principale è soltanto eventuale, dipendendo dalla realizzazione dell'evento futuro incerto dedotto in condizione.

Conformi a quelle indicate nei §§ 1 e 2 sono, infine, le soluzioni del § 5. La garanzia assunta sotto condizione per un'obbligazione principale a termine, infatti, viene ritenuta valida quando la condizione si verifica contestualmente o successivamente ⁽²⁵¹⁾ alla scadenza del termine, poiché in questi casi il garante, obbligato dal momento in cui lo è anche il debitore o addirittura dopo, si trova in una posizione corrispondente o peggiore rispetto a quella del debitore. La medesima garanzia viene considerata invece invalida, se la condizione si realizza prima della scadenza del termine perché, essendosi perfezionata la garanzia ma non essendo ancora sorta l'obbligazione principale, la situazione in cui versa il garante è chiaramente più onerosa di quella del debitore.

Da quanto detto emerge che la *durior condicio* costituisce, secondo Giuliano, il limite entro il quale è ammissibile la difformità della garanzia rispetto all'obbligazione garantita: la garanzia cioè rimane valida fintantoché la condizione del garante non divenga peggiore di quella del debitore. Per stabilire quando ciò si verifica non è sufficiente confrontare la prestazione dovuta dal garante con quella dovuta dal debitore ma è necessario considerare il contenuto, cioè prestazione e modalità di esecuzione, delle due obbligazioni. Il metodo elaborato da Giuliano per accertare la validità della garanzia, quindi, si differenzia nettamente da quello indicato da Gaio nelle Istituzioni, il quale si risolve in una mera valutazione quantitativa delle prestazioni. Conseguentemente, possono essere diversi anche gli esiti ai quali

²⁵⁰ Al «maggior incomodo che può derivare al garante dal dover adempiere in un luogo più lontano da quello stabilito per il debitore principale» si riferisce anche M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 156

²⁵¹ Il riferimento a tale ipotesi, costituito dalla frase *vel etiam*, è stato considerato spurio da: G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS, LVI, 1936, 41; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 112 n. 4; M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 141 n. 50.

si previene applicando nei medesimi casi concreti il criterio della *durior condicio* o quello del *plus - minus debere* ⁽²⁵²⁾.

Se ne avrebbe una prova se si tentasse di interpretare in termini di *plus - minus debere* le fattispecie considerate da D. 46.1.16. I casi di cui ai §§ 1 e 2 prima parte risulterebbero risolti nello stesso modo indicato da Giuliano perché sarebbe possibile sostenere che chi si è obbligato ad eseguire una certa prestazione in un determinato luogo deve di più di chi si è obbligato puramente e chi deve adempiere in un luogo lontano deve di più di chi deve farlo in un luogo vicino.

Nulla cambierebbe neppure con riferimento alle ipotesi prese in esame nel § 5 in quanto l'invalidità della garanzia potrebbe essere giustificata affermando che deve di più colui la cui obbligazione si perfeziona per prima ⁽²⁵³⁾.

Ad un esito nettamente diverso si perviene, invece, nel secondo caso trattato nel § 2, giacché il criterio del *plus - minus debere* imporrebbe di stabilire quale obbligazione divenga esigibile per prima per determinare quale debitore deve di più: la garanzia pertanto sarebbe considerata valida se la condizione apposta all'obbligazione principale si verificasse prima o contestualmente allo scadere del termine della garanzia, altrimenti dovrebbe essere ritenuta invalida ⁽²⁵⁴⁾.

La soluzione alla quale si giunge qualora l'obbligazione principale sia condizionale e la garanzia pura o a termine, rende palese quindi la rigidità del criterio del *plus - minus debere* e la conseguente sua inadeguatezza nel caso di specie: il mero confronto quantitativo tra le due prestazioni, infatti, come già segnalato, impedisce di valorizzare adeguatamente la differenza più significativa esistente tra l'obbligazione del garante e quella del debitore principale, cioè che il perfezionamento della prima è certo, poiché il termine sicuramente si verificherà, mentre il perfezionamento della seconda è meramente eventuale, dal momento che la condizione è un evento futuro incerto.

²⁵² In tal senso anche M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 143 ss.

²⁵³ Osserva M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, 144 che nei casi di cui al § 5 la soluzione di Giuliano è analoga a quella a cui di porrebbe utilizzando il criterio del *plus debere* perché, essendo la *fideiussio* sotto condizione, «l'eventualità gioca a favore del garante».

²⁵⁴ Anche secondo M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 143 Giuliano perviene a risultati diversi in quanto «decide indistintamente per la nullità della garanzia invece di attendere per acclarare *ex post* la maggior onerosità del *dies* dell'*adpromissio* o del *dies incertus* in cui si risolveva la *condicio* dell'obbligazione principale dal punto di vista del *plus debere in tempore*».

Bisogna aggiungere che lo stesso Gaio si rese conto della maggior versatilità e delle più ampie potenzialità del criterio della *durior condicio*, tanto da utilizzarlo, in modo estremamente deciso, nel *De verborum obligationibus* (²⁵⁵). Si consideri

Gai. 1 *de verb. oblig.* D. 46.1.70 pr.: *Si a reo sub condicione fuero stipulatus, potero fideiussorem et in hanc et in aliam condicionem obligare, si modo eas coniungam: nisi enim utraque exstiterit, non tenebitur, cum reus ex una condicione teneatur. quod si eas disiungam, durior fit condicio fideiussoris nec ob id obligatur: quippe sive communis utriusque condicio extiterit sive alterutra, videatur adprehendi, cum reus non aliter teneatur, quam si communis exstiterit: aut igitur nullo modo tenebitur fideiussor, aut, quod magis est, tenebitur, si prius extiterit communis.*

Il passo si occupa del caso in cui il debitore principale si sia obbligato sotto condizione ed il *fideiussor* abbia assunto la garanzia subordinandola alla stessa ma anche ad un'altra condizione. Se le condizioni inserite nella garanzia sono cumulative, il *fideiussor*, essendo tenuto soltanto nel caso in cui si verificano entrambe, si trova in una posizione migliore rispetto al debitore garantito, obbligato anche qualora si realizzi la sola condizione comune: la garanzia quindi è valida (²⁵⁶). Se le condizioni dedotte nella *fideiussio* sono invece disgiuntive, il garante versa in una situazione peggiore di quella del debitore garantito poiché è tenuto non soltanto nel caso in cui si verifichi la condizione comune ma anche quando si realizzi l'altra: la *fideiussio*, pertanto, è invalida.

Si può quindi affermare che Gaio recepisce in pieno il criterio della *durior condicio* come limite alle difformità della garanzia rispetto all'obbligazione principale e, avvalendosi di esso, offre soluzioni generali ai casi prospettati, senza dover subordinare il responso circa la validità della garanzia alla circostanza che si perfezioni per prima l'obbligazione principale o la garanzia, come avrebbe dovuto fare se avesse applicato il criterio del *plus - minus debere*. È di conseguenza assai probabile che non sia genuina la parte conclusiva del paragrafo, nella quale si dà conto del fatto che per i più la

²⁵⁵ Per M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 151 «nel *De verborum obligationibus* Gaio assume un atteggiamento totalmente diverso da quello proprio di Gai 3.113 e Gai 3.126

²⁵⁶ Secondo M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 150 Gaio valorizza il fatto che «il garante ha più possibilità di veder concretarsi la sua responsabilità di quanto non avvenga per debitore principale, onde la sua causa è *durior*».

fideiussio è valida qualora, in presenza di condizioni disgiuntive, si sia verificata per prima quella comune ⁽²⁵⁷⁾.

Ancor più significativo appare il successivo

Gai. 1 *de verb. oblig.* D. 40.1.70.1: *Sub diversis quoque condicionibus si fuerint interrogati, interest, utra eorum prior extiterit. Si reo iniuncta, tenebitur etiam fideiussor, cum condicio eius extiterit, tamquam si statim ab initio reus pure, fideiussor sub condicione acceptus esset. Ex diverso autem, si fideiussoris condicio prior extiterit, non tenetur, perinde ac si statim ab initio pure acceptus esset reo sub condicione obligato.*

Viene qui affrontato il tema della validità della *fideiussio* assunta sotto una condizione diversa da quella alla quale è stata subordinata l'obbligazione principale ⁽²⁵⁸⁾. Si stabilisce che se si verifica per prima la condizione dell'obbligazione principale, la *fideiussio* è valida, perché è come se fin dall'inizio l'obbligazione principale fosse stata pura e la garanzia condizionata; se, invece, si realizza per prima la condizione della *fideiussio*, la garanzia è invalida, perché è come se fin dal principio l'obbligazione principale fosse stata sotto condizione e la *fideiussio* pura.

Ciò che risulta particolarmente interessante in questo passo è la giustificazione offerta da Gaio alla soluzione da lui proposta. Il giurista si avvale anche qui del criterio della *durior condicio* ma, tra i diversi aspetti che avrebbe potuto valorizzare per applicarlo al caso concreto ⁽²⁵⁹⁾, decide di dare rilievo all'ordine con cui si realizzano le condizioni. Poiché questa è la stessa circostanza che verrebbe presa in considerazione anche utilizzando il criterio

²⁵⁷ La parte finale del paragrafo, da *quippe sive* in poi, è stata ritenuta interpolata da G. BESELER, soprattutto per l'impiego di *quippe* e l'uso figurato di *adprehendere*. A favore della presenza di un'interpolazione anche P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 65 il quale osserva che nella parte finale del *principium* viene applicato lo stesso criterio utilizzato per decidere il diverso caso del § 1. Propende per un glossema invece M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit., 150 s. A favore della classicità della decisione invece F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 112 n. 2.

²⁵⁸ Sottolinea M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit., 146 che nel caso in questione «la valutazione se il garante sia in una *durior* od in una *levior condicio* si presentava particolarmente difficile dal punto di vista del profilo dell'eventualità dell'obbligazione condizionata che era quello decisivo in base al nuovo criterio della *durior causa*».

²⁵⁹ Gaio ad esempio avrebbe potuto valorizzare la probabilità che si verificasse per prima l'una o l'altra obbligazione oppure avrebbe potuto considerare la condicio del fideiussore *durior* per il solo fatto che, non prevedendo la stessa condizione dell'obbligazione principale, nel caso in cui questa non si fosse realizzata il debitore sarebbe stato liberato ma il garante avrebbe continuato ad essere obbligato.

del *plus - minus debere*, Gaio, per fugare ogni dubbio circa il modello ricostruttivo al quale si ispira ⁽²⁶⁰⁾, è costretto ad un singolare ragionamento fondato sulla efficacia retroattiva della condizione avverata: la *fideiussio* è invalida se si verifica per prima la condizione alla quale essa è subordinata, poiché in tal caso si realizza una situazione del tutto analoga a quella determinata da una garanzia *ab origine* pura e da un'obbligazione principale sotto condizione, situazione nella quale il garante, essendo già obbligato, si trova in una posizione peggiore rispetto al debitore principale, la cui obbligazione non è neppure certo che sorgerà. Si può quindi concludere che il giurista accoglie e fa proprio il criterio della *durior condicio*, tanto da giustificare le proprie conclusioni in modo piuttosto originale pur di respingere nettamente e definitivamente il modello del *plus - minus debere*.

Quanto esposto sinora consente di formulare alcune ipotesi circa la collocazione temporale di due criteri considerati. Pare innanzitutto plausibile che il *plus debere* sia stato il più antico limite, elaborato dalla giurisprudenza, all'ammissibile difformità della garanzia rispetto all'obbligazione garantita. In tal senso, infatti, depongono: l'assenza di qualsiasi riferimento ad esso nel Digesto; la sua inadeguatezza, in taluni casi, a stabilire la validità o meno della garanzia, specie quando la differenza rispetto all'obbligazione principale attiene ad elementi accidentali quali termine e condizione; il deciso abbandono di esso operato da Gaio in D. 46.1.70 ⁽²⁶¹⁾.

Sembra di poter dire poi che il criterio non sia rimasto a lungo vitale dopo l'epoca di Gaio. Non costituisce prova contraria il già illustrato I. 3.20.5

²⁶⁰ Analogamente M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, 149 sottolinea che «Gaio veniva sollecitato a questa costruzione dall'intenzione di svincolare completamente l'impostazione dei problemi della *durior causa* in relazione alla condizione da quella considerazione del *dies incertus* implicito nella stessa che era tipico dello schema concettuale del *plus debere in tempore*».

²⁶¹ Anche M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 125, sostiene che il *plus - minus debere* costituisce il più antico criterio elaborato dalla giurisprudenza romana per valutare la validità della garanzia difforme rispetto all'obbligazione garantita, richiamando a sostegno della propria tesi, oltre alle circostanze ricordate nel testo, la *Lex Furia* e la *Lex Cornelia*: la prima prevedendo la possibilità di agire solo per una parte della garanzia nei confronti di ciascun cogarante, che pur ha promesso l'*idem* e quindi l'intera prestazione, apre la strada alla possibilità di una garanzia parziaria, quindi una garanzia in cui la prestazione è quantitativamente inferiore a quella dovuta dal debitore; la seconda, prevedendo la riduzione a ventimila sesterzi della garanzia prestata per una somma superiore, testimonia che nella giurisprudenza la garanzia parziaria era già stata ammessa. L'Autore rigetta pertanto la ricostruzione prospettata dalla dottrina tradizionale la quale, pur senza distinguere tra il criterio gaiano e i criteri del Digesto, sostiene che la più antica difformità ammessa avrebbe riguardato gli elementi accidentali dell'obbligazione, cioè termine e condizione, così infatti: W. FLUME, *Studien*, cit., 109; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 118; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 69 s.

poiché la presenza nel passo del riferimento al *plus - minus debere* è giustificata dal fatto che le Istituzioni giustinianee, oltre ad essere animate da un certo gusto antiquario, ricalcano, più o meno pedissequamente, quelle gaiane⁽²⁶²⁾.

Con riferimento, invece, al criterio della *durior condicio*, è quasi certo che la sua paternità vada ascritta a Giuliano in quanto non vi sono nelle fonti tracce che permettano di attribuirne l'elaborazione a giuristi precedenti ma vi sono al contrario due passi, D. 46.1.8.8 e D. 46.1.34, che sembrano riferirsi al criterio in questione come ad una creazione giuliana.

Bisogna, infine, segnalare che, a prescindere da chi lo abbia introdotto, il limite della *durior condicio* si afferma nella dottrina come l'unico criterio per stabilire la validità della garanzia difforme rispetto all'obbligazione principale e in quanto tale è recepito nel Digesto, come è provato da D. 46.1.8.7 e D. 46.1.34.

È opportuno ora soffermarsi un poco sui due passi appena citati poiché sollevano una questione di una certa rilevanza, quella cioè dell'identità o meno tra il criterio della *durior condicio* e il criterio della *durior causa*⁽²⁶³⁾. Per giungere ad una soluzione è necessario innanzitutto esaminare quei testi che sollevano il problema. Si può iniziare da

Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.1.8.7: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriores causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviores plane causam accipi possunt, propter quod in minores summam recte fideiussor accipietur. item accepto reo pure ipse ex die vel sub condicione accipi potest: enimvero si reus sub condicione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur. 8. Si qui Stichum stipulatus fuerit, fideiussorem ita acceperit: 'Stichum aut decem fide tua iubet?', non obligari fideiussorem Iulianus ait, quia durior eius fit condicio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat non ideo tantum non obligari, quia in duriores condicionem acceptus est, sed quia et in aliam potius obligationem acceptus est: denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fideiussor ita accipi, ut decem aut stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius durior condicio. 9. Idem Iulianus ait: si is, qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fideiussorem ita acceperit: 'hominem aut decem, utrum ego velim?', non obligavit eum, quia*

²⁶² Così anche M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 122.

²⁶³ Come già indicato nella nota 243 inspiegabilmente la dottrina moderna ha sempre stato per scontato che *durior condicio* e *durior causa* indichino il medesimo criterio

durior eius condicio facta est. 10. Contra autem si is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fideiussorem ita accipiet: 'decem aut hominem, utrum tu voles?' fit enim, inquit, hoc modo fideiussoris condicio melior. 11. Sed et si reum sic interrogavero 'Stichum et Pamphilum?', fideiussorem 'Stichum aut Pamphilum?', recte interrogem, quia levior fideiussoris condicio est.

Il § 7 si apre con l'esposizione di una regola generale, originariamente riferita ad ogni tipo di garanzia ⁽²⁶⁴⁾, che viene segnalata come incontestata: il garante che si è obbligato *in duriores causam* non è obbligato, quello invece che si è obbligato *in leviores causam* è obbligato; cioè, la garanzia *in duriores causam* è invalida, quella *in leviores causam* è valida. Seguono poi due esempi: se il debitore si è obbligato puramente ed il garante invece si è impegnato con la previsione di un termine o di una condizione, la garanzia è *in leviores causam*, quindi valida; se invece il debitore si è obbligato prevedendo un termine o una condizione ed il garante si è impegnato puramente, la garanzia è *in duriores causam*, quindi invalida.

Da quanto detto risulta, pertanto, che la *durior causa* viene considerata da Ulpiano il limite oltre il quale diviene inammissibile la difformità della garanzia rispetto all'obbligazione garantita. Nel proseguo del passo, però, non vi è più alcun riferimento ad essa. I §§ 8 - 11 trattano, infatti, diversi casi nei quali il contenuto della garanzia non coincide con quello dell'obbligazione garantita ⁽²⁶⁵⁾ ma Ulpiano decide della validità o meno della *fideiussio* sulla

²⁶⁴ In tal senso anche: W. FLUME, *Studien*, cit., 123; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 110 n. 3; M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 180.

²⁶⁵ Tra questi particolarmente interessante quello affrontato nel § 8. Si discute infatti della validità di una *fideiussio* alternativa che si riferisce ad una prestazione di dare cosa determinata e ad una prestazione di dare una somma di denaro, costituita per un'obbligazione principale di dare cosa determinata. Giuliano sostiene l'invalidità della garanzia in quanto la condizione del garante è peggiore di quella del debitore perché la prestazione di dare una somma di denaro non può mai estinguersi per impossibilità sopravvenuta. Marcello invece, pur sostenendo anch'egli l'invalidità della *fideiussio*, ne individua la ragione nel fatto che la garanzia è in *aliam obligationem* perché, come emerge anche da Marc. 20 dig. D. 46.1.38 pr. (*Si Stichum aut Pamphilum stipulatus essem, utrum promissor voluisset, non possum fideiussorem ita accipere Stichum aut Pamphilum, utrum fideiussor vellet, quia futurum esset in eius potestate alium velle, quam reus voluisset.*), se il garante sceglie la prestazione non prevista nell'obbligazione del debitore principale, secondo il giurista garantisce un'obbligazione diversa da quella principale. Di conseguenza per Marcello, a differenza di Giuliano, la *fideiussio* è invalida anche nel caso opposto, cioè quando la garanzia è per una prestazione di dare cosa determinata e l'obbligazione principale è alternativa di dare cosa determinata o di dare somma denaro. Da D. 46.1.8.8 non emerge quindi che *durior condicio* e *alia obligatio* sono criteri alternativi e incompatibili, come è stato sostenuto da F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 116 ss. Il passo testimonia invece l'esistenza di una disputa circa la portata del limite dell'*alia obligatio*: questo cioè è sempre il primo criterio a dover essere

base dell'autorità di Giuliano e richiamando espressamente il limite della *durior condicio*. Non vi è, tuttavia, alcun segno che faccia pensare che il giurista abbia inteso utilizzare un criterio diverso da quello segnalato nel § 7, anzi, le situazioni considerate paiono essere intese come ulteriori esemplificazioni della regola generale precedentemente esposta. Sembra quindi plausibile sostenere che *durior condicio* e *durior causa* siano considerati da Ulpiano criteri coincidenti.

Ad analoghe conclusioni induce anche l'esame di

Paul. 72 *ad ed.* D. 46.1.34: *Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviolem causam accipi possunt, in deteriolem non possunt. ideo, si a reo mihi stipulatus sim, a fideiussore mihi aut Titio, meliolem causam esse fideiussoris Iulianus putat, quia potest vel Titio solvere. quod si a reo mihi aut Titio stipulatus, a fideiussore mihi tantum interrogem, in deteriolem causam acceptum fideiussorem Iulianus ait. quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fideiussore Stichum interrogem? utrum in deteriolem causam acceptus est sublata electione? an in meliolem, quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest?*

Il passo prende avvio da una dichiarazione generale, che è probabilmente una glossa ⁽²⁶⁶⁾: il garante non può essere assunto *in duriolem causam* ma soltanto *in leviolem causam*; cioè, la garanzia *in duriolem causam* è invalida, quella *in leviolem causam* è valida.

Il resto del testo, tuttavia, è genuino e risulta di grande rilevanza per la soluzione della questione che si sta ora affrontando. Paolo si occupa di tre casi nei quali la garanzia differisce dall'obbligazione principale, due dei quali sono decisi richiamando espressamente la posizione di Giuliano.

Viene considerata innanzitutto la situazione in cui il debitore si è obbligato nei confronti del solo creditore mentre il garante ha assunto la garanzia nei confronti del creditore e di un altro soggetto qualificabile come *adiectus solutionis causa* ⁽²⁶⁷⁾: secondo Giuliano la garanzia è *in leviolem*

rispettato e la sua violazione esclude che si ponga il problema di verificare se la *condicio* del garante è *durior* o meno; non tutti i giuristi però concordano su quali difformità rispetto all'obbligazione garantita integrassero un'altra obbligazione, così nel caso di specie la previsione di una prestazione alternativa per Marcello rende l'obbligazione considerata dalla garanzia diversa dalla principale, per Giuliano invece non dà luogo ad un'obbligazione radicalmente differente, quindi il limite dell'*alia obligatio* è rispettato e bisogna verificare quello della *durior condicio*.

²⁶⁶ In tal senso anche W. FLUME, *Studien*, cit., 124.

²⁶⁷ Così anche P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 66 s. e M. TALAMANCA, '*Alia causa*', cit.,

causam, quindi, valida, perché il garante può adempiere eseguendo la propria prestazione a sua scelta nei confronti del creditore, unica possibilità data invece al debitore, oppure nei riguardi dell'*adiectus*.

Viene preso in esame poi il caso opposto, quello cioè in cui il debitore si è obbligato nei confronti del creditore e di un *adiectus* e il garante invece ha assunto la garanzia nei confronti del solo creditore: per Giuliano la garanzia è *in durio rem causam* e, pertanto, invalida, perché il garante è costretto ad adempiere al creditore mentre il debitore può scegliere di adempiere al creditore o all'*adiectus*.

Viene, infine, trattato un diverso tipo di difformità: l'obbligazione principale è alternativa, potendo il debitore dare Stico o Panfilo, mentre la garanzia è semplice, essendo il garante responsabile per il solo Stico. Paolo segnala che con riferimento alla validità della garanzia sono astrattamente possibili entrambe le opposte soluzioni: la garanzia, infatti, potrebbe essere considerata *in durio rem causam*, quindi, invalida, perché il garante è privato della facoltà di scelta che spetta invece al debitore; la garanzia, però, potrebbe anche essere considerata *in levio rem causam*, pertanto, valida, poiché il perimento dell'unica cosa dovuta dal garante estingue per impossibilità sopravvenuta l'obbligazione del garante, che risulta così liberato, mentre concentra l'obbligazione del debitore principale, che rimane obbligato ad eseguire l'altra prestazione ancora possibile⁽²⁶⁸⁾.

Dal passo emerge quindi che Paolo, riferendosi al concetto di *deterior causa*, utilizza un criterio nominalmente diverso da quello della *durior condicio* per stabilire la validità della garanzia difforme rispetto all'obbligazione garantita. Egli, inoltre, attribuisce l'impiego del medesimo criterio anche a Giuliano. Se tuttavia si confrontano le motivazioni indicate nel testo in esame come giulianee e quelle risultanti da D. 46.1.16 e D. 46.1.8.8, emerge che la valutazione che deve essere effettuata per verificare se è integrata una *durior causa* non è diversa da quella che deve essere fatta per accertare se vi è una *durior condicio*: in entrambi i casi, infatti, si deve procedere ad un confronto tra la situazione in cui si trova il debitore e quella in cui versa il garante, confronto diretto a stabilire quale è più onerosa. Si può,

²⁶⁸ Sembra di poter sostenere che anche questo caso sia deciso sulla base dell'autorità di Giuliano, sebbene il giurista non sia espressamente richiamato: la motivazione della validità della garanzia infatti è analoga a quella che emerge in D. 46.1.8.8, cioè la condizione del garante è migliore perché se perisce l'unica cosa dovuta la sua obbligazione si estingue. Viene pertanto rigettata da Paolo l'impostazione di Marcello. Dello stesso avviso anche: F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 115 ss. il quale dà per scontata questa interpretazione; M. TALAMANCA, *'Alia causa'*, cit., 186 ss. il quale giunge a questa conclusione dopo un'approfondita analisi del passo ed il suo confronto con D. 46.1.8.8 e D. 46.1.38 pr.

quindi, affermare che Paolo, parlando di *deterior causa*, non intende utilizzare un criterio differente da quello che in D. 46.1.16 e D. 46.1.8.8 viene indicato come *durior condicio*.

L'esame delle fonti ha permesso pertanto di dimostrare che *durior condicio* e *durior causa* costituiscono il medesimo criterio. Rimane però da comprendere la ragione dell'utilizzo, da parte dei giuristi, di termini così diversi per designare la medesima entità.

A tal fine risulterebbe innanzitutto utile stabilire se Giuliano, ovverosia colui che ha elaborato il criterio in questione, si fosse avvalso di entrambe le espressioni o di una soltanto di esse ⁽²⁶⁹⁾. Diversi elementi inducono a ritenere che il giurista parlasse esclusivamente di *durior condicio*. In primo luogo, nel passo giuliano riportato nel Digesto viene utilizzato solo questo termine. Poi, in D. 46.1.8.7 Ulpiano formula la regola generale relativa alla validità della garanzia ricorrendo al criterio della *durior causa* mentre nei paragrafi successivi, nei quali riporta la posizione di Giuliano, impiega il concetto di *durior condicio*: tale mutamento può ben essere giustificato dall'intenzione di riferire in modo più preciso il pensiero di Giuliano. Infine, Gaio, quando nel *De verborum obligationibus* aderisce alla ricostruzione giuliana dei limiti entro i quali la garanzia può differire rispetto all'obbligazione principale, usa per rifarsi ad essa l'espressione *durior condicio*. Non sembra, d'altro canto, che D. 46.1.34 sia sufficiente a contraddire quanto ricavato da tutte le altre fonti perché non è implausibile ipotizzare che Paolo dia conto delle soluzioni giuliane utilizzando però le proprie categorie.

Conseguenza di quanto sostenuto circa Giuliano e la *durior condicio* è che l'introduzione del criterio della *durior causa* deve essere collocato in età severiana: ciò contribuisce a spiegare la ragione del riferimento alla causa e non più alla *condicio*.

Il tema dello sviluppo del concetto di *causa* e del ruolo che esso assume nel diritto classico è estremamente complesso e non può certo essere affrontato in questa sede. Qui è sufficiente segnalare che ai tempi di Paolo e Ulpiano le riflessioni dei giuristi in materia di causa contrattuale hanno ormai raggiunto un certo grado di maturità, tanto che alla *causa* viene dato rilievo non più soltanto nell'ambito dei contratti atipici ma anche di quelli tipici. Questo fenomeno interessa anche la *stipulatio*, la quale viene sempre più concepita come strumento mediante il quale attribuire efficacia formale alla *conventio*, cioè al preesistente accordo tra le parti circa il modo di regolare il

²⁶⁹ Non essendosi posta il problema dell'identità dei due criteri, la dottrina non si è mai chiesta se Giuliano utilizzasse entrambe le espressioni.

proprio assetto di interessi (²⁷⁰). Tale accordo, tuttavia, costituisce la ragion d'essere della *stipulatio* e pertanto ha importanza, anche indipendentemente dai *verba*, come *causa* della *stipulatio* stessa. La *conventio*, però, riguarda la prestazione che deve essere eseguita e le modalità di esecuzione, cioè gli stessi elementi che Giuliano prendeva in considerazione per stabilire la condizione in cui si trovava il debitore o il garante. Ecco allora che i giuristi severiani non parlano più di *durior condicio* bensì di *durior causa* perché la *causa* intesa come *conventio* è ciò che determina la condizione in cui versa il debitore o il garante: in questo senso la *causa* della garanzia può essere *durior* o *levior* rispetto a quella dell'obbligazione principale (²⁷¹).

A questo punto è possibile trarre alcune conclusioni da quanto esposto. Si è visto che la giurisprudenza classica ha ammesso la possibilità che l'obbligazione assunta dal garante, ovvero per la quale il garante si rende responsabile, differisca rispetto all'obbligazione garantita ma, al contempo, ha individuato due limiti che debbono essere rispettati affinché la garanzia sia valida. Il primo, universalmente condiviso, è quello dell'*alia res*: l'obbligazione del garante, ovvero della quale il garante si è assunto la responsabilità, non può discostarsi tanto dall'obbligazione principale da avere un contenuto radicalmente diverso rispetto ad essa. Il secondo limite, che opera in aggiunta e non in alternativa al primo, è stato invece, nel tempo, variamente inteso dai giuristi: si è parlato dapprima di *plus debere*, per indicare che il garante non può dover dare di più del debitore principale; si è fatto poi riferimento alla *durior condicio*, e quindi alla *durior causa*, per segnalare che la condizione nella quale si trova il garante, in base al contenuto complessivo della garanzia, non può essere peggiore di quella in cui versa il debitore principale.

Tutti i limiti segnalati, al di là delle loro evidenti differenze, sono però accomunati dal fatto di individuare nella conformità, di tipo diverso a seconda del limite, del contenuto della garanzia al contenuto dell'obbligazione garantita, un presupposto di validità della garanzia stessa (²⁷²). Emerge così il

²⁷⁰ Il fenomeno è segnalato da M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 566. Similmente anche V. MANNINO, *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cura di V. Mannino, Padova, 2004, 47 segnala che con il tempo «si andrà oltre la prevalenza del momento formale rappresentato dalla *interrogatio/responsio* come strumento in sé idoneo a conferire efficacia all'assetto di interessi perseguito dalle parti con l'accordo raggiunto. Il che darà rilievo alla causa della *stipulatio*, al di là dei *verba* delle parti».

²⁷¹ Pertanto il termine *causa* non va inteso nel senso moderno di funzione economico-sociale del negozio, come sembra fare invece P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 70.

²⁷² L'*alia obligatio* e la *durior condicio* possono ovviamente essere interpretati nel senso che il contenuto della garanzia deve corrispondere a quello dell'obbligazione garantita,

carattere accessorio della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante: l'obbligazione garantita infatti costituisce un limite contenutistico per la garanzia, in quanto il contenuto di quest'ultima è determinato in base al contenuto dell'obbligazione garantita; la garanzia quindi risulta essere in una posizione di subordinazione e dipendenza rispetto all'obbligazione garantita ⁽²⁷³⁾.

Vi è però di più. L'esame dei limiti entro i quali il contenuto della garanzia può differire dal contenuto della obbligazione garantita consente di sostenere che ciò che ha permesso ai giuristi classici di ritenere ammissibile tale difformità e li ha indotti ad individuare proprio quei limiti è stato l'aver concepito la garanzia come accessoria rispetto ad un'obbligazione principale.

Si è ampiamente dimostrato, infatti, che nel dialogo stipulatorio tipico con il quale vengono costituite *sponsio* e *fidepromissio* si fa riferimento alla prestazione promessa dal debitore mentre nell'*interrogatio* e nella *responsio* con le quali viene assunta la *fideiussio* si richiama la prestazione dovuta dal debitore. È plausibile, pertanto, che in età risalente *sponsor* e *fidepromissor* potessero assumere esclusivamente un'obbligazione avente per oggetto una prestazione identica a quella promessa dal debitore e il *fideiussor* potesse rendersi responsabile soltanto per un'obbligazione identica a quella del debitore: ogni difformità, benché minima, tra garanzia e obbligazione principale, avrebbe comportato la invalidità della garanzia.

Ad un certo punto, però, i giuristi hanno cominciato a prendere coscienza del fatto che la struttura stessa delle stipulazioni di garanzia rende la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante subordinata rispetto all'obbligazione garantita e che è questa dipendenza a permettere di interpretare tali stipulazioni come garanzie: ciò che attribuisce alla *sponsio* e alla *fidepromissio* la natura di garanzia infatti, è il rinvio, insito nella promessa dell'*idem*, al dialogo stipulatorio costitutivo della obbligazione principale; ciò che configura la *fideiussio* come assunzione di responsabilità per un'obbligazione altrui è il richiamo dell'obbligazione principale operato mediante l'*id*.

Nel momento in cui la giurisprudenza si è resa conto che carattere tipico delle stipulazioni di garanzia è l'accessorietà, ha iniziato a ritenere ammissibili garanzie aventi contenuto difforme rispetto all'obbligazione

salvo poter distaccarsene senza però che ciò dia luogo ad un'obbligazione diversa o renda la condizione del garante peggiore.

²⁷³ Afferma F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 119 che l'accessorietà nella sua vera estensione romana è «necessità dell'esistenza di una stipulazione principale e limite all'*obligatio* del garante, l'*eadem causa* o la *levior causa*».

garantita purché tale difformità non faccia venir meno l'accessorietà⁽²⁷⁴⁾. La garanzia allora non può avere un contenuto radicalmente diverso dall'obbligazione principale perché altrimenti scomparirebbe il necessario collegamento con l'obbligazione principale. Similmente, il garante non può essere obbligato o responsabile per una prestazione maggiore oppure trovarsi in una condizione peggiore rispetto al debitore principale perché l'obbligazione più onerosa contiene, in un certo senso, in sé l'obbligazione meno gravosa, pertanto, non può essere considerata subordinata ad essa.

La ricostruzione appena prospettata potrebbe apparire il frutto di una forzatura delle fonti, secondo la nota tendenza ad interpretare il diritto antico secondo le categorie di quello moderno. Non è così.

Si consideri, infatti, nuovamente,

Gai 3.126: In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus; nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali reo.

La parte finale del passo contiene due affermazioni di fondamentale importanza: caratteristica propria di ciò che è accessorio è non poter essere maggiore della cosa principale; la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante è una *accessio*⁽²⁷⁵⁾ della obbligazione garantita. Gaio quindi riconosce espressamente la natura accessoria della garanzia e fa discendere da essa la disciplina dei limiti entro i quali il contenuto della garanzia può differire da quello dell'obbligazione garantita.

Si ha così innanzitutto la conferma del fatto che i giuristi classici non soltanto conoscevano un concetto generico di accessorietà, come condizione propria di ciò che si aggiunge in posizione di subordinazione ad un'altra cosa considerata come principale, ma avevano proceduto ad un'approfondita riflessione circa le caratteristiche tipiche dell'accessorietà, tanto da pervenire

²⁷⁴ Condivisibile, tranne che per il riferimento al nesso funzionale tra garanzia e obbligazione, quanto sostenuto da P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 70 cioè che «una volta riconosciuta nell'accessorietà il carattere tipico di questo legame funzionale è con ciò stesso aperta la via al superamento dell'arcaico criterio dell'identità formale delle due prestazioni, ed alla scoperta del moderno criterio del confronto tra tra le due prestazioni in ragione della loro *causa*».

²⁷⁵ È stato già diffusamente spiegato nel capitolo II § 3 che il termine *accessio* in Gai 3.126 si riferisce alla garanzia e non alla persona del garante.

all'elaborazione di una vera e propria categoria giuridica. Altrimenti, non si spiegherebbe come Gaio possa motivare la disciplina delle difformità tra garanzia e obbligazione garantita affermando semplicemente che la garanzia *accessio est principalis obligationis*: tale spiegazione infatti non risulterebbe per nulla esaustiva se *accessio* fosse un termine atecnico, che designa un concetto impreciso, non sufficientemente indagato della dottrina.

Risulta inoltre provato che la giurisprudenza classica considerava la stipulazione di garanzia accessoria rispetto all'obbligazione principale e ricollegava all'accessorietà quantomeno quell'aspetto della disciplina della garanzia attinente ai limiti contenutistici derivanti dall'obbligazione principale. La perentorietà delle affermazioni di Gaio infatti, induce a ritenere che in Gai 3.126 il giurista non esprima un'opinione personale quanto piuttosto riferisca una posizione generalmente condivisa.

Accertato che, anche dal punto di vista della giurisprudenza classica, è corretto considerare i limiti alla difformità tra garanzia e obbligazione garantita come una conseguenza del carattere accessorio della garanzia, è necessaria ora qualche rapida considerazione sul tipo di accessorietà alla quale tali limiti sono ricollegati.

Sembra di poter dire innanzitutto che la determinazione del contenuto della garanzia in base al contenuto dell'obbligazione garantita pone la garanzia in una posizione di subordinazione che si coglie nel solo momento della sua costituzione. I limiti entro i quali la garanzia può discostarsi dall'obbligazione principale debbono essere considerati quindi presupposti di validità della garanzia.

Non deve pertanto trarre in inganno il fatto che talora è possibile stabilire la validità o meno della garanzia soltanto in un momento successivo rispetto a quello in cui è stato effettuato il dialogo stipulatorio diretto alla costituzione della garanzia. Si consideri, ad esempio, il caso in cui l'obbligazione principale è a termine e la garanzia sotto condizione: come si è già visto, la garanzia è valida se il termine scade prima o contestualmente al verificarsi dell'evento dedotto in condizione, altrimenti è invalida. In codesta ed in altre analoghe situazioni non sarebbe possibile sostenere che vi sia accessorietà funzionale, perché questa è ravvisabile quando una vicenda relativa all'obbligazione principale si ripercuote su di un'altra obbligazione già esistente. Nel caso di specie, invece, è pur vero che tra il momento in cui è avvenuto lo scambio di *interrogatio* e *responsio* tra creditore e garante e quello in cui è possibile stabilire la validità o meno della garanzia vi è un certo lasso di tempo, ma durante questo periodo, non essendosi ancora verificata la

condizione, la garanzia non si è ancora perfezionata: pertanto, se sarà considerata invalida, tale invalidità sarà originaria.

Non consente di parlare di accessorietà funzionale neppure il riferimento alla causa presente nel criterio della *durior causa* (²⁷⁶). Anche questo criterio, infatti, lungi dall'instaurare un collegamento tra obbligazione principale e garanzia per il tempo successivo alla costituzione di quest'ultima, si risolve in un confronto tra la condizione in cui si trova il debitore principale e quella in cui versa il garante al momento dell'assunzione della garanzia.

Bisogna comunque notare, per concludere, che poiché i limiti contenutistici derivanti dall'obbligazione garantita operano indistintamente con riferimento a *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*, l'accessorietà limitata al momento genetico è l'unica soluzione compatibile con la struttura di tutti e tre gli istituti. Come ormai noto, infatti, nella *sponsio* e nella *fidepromissio* il collegamento tra garanzia e obbligazione garantita si coglie soltanto al livello degli atti costitutivi, quindi, la garanzia rimane indifferente alle vicende che, successivamente al tempo della sua costituzione, interessano l'obbligazione garantita, il che esclude la possibilità di ravvisare accessorietà funzionale.

9. *L'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale.*

Altra questione di grande rilevanza per comprendere la relazione esistente tra garanzia e obbligazione garantita è la giustificazione dell'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore. Tale fenomeno consiste, infatti, nella possibilità spesso riconosciuta al garante convenuto in giudizio dal creditore di opporre a questo le stesse eccezioni che avrebbe potuto far valere il debitore se l'azione fosse stata proposta nei suoi confronti: vicende e circostanze relative al rapporto obbligatorio garantito acquistano rilevanza, quindi, anche per la garanzia, tanto da poter essere utilizzate per bloccare l'azione esperita contro il garante.

L'influenza che risulta così esercitata sulla garanzia dall'obbligazione garantita potrebbe essere ritenuta una conseguenza del carattere accessorio proprio delle stipulazioni di garanzia, come accade per altri aspetti della disciplina di questi istituti. In tal senso, infatti, si è pronunciata una parte consistente della moderna romanistica, seppur con notevoli diversità di

²⁷⁶ Sul riferimento alla *causa*, come già accennato, P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 70 fonda la sua interpretazione dell'accessorietà quale accessorietà funzionale.

posizioni. In particolare, per molti autori (²⁷⁷) la accessorietà della garanzia è sempre stata l'unica ragione dell'opponibilità da parte del garante delle eccezioni spettanti al debitore. Altri (²⁷⁸), invece, hanno sostenuto che essa ha assunto tale ruolo solo con il passare del tempo, essendo stata inizialmente prevalente l'esigenza di evitare che il debitore fosse esposto al regresso. L'interpretazione dell'accessorietà come accessorietà funzionale ha indotto poi taluni giuristi (²⁷⁹) a negare che l'estensione delle eccezioni operasse nei confronti dello *sponsor* e del *fidepromissor*, altri (²⁸⁰) a ritenere che, con riferimento solo a costoro, trovasse una diversa giustificazione.

Del fenomeno però sono state prospettate anche ricostruzioni che prescindono totalmente dalla posizione in cui si trova la garanzia rispetto all'obbligazione garantita. Parte della dottrina (²⁸¹), infatti, ha sostenuto l'esistenza, alla base dell'opponibilità da parte del garante delle varie eccezioni, di ragioni di volta in volta differenti, accomunate dalla finalità di tutelare il debitore dalle conseguenze negative alle quali potrebbe essere esposto in caso di soccombenza del garante. Altri autori (²⁸²), poi, pur collocandosi in questo filone interpretativo, hanno proposto di distinguere tra eccezioni attinenti a profili oggettivi dell'obbligazione garantita, che sono opponibili dal garante proprio in conseguenza di questa oggettività, ed

²⁷⁷ Tra questi in particolare: W. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte*, Jena, 1850, 39 ss.; H. HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, Düsseldorf, 1870, 295 ss.; K.A. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1876, 138; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906, 1083; G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al 'pactum de non petendo'*, Perugia, 1913, ora in ID., *Scritti sul diritto romano delle obbligazioni*, II, Milano, 1922, 331 ss.; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Burgschaftstipulationen*, Weimar, 1932, 64 ss.; G. SEGRÈ, *Le garanzie personali*, cit., 128 ss.

²⁷⁸ Si tratta in particolare di: O. GRADENWITZ, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1887, 276 ss.; L. MITTEIS, *Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, in *Jherings Jarbuch*, XXVIII, 1889, 140; H. KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der eptio doli*, Halle, 1892, 130; H. DERNBURG, *Pandekten*, II, Berlin, 1903, 215; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, 813.

²⁷⁹ In tal senso P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 122.

²⁸⁰ Tale distinzione è prospettata in particolare da W. FLUME, *Studien*, cit., 129 e G. SEGRÈ, *Le garanzie*, cit., 129.

²⁸¹ Seguono questa impostazione in particolare F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 185 ss. e M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (dir.rom.)*, cit., 336.

²⁸² In Particolare M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (dir. rom.)*, cit., 336 ntt. 127 e 128 indica: come eccezioni attinenti al profilo oggettivo del rapporto l'*exceptio* per la mancanza di causa nella *stipulatio*, l'*exceptio Legis Cinciae*, l'*exceptio non numeratae pecuniae*, *exceptio rei iudicatae*; come eccezioni che hanno attinenza alla sfera personale del debitore principale e che si estendono per proteggerlo dal regresso l'*exceptio pacti*, l'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani*, l'*exceptio Senatusconsulti Vellaeani*, l'*exceptio doli*.

eccezioni attinenti alla sfera personale del debitore, che si estendono al garante per evitare che il debitore sia esposto al regresso.

A fronte di una così variegata dottrina risulta necessario procedere all'analisi delle fonti relative ad alcune delle più significative eccezioni, per accertare come i giuristi classici ne giustificassero l'opponibilità da parte del garante. Ciò consentirà di stabilire se vi è difformità di regime tra *sponsio* e *fidepromissio* da un lato e *fideiussio* dall'altro e soprattutto permetterà di chiarire ulteriormente il rapporto tra garanzia e obbligazione garantita.

Prima di indagare le ragioni che sorreggono l'estensione al garante delle singole eccezioni, è opportuno considerare quei passi che si occupano del tema da un punto di vista generale, dando indicazioni di sintesi.

Si può iniziare in particolare da

Paul. 3 ad Plaut. D. 44.1.7: *Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem 'quod facere possit', vel parens patronusve, non competit fideiussori: sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. 1. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.*

Paolo prospetta l'esistenza di due tipi di eccezioni: le *exceptiones quae personae cuiusque cohaerent*, cioè quelle eccezioni strettamente attinenti alla persona del debitore, le quali, essendo tali, non competono al fideiussore; le *exceptiones rei cohaerentes*, cioè quelle eccezioni che riguardano il debitore in quanto parte del rapporto obbligatorio, le quali, essendo attinenti ad un aspetto dell'obbligazione che assume rilevanza oggettiva, si estendono anche al fideiussore. Alla prima categoria appartiene l'*exceptio* derivante dal *beneficium competentiae*, alla seconda invece l'*exceptio rei iudicatae*, l'*exceptio doli mali*, l'*exceptio iurisiurandi*, l'*exceptio metus*, l'*exceptio pacti in rem*, l'*exceptio libertatis onerandae causa* e l'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani*.

Bisogna tuttavia segnalare che il passo è stato oggetto di una serrata critica da parte della dottrina. In particolare, è stato osservato che il *beneficium competentiae*, cioè il diritto riconosciuto a taluni soggetti, come il socio contro il quale è esperita l'*actio pro socio* o il marito nei confronti del quale è esercitata l'*actio rei uxoriae*, ad essere condannati nei limiti dell'attivo, non dava luogo ad una *exceptio* bensì ad una *taxatio*, con la quale veniva fissato un limite massimo all'ammontare della condanna che il giudice avrebbe potuto determinare ⁽²⁸³⁾. Da ciò sono state tratte opposte conseguenze: secondo alcuni autori ⁽²⁸⁴⁾, infatti, Paolo avrebbe citato proprio il *beneficium competentiae* perché la non estensione al garante delle eccezioni opponibili dal debitore sarebbe stata un fenomeno straordinario, del quale sarebbero mancati ulteriori esempi; per altri ⁽²⁸⁵⁾, invece, il giurista, mosso dall'importanza pratica dell'istituto, avrebbe considerato il *beneficium competentiae*, pur essendo consapevole della non appropriatezza del riferimento ad esso, al termine di un elenco di vere *exceptiones* soppresso dai compilatori giustiniane.

Altro punto problematico è la citazione del *pactum in rem* e della relativa eccezione. Ampia parte della dottrina, infatti, ha ritenuto che la distinzione tra *pacta in personam* e *pacta in rem* non sia classica ⁽²⁸⁶⁾: i numerosi passi ⁽²⁸⁷⁾ nei quali tali categorie vengono impiegate, pertanto,

²⁸³ Sostengono che dal *beneficium cedendarum actionum* derivi una *taxatio*: G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 334; G. SEGRÈ, *Garanzie*, cit., 133; F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 189; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 312. Per V. ARANGIO-RUIZ invece il *beneficium competentiae* avrebbe dato luogo effettivamente ad una *exceptio*.

²⁸⁴ Così in particolare G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 334.

²⁸⁵ Questa in particolare la posizione di F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 189.

²⁸⁶ La distinzione è operata da un punto di vista generale in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.8: *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. in rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.* Dal passo emerge che i *pacta in rem* sono quelli con i quali si stabilisce in generale che la prestazione non venga richiesta, i *pacta in personam* invece sono quelli nei quali si prevede che la prestazione non venga richiesta soltanto al paciscente. La riconduzione del patto entro l'una o l'altra categoria non dipende soltanto dalla formulazione letterale del passo bensì, come già sostenuto da Sesto Pedio, dall'interpretazione della volontà delle parti.

²⁸⁷ Si tratta di: Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.17.3: *Si quis paciscatur, ne a se petatur, sed ut ab herede petatur, heredi exceptio non proderit.* Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.21.1: *Quod si servus, ne a se peteretur, pactus fuerit, nihil valebit pactum: de doli exceptione videamus. Et si in rem paciscatur, proderit domino et heredi eius pacti conventi exceptio: quod si in personam pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio.* Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.25.1: *Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait.* Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.27.10: *Servus hereditarius heredi post adituro nominatim pacisci non potest,*

quia nondum is dominus sit: sed si in rem pactum conventum factum sit, heredi adquiri potest. Gai 1 ad ed. provinc. D. 2.14.28.2: Si filius aut servus pactus sit, ne ipse peteret, inutile est pactum. Si vero in rem pacti sunt, id est ne ea pecunia peteretur, ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dominumve, si liberam peculii administrationem habeant et ea res, de qua pacti sint, peculiaris sit. Quod et ipsum non est expeditum: nam cum verum est, quod iuliano placet, etiamsi maxime quis administrationem peculii habeat concessam, donandi ius eum non habere: sequitur ut, si donandi causa de non petenda pecunia pactus sit, non debeat ratum haberi pactum conventum. Quod si pro eo ut ita pacisceretur aliquid, in quo non minus vel etiam amplius esset, consecutus fuerit, rata habenda est pactio. Cels. 1 dig. D. 2.14.33: Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit et pactus est, ne a se neve a filio suo dos peteretur. Si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur. Quippe heredi consuli concessum est nec quicquam obstat uni tantum ex heredibus providere si heres factus sit, ceteris autem non consuli. Pap. 1 resp. D. 2.14.40 pr.: Tale pactum "profiteor te non teneri" non in personam dirigitur, sed cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit. Pap. 1 resp. D. 2.14.40.3: Pater, qui dotem promisit, pactus est, ut post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia portio dotis apud heredem suum fratrem remaneret. ea conventio liberis a socero postea susceptis et heredibus testamento relictis per exceptionem doli proderit, cum inter contrahentes id actum sit, ut heredibus consulatur et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur. Florus 8 inst. D. 2.14.57.1: Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, veluti ne ego petam vel ne a te petatur: heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit et ab herede tuo omnes petere poterimus. Paul. 13 ad ed. D. 4.8.32.18: Si domini, qui invicem stipulati sint, procuratores suos agere apud arbitrum velint, potest iubere ipsos etiam adesse. Paul. 13 ad ed. D. 4.8.32.19: Sed si et heredis in compromissis mentio fit, potest iubere etiam heredem eorum adesse. Paul. 13 ad ed. D. 4.8.34 pr.: Si duo rei sunt aut credendi aut debendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat vel ab alio petatur, poena committatur: idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt. Et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt: alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur. Iul. 4 dig. D. 4.8.49.2: Si ab altera dumtaxat parte heredis mentio comprehensa fuerit, compromissum solvetur morte cuiusque ex litigatoribus, sicut solveretur altero mortuo, si neutrius heredis persona comprehenderetur. Pomp. 35 ad Sab. D. 13.7.8.4: De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur: sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est. Celsus 1 dig. D. 22.3.9: Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur, an id actum sit, ut ipsius dumtaxat persona eo statueretur. Sed quamvis verum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur, attamen de ipso dumtaxat ac non de herede eius quoque convenisse petitor, non qui excipit probare debet, quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus. Pomp. 26 ad Sab. D. 23.4.10: Avus pactus est, cum dotem pro nepote suscepisset, ne a se neve a filio dos peteretur, ab alio vero quam filio herede ut dos peteretur. exceptione conventionis filius tuendus erit, quippe heredi nostro cavere concessum est, nec quicquam obstat quo minus certae personae, si heres erit sibi, caveri possit, quod non idem et in ceteris heredibus cavetur: et ita celsus scribit. Paul. 35 ad ed. D. 23.4.20.2: Si convenerit, ne a muliere neve a patre dos petatur, heres non habebit exceptionem. Sed si convenerit, ne manente matrimonio vivo patre petatur, mortuo patre statim exigitur, et, si non petierit maritus, tenebitur huius culpa nomine, si dos exigi potuerit: nisi forte ante diremptum sit matrimonium, quam facultatem petendi haberet. Tryph. 10 disp. D. 23.4.30: Baebius Marcellus Baebio Marullo dotis filiae suae nomine centena promiserat et convenerat inter eos, ne ea dos constante matrimonio peteretur, vel si post mortem patris in matrimonio sine liberis filia decessisset, ut dimidia dos apud Marullum remaneret, dimidia fratri mulieris restitueretur: eaque etiam in stipulationem deducta erant.

sarebbero stati tutti oggetto di manipolazioni da parte dei commissari giustiniane.

Con riferimento specifico a D. 44.1.7 tale conclusione sarebbe ulteriormente confermata dal fatto che l'*exceptio pacti in rem* è ricordata tra le *exceptiones rei coharentes* ma dell'*exceptio pacti in personam* non vi è alcuna traccia tra le *exceptiones quae personae cuiusque coharent*, il che risulterebbe alquanto strano se il passo fosse autentico.

A seconda dell'interpretazione data a D. 44.1.7 pr., i vari autori hanno attribuito ai compilatori un diverso tipo di intervento.

Mortuo Marcello, filio et filia superstitibus, dote universa filiae praelegata Marullus nata filia diverterat et mulier decesserat fratre suo et filia ex partibus aequis heredibus relictis. Apud Petronium magnum praetorem marullus ab herede filio Marcelli ex dotis promissione universam dotem petebat illa coniectura, quasi inter duos placuisset nullo filiorum exstante mortua muliere partem dotis remanere apud maritum, magis convenisset utique totam eius esse dotem, si filium filiamve habuisset. Ex diverso respondebatur pacti quidem vulgaris exceptionem etiam heredi proficere: sed in specie, quae proponitur, non quasi heres mulieris ex persona defunctae se exceptione pacti tuebitur, sed ipse erat ille, qui etiam viva muliere, si ab eo dos peteretur, potuisset ea exceptione marullum, quia divortium factum erat, summovere, eandemque defensionem etiam post mortem sororis suae retinebat. Itaque placuit eum ab ea petitione absolvi nulla ex hac sententia facta derogatione fideicommissi petitioni, quam iure hereditario per filiam heres uxoris marullus in parte dimidia habebat. Iul. 18 dig. D. 24.3.31.1: Si pater, cum ducenta filiae suae nomine dotis gratia promisisset, pactus fuerit, ne amplius quam centum a se peterentur, et filiae suae nomine dotis gratia promisisset, pactus fuerit, ne amplius quam centum a se peterentur, et soluto matrimonio egerit, centum, de quibus convenit ne peterentur, nec intelleguntur dotis esse. Quod si mortuo patre cum herede eius maritus agere coeperit, ista quoque pecunia in dote erit. Pomp. 6 ad Sab. D. 34.3.8.1: Potest heres damnari, ut ad certum tempus non petat a debitore: sed sine dubio nec liberare eum intra id tempus debet, et, si debitor decesserit, ab herede eius intra id tempus peti non poterit. Mod. 10 resp. D. 34.3.20.pr.: "Aurelio Sempronio fratri meo. Neminem molestari volo nomine debiti neque exigere aliquid ab eo, quamdiu viveret, neque de sorte aut usurae nomine debiti: et soluto matrimonio egerit, centum, de quibus convenit ne peterentur, nec intelleguntur dotis esse. Quod si mortuo patre cum herede eius maritus agere coeperit, ista quoque pecunia in dote erit. Pap. 27 quaest. D. 45.2.9.1: Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest. Quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit. Paul. 4 quaest. D. 46.1.71.1: Si ponamus unum ex reis promittendi pactum esse, ne a se peteretur, deinde mandatorum solvisse: mandati iudicio convenire potuit etiam eum, cum quo pactum est: non enim pactum creditoris tollit alienam actionem. Iul. 54 dig. D. 46.3.34.11: Qui perpetua exceptione se tueri potest, solutum repetit et ideo non liberatur. quare si ex duobus reis promittendi alter pepigerit, ne ab eo peteretur, quamvis solverit, nihilo minus alter obligatus manebit. Pap. 28 quaest. D. 46.8.1: Cum quis de rato stipularetur: quamvis non idem, sed alius a domino conveniretur, qui conveniri non posset, si ratum habuisset, committi stipulationem placuit, veluti si cum fideiussor aut alter ex reis promittendi, qui socius est, convenitur. Paul. 3 ad Plaut. D. 46.8.14: Si quis uni ex reis promiserit rem ratam dominum habiturum aut amplius eam non peti, dicendum est stipulationem committi, si ab eo petatur, qui eiusdem obligationis socius est.

Chi ritiene che le *exceptiones quae personae cuiusque coharent* costituiscano casi straordinari ha conseguentemente sostenuto che l'*exceptio pacti* era considerata da Paolo un'*exceptio rei coharens* e che tale soluzione è stata limitata dai compilatori alla sola *exceptio pacti in rem* ⁽²⁸⁸⁾.

Chi invece accoglie la distinzione tra *exceptiones quae personae cuiusque coharent* ed *exceptiones rei coharentes* ha considerato opera dei compilatori l'intera frase *igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori* ed ha affermato che nel diritto classico l'*exceptio pacti* era considerata strettamente personale ⁽²⁸⁹⁾.

In tempi recenti, tuttavia, diversi autori ⁽²⁹⁰⁾, respingendo l'impostazione tradizionale hanno sostenuto la classicità della distinzione tra *pacta in personam* e *pacta in rem*, il che rimette in discussione l'interpretazione di D. 44.1.7 con riferimento sia allo specifico tema dell'*exceptio pacti*, sia più in generale alla contrapposizione tra *exceptiones quae personae cuiusque coharent* ed *exceptiones rei coharentes*.

Risulta necessario quindi esaminare i passi che si occupano specificamente dell'estensione o meno al garante dell'*exceptio pacti* per accertare se in essi sia rintracciabile qualche differenza di disciplina ricollegabile alla distinzione tra *pacta in personam* e *pacta in rem*.

I risultati così conseguiti permetteranno poi di prendere posizione anche in materia di *exceptiones quae personae cuiusque coharent* ed *exceptiones rei coharentes*.

È opportuno però completare prima l'analisi dei passi che si occupano dell'opponibilità da parte del garante delle eccezioni del debitore. A tale riguardo bisogna considerare ora

Ulp. 76 *ad ed.* D. 46.1.32 *Ex persona rei et quidem invito reo exceptio et cetera rei commoda fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.*

²⁸⁸ Sostiene infatti ciò G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 343.

²⁸⁹ A tale conclusione infatti perviene F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 190 ss.

²⁹⁰ Si intende fare riferimento in particolare a: P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 243 ss.; A. WACKE, *Zur Lehre vom 'pactum tacitum' und zur Aushilfsfunktion der 'exceptio doli'*, in ZSS, XC, 1973, 227 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo personale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 634 ss.; G. MELILLO, 'Pacta in rem', 'pacta in persona': una 'divisio' classica?, in 'Sodalitas': scritti in onore di A. Guarino, III, Napoli, 1984, 1468.

Ulpiano afferma che l'*exceptio ex persona rei* e gli altri rimedi spettanti al debitore *competere potest* al fideiussore o ai *ceteris accessionibus* nonostante la volontà contraria del debitore principale.

Il passo, pur breve, presenta diverse criticità. *Ceteris accessionibus* si è segnalato a suo luogo come una glossa, poi erroneamente inserita nel testo, che generalizzava quanto affermato da Ulpiano con riferimento al solo *fideiussor* (²⁹¹). Il carattere insitico poi di *et cetera rei commoda* è reso manifesto dal verbo singolare *potest* (²⁹²). Il vero problema però è costituito dalle espressioni *exceptio ex persona rei* e *competere potest*, perché l'attribuzione ad esse di un significato piuttosto che di un altro muterebbe profondamente il senso del passo e sarebbe foriero di importanti conseguenze di portata generale.

Per quanto riguarda *exceptio ex persona rei*, infatti, si potrebbe sostenere che tale locuzione indichi l'eccezione strettamente attinente alla sfera personale del debitore, costituendo quindi un sinonimo di *exceptio quae persona cuiusque coharet*. Tale interpretazione, però, se da un lato confermerebbe l'esistenza delle due categorie di eccezioni di cui in D. 44.1.7, dall'altro, con riferimento all'estensione di tali eccezioni, porterebbe all'individuazione di una regola opposta a quella risultante dal passo di Paolo, creando così ulteriori questioni da risolvere. Sembra preferibile ritenere, pertanto, che *exceptio ex persona rei* designi genericamente le eccezioni spettanti al debitore (²⁹³).

Con riferimento, invece, a *competere potest*, tale espressione potrebbe essere intesa come diretta ad indicare che l'eccezione può sempre spettare anche al debitore: questa interpretazione, però, risulterebbe alquanto forzata perché, se Ulpiano avesse inteso veramente ciò, non avrebbe probabilmente usato *potest* (²⁹⁴). Tale verbo, infatti, nello specifico contesto in cui è inserito, sembra alludere alla possibilità, all'eventualità, che l'eccezione del debitore spetti anche al garante (²⁹⁵). Si può quindi concludere che in D. 46.1.32 Ulpiano afferma che talora l'eccezione opponibile dal debitore spetta anche al garante.

²⁹¹ Si veda quanto già segnalato nel capitolo II.

²⁹² In tal senso G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 338 n. 3.

²⁹³ Questo ragionamento è svolto da F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 190 è accolto da V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 23.

²⁹⁴ Così F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 191

²⁹⁵ Il verbo *potest* è prova che non tutte le eccezioni si estendono al garante per: F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 192; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 99; V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 25.

Il passo, pertanto, non prevedendo sempre e inderogabilmente l'estensione al garante delle eccezioni del debitore, risulta compatibile con la distinzione tra *exceptiones quae personae cuiusque coharent* ed *exceptiones rei coharentes* operata da Paolo in D. 44.1.7.

Tuttavia, bisogna notare che, seppur D. 46.1.32 sia utilizzato nel Digesto per esprimere una regola generale in materia di opponibilità da parte del garante delle eccezioni del debitore, vi sono fondati motivi per ritenere che il testo non avesse tale funzione nel Commentario all'editto ulpiano. Il riferimento infatti alla contraria volontà del debitore, induce a ritenere che Ulpiano si occupasse originariamente proprio dei limiti entro i quali avveniva l'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore in caso di opposizione di questo (²⁹⁶).

L'ultima fonte che deve essere considerata è

Marc. 13 *inst.* D. 44.1.19: *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.*

Il passo non presenta particolari problemi interpretativi in quanto l'uso del verbo *competunt* non lascia dubbi circa il fatto che Marciano si pronunci a favore di una generalizzata estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore (²⁹⁷).

Le difficoltà sorgono nel momento in cui si cerchi, alla luce di D. 44.1.19, di ricostruire l'evoluzione storica della disciplina dell'opponibilità da parte del garante delle eccezioni del debitore. Si verrebbe, infatti, alla conclusione che o la distinzione tra *exceptiones quae personae cuiusque coharent* ed *exceptiones rei coharentes* non è classica, oppure, presente all'epoca di Paolo e Ulpiano, è venuta meno in età post-classica a favore di una semplificazione nel segno dell'estensione, per poi essere recuperata nuovamente dai compilatori giustiniani.

Non bisogna essere troppo precipitosi. Il passo in questione è tratto da un testo istituzionale, pertanto, la posizione di Marciano potrebbe ben essere una conseguenza della tipologia di opera nella quale è espressa, piuttosto che di una evoluzione del diritto: si potrebbe cioè pensare che anche ai tempi di Marciano vi fossero eccezioni opponibili e altre non opponibili ma, essendo

²⁹⁶ Dello stesso avviso V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 25.

²⁹⁷ Tale generale affermazione costituisce però l'esito di un intervento dei compilatori per G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 331 n. 1 e F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 188 il quale in particolare ritiene che la dichiarazione di Marciano avrebbe potuto essere originariamente riferita a casi singoli.

più numerose e più importanti le prime, il giurista abbia considerato solo queste per rendere il meno complessa possibile la trattazione della materia (²⁹⁸). Se tale ricostruzione fosse esatta, neppure D. 44.1.19 potrebbe essere utilizzato per respingere la distinzione tra eccezioni operata da Paolo.

Si può ora procedere all'analisi delle singole eccezioni, incominciando dall'*exceptio pacti*. A tale riguardo devono essere innanzitutto considerati alcuni passi tratti dal Commentario all'editto di Paolo che si occupano dell'opponibilità di questa eccezione da parte di un soggetto diverso dal paciscente. Si veda, in primo luogo,

Paul. 3 ad ed. D. 2.14.21.5: *In his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet.*

La questione posta nella prima parte del passo attiene al regime delle obbligazioni solidali: ci si chiede se l'*exceptio* derivante dal *pactum* concluso da uno dei creditori o dei debitori solidali possa essere opposta ad un altro concreditore ovvero possa giovare ad un altro condebitore. La soluzione offerta è una regola di carattere generale: i *pacta in rem* (²⁹⁹) giovano a tutti coloro nei confronti dei quali il paciscente ha interesse che l'obbligazione si estingua. A riprova della sua applicabilità anche al di fuori del campo delle obbligazioni solidali, il principio è poi utilizzato da Paolo per giustificare l'opponibilità da parte del garante dell'*exceptio pacti* spettante al debitore: questo infatti è il senso dell'affermazione secondo la quale la *conventio* effettuata dal debitore giova al *fideiussor*.

Dal passo emerge, quindi, che l'estensione al garante dell'*exceptio pacti* opponibile dal debitore paciscente è determinata dall'esistenza di un interesse del debitore a che ciò avvenga, onde evitare che il garante, convenuto in giudizio, soccomba e agisca poi contro di lui in regresso. Per dare però fondamento a tale opponibilità dell'eccezione da parte di un

²⁹⁸ Ulteriori conferme di questa interpretazione vengono dalle ricerche svolte da De Giovanni, secondo il quale il manuale di Marciano non sarebbe stato rivolto ad un pubblico di scolari bensì di operatori pratici, bisognosi di regole precise da applicare alla prassi

²⁹⁹ Sostengono che il riferimento al *pactum in rem* non è classico: G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 340 s. e F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 198. A favore invece della genuinità A. WACKE, *Zur Lehre*, cit., 234 s. e V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 38.

soggetto diverso dal paciscente Paolo interpreta tipicamente la volontà del debitore come sempre diretta a concludere un patto rilevante anche per il garante, configurando così il patto stesso come *pactum in rem* ⁽³⁰⁰⁾.

Ad analoghe conclusioni è possibile pervenire sulla base di

Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.23: *Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. immo nec confideiussoribus proderit. 1. Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alii conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt.*

Il passo si occupa del patto concluso dal garante. L'eccezione in questo caso non si estende al debitore principale perché il garante non ha alcun interesse ad evitare che questo sia costretto ad adempiere dal creditore. Il patto non giova neppure ai cogaranti perché l'eccezione spetta principalmente a colui che ha concluso il patto.

Lasciando da parte la questione dei cogaranti ⁽³⁰¹⁾, importa ora notare che la motivazione della non opponibilità dell'*exceptio pacti* è pienamente conforme a quanto risulta da D. 2.14.21.5: manca l'interesse del paciscente in quanto, una volta che il debitore ha pagato, in conseguenza di ciò non ha alcuna pretesa da far valere nei confronti del garante ⁽³⁰²⁾.

Rimangono ora da considerare due passi che, pur non occupandosi delle stipulazioni di garanzia, sono utili per meglio comprendere il pensiero di Paolo circa l'opponibilità dell'*exceptio pacti* da parte di un soggetto diverso dal paciscente.

Si tratta innanzitutto di

³⁰⁰ Sostiene al riguardo V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 39 che «l'*exceptio* era normalmente opponibile dal garante, dovendosi il *pactum* comunque qualificare come *in rem*, in quanto il debitore principale non poteva non volerne la liberazione per non correre il rischio di subire l'azione di regresso».

³⁰¹ Secondo G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 353 e F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 202 il passo si sarebbe originariamente riferito a *cosponsors* che, in virtù della *Lex Apuleia*, avevano tra loro regresso oppure a cofideiussori soci.

³⁰² Per V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 39 il passo conferma che «l'*exceptio pacti* è ultrattiva ed era compresa, come si dice in D. 44.1.7.1, tra quelle *rei coharentes*, ma con la limitazione secondo cui tale ultrattività operava solo nei confronti di coloro per i quali esistesse un interesse del paciscente all'opposizione, in altri termini per chi avesse strumento di rivalsa nei confronti del paciscente».

Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.25: *Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis. 1. Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait. 2. Sed quamvis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus scribit.*

Il *principium* risulta chiaramente incomprensibile una volta che il passo sia stato isolato dal contesto in cui è collocato nel Digesto: D. 2.14.21, D. 2.14.22, D. 2.14.23, D. 2.14.24, D. 2.14.25, D. 2.14.26 e D. 2.14.27, infatti, sono strettamente legati tra loro, non solo da un punto di vista contenutistico, nel senso che in essi si sviluppa un discorso unitario sull'estensione dell'*exceptio pacti* a soggetti diversi dal paciscente, ma anche da un punto di vista testuale, tanto che D. 2.14.25, che si sta ora considerando, necessita di essere rapportato a D. 2.14.24 per avere un qualche significato e D. 2.14.26 costituisce il completamento della frase con la quale si chiude D. 2.14.25.2.

Pertanto, poiché D. 2.14.24⁽³⁰³⁾ si occupa di un caso nel quale l'*exceptio pacti fideiussoris* è opponibile da parte del debitore, l'*idem* con cui si apre D. 2.14.25 pr. induce a ritenere che anche questo passo preveda l'estensione dell'*exceptio pacti* ad un soggetto diverso dal paciscente. Il patto in questione, però, è il *pactum*, attinente al rapporto societario, concluso da uno dei due soci e l'opponibilità dell'*exceptio pacti* è prevista a favore dell'altro socio non paciscente. La ragione dell'estensione non è indicata ma è facilmente identificabile nell'interesse del paciscente a che l'eccezione possa essere opposta anche dall'altro socio⁽³⁰⁴⁾. Questo, è bene ribadirlo, è il significato che D. 2.14.25 pr. assume nel Digesto: non è possibile stabilire se esso coincida con il senso originario del passo, perché non è dato sapersi a che cosa si riferisse *idem* nel Commentario all'editto paolino.

Il § 1, invece, è di una certa rilevanza perché in esso viene affermata la stretta pertinenza al paciscente dell'*exceptio* derivante da un *personale pactum*, espressione con la quale si intende senz'altro indicare il *pactum in personam*. Ancora una volta, quindi, si ritrova in un testo di Paolo il riferimento all'esistenza di due categorie di *pacta*, il cui elemento distintivo è la diversa rilevanza che il patto stesso ha per i soggetti terzi⁽³⁰⁵⁾.

³⁰³ Paul. 3 *ad Plaut.* D. 2.14.24: *Sed si fideiussor in rem suam spondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur.*

³⁰⁴ Così anche V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 45.

³⁰⁵ Il riferimento al *pactum in personam* è ritenuto non genuino da G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 354. Di diverso avviso invece G. MELILLO, '*Pacta*', cit., 1467 e V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 46.

Anche il § 2, infine, sembra occuparsi di un *pactum in personam*. L'uso di *sed*, infatti, creando un collegamento con la precedente frase, induce a ritenere che la ragione della non opponibilità dell'*exceptio pacti* da parte del debitore sia da individuare nel carattere strettamente personale del patto stesso. Il paragrafo si occupa, comunque, di un aspetto sinora non emerso: Paolo, richiamando l'autorità di Giuliano, sostiene che al debitore che non possa opporre l'*exceptio pacti* va riconosciuta l'*exceptio doli*.

Rimane, infine,

Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.27.pr.: *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Viene qui affrontato il caso in cui un socio argentario abbia concluso un patto con il debitore e ci si chiede se quest'ultimo possa far valere la relativa *exceptio* anche nei confronti dell'altro socio. Paolo, dichiarando di conformarsi alla posizione di Nerazio, Atilicino, Proculo e Labeone, sostiene che il patto non può nuocere al socio non paciscente, neppure se fosse un *pactum in rem*. La motivazione data da Labeone, e accolta da Paolo, è che il socio può ricevere il pagamento del debito sociale ma non può novare l'obbligazione del debitore perché, si deve intendere, ciò comporterebbe un pregiudizio per gli altri soci: a maggior ragione il *pactum de non petendo* concluso da un socio non può essere opposto agli altri soci. Il medesimo regime, infine, viene esteso da Paolo alle obbligazioni solidali ⁽³⁰⁶⁾.

Anche in questo passo quindi, si fa riferimento ai *pacta in rem* e la decisione relativa all'estensione dell'*exceptio pacti* viene fondata sulla valutazione dell'interesse dei soggetti coinvolti.

A questo punto è possibile trarre qualche conclusione. Innanzitutto, sembra di poter sostenere che i passi considerati costituiscano indizi importanti a favore della distinzione tra *pacta in personam* e *pacta in rem*. Depone in tal senso soprattutto la coerenza logica delle motivazioni date alle

³⁰⁶ L'espressione *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est* è però considerata compilatoria da G. ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., 354 ss.

soluzioni delle varie questioni prospettate: il riferimento alle due categorie di obbligazioni, infatti, lungi dall'apparire un'aggiunta postuma, costituisce parte integrante del ragionamento svolto da Paolo, anzi, ne rappresenta uno snodo di fondamentale importanza.

Per quanto attiene poi al tema dell'estensione dell'*exceptio pacti*, dai testi esaminati emerge che la questione dell'opponibilità dell'eccezione da parte di un soggetto diverso dal paciscente costituisce un problema di carattere generale, che non si pone cioè soltanto con riferimento ai rapporti tra debitore e garante ma anche in altri ambiti, in particolare nella relazione tra creditori e debitori solidali e in quella tra soci.

Conseguentemente, comuni alle varie fattispecie sono i due presupposti che risultano dover essere soddisfatti affinché si possa riconoscere l'estensione dell'eccezione: l'appartenenza del patto alla categoria dei *pacta in rem* e la sussistenza di un interesse del paciscente all'estensione. Il primo presupposto emerge espressamente da D. 2.14.21.5 e D. 2.14.27 pr. e, *a contrario*, da D. 2.14.25.1 nel quale si esclude l'opponibilità dell'eccezione da parte di un soggetto diverso dal paciscente in presenza di un *personale pactum*. Quanto, invece, al secondo, in D. 2.14.21.5 viene fatto riferimento all'interesse del creditore o debitore solidale e a quello del debitore garantito, in D. 2.14.23 viene considerato l'interesse del garante e in D. 2.14.27 pr. viene preso in esame l'interesse del socio. Si tratta, comunque, di condizioni cumulative, come risulta da D. 2.14.27 pr. nel quale la presenza di un *pactum in rem* è chiaramente indicata come insufficiente a giustificare l'estensione dell'eccezione.

Con specifico riferimento all'operatività dei presupposti in questione nella relazione tra garanzia e obbligazione garantita, come già osservato, Paolo interpreta tipicamente il patto concluso dal debitore come *pactum in rem*, non si pronuncia, invece, sulla natura del patto effettuato dal garante considerato in D. 2.14.23 mentre considera *pactum in personam* quello esaminato in D. 2.14.25.1. Il giurista segnala poi l'esistenza di un interesse del debitore a che l'obbligazione di estingua anche nei confronti del garante e l'assenza di interesse del garante a che il debitore non venga costretto ad adempiere, onde concedere nel primo caso e negare nel secondo l'estensione dell'eccezione rispettivamente al garante ed al debitore.

Chiarito quanto emerge dal Commentario all'editto, per completare la ricostruzione del pensiero di Paolo in materia di *exceptio pacti* è necessario considerare un altro passo del giurista, tratto invece dal Commentario a Plauzio. Si tratta di

Paul. 3 *ad Plaut.* D. 2.14.32: *Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori.*

Paolo afferma che, nel caso in cui il debitore abbia concluso un *pactum de non petendo*, al garante va riconosciuta la relativa eccezione per, in questo modo, che contro il debitore venga poi esercitata l'*actio mandati contraria* da parte del garante soccombente. Per tale motivo, se il garante non può esperire l'*actio mandati*, perché ad esempio la *fideiussio* è stata assunta *donandi animo*, non gli spetta neppure l'eccezione. L'estensione al garante dell'eccezione opponibile dal debitore viene dunque fondata espressamente sulla possibilità di agire in regresso contro il debitore stesso.

Anche l'autenticità di questo passo è stata messa in discussione dalla dottrina. In particolare, taluni autori, ritenendo la *fideiussio donandi animo* un istituto non classico, hanno negato la genuinità non soltanto della proposizione che ad essa si riferisce ma dell'intero testo, il che appare una forzatura⁽³⁰⁷⁾. Altri, invece, hanno visto un segno della manipolazione del presente passo nella citazione dell'*actio mandati* in quanto il riferimento espresso al regresso renderebbe la trattazione dell'estensione dell'*exceptio pacti* contenuta nel Commentario *ad Plautium* inspiegabilmente più approfondita di quella presente nel Commentario all'editto⁽³⁰⁸⁾.

In realtà, sembra eccessivo negare l'autenticità dell'intero D. 2.14.32 perché, se confrontato con i passi tratti dal Commentario all'Editto, risulta ad essi conforme in quanto è pur vero che nel primo manca la qualificazione del patto come *in rem* e negli altri il riferimento espresso al regresso, ma ciò è soltanto quello che appare ad un esame superficiale. Nulla, infatti, impedisce di ritenere che in una parte del Commentario *ad Plautium* diversa da quella riportata dai compilatori il patto fosse indicato espressamente come *in rem* o che tale risultasse dal complesso del discorso svolto. Quanto, invece, ai passi del Commentario all'editto si è già avuto modo ampiamente di segnalare che il regresso, seppur non espressamente citato, è comunque ciò che giustifica l'interesse del debitore all'opposizione dell'eccezione da parte del garante.

³⁰⁷ La non classicità della *fideiussio donandi animo* ha indotto a negare l'autenticità del passo: G.G. ARCHI, *Problemi testuali: 'fideiussio donandi animo'*, in *'Synteleia' Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981, 1141 s.; W. FLUME, *Studien*, cit., 131.

³⁰⁸ Questa la posizione ad esempio di F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 209.

Pertanto, non pare neppure possibile sostenere che D. 2.14.32 manifesti un mutamento nel pensiero di Paolo in materia di presupposti dell'estensione dell'*exceptio pacti*, nel senso di una accentuazione del ruolo del regresso e del contestuale abbandono della distinzione tra *pacta in personam* e *pacta in rem*.

A questo punto si può passare all'esame della disciplina di alcune delle altre eccezioni citate da Paolo in D. 44.1.7, iniziando dall'*exceptio doli*. A tale riguardo si può considerare, innanzitutto,

Ulp. 7 disp. D. 17.1.29 pr.: *Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.*

Il caso considerato è quello di una *fideiussio* costituita a garanzia di una operazione di credito non andata a buon fine, in quanto non è avvenuta la *numeratio*. Ci si chiede quale sia il rimedio esperibile dal *fideiussor* che, nonostante ciò, abbia effettuato la *solutio ex causa fideiussionis*, cioè in qualità di fideiussore. Ulpiano afferma che se il *fideiussor* non ha opposto l'*exceptio doli* o l'*exceptio non numeratae pecuniae* perché ignorava, senza sua colpa, la mancanza della *numeratio*, può ottenere la restituzione di quanto pagato agendo con l'*actio mandati contraria* contro il debitore.

Dal passo emergono due dati fondamentali. Innanzitutto, Ulpiano non risulta avere alcun dubbio circa la spettanza al garante dell'*exceptio doli* (³⁰⁹). In secondo luogo, l'estensione dell'eccezione al garante non è presentata come una conseguenza del fatto che il debitore sia esposto al regresso, al contrario, la possibilità di agire in regresso contro il debitore viene fatta dipendere dalle ragioni per cui il garante non ha opposto l'eccezione (³¹⁰). Si

³⁰⁹ Sottolinea V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 106 che «per Ulpiano non vi è alcun dubbio sulla possibilità per il fideiussore di agire con l'*actio mandati contraria* purché ignorasse, e non per sua colpa, l'opponibilità dell'*exceptio doli* nei confronti del creditore».

³¹⁰ Anche F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 229 esclude che l'estensione dell'eccezione sia determinata dal regresso.

può allora affermare che l'opponibilità dell'*exceptio doli* da parte del garante è ricollegata direttamente all'infondatezza della pretesa del creditore, cioè ad un vizio oggettivo dell'obbligazione garantita ⁽³¹¹⁾.

Per quanto riguarda, invece, l'opponibilità da parte del garante dell'*exceptio iurisiurandi*, si può esaminare, innanzitutto,

Paul. 18 *ad ed.* D. 12.2.28.1: *Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo Cassius et Iulianus aiunt: nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est: si modo ideo interpositum est iusiurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur.*

Paolo afferma che il giuramento del debitore giova pure al garante, cioè il garante può opporre l'eccezione derivante dal giuramento effettuato dal debitore principale. Anche il giuramento del *fideiussor*, però, può essere fatto valere dal debitore, come avevano già sostenuto Cassio e Giuliano, perché il giuramento *in locum solutionis succedit*, cioè estingue l'obbligazione principale al posto dell'adempimento. Affinché ciò accada è tuttavia necessario che il giuramento sia effettuato in modo tale da riguardare il contenuto e non la persona del giurante.

Il passo, tratto, come i testi relativi all'*exceptio pacti*, dal Commentario all'editto, consente alcune interessanti osservazioni. Innanzitutto, l'attribuzione al debitore dell'eccezione relativa al giuramento del garante fa emergere che Paolo imposta il problema dell'estensione dell'eccezione in termini di opponibilità dell'*exceptio* da parte di un soggetto diverso da colui che ha effettuato il giuramento. Il riferimento, poi, presente nella parte finale del passo, alla materia del giuramento, induce a ritenere che il giurista prevedesse due tipi di giuramento, uno relativo al rapporto obbligatorio considerato da un punto di vista oggettivo ed uno attinente agli aspetti dell'obbligazione strettamente personali al garante: si tratterebbe, quindi, di una distinzione analoga a quella tra *pacta in rem* e *pacta in personam* ⁽³¹²⁾.

³¹¹ Così anche V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 106 il quale osserva che «l'ultrattività dell'*exceptio doli* non appare collegata direttamente all'esistenza del regresso del fideiussore nei confronti del debitore principale, riguardando piuttosto il profilo dell'inesigibilità oggettiva del credito».

³¹² L'origine classica della contrapposizione tra i due tipi di giuramento viene affermata anche da L. AMIRANTE, *Iusiurandum fideiussoris*, in *Scritti giuridici per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, 790 ss. il quale afferma che i classici sicuramente distinguevano tra «il giuramento *se dare no oportere* e il giuramento *se non fideiussisse*».

L'interpretazione, infine, del giuramento come causa di estinzione dell'obbligazione deve essere limitata al solo giuramento riguardante aspetti oggettivi del rapporto obbligatorio e costituisce la giustificazione dell'estensione dell'eccezione: il giuramento, facendo venir meno l'obbligazione, acquista rilevanza oggettiva e, pertanto, è opponibile anche da un soggetto diverso da colui che ha giurato (³¹³).

Si può, quindi, affermare che secondo Paolo il presupposto dell'estensione dell'*exceptio iurisiurandi* è la presenza di un giuramento *in re* ed il fondamento è costituito dalla riconduzione del giuramento stesso tra i modi di estinzione dell'obbligazione alternativi all'adempimento.

Da quanto esposto emerge l'esistenza di due tipi di eccezioni: quelle derivanti da aspetti dell'obbligazione strettamente personali al soggetto a cui spettano, le quali proprio in quanto tali non si estendono ad altri; quelle legate a profili oggettivi del rapporto obbligatorio, le quali possono essere opposte anche da soggetti diversi da chi ne è originariamente titolare. La distinzione, quindi, tra *exceptiones quae personae cuiusque coharent* ed *exceptiones rei coharentes* sembra classica.

Si è visto poi che alla base dell'estensione di ogni *exceptio rei coharens* vi è una ragione peculiare: evitare il regresso nell'*exceptio pacti*, l'infondatezza della pretesa del creditore nell'*exceptio doli*, l'estinzione dell'obbligazione con riferimento alla quale è stato prestato il giuramento nell'*exceptio iurisiurandi*. I giuristi classici, quindi, hanno elaborato dei presupposti oggettivamente accertabili in presenza dei quali concedere l'eccezione ad una persona diversa da quella a cui di per sé spetta.

Con riferimento ai rapporti tra obbligazione garantita e garanzia, tra i presupposti summenzionati non compare mai nelle fonti alcun riferimento all'accessorietà. D'altro canto l'estensione dell'eccezione al garante, proprio perché è determinata dall'oggettività della vicenda che crea l'eccezione, non contribuisce a configurare la garanzia come accessoria. La prova è data dal fatto che in taluni casi l'eccezione del garante si estende al debitore principale.

La non rilevanza dell'estensione dell'eccezione ai fini della ricostruzione del rapporto tra garanzia e obbligazione garantita rende superfluo determinare in tale sede se vi sia stata una differenza di disciplina tra *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*.

³¹³ Così anche V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 111 per il quale «la *ratio* dell'opponibilità dell'*exceptio doli* è da individuare nell'attinenza del rimedio al profilo obiettivo dell'obbligazione».

10. Conclusioni in materia di accessorietà.

Conclusa l'analisi della disciplina delle stipulazioni di garanzia, è giunto il momento di ricapitolare i risultati sinora raggiunti per dare una risposta chiara a quegli interrogativi che sono stati posti all'inizio della presente trattazione.

Ci si era innanzitutto chiesti se è possibile ricondurre entro la categoria dell'accessorietà, così come oggi concepita, la relazione esistente tra l'obbligazione garantita e la situazione giuridica soggettiva che le stipulazioni di garanzia del diritto classico creano in capo al garante. Per risolvere questa questione bisogna in primo luogo ricordare che cosa la dottrina moderna intenda per accessorietà.

Si è visto che l'accessorietà in senso proprio è quella condizione di subordinazione in cui si trova un'obbligazione rispetto ad un'altra obbligazione considerata come principale e che si manifesta nella necessaria validità dell'obbligazione principale, nei limiti imposti al contenuto dell'obbligazione accessoria dall'obbligazione principale, nella rilevanza che le vicende relative all'obbligazione principale acquistano anche per quella accessoria dando luogo ad eccezioni opponibili dal debitore accessorio: l'obbligazione accessoria si trova quindi in una situazione di dipendenza funzionale rispetto a quella principale, in quanto non può sorgere né esistere senza di essa. Vi è però anche un'altra nozione di accessorietà, impropria, limitata al solo momento genetico dell'obbligazione accessoria: questa necessita di un'obbligazione principale valida e trova in essa limiti al proprio possibile contenuto ma non è in alcun modo influenzata dalle vicende che, dopo la propria costituzione, riguardano l'obbligazione principale.

Nel momento in cui si tentasse di utilizzare una di queste due categorie per qualificare la relazione che le stipulazioni di garanzia del periodo classico instaurano tra la situazione giuridica soggettiva del garante e l'obbligazione garantita si potrebbe essere indotti a ritenere che la *fideiussio* dia luogo ad un'accessorietà funzionale mentre la *sponsio* e la *fidepromissio* non comportino alcun tipo di accessorietà. Il *fideiussor* infatti può rendersi responsabile soltanto per un'obbligazione civile valida e può opporre le eccezioni spettanti al debitore principale; lo *sponsor* e il *fidepromissor* invece possono garantire anche obbligazioni invalide e, secondo parte della dottrina, non hanno a propria disposizione le eccezioni che potrebbero essere opposte dal debitore. Questa interpretazione però non può essere accolta, come già segnalato trattando degli aspetti appena menzionati della disciplina delle stipulazioni di garanzia.

Per quanto riguarda in primo luogo i requisiti che deve possedere l'obbligazione garantita, è pur vero che *sponsio* e *fidepromissio* possono essere costituite anche a garanzia di un'obbligazione invalida, tuttavia ciò non esclude che l'obbligazione del garante di trovi in una condizione di subordinazione rispetto all'obbligazione garantita. La possibilità di garantire un'obbligazione invalida, infatti, è la conseguenza del fatto che le modalità di costituzione di *sponsio* e *fidepromissio* comportano come presupposto minimo per l'assunzione della garanzia l'esistenza di un dialogo tra creditore e debitore giuridicamente qualificabile come scambio di *interrogatio* e *responsio*. Pertanto, l'atto costitutivo di *sponsio* e *fidepromissio* è sempre dipendente dall'atto costitutivo dell'obbligazione da garantire, anche se questa è invalida, e ciò pone l'obbligazione del garante in una posizione di subordinazione, in quanto non potrebbe esistere se non esistesse l'atto costitutivo dell'obbligazione garantita.

Con riferimento poi alla *fideiussio*, l'obbligazione valida ai sensi del *ius civile* non è comunque l'unica a poter essere garantita mediante questo istituto: vi sono anche le obbligazioni onorarie e soprattutto le obbligazioni naturali. In questo caso, la previsione tra le obbligazioni garantibili di un particolare tipo di obbligazione invalida è giustificata dal fatto che anche nell'obbligazione naturale vi è una prestazione dovuta, seppur incoercibile, e pertanto ad essa creditore e *fideiussor* possono fare riferimento nel loro scambio di *interrogatio* e *responsio*. Ancora una volta quindi un ruolo centrale è assunto dalle modalità di costituzione della garanzia.

Per quanto attiene poi all'estensione delle eccezioni al garante, tale fenomeno è ricollegato nelle fonti a ragioni peculiari a ciascuna eccezione, ad esempio l'interesse del paciscente all'opposizione del patto nell'*exceptio pacti* o l'infondatezza della pretesa del creditore nell'*exceptio doli*. Poiché tali motivazioni vengono utilizzate dai giuristi classici per giustificare l'opponibilità dell'eccezione anche da parte di soggetti che certo non sono titolari di un'obbligazione subordinata al rapporto obbligatorio nel quale si verifica la situazione che determina l'eccezione, come i soci ai quali si estende l'*exceptio pacti*, non è possibile far discendere dall'opponibilità delle eccezioni del debitore da parte del garante la prova dell'accessorietà funzionale della garanzia. Pertanto non vi sono neppure particolari ostacoli che impediscono di ritenere che le eccezioni si estendano anche allo *sponsor* e al *fidepromissor*.

Quanto detto consente di concludere che l'accessorietà non può essere utilizzata, in alcuno dei due significati che ad essa la dottrina contemporanea attribuisce, per qualificare la relazione che viene instaurata da *sponsio*,

fidepromissio o *fideiussio* tra la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante e l'obbligazione garantita.

Ciò non significa che le stipulazioni di garanzia classiche non pongano il garante in una posizione di subordinazione, che emerge quasi esclusivamente al momento della genesi della garanzia. Tale subordinazione però, strettamente legata alla struttura propria di ciascuna stipulazione di garanzia, non è riconducibile entro gli schemi dell'accessorietà moderna.

Risulta così ancora più impellente dare una risposta all'altra questione che ci si era prefissi di risolvere, ovvero se i giuristi classici erano coscienti della relazione esistente tra garanzia e obbligazione garantita e avevano elaborato un qualche concetto di accessorietà. La risposta sembra essere positiva se si considera quanto è emerso dall'esame dei limiti contenutistici che l'obbligazione del garante trova nell'obbligazione principale.

Si è visto infatti che il contenuto dell'obbligazione dovuta dallo *sponsor* o dal *fidepromissor*, ovvero della quale il *fideiussor* si assume la responsabilità, non può essere tale da rendere la condizione del garante peggiore di quella del debitore garantito e si è notato come una tale difformità rispetto all'obbligazione garantita sia in contrasto con la promessa dell'*idem* ovvero dell'*id*, cioè con le forme tipiche di costituzione della *sponsio* e della *fidepromissio* da un lato, della *fideiussio* dall'altro.

Si è già avuto modo poi di osservare che il passaggio dalla rigida promessa dell'*idem* o *id* alla promessa di un'obbligazione che presenti qualche difformità rispetto all'obbligazione garantita è stata possibile proprio per la presa di coscienza dei giuristi classici circa il fatto che non è l'identità di prestazione bensì la dipendenza rispetto all'obbligazione garantita a caratterizzare la stipulazione di garanzia.

Ora bisogna aggiungere che, nonostante vi sia stata da parte della dottrina un'approfondita riflessione circa i rapporti tra garanzia e obbligazione garantita, i giuristi classici non hanno posto la condizione di subordinazione e dipendenza della garanzia rispetto all'obbligazione garantita a fondamento di altri aspetti della disciplina di *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio* diversi da quello appena citato dei limiti contenutistici. Il riferimento all'accessorietà come giustificazione di tutta la disciplina della garanzia quindi non è classico ma si è affermato soltanto a partire dalla rilettura delle fonti antiche operata da Pothier, per poi essere accolta nelle codificazioni ottocentesche.

CAPITOLO TERZO

IL MANDATO DI CREDITO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'interesse del mutuatario come fondamento del riconoscimento della validità del *mandatum credendi*. – 3. Necessaria anteriorità del *mandatum credendi* rispetto al mutuo. – 4. Possibilità per il creditore di ottenere dal mandante quanto dovuto dal suo debitore sperando l'*actio mandati contraria*. – 5. Casi nei quali il mandante non è tenuto nei confronti del mandatario. – 6. Eccezioni opponibili dal mandante-garante al mutuante. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Terminata l'analisi delle stipulazioni di garanzia e passando all'esame delle altre garanzie personali previste dal diritto classico e post classico, è opportuno iniziare dal *mandatum credendi*.

A tale riguardo deve essere subito precisato che nella compilazione giustiniana il mandato di credito è un normale contratto di mandato il quale, in ragione della particolare attività mandata, svolge una funzione di garanzia personale (³¹⁴). Il *mandatum credendi*, infatti, risulta integrato qualora il mandante incarichi il mandatario di dare a mutuo, con o senza previsione di interessi, una certa quantità di denaro – si ha in tal caso un *mandatum pecuniae credendae* –, o di altre cose fungibili (³¹⁵), ad un terzo determinato. Concluso il mutuo in esecuzione del mandato, il mutuante può recuperare

³¹⁴ Sottolinea A. GUARINO, *'Mandatum credendi'*, Napoli, 1982, 21 s. che «quanto all'apparenza, cioè alla struttura formale del mandato di credito giustiniano, non vi è dubbio che essa sia esclusivamente quella del contratto consensuale di mandato. Non a caso, nella esposizione giustiniana, l'istituto, a prescindere dalla sua denominazione caratteristica di *mandatum* (con la precisazione *'pecuniae credendae'* o altra simile), ha per sede sua propria (per *'sedes materiae'*, come si dice) il titolo 3.26 (*'De mandato'*) delle *Institutiones*, il titolo 17.1 (*'Mandati vel contra'*) dei *Digesta* e il titolo 4.35 (*'Mandati'*) del *Codex Iustinianus*. Tuttavia, se guardiamo alla destinazione pratica del nostro istituto, constatiamo facilmente che essa non è quella tipica e normale del mandato. La sua evidente funzione obiettiva (la sua *'causa'*, per dirla con una certa terminologia tecnica) è di far sì che il mandante (*mandator*), mediante l'incarico conferito al mandatario (*mandatarius*) di concedere un certo credito ad un terzo individuo, garantisca il mandatario di rimborsarlo (tecnicamente di *'risarcirlo'*) nell'ipotesi che il terzo individuo, debitore del mandatario non estingua il suo debito, procurandogli un danno patrimoniale.

³¹⁵ Circa l'oggetto del mutuo in diritto giustiniano si in particolare A. GUARINO, *'Mandatum'*, cit., 56.

quanto mutuato sperando nei confronti del mutuatario la relativa azione contrattuale, l'*actio certae creditae pecuniae* ovvero la *condictio*; inoltre, in quanto mandatario, ha a disposizione anche l'*actio mandati contraria* nei confronti del mandante per il rimborso delle spese sostenute ed il risarcimento dei danni occorsi nell'esecuzione del mandato. Il mandato di credito, pertanto, esplica una funzione di garanzia proprio in ragione del fatto che mediante l'*actio mandati contraria* il mandatario-mutuante può recuperare dal mandante quanto dato a mutuo al suo debitore: il mandante, dunque, assume il ruolo di garante, il mandatario-mutuante quello di creditore garantito ed il mutuatario quello di debitore per il quale viene prestata la garanzia ⁽³¹⁶⁾.

Tale configurazione del *mandatum credendi*, tuttavia, è l'esito di un percorso di riflessione ed elaborazione svolto dalla giurisprudenza in merito all'istituto, percorso che trova la sua genesi nel dibattito circa la validità stessa del contratto in esame. Ripercorrerne le tappe risulta indispensabile per comprendere struttura e disciplina del mandato di credito e conseguentemente qualificare in modo corretto la relazione esistente tra la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il garante e l'obbligazione garantita.

2. *L'interesse del mutuatario come fondamento del riconoscimento della validità del 'mandatum credendi'.*

Punto di partenza di un'indagine volta ad individuare le ragioni che indussero i giuristi romani a ritenere valido il *mandatum credendi* non può che essere un noto passo delle Istituzioni gaiane,

Gai 3.155: *Mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus siue aliena. Itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet. 156. Nam si tua gratia tibi mandem, superuacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia factururus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi tuae te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamuis iam ei mutuam dederis, a quo seruare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem.*

³¹⁶ Per una descrizione del meccanismo di funzionamento della garanzia cfr.: G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, XXVII, 1914, 129ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 199; A. GUARINO, *'Mandatum'*, cit., 21 ss. e 55 ss.; T. ESPINOSA GOEDERT, *Mandato de crédito (El mandatum pecuniae credendae en el Derecho Romano)*, Barcelona, 1994, 13ss.

Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeris, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Sed Seruius negavit: non magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

dal quale emerge che era stata – ed era probabilmente ancora ai tempi di Gaio ⁽³¹⁷⁾ – questione controversa la validità o meno del mandato di prestare ad interessi ad un terzo predeterminato ⁽³¹⁸⁾. Il giurista antoniniano, infatti, dopo aver spiegato che vi è mandato solo quando il mandatario viene incaricato di compiere un'attività nell'interesse del mandante o di un terzo, aggiunge che il mandato che avesse ad oggetto il compimento di un'attività nell'interesse del mandatario sarebbe *supervacuum*, cioè invalido, poiché quanto taluno dovesse fare nel proprio interesse, non lo farebbe in ragione del mandato ma per sua scelta, vale a dire, nessuno può essere giuridicamente obbligato a compiere un'attività a sé favorevole. Fatti, quindi, alcuni esempi di mandato invalido perché nell'interesse del mandatario, Gaio si chiede se possa essere considerato obbligato a titolo di mandato chi incarichi un soggetto di concedere a mutuo una somma di denaro ad una persona determinata: Servio, infatti, lo aveva negato, ritenendo che in questo caso non vi fosse alcuna obbligazione valida, come non ve ne era nell'ipotesi in cui, in generale, un soggetto avesse incaricato un altro soggetto di dare a mutuo il denaro proprio dell'incaricato; Sabino, invece, lo aveva ammesso, giustificando tale soluzione con il fatto che l'incaricato non avrebbe dato la somma a mutuo al soggetto indicato dal mandante se non ci fosse stato l'incarico da parte di quest'ultimo. Il giurista antoniniano dichiara di aderire alla posizione di Sabino.

³¹⁷ Secondo G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 158 è questione ancora controversa. Per A. GUARINO, *'Mandatum'*, cit., 118 s. invece si tratta di questione già risolta

³¹⁸ Nelle pagine che seguono ci si occuperà esclusivamente delle ragioni che indussero i giuristi romani ad ammettere la validità del mandato di credito, non verranno prese in esame invece le ricostruzioni proposte dalla dottrina delle ragioni fattuali che portarono alla nascita di tale istituto e dei suoi antecedenti storici, poiché tali indagini non sono pertinenti alla presente trattazione esclusivamente dedicata al mandato di credito con funzione di garanzia. Per tali tematiche si rinvia a quanto diffusamente esposto da G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 219 ss. e A. GUARINO, *'Mandatum'*, cit., 107 ss.

Diverse sono state in dottrina le interpretazioni del passo gaiano e differenti le ricostruzioni del problema da esso affrontato della validità del mandato di credito. Innanzitutto, un'ampia parte della romanistica ha ritenuto che il *mandatum pecuniae credendae* fosse stato qualificato tanto da Servio quanto da Sabino come *mandatum tua gratia* e che pertanto oggetto della controversia tra i due giuristi, e le rispettive scuole, fosse stata la possibilità di considerarlo ciononostante valido. Tale indirizzo interpretativo è stato seguito, in particolare, dalla Pandettistica tedesca la quale ha identificato la questione della validità del *mandatum credendi* con quella più generale delle condizioni di validità del *mandatum tua gratia*: queste sarebbero state per Thibaut⁽³¹⁹⁾ e Dernburg⁽³²⁰⁾ la promessa di garanzia da parte del mandante e la dimostrazione del fatto che l'incaricato non avrebbe agito senza l'incarico del mandante, contestualmente sussistenti; per Tewes⁽³²¹⁾, Unterholzner⁽³²²⁾ e Sokolowski⁽³²³⁾ la sola promessa di garanzia; per Sintenis⁽³²⁴⁾, che ha ripreso quanto già precedentemente espresso da Cocceji⁽³²⁵⁾ e Vinnio⁽³²⁶⁾, la sola prova che il mandatario non avrebbe tenuto un certo comportamento senza il mandato.

Posizioni analoghe non sono mancate neppure nella romanistica italiana, coeva o di poco successiva. Il Mancaleoni, ad esempio, partendo dal presupposto che il *mandatum pecuniae credendae* sia sempre stato considerato un *mandatum tua gratia*, ha sostenuto che esso sarebbe stato ritenuto valido sussistendo due elementi, il conferimento dell'incarico da parte del mandante con l'intenzione di obbligarsi ed il consenso del mandatario, desumibile dal fatto che senza l'incarico del mandante egli non avrebbe tenuto quel determinato comportamento⁽³²⁷⁾. Analogamente, il Segrè ha affermato che il *mandatum tua gratia*, e quindi il *mandatum pecuniae credendae*, sarebbe stato valido in presenza dell'*animus sese obligandi* del mandante, da intendersi quale assunzione di garanzia per il

³¹⁹ Cfr. A. F. THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie der Rechts*, Jena, 1817

³²⁰ Cfr. H. DERNBURG, *Pandekten*, Berlin, 1829

³²¹ Cfr. B. TEWES, *Haftung aus Rath und Empfehlung*, in *Archiv für der civil Praxis*, LI, 1868.

³²² Cfr. K.A. UNTERHOLZNER, *Lehre v.d. Schuldverhältnisse*, Leipzig, 1840

³²³ Cfr. P. SOKOLOWSKI, *Mandatsbürgschaft nach roemischem und gemeinem Recht*, Halle, 1891.

³²⁴ Cfr. C.F.F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, Leipzig, 1860

³²⁵ Cfr. S. COCCEJI, *Ius controversum*, Francofurti, 1769

³²⁶ Cfr. A. VINNIO, *Commentarius ad Institutionum III*, Venezia, 1747

³²⁷ Cfr. F. MANCALEONI, *'Mandatum tua gratia' e 'consilium'*, in *RISG*, XXVII, 1899, 371 ss.

periculum, cioè come volontà del mandante di essere responsabile delle conseguenze dannose che sarebbero potute derivare dalla corretta esecuzione del mandato stesso (³²⁸).

Altra parte della dottrina, tuttavia, ha profondamente criticato le ricostruzioni appena esposte. In special modo da Bortolucci e successivamente da Sanfilippo hanno dimostrato con argomentazioni di carattere dogmatico, suffragate dalle fonti, che la controversia tra i giuristi romani ha riguardato un diverso punto, ovverosia l'individuazione della categoria entro la quale sussumere il *mandatum pecuniae credendae*, da taluni ricondotto al *mandatum tua gratia*, negandone così la validità, da altri ad un diverso tipo di mandato, riconoscendone conseguentemente la validità. Secondo Bortolucci, infatti, il riconoscimento del *periculum* oggettivamente connesso all'attività mandata avrebbe portato Sabino a negare che il mandato di credito fosse un *mandatum tua gratia*: per il giurista il prestare denaro ad interessi sarebbe stata un'operazione obiettivamente rischiosa ed il fatto che il mandatario non avrebbe concluso il mutuo senza l'incarico del mandante ne sarebbe stata la conferma, perché avrebbe dimostrato che il negozio mandato, pur essendo afferente alla sfera patrimoniale del mandatario – criterio questo seguito da Servio per delineare i confini del *mandatum tua gratia* – avrebbe presentato dei rischi idonei ad escludere che il negozio stesso fosse nell'esclusivo interesse del mandatario (³²⁹). Ad avviso di Sanfilippo, invece, l'individuazione nel contratto di mandato del terzo con il quale il mandatario avrebbe dovuto concludere il mutuo avrebbe indotto Sabino a qualificare tale mandato come *mandatum aliena gratia* (³³⁰).

Un'ulteriore differente interpretazione delle tematiche in esame, poi, è stata offerta da Arangio Ruiz. L'illustre maestro, infatti, ha sostenuto che il mandato di credito è stato considerato sia da Servio sia da Sabino un *mandatum tua gratia*, anche se per il secondo la predeterminazione del nome del mutuatario avrebbe creato a carico del mandatario mutante un pericolo che altrimenti non avrebbe corso, pericolo che avrebbe fatto transitare il mandato nell'ambito del giuridicamente rilevante. Secondo Arangio Ruiz, poi, le scuole postclassiche, sviluppando la riflessione in materia di

³²⁸ Cfr. G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico*, in *RISG*, XXVIII, 1900, 227 ss.

³²⁹ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 146 e 159 ss.

³³⁰ C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania, 1947, ora in *Rivista di diritto romano*, IV, 2004, 32

periculum, avrebbero qualificato il *mandatum credendi* come *mandatum aliena gratia* ovvero *tua et aliena gratia* (³³¹).

Infine, la tesi della diversa qualificazione del mandato di credito da parte di Servio e di Sabino è stata ripresa da Frezza, nell'ambito, però, di una complessiva ed originale ricostruzione della questione dei presupposti di validità del mandato. Ha sostenuto, infatti, l'autore che alla base del differente giudizio da parte dei due giuristi romani circa la validità del mandato di concludere un mutuo con un terzo predeterminato vi sarebbe stata l'individuazione di un diverso criterio fondante la responsabilità dei contraenti il contratto di mandato: per Servio, l'appartenenza degli interessi trattati, ragion per cui un negozio attinente alla sfera degli interessi patrimoniali del mandatario non avrebbe potuto dar luogo che ad un *mandatum tua gratia* (³³²); per Sabino, la riconducibilità della libera determinazione del mandatario di compiere il negozio alla volontà dell'autore del mandato come sua causa determinante, con la conseguenza che il mandato di dare a mutuo ad un terzo, poiché non sarebbe stato concluso senza l'incarico del mandante, avrebbe costituito un *mandatum mea gratia* e sarebbe stato pertanto valido (³³³). Secondo Frezza, poi, il criterio individuato da Sabino come fondamento della validità del mandato, di ogni mandato, avrebbe privato di ogni utilità pratica la distinzione tra *mandatum mea gratia*, *mandatum aliena gratia* e *mandatum tua gratia*, distinzione che avrebbe assunto presso i giuristi successivi il valore di una classificazione tralatizia mantenuta soltanto in ossequio alla tradizione (³³⁴): a partire dall'età adrianea

³³¹ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, 127.

³³² Afferma, infatti, P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 202 che «è chiaro che a chi assuma come criterio della responsabilità delle parti contraenti l'appartenenza materiale degli interessi trattati ripugni di considerare come compreso nella sfera degli interessi del mandante e quindi nella sfera della autonomia negoziale di lui un negozio attinente alla sfera degli interessi patrimoniali del mandatario: e questa è appunto la più arretrata posizione di Servio, secondo la testimonianza delle istituzioni di Gaio».

³³³ Sostiene P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 202 s. che «la scoperta della condizione alla quale l'atto compiuto dal mandatario entro l'ambito dei suoi interessi patrimoniali potesse considerarsi appartenente alla sfera della responsabilità del mandante fu compiuta da Sabino, quando vide doversi attribuire a responsabilità del mandante l'atto liberamente voluto dal mandatario, quando la libera determinazione della volontà del mandatario non avrebbe avuto luogo senza l'intervento determinante della volontà del mandante».

³³⁴ Così P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 203 s. il quale afferma che «con la fine e definitiva intuizione di Sabino, che Gaio ci riporta nelle sue Istituzioni, era segnata per sempre sia la demarcazione tra mandato e semplice consiglio senza responsabilità per il consigliere, sia l'ultima radice della reciproca responsabilità contrattuale fra mandante e mandatario: e alla scoperta di quest'ultima radice toglieva, in definitiva, valore alla tralatizia tricotomia riferitaci da Gaio: ogni mandato, infatti, in tanto genera la reciproca responsabilità fra mandante e mandatario, in quanto la libera azione del mandatario possa riportarsi, come

infatti come criterio oggettivo per stabilire la validità del mandato si sarebbe imposto quello dell'assunzione da parte del mandante del rischio connesso all'esecuzione del negozio mandato ⁽³³⁵⁾.

Esposte le principali posizioni assunte dalla dottrina romanistica, deve essere osservato che tanto per ragioni di ordine dogmatico quanto per motivi di carattere testuale non risultano condivisibili le ricostruzioni secondo le quali sia Servio che Sabino avrebbero qualificato il mandato di credito come *mandatum tua gratia* e la controversia tra le due scuole avrebbe avuto ad oggetto la possibilità o meno di individuare dei requisiti sussistendo i quali, pur non venendone meno tale natura, il mandato di credito avrebbe potuto essere considerato valido.

Per quanto concerne le argomentazioni di carattere dogmatico, affermare che il *mandatum tua gratia* sarebbe stato valido qualora vi fosse stata una promessa di garanzia da parte del garante è contraddittorio, giacché una garanzia del genere si sarebbe potuta prestare solo con *stipulatio*, ma in tal caso la responsabilità del mandante sarebbe derivata dalla *stipulatio* e non dal mandato ⁽³³⁶⁾. Individuare, poi, nel fatto che il mandatario non avrebbe compiuto una certa attività senza l'incarico del mandante il requisito sussistendo il quale il *mandatum tua gratia* sarebbe stato valido è un errore tecnico-giuridico, poiché equivale a far dipendere la validità del contratto dai motivi che hanno indotto una delle parti a tenere il comportamento oggetto del contratto stesso ⁽³³⁷⁾. Sostenere, infine, che il *mandatum tua gratia* sarebbe stato valido solo in presenza di una volontà del mandante di obbligarsi è una petizione di principio perché la questione è appunto stabilire se e quando un soggetto che vuole obbligarsi, incaricando un altro soggetto di fare qualcosa nell'esclusivo interesse di quest'ultimo, possa validamente farlo: il riferimento, dunque, alla volontà di obbligarsi potrebbe essere al più

a sua causa determinane, alla volontà dell'autore del mandato: ogni mandato è dunque, in definitiva, compreso nella figura '*mea (mandantis) gratia*', pur che si sappia distinguere la sfera della sua autonomia dalla cerchia delle cose che sono materialmente sue».

³³⁵ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 204: «alcuni testi fanno apparire probabile che, pur conservandosi nelle due scuole l'eredità delle soluzioni tratte dalla fattispecie controversa, si venisse chiarendo nel pensiero giuridico romano dell'età di Adriano un criterio oggettivo per la determinazione della validità del mandato da parte del mandante; la vecchia distinzione tra *negotium tuum – meum* serviva ormai soltanto a soddisfare l'esigenza di una chiara delimitazione dei contorni della attività assunta (*suscepta*) dal mandatario». I testi ai quali si riferisce l'autore e che vengono da lui presi in esame nelle pagine successive sono: Cels. 5 *dig.* D. 17.1.48.1-2; Iul. 3 *ad Urs. Ferozem* D. 17.1.32 e Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.14

³³⁶ C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 29.

³³⁷ C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 32 s.

un criterio per distinguere tra *mandatum* con efficacia obbligatoria e *consilium* senza efficacia obbligatoria, non tra *mandatum tua gratia* valido e *mandatum tua gratia* invalido (³³⁸).

Con riferimento, invece, agli argomenti di tipo testuale, nessuna fonte è idonea a giustificare le suddette ricostruzioni. Innanzitutto, Gai 3.155-156 non ha il significato che ad esso viene attribuito dalla dottrina maggioritaria. Il giurista antoniniano, infatti, non si chiede se e a quali condizioni il *mandatum pecuniae credendae*, pur essendo un *mandatum tua gratia*, possa essere considerato valido, bensì, dato per indiscusso che in caso di mancata individuazione del mutuatario da parte del mandante la generica indicazione di concedere una somma a mutuo integra un *mandatum tua gratia* invalido, affronta un diverso problema, cioè se l'incarico di dare a mutuo ad una persona determinata dall'autore dell'ordine sia un *mandatum tua gratia*, quindi invalido, ovvero sia sussumibile entro uno dei tipi di mandato valido: per Servio si tratta di un *mandatum tua gratia* invalido, poiché la predeterminazione del mutuatario non rende tale incarico diverso da quello generico di prestare il proprio denaro ad interessi; per Sabino, invece, è un *mandatum aliena gratia*, perché senza il mandato il mutuante non avrebbe concluso il mutuo proprio con quel soggetto. L'indicazione del mutuatario da parte del mandante, dunque, secondo Servio non è idonea ad escludere la riconducibilità del mutuo alla sfera degli interessi patrimoniali del mutuante, secondo Sabino fa sì che il mutuo non sia nel solo interesse del mutuante ma anche di un altro soggetto determinato, in quanto senza l'incarico da parte del mandante il mandatario non avrebbe dato a mutuo proprio a quella persona, la quale non avrebbe tratto i conseguenti vantaggi patrimoniali. Alla base, dunque, delle diverse soluzioni dei due giuristi vi è una differente concezione del *mandatum tua gratia*, per la cui integrazione Servio ritiene sufficiente l'afferenza dell'attività che il mandatario viene incaricato di svolgere anche alla sfera degli interessi patrimoniali del mandatario mentre Servio richiede una riconducibilità esclusiva a tale sfera, riconducibilità esclusiva che difetta qualora l'attività in questione sia idonea a cagionare un vantaggio patrimoniale ad un terzo predeterminato. Dal passo gaiano, pertanto, si può trarre che la validità del *mandatum pecuniae credendae* è stata ammessa dalla giurisprudenza romana in forza del riconoscimento della coesenzialità a questo tipo di mandato dell'interesse del terzo mutuatario e alla conseguente esclusione della sussumibilità di tale contratto entro la categoria del *mandatum tua gratia*.

³³⁸ C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 29.

La ricostruzione appena esposta risulta suffragata da un altro passo gaiano, tratto però dalle *Res cottidianae*,

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

nel quale Gaio affronta il tema della distinzione tra le varie tipologie di mandato secondo l'interesse esplicitando quanto già sinteticamente detto nelle Istituzioni proprio con riferimento al *mandatum pecuniae credendae* – ovvero sia che gli interessi di mandante, mandatario e terzo possono combinarsi tra loro dando luogo a contratti di mandato validi che non siano nell'esclusivo interesse di uno solo di tali soggetti – e proponendo una esapartizione: *mandatum mea tantum gratia, mandatum aliena tantum gratia, mandatum mea et aliena gratia, mandatum mea et tua gratia, mandatum tua et aliena gratia, mandatum tua tantum gratia*. Il giurista, poi, indica il mandato di dare a mutuo ad una persona determinata dal mandante come esempio di *mandatum tua et aliena gratia*, se sono state stipulate *usurae*, ovvero di *mandatum aliena tantum gratia*, se non sono stati previsti interessi, ed afferma che è invalido il solo *mandatum tua tantum gratia*, esemplificato con il consiglio di impiegare il proprio denaro comprando fondi piuttosto che facendo prestiti ad interesse. Vi è conferma, dunque, che per Gaio il

mandatum pecuniae credendae non è mai un mandato nel solo interesse del mandatario poiché esso richiede necessariamente la predeterminazione del mutuatario ed è pertanto sempre nell'interesse almeno del terzo mutuatario: il negozio segnalato come esemplificazione del *mandatum tua et mea gratia*, cioè il mandato di dare a mutuo a chi prende in prestito il denaro per gestire un affare del mandante, non è, infatti, un mandato di credito, anche se è innegabile che pure in tale contratto vi sia un interesse del terzo mutuatario, il quale interesse, tuttavia, risulta secondario rispetto a quelli del mandante e del mandatario che vengono per tale ragione privilegiati in una classificazione fondata esclusivamente su coppie di interessi.

In merito, poi, alle altre fonti che sono state utilizzate dalla dottrina per dimostrare che il *mandatum pecuniae credendae* sarebbe stato considerato un *mandatum tua gratia* valido perché accompagnato da un qualche altro requisito, esse, lungi dal contraddire l'interpretazione del mandato di credito proposta, possono offrire un valido sostegno alla stessa. Innanzitutto, il passo di Ulpiano,

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

che dovrebbe provare la tesi della validità del *mandatum tua tantum gratia*, e quindi del *mandatum pecuniae credendae*, qualora il mandatario si fosse determinato ad agire solo in forza del mandato, è a tal fine inconferente, poiché la parte finale del § 5 – a tacer del fatto che non si riferisce necessariamente ad una ipotesi di mandato nel solo interesse del mandatario bensì, più in generale, di mandato che non sia nell'interesse del mandante, pertanto, anche un mandato nell'interesse del terzo – sembrerebbe interpolata, dal momento che essa si occupa dell'*actio mandati contraria* mentre il § 4 e la prima parte del § 5 trattano dell'*actio mandati directa*; a ciò si aggiunga che il § 4 – l'unico realmente rilevante in una riflessione in merito al mandato di credito – afferma quanto si sta qui sostenendo, cioè che il mandato di dare a mutuo ad un terzo determinato era valido in quanto nell'interesse del terzo, e da l'ulteriore importante informazione che questa era la posizione di Celso e, dunque, di quella stessa scuola proculeiana della quale precedentemente aveva fatto parte Servio.

I passi, invece, di Ulpiano

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.14: *Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet.*

e di Giuliano,

Iul. 3 *ad Urs. Ferozem* D. 17.1.32: *Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum acquisitum numquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est. et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. praeterea volgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.*

che vengono posti a fondamento delle ricostruzioni che individuano nell'assunzione della garanzia per il *periculum* l'elemento che rende valido il *mandatum pecuniae credendae* pur essendo questo un *mandatum tua tantum gratia*, non sono per nulla pertinenti al tema della individuazione delle ragioni della validità del mandato di credito, dal momento che si occupano esclusivamente l'uno del mandato di depositare, l'altro del mandato di accettare una eredità o un legato. I casi affrontati, inoltre, non sono neppure contratti di mandato nell'esclusivo interesse del mandatario, quanto piuttosto nell'interesse anche del mandante, il quale proprio per questo motivo si

assume il *periculum*, non tuttavia con un ulteriore e diverso negozio ma mediante il mandato stesso. Tali fonti, dunque, mettono in luce come a partire dall'età adrianea il mandato cominci ad essere considerato uno strumento utile per consentire a chi intende compiere un'attività dalle conseguenze patrimoniali potenzialmente negative di farlo senza accollarsi il rischio delle stesse: se tale attività, infatti, viene compiuta in esecuzione del mandato, attraverso l'*actio mandati contraria* è possibile rivalersi nei confronti del mandante delle spese sostenute e dei danni patiti. Questa funzione non è estranea neppure al mandato di credito, tuttavia, non è essa a giustificare la validità del *mandatum pecuniae credendae* dal momento che, come emerge da un passo di Celso,

Cels. 5 dig. D. 17.1.48.1: *Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihique id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.*

il fatto che il mandante mediante il mandato si assuma il rischio dell'operazione creditoria non è sufficiente a rendere valido il contratto se manca la predeterminazione del mutuatario da parte del mandante.

Appare utile, infine, segnalare che la posizione sabiniana – che considera il mandato di prestare denaro ad un terzo determinato valido in quanto mandato nell'interesse almeno del terzo – risulta con il tempo prevalente e viene accolta da Giustiniano nelle sue Istituzioni come emerge da

I. 3.26. pr.: *Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur. 1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet ut negotia eius gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes. 2. Tua et mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutaretur, aut si, volente te agere cum eo ex fideiussoria causa, mandet tibi ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo*

stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat. 3. Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes. 4. Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emereres, vel ut pro eo et Titio sponderes. 5. Tua et aliena, veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quodsi ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum. 6. Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius quem in emptiones praediorum colloques. cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emereres vel eum crederes, quamvis non expedierit tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset.

Il passo – che prova la piena compatibilità tra quanto esposto nelle Istituzioni gaiane e nelle *Res cottidianae* – nella prima parte ricalca esplicitamente le *Res cottidianae*, esponendo la distinzione tra i sei tipi di mandato, mentre nella chiusa, relativa alla validità del mandato di dare a mutuo ad un soggetto determinato dal mandante, riporta quanto riferito da Gaio nelle sue Istituzioni in merito alla posizione di Sabino. Nel diritto giustiniano, dunque, venuto meno ogni dubbio circa la validità del mandato di credito, si è ormai consolidata l'interpretazione secondo la quale esso è, a seconda della previsione o meno di interessi del mutuo, un *mandatum tua et aliena gratia* ovvero un *mandatum aliena tantum gratia*.

Quanto sinora esposto consente di concludere che il fondamento della validità del *mandatum credendi* è non è stato individuato dai giuristi romani in un elemento esterno al mandato – la promessa di garanzia, l'assunzione del *periculum* o altro – come sostenuto da parte della dottrina moderna, bensì in un elemento strutturale del contratto – la predeterminazione del mutuatario da parte del mandante – il quale faceva sì che il mandato fosse sempre nell'interesse anche del mutuatario, poiché quest'ultimo in assenza del

mandato non avrebbe concluso il mutuo e non avrebbe conseguito i vantaggi da esso derivanti.

3. *Necessaria anteriorità del 'mandatum credendi' rispetto al mutuo.*

Conferma della correttezza della ricostruzione appena proposta si può avere affrontando la controversa questione della necessaria anteriorità del mandato di credito rispetto al mutuo ed il connesso problema della applicabilità al contratto in esame della regola '*ratihabito mandatum comparatur*'.

Per quanto concerne la prima problematica, parte della dottrina ritiene che sarebbe stato valido un mandato di credito avente ad oggetto un mutuo già concluso: sarebbe stato cioè possibile concludere un *mandatum credendi* successivamente alla concessione del mutuo oggetto dello stesso, al solo fine di apprestare a favore del mutuante una garanzia ⁽³³⁹⁾. Tale posizione, tuttavia, non risulta condivisibile in quanto smentita dalle fonti. Si consideri, infatti,

Ulp. 31 ad ed. D. 17.1.12.14: *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si, ut exspectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.*

nel quale Ulpiano, richiamando a sostegno della propria opinione quella di Papiniano, afferma che è nullo il mandato con il quale si incarichi il mandatario di prestare denaro ad un terzo, se tale mandato è stato conferito dopo che il mutuo è già stato concesso; il giurista, invece, ammette la validità del mandato di dilazione, ovvero del mandato con il quale il mandante incarichi il mandatario di non esigere alla scadenza un debito già esistente, e sostiene che in questo caso il mandante risponde dell'intero debito.

Gli assertori della tesi secondo la quale il *mandatum credendi* non deve necessariamente precedere il mutuo sostengono che la prima parte del passo predicherebbe l'invalidità soltanto del mandato che abbia ad oggetto il compimento di un'attività già effettuata dal mandatario: sarebbe cioè invalido

³³⁹ Così P. SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürschaft*, cit., 98 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 212. *Contra* G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 184 ss.; A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 84 ss.

solo il mandato con il quale il mandante *pro futuro* incaricasse il mandatario di concludere un negozio, nel caso di specie un mutuo, che questo ha già concluso. Non vi sarebbe, invece, nullità nel diverso caso in cui il mandante, conscio della già avvenuta concessione del mutuo, concludesse con il mutuante un mandato avente ad oggetto tale mutuo, assumendosi il pericolo dell'inadempimento del mutuatario, al fine di prestare una garanzia⁽³⁴⁰⁾. Conferma di ciò si trarrebbe dalla seconda parte del passo, poiché il mandato di dilazione, che viene riconosciuto come valido, avrebbe come effetto l'assunzione da parte del mandante della responsabilità per un'obbligazione già sorta, andando inteso in tal senso il fatto che il mandante risponda dell'intero debito⁽³⁴¹⁾.

Questa interpretazione però non appare convincente perché si presenta come una forzatura del dato letterale. Nella prima parte del passo, infatti, Ulpiano esclude la validità di ogni mandato che abbia ad oggetto un mutuo già stipulato, senza effettuare alcuna distinzione o indicare alcuna eccezione. Nella seconda parte, invece, non ammette che il mandante possa assumersi la responsabilità di un debito esistente, perché il mandato di dilazione ha ad oggetto il compimento da parte del mandatario di un atto futuro – la concessione al proprio debitore di una dilazione – e la circostanza che il mandante risponda dell'intero debito è la conseguenza del fatto che il mandato di dilazione, come qualsiasi mandato, legittima il mandatario ad esperire l'*actio mandati contraria* per rivalersi nei confronti del mandante delle spese e dei danni subiti in esecuzione del mandato, spese e danni che vengono quantificati da Ulpiano, nel caso di inadempimento del debitore in seguito alla dilazione concessa, in una somma pari appunto all'intero debito⁽³⁴²⁾. La validità del mandato di dilazione, inoltre, lungi dal provare la validità del mandato di credito concluso successivamente alla concessione del mutuo, offre un importante argomento a sostegno della tesi contraria, giacché

³⁴⁰ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 214.

³⁴¹ Cfr. P. SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürschaft*, cit., 98 secondo il quale nella seconda parte del passo Ulpiano sosterrrebbe che il mandato è valido qualora il mandante assuma il periculum relativo ad un'obbligazione già esistente. *Contra* G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 185 il quale osserva che «nel mandato di dilazione il mandante non assume, se mai il rischio di un atto già compiuto, sì bene il rischio del nuovo atto che compie il creditore mandatario di concedere una dilazione al suo debitore. Il quale atto, benché riferentesi a un negozio creditorio già compiuto, è per sé maritevole di particolare regolamento in quanto possa riuscire dannoso al creditore».

³⁴² Cfr. A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 87 s. secondo il quale il mandante avrebbe dovuto «risarcire [il mandatario] sino all'ultimo sesterzio, proprio come un fideiussore, di tutto il danno sofferto». *Contra* V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit. 131 il quale ritiene che il mandante avrebbe dovuto soltanto indennizzare il mandatario del pregiudizio cagionatogli dal ritardo.

consente di ipotizzare che il ricorso al mandato di dilazione – che consentiva al mandatario di ottenere la stessa somma che avrebbe ottenuto con un mandato di credito precedente alla concessione del credito – sia stato individuato dalla giurisprudenza classica come soluzione pratica all'impossibilità di garantire mediante *mandatum credendi* un debito già sorto⁽³⁴³⁾.

Il passo in esame, dunque, nello stabilire che il *mandatum credendi* deve necessariamente precedere il mutuo conferma la ricostruzione dell'istituto come mandato nell'interesse sempre del terzo. Infatti, se fondamento della validità del mandato di credito fosse la promessa di garanzia o l'assunzione del *periculum*, ben si potrebbe ammettere la validità di un mandato successivo⁽³⁴⁴⁾. Questa, invece, è esclusa proprio perché in tale mandato di credito mancherebbe l'interesse del terzo mutuatario, il quale, avendo già ottenuto il credito, non trarrebbe alcun vantaggio patrimoniale dal mandato. Un mandato di credito successivo alla concessione del mutuo sarebbe astrattamente concepibile con la sola funzione di garantire il mandatario mutuante ma un mandato siffatto sarebbe un *mandatum tua tantum gratia* e per tale ragione ne viene affermata la nullità.

Passando alla questione dell'applicabilità al mandato di credito della regola '*ratihabitio mandatum comparatur*', deve essere innanzitutto premesso che il significato ad essa generalmente attribuito è il seguente: colui che ratifica l'attività compiuta da un terzo è tenuto nei confronti di questo con l'*actio mandati contraria*. Arangio Ruiz, tuttavia, oltre a negare la classicità della regola in esame, sostenendo che essa sarebbe stata formulata da annotatori postclassici, ne ha messo in discussione pure la portata, ritenendo che l'analogia da essa individuata tra gli effetti della ratifica e quelli del mandato non andrebbe intesa nel senso che la *ratihabitio* fosse idonea a far sorgere tra ratificante e terzo le stesse obbligazioni che sarebbero derivate da un mandato bensì che l'atto ratificato avrebbe dovuto essere considerato come se fosse stato compiuto da un *procurator*⁽³⁴⁵⁾. Tale interpretazione,

³⁴³ Dello stesso avviso anche A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 87 il quale osserva che il mandato di dilazione costituisce «l'espedito mediante il quale già in epoca classica si è pervenuti a superare praticamente, in ordine ai prestiti già sorti, la conclamata differenza con la *fideiussio*».

³⁴⁴ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 185 il quale afferma che «la recisa affermazione di Papiniano è una prova indiretta ma assai efficace che il momento giuridicamente rilevante del mandato di credito non è la particolare promessa di garanzia; poiché, se così fosse, non sarebbe apparso illogico ammetterne la validità anche dopo la concessione del credito». Aderisce in pieno a tale ricostruzione T. ESPINOSA GOEDERT, *Mandato de crédito*, cit., 20 la quale ripropone le stesse argomentazioni di Bortolucci.

³⁴⁵ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 198 s.

tuttavia, nonostante l'autorevolezza del suo autore, è solo in parte condivisibile: se è vero, infatti, che la riconducibilità al diritto classico della regola '*ratihabitio mandatum comparatur*' appare quantomeno assai dubbia, è parimenti vero che essa, perlomeno nel diritto della compilazione, ha il significato che ad essa è stato tradizionalmente attribuito dalla dottrina e che si è esposto in principio. Non è pertanto insensato chiedersi se, almeno nel diritto giustiniano, la regola in esame trovasse applicazione al mandato di credito e dunque se la ratifica del mutuo spontaneamente concluso da parte di un soggetto con un terzo facesse sorgere tra il ratificante ed il mutuante le obbligazioni che sarebbero sorte da un valido *mandatum credendi*.

La risposta più corretta a tali interrogativi appare essere quella negativa. All'ammissibilità della ratifica, infatti, osta la regola della necessaria anteriorità del *mandatum credendi* rispetto al mutuo, poiché se un soggetto non poteva validamente obbligarsi nei confronti di chi ha concesso un mutuo concludendo con questo un mandato avente ad oggetto tale mutuo, a maggior ragione non avrebbe potuto essere considerato obbligato a titolo di mandato per effetto della ratifica dell'attività compiuta dal mutuante ⁽³⁴⁶⁾.

A ciò si aggiunga che non vi è alcuna fonte che preveda espressamente l'applicabilità al mandato di credito della regola '*ratihabitio mandatum comparatur*' o che possa essere utilizzata a sostegno di tale tesi. Inconferente, infatti, è

Ulp. 10 *disp.* D. 50.17.60: *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.*

Il passo si occupa dell'azione di regresso esperibile nei confronti del debitore principale da parte del *fideiussor*, deponendo in tal senso il verbo *intervenire* che allude alla prestazione di una *fideiussio*: nella prima parte viene stabilito che il debitore che non si opponga alla fideiussione prestata a suo favore è responsabile a titolo di mandato; nella seconda viene estesa tale regola alla *fideiussio* prestata senza preventivo accordo con il debitore ma da questo successivamente ratificata, affermando che il debitore è tenuto, appunto, con l'*actio mandati*. Il testo, tuttavia, è sospettato di profonde alterazioni da parte dei compilatori giustiniani in quanto appare probabile che Ulpiano avesse ritenuto applicabile, nei confronti del debitore ratificante, l'*actio negotiorum*

³⁴⁶ Negano la ammissibilità di una ratifica del mandato già concluso anche G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 186 e A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 84 ss.

gestorum e non l'*actio mandati* ⁽³⁴⁷⁾. Ciò non di meno, se anche il passo si volesse considerare genuino ovvero si volesse considerare il significato che esso assume nella compilazione giustiniana, non si comprende come una fonte relativa alla responsabilità del debitore principale nei confronti del garante in una *fideiussio* possa essere utilizzata, come è stato fatto da Frezza, per disquisire della responsabilità del garante nei confronti del creditore garantito in presenza di un mandato di credito ⁽³⁴⁸⁾.

4. *Possibilità per il creditore di ottenere dal mandante quanto dovuto dal suo debitore sperando l'actio mandati contraria*.

Chiarito il fondamento della validità del *mandatum credendi*, per poter qualificare la relazione tra garanzia ed obbligazione garantita deve essere compreso in che modo concretamente il contratto in esame svolgesse una funzione di garanzia personale.

A tale scopo bisogna prendere in esame l'*actio mandati contraria*. Infatti, poiché il *mandatum pecuniae credendae* era, come più volte detto, un contratto di mandato, seppur con specifiche peculiarità in ragione dell'attività mandata, il mandatario poteva esperire nei confronti del mandante l'azione appena indicata, la cui formula, nell'ambito del processo formulare, avrebbe avuto un tenore simile: *quod Numerius Negidius Aulo Agerio mandavit, ut Sempronio tot pecuniae mutuaret/feneraret, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolvito* ⁽³⁴⁹⁾.

L'*actio mandati contraria*, dunque, era un'azione di buona fede, il che non consente di determinare se non con una certa approssimazione ciò a cui era tenuto il mandante nei confronti del mandatario ⁽³⁵⁰⁾. È possibile comunque affermare con sicurezza che il mandatario avrebbe avuto diritto, in primo luogo, al rimborso della somma mutuata, con la precisazione, tuttavia, che, qualora egli avesse primieramente escusso il mutuatario ottenendo un pagamento soltanto parziale, il mandante sarebbe stato tenuto solo per il residuo ⁽³⁵¹⁾, come emerge da

³⁴⁷ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 199 s.

³⁴⁸ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 213.

³⁴⁹ La formula è così ricostruita da A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 88.

³⁵⁰ Cfr. A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 90.

³⁵¹ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 207; A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 90.

Gai 9 *ad ed. provinc.* D. 17.1.27.5: *Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

nonché da

Iulian. 14 *dig.* D. 46.1.13: *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debeo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat Tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

Nella seconda parte di entrambi i passi, infatti, viene esplicitamente affermato che se il mandatario-mutuante avesse agito nei confronti del mutuatario Tizio, il mandante non sarebbe stato per effetto di ciò liberato – la *litis contestatio* relativa all'*actio certae creditae pecuniae* non avrebbe cioè estinto l'obbligazione del mandante – ma egli sarebbe rimasto obbligato per quanto il mandatario-mutuante non avesse potuto recuperare dal mutuatario.

Si deve ritenere poi che il mandatario avrebbe potuto ottenere dal mandante gli interessi pattuiti con il mutuatario – generalmente mediante una *stipulatio usurae* – e da questo non riscossi. La pattuizione di interessi, però, doveva essere stata prevista o comunque autorizzata dal contratto di mandato – *mandatum*, dunque, di *fenerare* ovvero di prestare denaro con o senza interessi a scelta del mutuante – costituendo altrimenti un eccesso di mandato, delle cui conseguenze si dirà più diffusamente in seguito ⁽³⁵²⁾.

Si può infine fondatamente sostenere che il mandatario avrebbe potuto rivalersi nei confronti del mandante di qualsivoglia diminuzione patrimoniale risentita senza sua colpa in conseguenza dell'adempimento del contratto di mandato, quindi, ad esempio, dei danni derivanti dalla mora del mutuatario o delle spese per l'intimazione di pagamento e l'esazione ⁽³⁵³⁾.

D'altro canto conferma che il mandatario avesse diritto a non subire perdite per effetto dell'esecuzione del mandato può trarsi da

³⁵² Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 207; A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 90.

³⁵³ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 207 e nt. 4; A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 90.

Paul. 11 *ad Sab.* D. 17.1.20. pr.: *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.*

Il passo paolino viene da molti autori indicato come fondamento dell'*actio mandati contraria* nel mandato di credito (³⁵⁴), tuttavia, appare preferibile la ricostruzione, già proposta da autorevole dottrina (³⁵⁵), secondo la quale il testo si occuperebbe di un caso di rappresentanza indiretta ed in particolare di un mandatario incaricato di concludere per conto del mandante un mutuo con pattuizione di interessi: Paolo afferma che come il mandatario non può trattenere presso di sé nulla di quanto ottenuto dal mutuatario che adempie la sua obbligazione pagando capitale ed interessi, così non deve subire un danno qualora non riesca a riscuotere dal mutuatario il denaro e le *usurae*, vale a dire il mandatario non deve rispondere nei confronti del mandante dell'insolvenza del mutuatario. Aderendo a tale interpretazione, tra l'altro, si risolve il problema della necessaria preventiva escussione del mutuatario: se si ritenesse infatti il testo relativo ad un mandato di credito, se ne dovrebbe trarre che il mandatario può rivalersi nei confronti del mandante solo dopo aver inutilmente escusso il mutuatario, il che è incompatibile con la facoltà spettante al mandatario di scegliere se agire dapprima contro il mandante o contro il mutuatario, facoltà della quale si tratterà diffusamente tra breve. Interpretando il passo nel modo suggerito, comunque, si può ricavare da esso la regola secondo la quale il mandatario non deve conseguire guadagni né soffrire perdite per effetto dell'esecuzione del mandato, regola valevole per il mandato in generale ma applicabile anche al *mandatum pecuniae credendae*, non essendovi alcuna ragione che imponga di concludere in senso contrario.

Deve escludersi, invece, che l'*actio mandati contraria* potesse essere utilizzata dal mandatario per esigere il pagamento da parte del mandante di un compenso per l'attività svolta, giacché il mandato nel sistema del processo formulare rimase sempre un contratto essenzialmente gratuito. È pur vero, infatti, che Settimio Severo e Antonino Caracalla ammisero la possibilità di prevedere a favore del mandatario un *salarium*, purtuttavia, la costituzione che prevede ciò,

³⁵⁴ Così A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 91 e G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 206 seppur quest'ultimo con dubbi sulla sua genuinità.

³⁵⁵ Cfr. F. SCHULZ, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedente nim klassischen romischen Recht*, in ZSS, XXVII, 1906, 138.

Impp. Severus et Antoninus AA. Leonidae C. 4.35.1: Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur.

è chiarissima nello stabilire che tale onorario può essere ottenuto dal mandante solo sperando un'azione *extra ordinem*, a differenza del capitale mutuato e degli interessi che possono essere pretesi con l'*actio mandati* ⁽³⁵⁶⁾

Quanto esposto sinora consente di chiarire in che modo il *mandatum pecuniae credendae* fungesse da garanzia personale del mutuo concluso in esecuzione del mandato stesso. È possibile sostenere, infatti, che il mandato di credito esplicasse tale funzione non in ragione di una diversità strutturale o di disciplina rispetto ad un normale mandato ma in forza di due elementi propri della disciplina di tale contratto: l'*actio mandati contraria* e la predeterminazione del mutuatario da parte del mandante. Con l'*actio mandati contraria* il mandatario poteva recuperare direttamente dal mandante quanto a lui dovuto dal mutuatario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare agendo nei confronti di un fideiussore. La predeterminazione del terzo da parte del mandante, invece, – necessaria ai fini della validità del mandato in quanto, facendo transitare l'interesse del terzo mutuatario nella causa del mandato, rendeva quest'ultimo *aliena tantum gratia* ovvero *tua et aliena gratia* – instaurava un collegamento tra il mandato ed il mutuo e faceva sì che il mandato svolgesse una funzione di garanzia di una specifica e determinata obbligazione: il mandante non garantiva genericamente la buona riuscita delle operazioni creditorie del mutuatario, perché non lo incaricava indeterminatamente di dare a mutuo il suo denaro a terzi, bensì, incaricandolo di concludere un contratto di mutuo con un terzo determinato, garantiva di fatto, mediante il meccanismo dell'*actio mandati contraria*, l'obbligazione gravante su tale soggetto.

Da quanto detto consegue che il garante non era tale perché si assumeva nei confronti del creditore garantito la responsabilità per l'obbligazione del terzo, come avveniva nella *fideiussio*, ma perché era titolare di una situazione giuridica soggettiva qualificabile come obbligazione, avente come titolo il *mandatum pecuniae credendae*. L'obbligazione del garante e l'obbligazione

³⁵⁶ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 184 e A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 91 il quale osserva che probabilmente a questa *actio extra ordinem* si riferiscono anche Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6 pr. e Pap. 3 *resp.* D. 17.1.7.

del terzo, pertanto, avevano cause nettamente distinte, l'una il mandato di credito e l'altra il mutuo (³⁵⁷).

5. *Casi nei quali il mandante non è tenuto nei confronti del mandatario.*

Analizzate struttura e funzionamento del *mandatum pecuniae credendae*, è possibile ricostruire il rapporto tra garanzia ed obbligazione garantita esaminando quei casi nei quali, nonostante il mandante ed il mandatario avessero concluso un contratto di mandato ed il mandatario avesse compiuto attività negoziale in esecuzione dello stesso, il mandante non era considerato obbligato *ex causa mandati* ed il mandatario, pertanto, non poteva da lui ottenere il pagamento di quanto dovuto dal mutuatario.

La prima ipotesi che viene in rilievo è quella del mandato di credito *adversum bonam fidem*. Si consideri a tale riguardo

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.11: *Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversum bonam fidem mandatum sit.*

Il passo ulpiano tratta due casi, aventi entrambi come protagonista un *adulescens luxuriosus*. Nel primo, il giovane da mandato ad un altro soggetto di prestare fideiussione a favore di una meretrice e tale soggetto *sciens* assume la garanzia: Ulpiano afferma che colui che ha ricevuto l'incarico non ha *actio mandati contraria* nei confronti del giovane perché si trova in una situazione analoga a quella di chi consapevolmente ha fatto credito ad un soggetto che stava per perdere il denaro. Nel secondo caso, l'adolescente da direttamente mandato ad un altro soggetto di prestare del denaro alla meretrice: il giurista sostiene che il giovane non è obbligato a titolo di mandato perché è come se il soggetto incaricato avesse ricevuto un incarico contrario a buona fede.

Al di là del dato letterale appena esposto, diverse sono state le ricostruzioni del pensiero ulpiano fornite dalla romanistica (³⁵⁸), volte ad

³⁵⁷ In senso analogo cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 129 ss.; ID., *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 211; A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 21 ss. e 55 ss.; T. ESPINOSA GOEDERT, *Mandato de crédito*, cit. 13 ss.

³⁵⁸ Cfr. in particolare G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 183 e A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 72 ss.

individuare le ragioni giuridiche della invalidità dei due mandati, tutte però insoddisfacenti perché danno troppo peso alla presunta invalidità dei contratti in quanto *contra bonos mores* ⁽³⁵⁹⁾ – carattere questo che non viene preso in considerazione da Ulpiano, quantomeno non esplicitamente, – e sottovalutano, invece, la contrarietà a buona fede, espressamente citata dal giurista. Una corretta interpretazione del passo, dunque, deve valorizzare adeguatamente l'elemento da ultimo citato e deve, inoltre, tenere conto del fatto che le due fattispecie vengono presentate come analoghe.

Incominciando dal primo mandato, appaiono fondamentali due circostanze: la funzione della fideiussione e la consapevolezza della stessa da parte di chi viene incaricato di assumere la garanzia. Il primo *sciens* presente nel passo, infatti, sta a significare che chi ha eseguito l'incarico era consapevole del fatto che il giovane fosse un lussurioso e che la *fideiussio* a favore della meretrice fosse pertanto una condizione da questa richiesta per elargire al ragazzo i suoi favori. Ulpiano, dunque, sostiene che l'incaricato è come colui che presta denaro a chi lo perderà e quindi non lo restituirà, perché la prostituta non ha alcuna intenzione di adempiere l'obbligazione garantita e tanto il giovane che dà l'incarico quanto colui che lo esegue ne sono consapevoli. Nell'espressione '*quasi perdituro pecuniam sciens credideris*', con la quale viene giustificata la non spettanza dell'*actio mandati contraria*, si deve ritenere, tuttavia, sottinteso che il creditore abbia concluso il contratto in esecuzione di un incarico e che sia l'incaricante che l'incaricato fossero consci del fatto che il debitore avrebbe scialacquato il denaro. Non è dunque il contratto concluso dall'incaricato ad essere invalido a causa della consapevolezza del creditore del fatto che perderà i suoi denari ma è il mandato ad essere nullo in ragione della conoscenza da parte di mandante e mandatario delle intenzioni del debitore di non adempiere, stante la specifica funzione, nel caso di specie, del contratto da concludere: d'altro canto, il problema della sussistenza o meno dell'*actio mandati contraria* può porsi soltanto qualora l'incaricato, dopo aver pagato in qualità di fideiussore il debitore garantito, intenda rivalersi nei confronti del mandante. La regola che si può trarre dal caso in esame, quindi, è che risulta invalido il mandato con il quale si incarichi il mandatario di assumere una *fideiussio* per una

³⁵⁹ Secondo la regola generale, esposta in Gai 3.157: *Illud constat, si is de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem; ueluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias*. con riferimento a qualsivoglia tipo di mandato, colui il quale avesse incaricato un altro soggetto di compiere un'attività *contra bonos mores*, non avrebbe contratto alcuna obbligazione: il mandato, dunque, avente un oggetto contrario a quello che, utilizzando una categoria moderna, si potrebbe chiamare 'buon costume', era invalido.

obbligazione che non sarà adempiuta dal debitore, qualora mandante e mandatario siano consapevoli, al momento della conclusione del contratto, della volontà del debitore di non adempiere.

La ragione giuridica di tale invalidità è esplicitata da Ulpiano esaminando il secondo mandato citato nel passo, un *mandatum pecuniae credendae* con il quale il giovane lussurioso incarica il mandatario di concludere un mutuo con la meretrice. Le espressioni *ulterius* e *directo* suggeriscono che le riflessioni relative a questa seconda fattispecie siano una continuazione e uno sviluppo di quelle relative alla prima, pertanto, si deve ritenere che la situazione di fatto sia la medesima: il mutuo costituisce una sorta di corrispettivo per le prestazioni della meretrice, la quale dunque non ha alcuna intenzione di restituire il denaro ricevuto; mandante e mandatario ne sono entrambi consapevoli. Diversa, invece, formalmente, la spiegazione della invalidità del mandato, che viene individuata da Ulpiano nella contrarietà a buona fede del mandato. Diversità appunto soltanto formale dal momento che non appare condivisibile l'interpretazione generalmente proposta dalla dottrina secondo la quale il mandato avente ad oggetto la conclusione di un mutuo con la meretrice, con finalità di pagamento delle prestazioni da questa offerte al mandante, sarebbe invalido in quanto *contra bonos mores* e in ragione di ciò *adversus bonam fidem*. Non si capisce, infatti, per quale ragione Ulpiano, se avesse veramente ravvisato nella contrarietà ai *boni mores* la ragione della invalidità del mandato, non abbia utilizzato tale categoria giuridica bensì un'altra, la contrarietà a *bona fides*. È proprio quest'ultima, dunque, a rendere il mandato invalido e per comprendere da cosa essa sia determinata è necessario considerare che le considerazioni relative al mandato di credito sono, come si è poc'anzi detto, un'ulteriore specificazione di quelle relative al mandato di fideiussione: la contrarietà a buona fede cioè è determinata dal fatto che, essendo il mutuo alla meretrice finalizzato a pagare le prestazioni di questa, mandante e mandatario sono consci che questa non restituirà al mandatario-mutuante il denaro. Il passo, quindi, è espressione del principio, valevole per il mandato di credito e per qualsivoglia mandato in genere, secondo il quale è invalido il mandato con il quale si incarichi il mandatario di concludere un contratto con un terzo qualora sia noto, tanto al mandante quanto al mandatario, che il terzo non adempirà le obbligazioni derivanti da quale contratto, giacché incaricare di compiere un siffatta attività risulta contrario alla *bona fides* sulla quale si fonda il contratto di mandato.

Si può quindi affermare che il *mandatum pecuniae credendae* risultava invalido e conseguentemente il mandatario non poteva ottenere il pagamento

di quanto dovuto dal mutuatario sperando nei confronti del mandante l'*actio mandati contraria*, quando, in seguito ad una valutazione complessiva dell'operazione negoziale, l'attività mandata risultava contraria a buona fede. Conferma di ciò si ha, *a contrario*, dall'esame di quei passi nei quali, nonostante l'invalidità del mutuo, il mandato viene qualificato come valido perché l'obbligazione del mandante è da ritenersi conforme a buona fede. Tanto risulta, infatti, da

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13 pr.: *In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, ut puta fideiussoribus. itaque si cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. in summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur. unde tractari potest, minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem an et adversus fideiussorem implorare debeat. et puto tutius adversus utrumque: causa enim cognita et praesentibus adversariis vel si per contumaciam desint in integrum restitutiones perpendendae sunt.*

nonché da

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.13: *Si quis mandaverit filio familias credendam pecuniam non contra senatus consultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod iussu pater teneretur, erit licitum mandatum. hoc amplius dico, si, cum dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non, nec essem daturus contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret non accipere contra senatus consultum, et 'periculo meo crede', dicat, 'bene credis': arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri.*

Il *mandatum pecuniae credendae*, dunque, era pienamente valido anche in caso di invalidità del mutuo concluso in esecuzione di esso, purché non fosse

da considerarsi contraria a buona fede la sussistenza in capo al mandante della relativa obbligazione *ex causa mandati* (³⁶⁰).

Oltre all'ipotesi sinora esaminata del mandato *adversus bonam fidem*, vi è una seconda serie di casi nei quali il mandatario-mutuante non poteva recuperare dal mandante-garante tutto o parte di quanto dovuto dal mutuatario. Si intende alludere a quei casi che sono riconducibili alla categoria dell'eccesso di mandato, fattispecie propria del mandato in generale che risultava integrata qualora il mandatario nell'eseguire l'attività mandata avesse ecceduto i limiti stabiliti dal mandante, o non avesse rispettato le indicazioni da questo date, e che aveva come effetto – sempre considerando la disciplina generale del mandato – la liberazione del mandante (³⁶¹).

Con riferimento a questo tema, la situazione tipica presa in esame dalle fonti è quella del mandatario che abbia prestato ad interessi a fronte di un mandato che prevedeva la conclusione di un mutuo senza *stipulatio usurae*. A tale riguardo viene in rilievo, in particolare,

³⁶⁰ Cfr. con riferimento ad entrambi i passi citati G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 213 e A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 59. In merito a D. 4.4.13 pr. si veda P. FREZZA, *Le garanzie*, 214 s. il quale ritiene che il riferimento al mandato di credito sia il frutto dell'intervento di un annotatore post classico. Per una approfondita analisi di D. 17.1.12.13 si rinvia a A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 75 ss. il quale, in particolare, osserva che il secondo caso considerato da Ulpiano, «quello di Tizio che abbia dato mandato a Caio di prestare direttamente (senza ricorrere all'interposizione di Mevio) la somma a Sempronia» è «un vero e proprio *mandatum credendi* ... e non vi è dubbio, afferma il giurista, che in questo caso l'*obligatio ex mandato* (di Tizio nei confronti di Caio) non prende addirittura vita giuridica, essendo essa quasi una contraddizione con lo stesso requisito della buona fede delle *obligationes iuris gentium*. L'ipotesi, per dirla in altre parole, viene qui prospettata non perché dia luogo a incertezze ma perché aiuta ad eliminare la *ratio dubitandi* che invece sottende l'altra ipotesi».

³⁶¹ Con riferimento all'eccesso di mandato si vedano Gai 3.161: *Cum autem is, cui recte mandauerim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest inplere eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. itaque si mandauerim tibi, ut uerbi gratia fundum mihi sestertiis C emeris, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti uelis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur. e I. 3.26.8: *Is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati. ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris vel ut pro Titio sponderes, neque plus emere debes neque in ampliorem pecuniam fideiubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum. diversae scholae auctores recte te usque ad centum aureos acturum existimant: quae sententia sane benignior est. quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur, ut minoris, si possit, emeretur.**

Paul. 4 *quaest.* D. 46.1.71.2: *Placet mandatorem teneri etiam si faeneraturo creditori mandet pecuniam credere.*

Si potrebbe pesare che l'eccesso di mandato escluda ogni responsabilità del mandante, non solo cioè per gli interessi ma anche per il capitale. Il passo paolino appena menzionato, tuttavia, viene dalla dottrina maggioritaria addotto a fondamento della soluzione contraria: il mandante, pertanto, pur non essendo tenuto per le *usurae*, continua ad essere obbligato per la somma di denaro che nel mandato ha dato incarico di mutuare. La garanzia, quindi, rimane valida, nonostante la difformità contenutistica dell'obbligazione assunta dal mandatario-mutuante, ma rimane limitata a quanto originariamente preveduto dal mandato (³⁶²).

Conferma della conservazione della validità del mandato, con limitazione tuttavia della responsabilità del mandante al solo capitale, si può trarre indirettamente da

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.10.8: *Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. et Labeo scribit restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret, quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.*

Il passo ulpiano – ciò va precisato – non si riferisce ad un mandato di credito bensì ad un mandato conferito dal mandante ad un proprio procuratore ed avente ad oggetto la conclusione di un mutuo. Inoltre, la questione che viene risolta da Ulpiano è diversa rispetto a quella affrontata nel passo paolino poc'anzi citato, essendo la sussistenza o meno in capo al procuratore dell'obbligo di restituire al mandante le *usurae* qualora avesse ricevuto l'incarico di concludere un mandato senza interessi: Ulpiano, aderendo alla posizione di Labeone, stabilisce che se il procuratore ha concluso il mutuo con la previsione degli interessi a suo rischio e pericolo, ovvero sia a suo nome e nel suo interesse, non è tenuto a pagare al mandante le *usurae*, perché con riferimento ad esse non vi è *actio mandati*. Si può sostenere, tuttavia, che se

³⁶² Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 209 il quale avverte, tuttavia, che dubbia è la genuinità del passo. Ritiene, invece, P. FREZZA, *Le garanzie*, 222 che nel caso in esame gli interessi siano stati stipulati con il consenso del mandante: citato il passo in esame, infatti, laconicamente afferma che «non c'è eccesso di mandato se il creditore, col consenso del mandante ha pattuito per sé delle usure».

il mandatario non è obbligato a restituire gli interessi al mandante, a maggior ragione il mandante non è tenuto nei confronti del mandatario per le *usurae*, cioè il mandatario, pur avendo concluso un valido mutuo, non può esperire l'*actio mandati contraria* verso il mandante per ottenere da questo il pagamento degli interessi pattuiti in difformità rispetto al contenuto del mandato ma solo per ottenere il capitale (³⁶³).

Il principio da ultimo enunciato si può ricavare anche

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diogenio C. 4.26.9(8): Si mandator pro filio tuo extitisti vel iussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere, si te his omnibus obligasti, ut res quae pignoris iure detinentur liberari possint. quod si fideiussor creditae pecuniae intercessisti, teneri te ex ea obligatione explorati iuris est. (a. 294)

e da

Imp. Antoninus A. Vitali C. 8.40(41).10: Fideiussor seu mandator si in usuras quoque obligatus est, iustam causam recusandi solvere eas non habet. I. Ut autem is, qui cum altero fideiussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

poiché in tali costituzioni la responsabilità del mandante – che nelle ipotesi considerate dai passi è un vero e proprio garante – anche per le *usurae* è fatta esplicitamente discendere dal fatto che il mandato prevedesse la stipulazione delle stesse. La genuinità di tali passi, tuttavia, è oggetto di forti dubbi da parte della dottrina, in quanto la menzione del mandato è generalmente ritenuta il frutto di manipolazioni compiute dai compilatori giustiniani (³⁶⁴).

Per concludere l'esame delle figure di eccesso di mandato bisogna segnalare che la dottrina è ormai concorde nel ritenere che integrassero tale figura anche gli atti di disposizione del credito compiuti dal mandatario in assenza di indicazioni in tal senso contenute nel mandato, ovvero in

³⁶³ Così anche. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 209 il quale osserva che «s'è certo che il mandante non ha diritto di ricevere le usure dal mandatario, non è però meno certo che il mandante non sarà tenuto per le usure sia che il mandato non contenesse alcuna disposizione al riguardo, sia che il mandato determinasse di concedersi al terzo il mutuo senza interessi».

³⁶⁴ Si veda in tal senso G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 209

difformità rispetto ad esse. Qualora, dunque, il mandatario avesse, ad esempio, novato, ceduto o rimesso l'obbligazione del mutuatario, senza essere autorizzato a far ciò dal mandato oppure oltre ai limiti consentiti, il mandante sarebbe risultato liberato³⁶⁵).

Ultima serie di casi nei quali il mandante risulta liberato e quindi la garanzia non opera è costituita dalle ipotesi di negligenza del mandatario nella conclusione del mutuo ovvero nel far valere le sue ragioni nei confronti del mutuatario. In particolare, in base a quanto risulta

Paul. 4 *resp.* D. 17.1.59.6: *Paulus respondit non videri mandati condicione paritum, cum in mandato adiectum sit, ut idonea cautio a debitore exigeretur, si neque fideiussor neque pignora accepta sint.*

e da

Imp. Antoninus A. Eroti C. 8.40(41).7: Si creditor condicione mandato adscriptae, cum pecuniam mutuam daret, in accipiendis hypothecis non paruit, frustra te iudicio mandati convenit, quando non alias te obligasse intellegaris, quam si pignoribus contraheretur obligatio. (a. 215)

viene meno la responsabilità del mandante qualora il mandatario abbia concluso il mutuo senza ottenere la costituzione delle garanzie personali o reali richieste dal mandato. Nel passo paolino, infatti, il giurista afferma che qualora il mandato richieda, come condizione per la conclusione del mutuo, la concessione di idonee garanzie, il mandante è liberato se il mandatario ha concesso il prestito senza aver previamente ottenuto un fideiussore o un pegno. La costituzione dell'imperatore Antonino esprime la medesima regola con riferimento però ad un'ipoteca³⁶⁶).

³⁶⁵ Così G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 189 il quale osserva che «il mandatario può disporre del suo credito ad arbitrio: novarlo, cederlo, rimetterlo. Ma il mandatario è astretto al mandante dal vincolo contrattuale, onde se l'esercizio di tali facoltà non sia conforme al contenuto del mandato, il mandante resterà liberato. Anche a considerarsi il mandatario *dominus negotii* in rispetto al mutuo concesso al terzo, esso non è tale in rispetto al mandato ch'egli deve eseguire nei limiti della volontà in esso espressa».

³⁶⁶ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 210 il quale ritiene il mutuo concluso senza ottenimento di garanzie analogo al mutuo avente ad oggetto una somma maggiore rispetto a quella oggetto del mandato; A. GUARINO, '*Mandatum*', cit., 57 e 95.

Per quanto concerne, invece, la negligenza del mutuatario nell'esercitare le proprie istanze nei confronti del mutuatario, particolarmente significativo appare

Papin. 28 *quaest.* D. 46.3.95.11: *Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.*

nel quale Papiniano afferma che il mandatario, qualora abbia agito nei confronti del mutuatario perdendo tuttavia la lite per *pluris petitio*, nulla può conseguire dal mandante contro il quale abbia successivamente esercitato l'*actio mandati contraria*, perché non può cedergli le sue azioni nei confronti del mutuatario, dal momento che l'azione di mutuo non può essere nuovamente esperita essendosi l'obbligazione del mutuatario estinta con la *litis contestatio*. La negligenza del mandatario – che si manifesta nell'erronea formulazione della domanda contro il mutuatario alla quale consegue il rigetto della domanda stessa – comporta, quindi, la liberazione del mandante ⁽³⁶⁷⁾.

L'esame dei casi nei quali il mandante non è considerato obbligato nei confronti del mandatario ha consentito, dunque, di appurare che la validità del mutuo non è un presupposto necessario della validità della garanzia e ha permesso di stabilire che la difformità contenutistica tra mandato e mutuo comporta la liberazione del mandante soltanto se essa è interpretabile come eccesso di mandato ovvero negligenza nell'esecuzione dello stesso.

6. *Eccezioni opponibili dal mandante-garante al mutuante.*

Per poter qualificare correttamente la relazione tra obbligazione del garante ed obbligazione garantita rimane da affrontare il tema delle eccezioni che possono essere opposte dal mandante al mandatario che lo convenga con l'*actio mandati contraria*. A tale riguardo bisogna nettamente distinguere tra disciplina classica e disciplina giustiniana del mandato di credito.

³⁶⁷ Secondo G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 210, anche se il frammento papiniano stabilisce che il mandante è «liberato se il mandatario non possa cedergli, per sua colpa, le azioni ... alla conclusione medesima si deve giungere ove, per qualsiasi altra ragione la cessione non possa operare *mandatarii vitio* (es. *pactum de non petendo, acceptilatio* conclusi con il debitore)»; A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 96.

Con riferimento alla prima, è opinione condivisa in dottrina che il mandante potesse opporre al mandatario solo le eccezioni relative alla sua obbligazione *ex causa mandati*. Convenuto, dunque, dal mandatario che avesse da lui preteso quanto dovuto dal mutuatario, il mandante avrebbe potuto eccepire, ad esempio, di aver già pagato il mandatario oppure di aver con lui stipulato un *pactum de non petendo* o ancora l'intervenuta prescrizione dell'*actio mandati contraria*. Non avrebbe potuto, invece, opporre alcuna delle eccezioni spettanti al debitore, se non quelle eccezioni proprie del mutuatario la cui mancata concessione anche al mandante sarebbe risultata contraria a buona fede (³⁶⁸). In questo senso, infatti, deve essere interpretato

Paul. 4 *quaest.* D. 17.1.58: *Si praecedente mandato Titium defenderas quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. quod si sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri. 1. Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit: deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator exstiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori. sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris. nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est. plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori*

³⁶⁸ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 212 secondo il quale «il mandante non può far valere le eccezioni del debitore ma solo può opporre le eccezioni che sono connesse con la sua obbligazione (a es. da pagamento già fatto al creditore; da *pactum de non petendo* concluso con lui; da prescrizione dell'azione nei suoi rapporti); o che derivano dalla particolare natura del rapporto di mandato, cioè gli spettano perché il non concederle sarebbe contrario alla buona fede. In tal senso, e solo in tal senso, può riuscirci utile la eccezione del terzo». Secondo A. GUARINO, 'Mandatum', cit., 59

fideiussorem convenire, dubitatum est: sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem.

Il passo paolino, oggetto senz'altro di alterazioni compiute dai commissari giustiniani (369) affronta caso piuttosto complesso. Tizio è il debitore di una obbligazione garantita mediante mandato di credito. Alla sua morte si apre sui suoi beni il concorso dei creditori ed il pretore stabilisce con decreto che ciascuno creditore ottenga dagli eredi una quota del credito. A tale determinazione, tuttavia, rimane estraneo il creditore-mandatario a favore del quale era stata costituita la garanzia. Si pone a questo punto il problema della spettanza o meno al mandante-garante dell'eccezione opponibile da parte degli eredi, problema che Paolo risolve stabilendo che tale eccezione va riconosciuta anche al garante soltanto qualora il mandatario abbia partecipato alla deliberazione ed abbia ricevuto dall'erede il pagamento della quota stabilita. Dall'argomentare paolino risulta, dunque, che la concessione dell'eccezione viene riconosciuta non perché al garante spettino, in linea generale, le eccezioni del debitore garantito ma perché sarebbe contrario a buona fede per il mandatario poter pretendere dal mandante più di quanto il egli stesso, aderendo alla decisione del pretore, abbia dichiarato di voler ricevere dall'avente causa di colui al quale ha concesso il mutuo in esecuzione del mandato (370).

Ben diversa, come si accennava poc'anzi, è nel diritto giustiniano la disciplina della spettanza al mandante-garante delle eccezioni opponibili da parte del mutuatario garantito. Si consideri, infatti,

Ulp. 29 ad ed. D. 14.6.9.3: Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit. sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

Il passo si occupa di un mutuo concluso in violazione del senatoconsulto Macedoniano e stabilisce che la relativa *exceptio* spetta o meno al fideiussore e al mandante a seconda del fatto che questi abbiano o meno azione di

³⁶⁹ Così G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 212 s. e gli autori ivi citati.

³⁷⁰ Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, cit., 212 e 213; A. GUARINO, 'Mandatium', cit., 59.

regresso contro il debitore. Tale soluzione, tuttavia, per quanto concerne il mandante, è in contrasto con quanto risulta dal già precedentemente esaminato D. 17.1.12.13, passo anch'esso ulpiano nel quale il giurista afferma la sussistenza della responsabilità del mandante, senza limitazioni ed in particolare indipendentemente dal fatto che egli abbia o meno regresso. Si deve dunque convenire con la dottrina maggioritaria che ritiene il riferimento al *mandator* in D. 14.6.9.3 interpolato, conseguenza dell'avvicinamento avvenuto in periodo postclassico del *mandatum pecuniae credendae* alla *fideiussio*. Nello stesso senso depone anche

Impm. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Zoilo C. 4.30.12: Tam mandatori quam fideiussori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit.

il quale nel riconoscere l'*exceptio non numeratae pecuniae* al mandante in una situazione in cui a fronte di un inadempimento del mandatario in base al diritto classico sarebbe già stata già di per sé denegata l'*actio mandati contraria*, manifesta la volontà di estendere al mandato di credito la disciplina della *fideiussio*.

6. Conclusioni.

I dati acquisiti hanno messo in luce come la relazione instaurata dal mandato di credito tra la garanzia e l'obbligazione garantita presentasse elementi propri sia dell'autonomia sia dell'accessorietà, senza tuttavia essere riconducibile ad alcuna di esse.

In particolare, il *mandatum pecuniae credendae* non era una garanzia autonoma, perché il mandatario non poteva ottenere il pronto pagamento della somma mutuata dal mandante: questi, infatti, poteva far valer la difformità tra mandato e mutuo, poteva opporre alcune eccezioni, poteva richiedere la cessione delle azioni contro il mutuatario.

Parimenti, deve essere escluso che si trattasse di una garanzia accessoria, poiché il mandato poteva avere ad oggetto una somma maggiore di quella mutuata, il mandato rimaneva valido nonostante l'invalidità del mutuo, non tutte le eccezioni attinenti al mutuo erano opponibili da parte del mandante, in seguito all'esperimento di un'azione la *litis contestatio* non comportava la consunzione dell'altra.

Mi sembra di poter dire, pertanto, che vi fosse piuttosto un collegamento negoziale tra il mandato di credito ed il mutuo, determinato dal

fatto che il mandato era concluso nell'interesse sempre almeno del terzo, e che da tale collegamento, valorizzato e valorizzabile in forza della natura di buona fede dell'*actio mandati contraria*, discendesse la suesposta disciplina dell'istituto.

CAPITOLO QUARTO

CONSTITUTUM DEBITI ALIENI E RECEPTUM ARGENTARII

SOMMARIO: 1. Introduzione. – Parte prima: *constitutum debiti alieni*. 2. – Il *constitutum debiti alieni* come promessa di pagamento di un debito altrui. – 3. Necessaria esistenza di un debito civile o onorario come presupposto del *constitutum*. 4. Contenuto della *prior obligatio* come limite della responsabilità da *constitutum debiti*. – 5. Effetti dell'estinzione della *prior obligatio* sul *constitutum debiti* ed eccezioni – 6. Conclusioni. – Parte seconda: *receptum argentarii*. – 7. Premessa: individuazione delle fonti relative al *receptum argentarii*. – 8. La responsabilità dell'*argentarius* derivante da una promessa formale di pagamento di un debito altrui tutelata con un'*actio in factum*. – 9. Irrilevanza della volontà del debitore ai fini della validità del *receptum argentarii* in quanto negozio concluso tra il banchiere ed il creditore. – 10. La sussistenza della responsabilità del banchiere in caso di inesistenza dell'obbligazione garantita. – 11. La non opponibilità da parte del banchiere delle eccezioni attinenti all'obbligazione garantita. – 12. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Per concludere l'esame delle garanzie personali delle obbligazioni rimangono da trattare il *constitutum debiti alieni* ed il *receptum argentarii*. Tali istituti, sino all'età giustiniana, erano distinti, in quanto tutelati con differenti azioni: il primo, in particolare, consisteva in una promessa informale, fatta da un soggetto ad un altro soggetto, di adempiere, ad un termine fissato, un'obbligazione altrui, promessa che assumeva rilevanza sul piano del diritto pretorio in forza della concessione al promissario-creditore dell'*actio de pecunia constituta*; il secondo, invece, era un impegno informale, assunto da un banchiere (*argentarius*) nei confronti di un terzo, a pagare a quest'ultimo quanto dovuto da un proprio cliente, impegno pure esso non rilevante sul piano del *ius civile* ma coercibile con un'azione *in factum*, l'*actio recepticia*. Con la costituzione C. 4.18.2 del 531, tuttavia, Giustiniano abolì il *receptum argentarii*, riportando la promessa di pagamento del banchiere al regime del *constitutum debiti alieni*, che veniva contestualmente modificato con la medesima costituzione. Nell'affrontare lo studio di tali istituti, dunque, è necessario tenere presente che nella compilazione giustiniana vi sono soltanto passi relativi al *constitutum debiti*: alcuni di essi lo erano anche in origine, altri invece erano originariamente dedicati al

receptum argentarii. Appare opportuno, pertanto, esaminare dapprima il *constitutum debiti alieni*, per poi tentare di ricostruire – stabiliti quali passi si occupassero di esso – il regime del *receptum argentarii*.

PARTE PRIMA: *CONSTITUTUM DEBITI ALIENI*.

2. *Il 'constitutum debiti alieni' come promessa di pagamento di un debito altrui.*

L'analisi della disciplina del *constitutum debiti alieni* deve essere preceduta da alcune considerazioni circa l'origine storica dell'istituto, in quanto ciò risulta utile per meglio comprendere in che modo esso svolgesse una funzione di garanzia personale dell'obbligazione.

È opinione condivisa in dottrina che il *constitutum debiti alieni* si sia sviluppato a partire da quello che nel diritto classico viene chiamato *constitutum debiti proprii*, cioè la promessa fatta dal debitore al proprio creditore di adempiere ad un termine fissato una propria obbligazione già esistente. Tale promessa – che si ritiene in origine fosse relativa ad obbligazioni di somme di denaro derivanti da mutuo o *stipulatio* – sarebbe apparsa al pretore meritevole di tutela giuridica, in quanto la fissazione di una scadenza entro la quale il debitore si sarebbe impegnato a pagare avrebbe assicurato al creditore un affidamento maggiore di quello risultante dal rapporto obbligatorio⁽³⁷¹⁾. Il pretore avrebbe pertanto creato l'*actio de pecunia constituta*, azione con formula *in factum concepta* e *condemnatio al quanti ea res erit*⁽³⁷²⁾ che sarebbe stata concessa al creditore qualora il debitore non avesse rispettato l'impegno, liberamente assunto, di adempiere al termine fissato: la *condemnatio* nella misura appena indicata avrebbe

³⁷¹ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 234.

³⁷² La formula è stata ricostruita da ID., *Das 'Edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, 251 nel seguente modo: *Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia constituisse se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse, quanti ea res est, tantum pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o condemna; si non paret, absolve*. Concordano con Lenel nel ritenere che la *condemnatio* fosse al *quanti res est*: G. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, in *ZVR*, I, 1862, 59 ss.; G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano, 1941, 10; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht*, München-Köln, 1952, 284; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 561; R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, Cape Town, 1990, 511; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 199, 68. Hanno sostenuto, invece, che la condanna fosse al *quanti ea res erit*: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 1375; J. ROUSSIER, *Le constitut*, in '*Varia*'. *Etudes de droit romain*, III, Paris, 1958, 34; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 229.

consentito al giudice di tener conto dell'interesse del creditore al puntuale adempimento entro il termine perentorio fissato, a differenza di quanto sarebbe avvenuto se il creditore avesse esperito l'*actio certae creditae pecuniae* derivante dall'originario rapporto obbligatorio (³⁷³).

A questo originario *constitutum debiti* a struttura bilaterale si affiancò solo successivamente un *constitutum debiti* a struttura trilatera, caratterizzato dal fatto che la promessa di adempiere una certa obbligazione veniva effettuata al creditore non dal debitore ma da un terzo. Si deve probabilmente a Giuliano l'approfondimento della riflessione giuridica sul punto, riflessione che portò a considerare anche tale promessa degna di tutela e a concedere, dunque, anche in tale caso l'*actio de pecunia constituta* (³⁷⁴). Depongono in tal senso, infatti,

Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1.8: *Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur: videtur enim debitum et quod iure honorario debetur. et ideo et pater et dominus de peculio obstricti si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur: ceterum si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id quod plus est.*

e

Iul. 11 *dig.* D. 13.5.2: *Quod si filii nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur.*

Il primo testo si occupa di un *pater* o di un *dominus* che, già tenuto in base ad un'ipotesi di responsabilità adietizia, prometta al creditore l'adempimento dell'obbligazione del *filius* o del *servus*, eventualmente oltre l'ammontare del peculio. Ciò che interessa in questa sede non è tanto la soluzione data da Ulpiano al problema della limitazione o meno della responsabilità del promittente derivante dal *constitutum* al peculio, quanto il fatto che, dal confronto con il successivo passo giuliano che affronta la medesima problematica, il pensiero ulpiano appare chiaramente debitore delle

³⁷³ Cfr. in tal senso: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 229 e M. VARVARO, *Sulla storia dell'editto 'de pecunia constituta'*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, 2009, 837

³⁷⁴ In merito all'origine e allo sviluppo storico del *constitutum debiti alieni* cfr.: G. ASTUTI, *Studi*, cit., 149; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 239 ss.; M. VARVARO, *Sulla storia*, cit., 840 ss.

considerazioni svolte da Giuliano nell'undicesimo libro del commentario all'Editto.

Conferma del fatto che la trattazione del *constitutum debiti alieni* nel ventisettesimo libro del Commentario all'Editto ulpiano abbia come fondamento le riflessioni svolte da Giuliano con riferimento alla stessa materia si può trarre da

Ulp. 27 ad ed. D. 13.5.5.3: *Iulianus quoque libro undecimo scribit: Titius epistulam ad me talem emisit: 'scripsi me secundum mandatum Seii, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et soluturum sine controversia'. tenetur Titius de constituta pecunia.*

nel quale Ulpiano trascrive una decisione di Giuliano, tratta sempre dal libro undicesimo *ad edictum*, manifestando in tal modo la sua adesione ad essa⁽³⁷⁵⁾. In particolare, si tratta di un caso in cui un terzo promette al creditore di pagargli quanto dovuto dal debitore perché ha ricevuto un mandato in tal senso dal debitore.

I tre passi menzionati, dunque, permettono di ipotizzare che sia dovuto a Giuliano l'aver messo in luce l'opportunità di accordare tutela giuridica alla promessa di pagamento fatta da un terzo, quantomeno quando vi fosse alla base di essa un rapporto tra il terzo ed il debitore che giustificasse l'assunzione di una qualche forma di responsabilità da parte del terzo stesso – si trattasse di responsabilità adiettizia oppure di un mandato – e che, seguendo questa via, si sia progressivamente proceduto ad estendere l'*actio de pecunia constituta*, a tutte le ipotesi di promessa di pagamento fatta dal terzo, delineandosi così, nell'ambito del diritto pretorio, la figura del *constitutum debiti alieni*.

Le considerazioni svolte, consentono di spiegare in che modo il *constitutum debiti alieni* svolgesse una funzione di garanzia personale, funzione ben presente ai giuristi romani, come risulta dal passo da ultimo citato. In esso, infatti, pur essendo oggetto della riflessione di Giuliano la sussistenza o meno della responsabilità del promittente-costituente nel caso di dubbio soggettivo circa l'esistenza dell'obbligazione cui avesse fatto riferimento il costituente medesimo, le parole '*me tibi cauturum et soluturum sine controversia*' attestano che la promessa di pagamento era stata effettuata dal promittente al fine di garantire l'obbligazione alla quale la promessa

³⁷⁵ Ritiene P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 240 che l'adesione manifestata da Ulpiano alle posizioni di Giuliano sia una prova dell'importante ruolo svolto da quest'ultimo giurista nella elaborazione dell'istituto in esame.

stessa si riferiva. Il *constitutum debiti alieni*, dunque, fungeva da garanzia perché il creditore, in forza della promessa di pagamento effettuata dal terzo, aveva la possibilità di agire anche nei confronti del promittente per ottenere il pagamento di quanto dovuto dal suo debitore: il creditore, quindi, avrebbe potuto, alternativamente, agire nei confronti del debitore, in seguito all'inadempimento di questo, con la relativa azione contrattuale per ottenere la soddisfazione del credito, oppure esercitare nei confronti del costituente, alla scadenza del termine indicato nel *constitutum*, l'*actio de pecunia constituta*, per ottenere la condanna del promittente al pagamento di quanto promesso.

Per concludere l'esame della struttura del *constitutum debiti alieni* deve essere esplicitato ciò che risulta da quanto sinora più volte detto ovvero sia che il promittente-costituente non è titolare di una obbligazione *ex iure civili* ma soltanto di una posizione debitoria che veniva tutelata sul piano del diritto pretorio mediante la concessione al creditore dell'*actio de pecunia constituta*, azione la cui esperibilità, è bene sottolinearlo, non era conseguenza dell'inadempimento del debitore bensì della sola scadenza del termine previsto dal *constitutum* stesso.

3. *Necessaria esistenza di un debito civile od onorario come presupposto del 'constitutum'.*

È necessario stabilire ora se e quali requisiti dovesse presentare possedere l'obbligazione affinché fosse costituita una valida garanzia.

Al riguardo deve essere innanzitutto segnalato che presupposto necessario affinché il costituente fosse tenuto con l'*actio de pecunia constituta* era l'esistenza dell'obbligazione cui il *constitutum debiti alieni* faceva riferimento. Tale esistenza doveva essere oggettiva in quanto l'incertezza soggettiva circa la medesima non escludeva la validità del *constitutum*: dal poc'anzi illustrato passo ulpiano D. 13.5.5.3 emerge, infatti, che secondo Giuliano, seguito da Ulpiano, il costituente sarebbe risultato obbligato anche qualora avesse avuto dei dubbi circa l'effettiva esistenza dell'obbligazione altrui della quale prometteva il pagamento ⁽³⁷⁶⁾.

³⁷⁶ In merito all' problema dell'incertezza soggettiva cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 260 e P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 245. Il passo viene utilizzato da G. ASTUTI, *Studi*, cit., 193 ss. per escludere la validità di un costituito che abbia ad oggetto un debito futuro.

L'obbligazione alla quale il costituente si riferiva, tuttavia, era sufficiente sussistesse nel momento in cui veniva effettuata la promessa di pagamento. Si consideri in merito

Ulp. 27 ad ed. D. 13.5.18.1: *Quod adicitur: 'eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse', interpretationem pleniorum exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Iulianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.*

Il passo risulta particolarmente significativo per due ragioni. In primo luogo, perché esso riporta parte della formula dell'*actio de pecunia constituta*, in particolare proprio quella parte che, riferendosi con le parole '*eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse*' al denaro che fosse risultato dovuto nel momento in cui fosse stata effettuata la promessa, poneva come requisito per la sussistenza della responsabilità del promittente l'esistenza dell'obbligazione del terzo. In secondo luogo, ed è quanto qui più interessa, perché riferisce che secondo Celso e Giuliano era necessario che l'obbligazione del terzo esistesse nel momento in cui il costituente prometteva di pagarla e non anche in quello in cui il creditore risultava legittimato ad agire in forza del *constitutum* ⁽³⁷⁷⁾.

Per quanto concerne, invece, la tipologia di debito il cui pagamento poteva essere promesso mediante *constitutum*, poteva trattarsi sia di obbligazione civile sia di debito protetto con azione onoraria ⁽³⁷⁸⁾. Così risulta dal già riportato passo di Ulpiano conservato in D. 13.5.1.8 nel quale il giurista espressamente afferma che '*et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur: videtur enim debitum et quod iure honorario debetur*', cioè che colui che presta un *constitutum* per chi è obbligato *ex iure honorario* e non *ex iure civili* è comunque tenuto con l'*actio*

³⁷⁷ Cfr.: J. ROUSSIER, *Le constitut*, cit., 28 ss.; G. ASTUTI, *Studi*, cit., 50 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 245; J. PLATSCHECK, *Das edikt 'de pecunia constituta'*, München, 2013, 35 e 76 ove viene indicato che la necessità dell'esistenza dell'obbligazione garantita solo al momento della conclusione del *constitutum* debiti instaura una relazione di 'genetischer Akzessorietät' tra garanzia e obbligazione garantita.

³⁷⁸ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 248.

de pecunia constituta perché è un debito anche ciò che è dovuto *ex iure honorario*. Sembrerebbe, dunque, che a costituire il fondamento del *constitutum* sia il dovere di eseguire il pagamento che viene promesso col *constitutum* stesso, a prescindere dal carattere civile o pretorio di tale dovere. La correttezza di tale ricostruzione è confermata da

Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.3.1: *Si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum, ut et pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est.*

nel quale viene affrontato il problema delle conseguenze della promessa di pagamento di quanto dovuto in base al diritto civile ma non in base al diritto pretorio. Ulpiano si chiede, infatti, se sia tenuto con l'*actio de pecunia constituta* colui che ha promesso di pagare un'obbligazione valida *ex iure civile* qualora l'azione spettante al creditore in base a detta obbligazione avesse potuto essere bloccata da un qualche rimedio pretorio. Il giurista, aderendo alla posizione di Pomponio, risolve la questione in senso negativo, il che conferma che a fondamento della validità del *constitutum debiti* veniva individuato il fatto che la prestazione promessa fosse comunque dovuta, con la conseguenza che qualora il debito non fosse coercibile a causa della esperibilità da parte del debitore di un rimedio anche soltanto di diritto onorario la responsabilità del costituente risultava esclusa.

4. *Contenuto della 'prior obligatio' come limite della responsabilità da 'constitutum debiti'.*

Stabilito che l'esistenza di una prestazione comunque dovuta e a fronte della mancata spontanea esecuzione della quale il creditore avrebbe potuto ottenere la condanna del debitore era considerata un presupposto di validità del *constitutum debiti*, bisogna appurare se il contenuto di detta obbligazione costituisse un limite al possibile contenuto della promessa di pagamento e dunque, per quanto qui più interessa, della garanzia.

Significativo a tale riguardo risulta innanzitutto

Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.11.1: *Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est: ergo et is, qui sortem et usuras quae non debebantur constituit, tenebitur in sortem dumtaxat.*

nel quale Ulpiano afferma che se l'obbligazione alla quale si riferisce il *constitutum debiti* era di cento ed il costituente ha promesso duecento, è tenuto soltanto per cento; similmente, se l'obbligazione era un mutuo per il quale non erano state stipulate *usurae* ed il costituente ha promesso anche gli interessi, è tenuto solo per capitale. Il passo risulta, dunque, espressione della regola secondo la quale il contenuto dell'obbligazione che il costituente promette di adempiere costituisce il limite della responsabilità del costituente, nel senso che qualora il costituente prometta una prestazione maggiore quanto da lui dovuto si riduce entro l'ammontare dell'obbligazione originaria (³⁷⁹).

Tale principio risulta confermato da

Paul. 13 *ad ed.* D. 13.5.12: *Sed et si decem debeantur et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri.*

passo nel quale Paolo stabilisce che qualora fosse dovuto dieci ed il costituente abbia promesso dieci oltre allo schiavo Stico, egli è tenuto soltanto a dieci (³⁸⁰).

Di contro, il costituente può promettere una parte soltanto dell'obbligazione, come emerge da un altro passo paolino,

Paul. 29 *ad ed.* D. 13.5.13: *Sed si quis viginti debens decem constituit se soluturum, tenebitur.*

in base al quale se l'obbligazione originariamente dovuta era di venti ed il costituente ha promesso di pagare dieci, il *constitutum debiti* è valido ma il costituente è tenuto a pagare quanto ha promesso cioè dieci (³⁸¹).

Da quanto detto consegue che *constitutum debiti alieni* poteva avere un contenuto diverso rispetto all'obbligazione garantita, il cui contenuto tuttavia costituiva il limite massimo della responsabilità del costituente-garante: la garanzia che fosse stata prestata per un ammontare maggiore sarebbe risultata ugualmente valida ma si sarebbe ridotta all'ammontare di quanto dovuto dal terzo.

³⁷⁹ Cfr.: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 268 s.; J. PLATSCHECK, *Das edikt*, cit., 35 e 103.

³⁸⁰ Circa la pertinenza del presente testo al *constitutum debiti* e non al *receptum argentarii* v. ultra § 11

³⁸¹ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 268 s.; J. PLATSCHECK, *Das edikt*, cit., 35 e 103.

5. *Effetti dell'estinzione della 'prior obligatio' sul 'constitutum debiti' ed eccezioni.*

Per poter qualificare correttamente la relazione tra la situazione giuridica soggettiva, coercibile soltanto sul piano del diritto onorario, di cui era titolare il garante e l'obbligazione garantita rimane da affrontare un'ultima problematica, quella delle conseguenze provocate sulla posizione del costituente dall'estinzione dell'obbligazione cui la promessa di pagamento faceva riferimento. A tale proposito deve essere considerato

Ulp. 27 ad ed. D. 13.5.18.3: *Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.*

nel quale Ulpiano, dopo aver ricordato che in passato si era dubitato se l'esercizio dell'azione relativa all'obbligazione per la quale era stato effettuato il *constitutum debiti*, nel passo chiamata '*obligatio sortis*', comportasse il venir meno della responsabilità del costituente – ovvero se la *litis contestatio* relativa a tale azione provocasse non solo l'estinzione dell'obbligazione fatta valere in giudizio ma anche dell'obbligazione onoraria del costituente – afferma che è preferibile ritenere che la liberazione del costituente consegua soltanto al pagamento da parte del debitore. Il testo è stato sospettato di numerose interpolazioni⁽³⁸²⁾, tuttavia, si deve concordare con quella parte della dottrina che ritiene esso sia comunque conforme alla disciplina dell'istituto: una parte della giurisprudenza avrebbe escluso la consunzione processuale dell'azione nei confronti del debitore perché consapevole del fatto che l'obbligazione del promittente e quella del debitore non erano *de eadem re*, una parte minoritaria avrebbe dissentito a causa della dipendenza, quantomeno genetica, del *constitutum debiti*. La prima tesi sarebbe poi risultata prevalente già in età classica, per poi essere particolarmente valorizzata dai compilatori giustinianeî in un sistema nel quale non era venuto meno l'effetto estintivo della *litis contestatio*⁽³⁸³⁾.

³⁸² Hanno sostenuto che il testo fosse interpolato e ne hanno messo in discussione la corrispondenza al diritto classico *ex plurimis* E. LEVY, *Der Konkurrenz*, cit, 63 ss. e G. ASTUTI, *Studi*, cit., 99 s.

³⁸³ Cfr. S. TONDO, *In tema di 'constitutum debiti'*, in *Labeo*, IV, 1958, 216, P. FREZZA, *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di 'constitutum debiti'*, in *Studi in memoria di G.B. Funaioli*, Milano, 1961 ora in *Scritti*, II, Roma, 2000, 710

Deve essere osservato che il passo, interpretato nel modo appena indicato, consente di effettuare una generalizzazione. Esso consente di affermare, infatti, che, secondo Ulpiano e probabilmente la maggioranza dei giuristi del suo tempo, come la *litis contestatio* non avrebbe comportato la liberazione del costituente perché questa sarebbe conseguita solo al pagamento e dunque alla soddisfazione del creditore, così anche tutte le altre cause non soddisfattive di estinzione dell'*obligatio sortis* non avrebbero comportato la liberazione del costituente, il quale, pertanto, non avrebbe potuto opporre al creditore le relative eccezioni (³⁸⁴).

Da quanto detto consegue, con specifico riferimento al *constitutum debiti alieni*, che il garante convenuto con l'*actio de pecunia constituta* non avrebbe potuto opporre al creditore alcuna eccezione derivante dal rapporto obbligatorio garantito, tranne le eccezioni relative a cause soddisfattive dell'obbligazione.

6. Conclusioni.

A questo punto si dispone degli elementi necessari per tentare una qualificazione giuridica della relazione esistente tra garanzia e obbligazione garantita nel *constitutum debiti alieni*.

Si è visto che il *constitutum debiti alieni* presuppone l'esistenza dell'obbligazione del terzo e richiede, ai fini della sussistenza della responsabilità del garante, e dunque della validità dell'istituto stesso, che tale obbligazione sia coercibile, cioè che non vi siano rimedi pretori che ostino alla condanna del debitore inadempiente. Si è detto, poi, che l'obbligazione del terzo deve sussistere al momento della conclusione del *constitutum debiti*, essendo irrilevante ai fini della validità della promessa di pagamento una successiva estinzione dell'obbligazione stessa. Inoltre, non solo l'ormai avvenuta estinzione dell'obbligazione al quale il *constitutum debiti alieni* si riferisce, quando è esercitata l'*actio de pecunia constituta*, non inficia la validità della garanzia ma, più in generale, le cause di non soddisfattive estinzione dell'obbligazione garantita sono irrilevanti per il garante perché non si traducono in eccezioni opponibili da parte del costituente. Infine, il contenuto dell'obbligazione garantita costituisce il limite della garanzia, poiché la garanzia prestata per un ammontare maggiore si riduce entro il valore dell'obbligazione garantita.

³⁸⁴ Cfr.: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 270

Non può non essere osservato che nella descritta relazione tra *constitutum debiti alieni* e obbligazione del terzo sono presenti gli elementi tipici di quella che la moderna dottrina chiama accessorietà genetica (³⁸⁵), cioè quella forma di dipendenza di un'obbligazione, in questo caso la garanzia, da un'altra obbligazione, qui l'obbligazione garantita, che si manifesta al momento del sorgere dell'obbligazione accessoria – influenzandone il contenuto e richiedendo che essa acceda ad un'obbligazione valida – ma che poi viene meno nel corso della vita della stessa, giacché le vicende dell'obbligazione principale, con la sola esclusione dell'adempimento, non producono effetti sull'obbligazione accessoria. Ciò non di meno, oltre al fatto che il *constitutum debiti alieni* non presuppone un'obbligazione del terzo valida – potendo riferirsi anche ad un'obbligazione onoraria, pertanto, invalida *ex iure civile* – deve essere sottolineato che l'uso della categoria menzionata è del tutto estraneo alle fonti, poiché manca una qualsivoglia concettualizzazione dello stesso nonché un suo utilizzo per giustificare la disciplina dell'istituto. Parlare, dunque, di accessorietà genetica, seppur corretto rispetto al significato oggi attribuito alla categoria, risulta storicamente improprio.

PARTE SECONDA: *RECEPTUM ARGENTARII*.

7. *Premessa: individuazione delle fonti relative al 'receptum argentarii'.*

Passando allo studio del *receptum argentarii*, deve essere innanzitutto risolta una questione preliminare: l'individuazione delle fonti dalle quali trarre informazioni in merito ad esso. Come si è già precedentemente detto, infatti, con una costituzione del 531, riportata in C. 4.18.2 (³⁸⁶), Giustiniano

³⁸⁵ Parlano di accessorietà genetica.: G. ASTUTI, *Studi*, cit., 46 ss; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 270; J. PLATSCHECK, *Das edikt*, cit., 76.

³⁸⁶ *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 4.18.2: Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. 1. Cum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem et neque in omnibus casibus longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur, et dubitaretur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive se moventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in*

dispose l'abolizione dell'istituto in esame e stabilì che ogni riferimento ad esso presente nelle fonti dovesse intendersi fatto al *constitutum debiti*, il cui regime veniva contestualmente modificato. Non stupisce, dunque, che gli unici passi della compilazione giustiniana che citino il *receptum argentarii* siano la costituzione appena menzionata ed I. 4.6.8³⁸⁷, cioè il luogo delle Istituzioni nel quale viene dato conto della riforma giustiniana: essi, tuttavia, forniscono numerose notizie relative all'istituto abrogato, che consentono di ricostruire quantomeno i tratti essenziali della sua disciplina.

Grazie agli studi di Lenel³⁸⁸, poi, sono stati individuati nel Digesto alcuni passi che, pur essendo nella loro attuale formulazione riferiti al *constitutum debiti*, erano molto probabilmente dedicati, in origine, al *receptum argentarii*. Si tratta dei frammenti escerpiti dal quattordicesimo

stipulationem possunt homines deducere: et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat sive pro ali) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales sunt actiones, id est in annorum metis triginta: et liceat pro debito puro vel in diem vel condicionali constitui: et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata: sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque recepticiae actiones neque alio indigeat res publica in huiusmodi casibus adminiculo, sed sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens, ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum), cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt. 1a. Ut non erubescat igitur tale legum iurgium, hoc tantummodo constituatur, quod debitum est, et omnia, quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur et sit pecunia constituta omnes casus complectens, qui et per stipulationem possint explicari. 1b. Et neminem moveat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res quae pondere numero mensura constitutae sunt. 1c. Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti. si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae? 1d. Sed ut et subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, tamquam fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiunt et huiusmodi vocabulum et in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum est. 2. His videlicet, quae argenti distractores et alii negotiatores indefense constituerint, in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus. (a. 531)

³⁸⁷ I. 4.6.8: *In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor, veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia: sed ex nostra constitutione, cum et, si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est, ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. item praetor proposuit de peculio servorum filiorumque familias, et ex qua quaeritur, an actor iuraverit, et alias complures.*

³⁸⁸ Cfr. O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare. 'De maioris partis tribunorum sentential aut ab eo, cuius de ea re iurisdicatio fuit, ea tutela curatiove data erit'*, in ZSS, II, 1881, 62 ss. e soprattutto ID., *Das 'Edictum perpetuum'*¹³, cit., 132-135.

libro del Commentario *ad edictum* di Ulpiano (³⁸⁹), dal tredicesimo libro del Commentario *ad edictum* di Paolo (³⁹⁰) e dal quinto libro del commentario *ad edictum* di Gaio (³⁹¹), libri nei quali, secondo l'illustre maestro, i giuristi menzionati avrebbero preso in esame i *recepta* e non i *constituta*. Dal momento che la ricostruzione leneliana è oggi unanimemente accolta dalla dottrina (³⁹²), anche tali fonti possono essere utilizzate per trarre elementi utili a delineare il regime del *receptum argentarii*.

8. *La responsabilità dell' 'argentarius' derivante da una promessa formale di pagamento di un debito altrui tutelata con un' 'actio in factum'.*

Nell'affrontare l'esame della disciplina dell'istituto, appare opportuno in primo luogo tentare di chiarire in che cosa consistesse il *receptum argentarii* e in che modo svolgesse una funzione di garanzia personale, avvisando sin d'ora che su diversi punti non vi è uniformità di vedute in dottrina.

La romanistica concorda nel ritenere che il *receptum argentarii* fosse una promessa di pagare un debito altrui e che si trattasse di un negozio alla cui conclusione erano legittimati soltanto gli *argentarii*, cioè i banchieri (³⁹³), deponendo inequivocabilmente in tal senso

³⁸⁹ Si tratta di: Ulp. 14 *ad ed.* D. 13.5.27; Ulp. 14 *ad ed.* D. 17.1.28; Ulp. 14 *ad ed.* D. 46.3.52.

³⁹⁰ È il solo Paul. 13 *ad ed.* D. 13.5.12.

³⁹¹ Si tratta di: Gai 5 *ad ed.* D. 12.2.27; Gai 5 *ad ed.* D. 13.5.28; Gai 5 *ad ed.* 46.1.30; Gai 5 *ad ed.* D. 46.3.53.

³⁹² In aggiunta ai passi individuati da Lenel, L. MITTEIS, *Trapezitika*, in *ZSS*, XIX, 1898, 248 ss. ritiene che anche D. 14.5.8 riguardasse originariamente il *receptum argentarii*.

³⁹³ In merito al ruolo dei banchieri nel mondo tardoantico ed in particolare nell'età giustiniana si rimanda in particolare a: W.T. KRAUT, *De argentariis et nummulariis commentatio*, Göttingae, 1826; G. CRUCHON, *Les banques dans l'antiquité*, Paris, 1879; G. MANNA, *Degli 'argentarii' in diritto romano*, Lanciano, 1886; A. ROSSELLO, *'Argentarii'*. *Studio di diritto commerciale romano*, Lanciano, 1891; A. DELOUME, *Les manieurs d'argent à Rome*, Paris, 1892; L. MITTEIS, *Trapezitika*, cit., 203 ss.; C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Gli 'argentarii' ed il commercio bancario*, Napoli, 1903; G. PLATON, *Le banquiers dans la législation de Justinien*, in *RD*, XXXIII, 1909, 5 ss; M. TALAMANCA, *'Argentarii'*, in *NNDI*, I.2, Torino, 1957, 940 ss.; R. HERRERO CHICO, *'Argentarii'*. *Estudios sobre el régimen jurídico de la banca en Roma*, Granada, 1978; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IV siècle av. JC-III siècle ap. JC)*, Roma, 1987; A. DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987; M.A. PEÑALVER, *La banca en Roma*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, Madrid, 1988, 1567 ss.; L. BOVE, *Recensione ad A. DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, in *SDHI*, LVI, 1990; G. LUCCHETTI, *Banche*,

Par. ad I. 4.6.8: ... διάφορα δὲ ὅτι ἢ μὲν *pecuniae constitutae* ἐπὶ πάντος ἐτέρου ἀντιφωνήσαντος χώραν ἔχει, ἢ δὲ *recepticia* ἐπὶ μόνον τραπεζίτου ...

passo tratto dalla Parafrasi di Teofilo alle Istituzioni giustinianee nel quale viene appunto spiegato che l'*actio recepticia* può essere esperita solo contro un τραπεζίτης ovvero un banchiere (³⁹⁴).

È opinione generalmente condivisa, poi, che il *receptum argentarii* potesse avere ad oggetto qualunque obbligazione ovvero che l'obbligazione che mediante il *receptum argentarii* il banchiere si assumeva l'obbligo di adempiere potesse avere qualsiasi oggetto (³⁹⁵). Ciò emerge indirettamente da

Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 4.18.2.1: ... hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive se moventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere ...

passo della costituzione sopprime il *receptum argentarii* nel quale Giustiniano stabilisce che, per effetto della costituzione stessa, sarà lecito fare oggetto di *constitutum debiti* non solo le cose suscettibili di essere pesate, numerate, misurate – le quali già precedentemente potevano esser oggetto di tale negozio – ma anche tutti gli altri beni mobili ed immobili. Si ritiene, infatti, che con tale previsione l'imperatore abbia esteso al *constitutum debiti*

banchieri e contratti bancari nella legislazione giustiniana, in *BIDR*, XXXIII-XXXIV, 1991-1992; A. PETRUCCI, 'Mensam exercere'. *Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991; J. ANDREAU, *Banking and business in the Roman World*, Cambridge, 1999; C. VITTORIA, *I protagonisti della vita finanziaria a Roma*, in *Labeo*, XLVII, 2001, 140 ss.; A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002; P. CIRAMI – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Giappichelli, 2010, 99 ss.

³⁹⁴ Sostengono che l'istituto fosse riservato ai banchieri *ex plurimis*: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 275; A. DÍAZ BAUTISTA, *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, in *RIDA*, XIX, 1982, 175; F. FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie: il 'receptum argentarii'*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 172; A. PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., 59; A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El 'receptum argentarii' en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis*, Madrid, 2004, 45 ss.; P.I. CARVAJAL, 'Receptum argentarii'. *Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano*, in *Ars Boni et Aequi*, I, 2005, 127.

³⁹⁵ Cfr.: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 277 ss.; F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 175; A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El 'receptum argentarii'*, cit., 71 s.; P.I. CARVAJAL, 'Receptum argentarii', cit., 132.

la disciplina dell'abrogato *receptum argentarii*. A conferma della correttezza di tale interpretazione viene da taluni autori (³⁹⁶) citato

Paul. 13 *ad ed.* D. 13.5.12: *Sed et si decem debeantur et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri.*

testo che, secondo la summenzionata ricostruzione di Lenel, sarebbe stato originariamente collocato nella parte del Commentario paolino relativa al *receptum argentarii* e dal quale emerge, per quanto qui interessa, che oggetto della promessa di pagamento del banchiere avrebbe potuto essere anche uno schiavo. Altra parte della dottrina, tuttavia, pur non contestando l'indicata collocazione del frammento, ritiene che esso, anche in origine, sarebbe stato relativo al *constitutum debiti*: Paolo, cioè, trattando del *receptum argentarii*, avrebbe in questo brano operato una comparazione con la disciplina del *constitutum debiti* (³⁹⁷). Questa seconda interpretazione appare maggiormente condivisibile, per i motivi che si diranno in seguito, quando si esaminerà nuovamente il frammento per risolvere la questione della possibile difformità contenutistica tra *receptum argentarii* e obbligazione garantita.

La dottrina, infine, è d'accordo nell'individuare nell'*actio recepticia* il rimedio che sarebbe stato concesso dal pretore al creditore qualora il banchiere non avesse pagato quanto promesso; circa la natura di tale azione, invece, sono state prospettate tesi antitetiche. Alla base di tali divergenze ricostruttive vi è

Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 4.18.2 pr.: Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare.

nel quale Giustiniano, riferendosi testualmente all'azione derivante dal *receptum argentarii*, afferma che si trattava di un'azione caratterizzata da *sollemna verba*.

Secondo Bruns, tuttavia, parlare di solennità dell'azione non avrebbe avuto alcun senso, dal momento che tutte le azioni formulari erano

³⁹⁶ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 280; F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 175 e 185.

³⁹⁷ Sostengono tale tesi: J. PARTSCH, *Der ediktale Garantievertrag durch 'receptum'*, in *ZSS*, XIX, 1908, 415; G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento*, cit., 279 e 319; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, 154; J. ANDREAU, *La vie financière*, cit., 599

caratterizzate da *concepta verba*. L'espressione in esame, pertanto, dovrebbe intendersi riferita al negozio dal quale scaturiva l'azione, negozio per la cui conclusione sarebbe stato necessario l'uso da parte del banchiere del verbo *recipio*. Dalla formalità del negozio, poi, andrebbe dedotta la natura civile dell'azione ⁽³⁹⁸⁾.

Questa interpretazione è stata però respinta da Lenel, per il quale, stante la insuperabilità del dato letterale, la solennità avrebbe riguardato esclusivamente l'azione, la quale, analogamente all'*actio de pecunia constituta*, sarebbe stata un'*actio in factum*. Il *receptum argentarii*, invece, sarebbe stato un negozio informale, che non avrebbe richiesto per la sua conclusione il ricorso ad alcuna espressione particolare ⁽³⁹⁹⁾.

Nel dibattito che seguì alle divergenti ricostruzioni dei due maestri, Kniep ⁽⁴⁰⁰⁾ e Karlowa ⁽⁴⁰¹⁾ aderirono alla posizione di Bruns, ritenendo che la formalità menzionata da Giustiniano dovesse essere intesa come formalità del negozio e che l'*actio de pecunia constituta* fosse conseguentemente un'azione civile. Schlossmann, invece, può convenendo sul carattere formale della promessa di pagamento, sostenne che da essa non derivasse necessariamente la natura civilistica dell'azione, da lui considerata un'azione *in factum* ⁽⁴⁰²⁾.

In tempi più recenti, anche Perozzi ⁽⁴⁰³⁾ si è pronunciato a favore del formalismo del negozio, affermando che l'obbligazione del banchiere sarebbe nata *verborum*, mentre Arangio Ruiz ha sostenuto che tale formalismo sarebbe soltanto probabile ⁽⁴⁰⁴⁾.

Nonostante le autorevoli voci contrarie, l'interpretazione di Lenel è risultata comunque prevalente, tanto che è opinione diffusa, generalmente accolta dalla manualistica ⁽⁴⁰⁵⁾ oltre che da vari studi novecenteschi dedicati

³⁹⁸ Cfr. G. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 84 ss.

³⁹⁹ Cfr. O. LENEL, *Beiträge zur Kunde*, cit., 67 s. e ID., *Das 'Edictum perpetuum'*³, cit., 132 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. F. KNIEP, *'Praescriptio' und 'pactum'*, Jena, 1891, 143.

⁴⁰¹ Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 758.

⁴⁰² Cfr. S. SCHLOSSMANN, *'Litis contestatio'*. *Studien zum römischen Zivilprozess*, Leipzig, 1905, 176 ss.

⁴⁰³ Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, 235 ss.

⁴⁰⁴ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1984, 334

⁴⁰⁵ Cfr. *ex plurimis*: P.F. GIRARD, *Manuelle*, cit., 643 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 965; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 564; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., 584; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 589; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, Milano, 1990, 608; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 2002, 492; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 487.

al tema ⁽⁴⁰⁶⁾, che il *receptum argentarii* fosse una promessa informale di pagamento, tutelata da un'azione *in factum*.

Ciò non di meno, la tesi maggioritaria merita di essere accolta solo con riferimento alla natura dell'azione, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, se Giustiniano avesse realmente inteso predicare il carattere formale dell'*actio recepticia* avrebbe detto una palese ovvietà, dal momento che le formule di tutte le azioni erano formali. In secondo luogo, come ha messo in luce La Rosa in un approfondito studio nel quale vengono passate in rassegna non solo le fonti giuridiche ma anche quelle letterarie, il verbo *recipere* è sempre impiegato in espressioni solenni o accostato a *sollemna verba* ⁽⁴⁰⁷⁾. La formalità del negozio, tuttavia, non impone di ricondurre allo *ius civile* l'*actio recepticia*, poiché è un pregiudizio, non suffragato dalle fonti, quello di ritenere che dalla formalità di un negozio debba conseguire necessariamente la natura civilistica della relativa azione ⁽⁴⁰⁸⁾. Si può affermare, quindi, che il *receptum argentarii* fosse una promessa formale di pagamento, caratterizzata dall'uso del verbo *recipere*, che trovava tutela sul piano del diritto pretorio mediante la concessione di un'azione *in factum*.

Quanto esposto consente di spiegare in che senso il *receptum argentarii* fungesse da garanzia personale. Si è detto, infatti, che mediante una promessa formale il banchiere si rendeva responsabile dell'esecuzione di una prestazione avente il medesimo contenuto di quella oggetto dell'obbligazione garantita e che tale responsabilità era sanzionata nell'ambito del diritto onorario con l'*actio recepticia*. Il *receptum argentarii*, dunque, operava come garanzia perché consentiva al creditore di ottenere dal banchiere la stessa prestazione che gli era dovuta dal suo debitore.

⁴⁰⁶ In tal senso: M. WLASSAK, voce *Arbitrium*, in *PWRE*, II.1, Stuttgart, 1895, 412; F. KLINGMÜLLER, voce '*Receptum*', in *PWRE*, II.R1, Stuttgart, 1914; L. WENGER, voce '*Receptum argentarii*', in *PWRE*, II.R1, Stuttgart, 1914; G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 284; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 276 s.

⁴⁰⁷ Cfr. F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: 'constituta' e 'recepta'*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 214 ss.

⁴⁰⁸ Sostiene, infatti, F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 220 che è un «pregiudizio che solo gli atti appartenenti al *ius civile* possono essere formali, donde la conseguenza che se l'azione è pretoria il negozio deve essere informale e se il negozio è formale l'azione deve essere civilistica». Analogamente F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 187 afferma che «la querelle sulla necessità dell'uso di parole solenni è stata sicuramente influenzata da un pregiudizio per il quale solo gli atti appartenenti al *ius civile* possono essere formali mentre quelli nati dal *ius praetorium* devono essere privi di forme; con la conseguenza che se un'azione è pretoria il negozio deve essere informale mentre se il negozio è formale allora l'azione deve essere civilistica».

9. *Irrilevanza della volontà del debitore ai fini della validità del 'receptum argentarii' in quanto negozio concluso tra il banchiere ed il creditore.*

Vi sono altri due aspetti controversi attinenti alla struttura del negozio che debbono essere esaminati e che risultano a loro volta rilevanti ai fini della ricostruzione della relazione tra garanzia e obbligazione garantita: il ruolo svolto nella conclusione di un valido *receptum argentarii* dalla volontà del debitore dell'obbligazione garantita e la configurazione bilaterale o plurilaterale del negozio stesso.

Con riferimento a tali problematiche sono state proposte diverse ricostruzioni. In particolare, Bekker ha sostenuto che parti del *receptum argentarii*, da lui concepito come negozio bilaterale, fossero il banchiere ed il debitore la cui obbligazione veniva garantita, cliente dell'*argentarius*: il banchiere, dunque, prometteva di eseguire una certa prestazione in seguito all'ordine ricevuto dal debitore della stessa e l'accettazione o l'adesione del creditore sarebbero state irrilevanti⁽⁴⁰⁹⁾. Frezza, invece, pur ritenendo che il *receptum argentarii* si perfezionasse con l'adesione del creditore alla promessa del banchiere e pur giustificando tale sua ricostruzione con il carattere non necessario dell'incarico del debitore, ha qualificato – non si comprende francamente su quali basi – il negozio in esame come trilaterale⁽⁴¹⁰⁾. Bürge, infine, ha concepito il *receptum argentarii* addirittura come negozio quadrilaterale, immaginando l'esistenza di un quarto soggetto che incaricasse il banchiere di prestare garanzia a favore di un debitore promettendo l'adempimento dell'obbligazione di questo al suo creditore⁽⁴¹¹⁾.

L'esame delle fonti impedisce di aderire ad alcuna delle interpretazioni citate, rimaste tutte, comunque, minoritarie. Si consideri infatti

Ulp. 14 *ad ed.* D. 13.5.27: *Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert. hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigesimo quarto scribit: unde falsam putat*

⁴⁰⁹ Cfr. E.I. BEKKER, 'Recipere' und 'permutare' bei Cicero, in ZSS, III, 1882, 8.

⁴¹⁰ Afferma, infatti, P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 276 «il *receptum argentarii* è un negozio trilatero: in cui un *argentarius* interviene in un negozio obbligatorio che passa tra due soggetti (di cui uno, o entrambi, sono clienti dell'*argentarius*), per garantire al creditore l'adempimento (cioè il pagamento) della obbligazione del debitore ... il testo dimostra con l'evidenza dell'esempio che l'*argentarius* poteva assumersi la responsabilità *ex recepto*, non soltanto senza, ma contro la volontà del debitore ... e dimostra che, a somiglianza del costituito di debito altrui, la responsabilità del *receptum* sorge nel momento in cui il creditore ha aderito alla dichiarazione del banchiere».

⁴¹¹ Cfr. A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesen*, in ZSS, CIV, 1987, 533.

opinionem Labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare.

Il passo ulpiano – uno di quei testi che secondo la ricostruzione di Lenel erano originariamente dedicati al *receptum argentarii* – interessa, al momento, nella sua prima parte. Da esso emerge, in primo luogo, che il banchiere poteva validamente obbligarsi anche in assenza del debitore: il *receptum argentarii*, dunque, poteva essere concluso *inter absentes*, cioè tra contraenti che si trovavano in luoghi diversi. Ulpiano, tuttavia, non si limita ad affermare ciò ma riferisce, aderendovi, la posizione di Pomponio, secondo il quale il *receptum argentarii* concluso dal banchiere contro la volontà del debitore sarebbe stato valido.

Analogia disciplina emerge da altre due fonti,

Gai 5 ad ed. provinc. D. 46.1.30: Fideiubere pro alio potest quisque, etiamsi promissor ignoret.

e

Gai 5 ad ed. provinc. D. 46.3.53: Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.

tratte dal Commentario all'editto di Gaio ed afferenti in origine alla trattazione del *receptum argentarii*. Pure da esse risulta che la garanzia costituita mediante *receptum argentarii* sarebbe stata valida anche se assunta dal banchiere all'insaputa o contro la volontà del debitore garantito. Nel secondo passo, inoltre, tale soluzione viene giustificata con il miglioramento della condizione patrimoniale del debitore conseguente alla garanzia ⁽⁴¹²⁾.

I passi citati inducono, quindi, a concludere che il banchiere potesse assumere la garanzia in seguito ad un incarico del debitore o a prescindere da qualsivoglia contatto o intervento dello stesso, addirittura contra la sua volontà. Ne consegue, pertanto, che il debitore non possa essere considerato

⁴¹² Osserva P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 280 che i due passi da ultimo citati «confermano l'indipendenza della obbligazione dell'*argentarius ex recepto* dalla obbligazione del cliente».

parte del *receptum argentarii* e che questo debba essere qualificato come negozio bilaterale tra banchiere e creditore garantito (⁴¹³).

Deve essere, infine, osservato che l'irrelevanza della volontà del debitore in merito alla costituzione della garanzia, tale che una espressa opposizione del debitore non avrebbe inficiato la validità del *receptum argentarii*, contribuisce a conferire alla garanzia – assieme agli altri elementi che verranno esaminati nei prossimi paragrafi – un carattere di spiccata autonomia rispetto all'obbligazione garantita, perché pone il *receptum argentarii* su di un piano nettamente distinto rispetto a quello delle vicende intercorrenti tra debitore e creditore dell'obbligazione garantita (⁴¹⁴).

10. *La sussistenza della responsabilità del banchiere in caso di inesistenza dell'obbligazione garantita.*

Il tipo di relazione esistente tra *receptum argentarii* e obbligazione garantita, che, come si è appena detto e come si spiegherà meglio in seguito, è qualificabile come autonomia, è appalesato da un aspetto centrale della disciplina dell'istituto in esame, aspetto del quale si ha notizia ancora una volta dalla costituzione che ha disposto l'abrogazione del *receptum argentarii*. Si consideri in special modo

Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 4.18.2.1: ... ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum), cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.

passo nel quale Giustiniano stabilisce che non troverà applicazione al *constitutum debiti* così come rimodellato dalla costituzione, un aspetto tipico

⁴¹³ Così *ex plurimis*: J. PARTSCH, *Der ediktale Garantievertrag*, cit., 412; G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 287; F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 180; A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El 'receptum argentarii'*, cit., 64 s.

⁴¹⁴ Di tale avviso anche F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 181 secondo il quale il fatto che il *receptum argentarii* potesse essere concluso anche *invito debitore* costituiva «il portato di un processo ormai compiuto di concettualizzazione del rapporto di completa e totale autonomia tra l'obbligazione del garante e quella del debitore: tale indipendenza arriva al punto da far perdere ogni rilevanza anche a quel residuo collegamento tra le due obbligazioni rappresentato dall'attribuzione dell'incarico al banchiere da parte del cliente».

della disciplina del *receptum argentarii*: la possibilità per il creditore di esigere dal banchiere con l'*actio recepticia* il '*quid non fuerat debitum*' ed ottenerne il pagamento. Tale decisione viene giustificata dall'imperatore osservando che è assurdo e contrario tanto allo spirito dei tempi quanto alle giuste leggi consentire che mediante l'*actio recepticia* venga conseguita una *res indebitas* e che vengano poi esperite numerose *condictiones* per ristabilire gli equilibri contrattuali così alterati.

Questione fondamentale per la comprensione del testo, e con esso dell'intero istituto in esame, è il significato di '*indebitum*'. A tale riguardo, in dottrina sono state proposte delle interpretazioni 'riduttivistiche'. In particolare, Huvelin ha sostenuto che per *indebitum* deve intendersi l'obbligazione non ancora sorta, in quanto tale non ancora dovuta: il *receptum argentarii*, quindi, avrebbe potuto essere utilizzato per garantire un'obbligazione futura ed il banchiere avrebbe potuto essere chiamato a pagare prima che tale obbligazione fosse sorta; se poi l'obbligazione non fosse venuta ad esistere, si sarebbe potuto ricorrere al meccanismo delle *condictiones* per le restituzioni (⁴¹⁵). Secondo Girard, invece, *indebitum* allude ad un'obbligazione inesistente che il banchiere, al momento dell'assunzione della garanzia, avesse ritenuto esistente: l'errore sarebbe risultato irrilevante ed il banchiere avrebbe dovuto ugualmente pagare (⁴¹⁶). Queste ricostruzioni non sono condivisibili perché non sono supportate da alcun dato testuale, derivante dalla costituzione in esame – che non accenna né ad obbligazioni future né ad errori del banchiere – o da altre fonti.

Si deve convenire, invece, con la dottrina maggioritaria, la quale ritiene che con le espressioni '*quid non fuerat debitum*' e '*res indebitas*' la costituzione si riferisse ad un'obbligazione inesistente o invalida (⁴¹⁷) e configura conseguentemente il *receptum argentarii* come un negozio astratto (⁴¹⁸). Il banchiere, quindi, utilizzando il verbo *recipio*, avrebbe promesso al creditore di eseguire una certa prestazione nell'interesse del debitore, senza però fare riferimento al fatto che tale prestazione fosse dovuta dal debitore: per effetto dell'impegno assunto in questo modo, l'*argentarius* avrebbe

⁴¹⁵ Cfr. P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain. Les obligations*, Paris, 1929, 111 ss.

⁴¹⁶ Cfr. P.F. GIRARD, *Manuelle*, cit., 593.

⁴¹⁷ Cfr. *ex plurimis*: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 279; F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 177; A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El 'receptum argentarii'*, cit., 115; P.I. CARVAJAL, *'Receptum argentarii'*, cit. 132.

⁴¹⁸ Parlano esplicitamente di carattere astratto del *receptum argentarii*: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 279; A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El 'receptum argentarii'*, cit., 115; P.I. CARVAJAL, *'Receptum argentarii'*, cit. 132.

dovuto eseguire la prestazione da lui promessa anche se essa non fosse stata realmente dovuta dal debitore. Egli poi avrebbe potuto rivalersi nei confronti del debitore dell'obbligazione garantita di quanto pagato ed il debitore, a sua volta, avrebbe potuto recuperare dal creditore l'indebito da questo percepito: ecco, dunque, la serie di *condictiones* biasimate da Giustiniano ⁽⁴¹⁹⁾.

Quanto detto consente dunque di concludere che il *receptum argentarii* poteva essere validamente costituito a garanzia anche di un debito inesistente ovvero che l'esistenza e la validità dell'obbligazione garantita non costituivano presupposti della validità della garanzia prestata mediante *receptum argentarii*.

11. *La non opponibilità da parte del banchiere delle eccezioni attinenti all'obbligazione garantita.*

Conferma della correttezza di questa ricostruzione si può avere affrontando un'altra questione, connessa a quella appena esaminata, la questione cioè delle eccezioni opponibili al creditore dal banchiere convenuto con l'*actio recepticia*.

A tale riguardo significativo risulta

Ulp. 14 *ad ed.* D. 13.5.27: *Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert. hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare.*

del quale deve essere presa in considerazione ora la seconda parte. Ulpiano, dopo aver ricordato che secondo Pomponio il *receptum argentarii* poteva essere validamente concluso anche contro la volontà del creditore, riferisce che il medesimo giurista riteneva scorretta la posizione di Labeone, secondo il quale doveva essere concessa una *exceptio in factum* al banchiere che dopo

⁴¹⁹ Spiega, infatti, F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 179 che «il banchiere deve dunque in ogni caso adempiere la sua obbligazione di garanzia, salvo poi rivalersi sul debitore suo cliente; sarà questi poi a farsi restituire dal creditore l'*indebitum* da lui percepito: nei rapporti tra debitore e creditore, infatti, tornano ad essere pienamente operanti e quindi opponibili quegli elementi di fatto o di diritto che rendevano non dovuto l'adempimento dell'obbligazione».

la conclusione del *receptum argentarii* avesse ricevuto dal debitore indicazione di non pagare. Ulpiano manifesta quindi la sua adesione alla soluzione di Pomponio, motivando il suo assenso con l'osservazione che il *factum debitoris* non deve scusare il banchiere, cioè non può essere addotto a giustificazione del suo inadempimento.

La controversia tra Labeone e Pomponio viene dunque utilizzata da Ulpiano per trarre dal caso specifico una regola generale. Da quanto emerge dal passo, infatti, Labeone avrebbe considerato iniquo che l'*argentarius* dovesse pagare il creditore a fronte di una giustificata indicazione del debitore di segno contrario e per tale ragione avrebbe ritenuto che la responsabilità del banchiere andasse attenuata e che gli dovesse essere concessa una *exceptio in factum* ⁽⁴²⁰⁾, lo stesso rimedio da lui prospettato in casi per certi versi analoghi, il naufragio e la *vis piratarum*, relativi al *receptum nautarum* ⁽⁴²¹⁾. Pomponio, a sua volta, avrebbe valorizzato il fatto che il *receptum argentarii* potesse essere concluso anche contro la volontà del debitore per sostenere l'irrelevanza della indicazione di non pagare: l'esclusione della *exceptio in factum*, dunque, è giustificata dal giurista sempre con riferimento alla fattispecie specifica in esame, la stessa considerata da Labeone, nella quale egli non individua però alcun tratto di iniquità. Ulpiano, invece, nella chiusa sposta il discorso su di un piano più generale, qualificando l'indicazione data dal debitore al banchiere come *factum debitoris* ed affermando che tali circostanze non possono essere fatte valere dal banchiere nei confronti del creditore per escludere la propria responsabilità: il giurista, quindi, sostiene che sono irrilevanti, non essendo opponibili dal banchiere, tutte le eccezioni

⁴²⁰ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 280 e FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 179 il quale osserva che «la responsabilità assunta dall'*argentarius* appare dunque molto gravosa, tanto da indurre Labeone a prospettare una sorta di temperamento».

⁴²¹ Ciò è segnalato anche da F. FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 179. Cfr. la parte finale di Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.93.1: *Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perierit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

pertinenti al debitore, quelle cioè fondate sul rapporto obbligatorio tra debitore e creditore ⁽⁴²²⁾.

Non è condivisibile, tuttavia, la posizione di chi ritiene che il passo in esame provi uno sviluppo del *receptum argentarii* nel segno di una sempre maggior astrattezza ⁽⁴²³⁾. Infatti, che il regime ordinario del *receptum argentarii* fosse quello della non opponibilità delle eccezioni relative all'obbligazione garantita già al tempo di Labeone si può trarre *a contrario* dal ragionamento dello stesso giurista: se è vero, infatti, che è la denuncia effettuata dal debitore al banchiere a rendere particolarmente iniqua la condizione del banchiere e a giustificare l'*exceptio in factum*, ciò significa che se il banchiere fosse stato a conoscenza di vicende relative al rapporto debitorio che si sarebbero potute tradurre in eccezioni opponibili da parte del debitore ma non vi fosse stata *denuntiatio* del debitore, egli non le avrebbe potute opporre.

La ricostruzione sin qui proposta non è contraddetta da

Paul. 13 *ad ed.* D. 13.5.12: *Sed et si decem debeantur et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri.*

Il passo, come si è detto in precedenza, appartiene ad una parte del Commentario paolino all'Editto che, secondo la ricostruzione di Lenel, era in origine dedicata al *receptum argentarii*. Pertanto, se il testo fosse relativo al *receptum argentarii*, se ne dovrebbe trarre che il banchiere non avrebbe potuto obbligarsi per un valore superiore a quello della obbligazione garantita e, se ciò fosse materialmente accaduto, sarebbe stato tenuto soltanto nei limiti di tale valore. Tale regola, tuttavia, appare inconciliabile non solo con quella della inopponibilità delle eccezioni spettanti al debitore ma anche con quella della irrilevanza della esistenza o invalidità dell'obbligazione garantita:

⁴²² Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 280; FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 178 ss. secondo il quale «parlando di *factum debitoris* Ulpiano lascia intendere, insomma, che erano inopponibili al creditore tutte quelle eccezioni pertinenti alla sfera del debitore e dunque fondate su vicende relative all'obbligazione di questi, fossero esse relative al suo sorgere o al suo svolgersi»; A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El 'receptum argentarii'*, cit., 206 ss.

⁴²³ Osserva P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 280 che «la giurisprudenza dell'età di Adriano (alla quale età appartiene Pomponio), seguita da quella dei Severi (Ulpiano), non concedeva più al banchiere una *exceptio in factum* contro l'azione del creditore, nel caso che il debitore avesse ordinato (posteriormente al *receptum*) al banchiere di non pagare. L'*exceptio in factum* era invece concessa da Labeone: evidentemente il carattere di astrattezza del *receptum* si era venuto sviluppando dalla età di Augusto alla età di Adriano, probabilmente sollecitato dall'esigenza del mondo degli affari, cui tornava opportuno un negozio di sollecita e semplice realizzazione, e la cui protezione venisse realizzata stralciando il rapporto fra banchiere e creditore da quello fra il banchiere ed il debitore cliente».

sarebbe, infatti, illogico ritenere che il banchiere non potesse far valere l'inesistenza dell'obbligazione garantita e potesse, invece, far valere difformità contenutistiche tra la prestazione da lui dovuta e quella dovuta dal debitore (⁴²⁴). Si deve convenire, dunque, con la dottrina maggioritaria la quale ritiene che il passo in esame fosse dedicato anche in origine al *constitutum debiti* (⁴²⁵)

In conclusione, dall'esame delle fonti, si trae che l'*argentarius* non avrebbe potuto opporre al creditore che lo avesse convenuto con l'*actio recepticia* alcuna delle eccezioni spettanti al debitore dell'obbligazione garantita, né quelle relative all'inesistenza o all'invalidità dell'obbligazione stessa né quelle derivanti da qualsivoglia vicenda relativa a tale rapporto obbligatorio. Si deve ritenere, invece, che il banchiere potesse opporre eccezioni relative al proprio rapporto *ex recepto* con il creditore, non essendovi ragioni logico-dogmatiche o testuali che suggeriscano la soluzione contraria (⁴²⁶).

12. Conclusioni.

Quanto sinora esposto consente di svolgere alcune riflessioni conclusive in merito alla qualificazione della relazione che veniva ad instaurarsi tra la garanzia assunta mediante *receptum argentarii* e l'obbligazione garantita.

Si è visto che il *receptum argentarii* consisteva in una promessa formale fatta da un banchiere di eseguire una certa prestazione, corrispondente a quella dovuta da un terzo debitore. È stato appurato, poi, che il *receptum argentarii* poteva essere concluso anche contro la volontà del creditore nonché a fronte di una obbligazione del cliente invalida o inesistente: in entrambi i casi il banchiere sarebbe stato tenuto a pagare. Infine, si è accertato che il contenuto dell'obbligazione del cliente non costituiva un limite per

⁴²⁴ Onde superare tale inconciliabilità O. LENEL, *Beiträge*, cit., 65 s. aveva ipotizzato che il *receptum argentarii* potesse essere causale o astratto a seconda della formula utilizzata dal banchiere per obbligarsi: '*centum pro Titio recipio*' (astratta); '*centum quae tibi Titius debet recipio*' (causale). Tale ricostruzione, tuttavia, è in contraddizione con C. 4.18.2.1 che fa riferimento ad un *receptum argentarii* che non richiede mai come presupposto necessario della sua validità l'esistenza dell'obbligazione garantita e che è, dunque, sempre astratto.

⁴²⁵ J. PARTSCH, *Der ediktale Garantievertrag durch 'receptum'*, in *ZSS*, XIX, 1908, 415; G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano, 1941, 279 e 319; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958, 154; J. ANDREAU, *La vie financière*, cit., 599

⁴²⁶ Ti tale avviso anche FASOLINO, *Sulle tecniche*, cit., 179 secondo il quale «non sembra logicamente sostenibile una diversa ipotesi».

l'entità della promessa del banchiere e l'*argentarius* non poteva opporre al creditore alcuna eccezione attinente all'obbligazione garantita.

Tutti questi elementi inducono a concludere che il *receptum argentarii* presentasse una spiccata autonomia, autonomia che consentendo il pronto pagamento della garanzia da parte del garante, senza che questo potesse lecitamente rifiutare l'esecuzione della prestazione facendo valere circostanze inerenti all'obbligazione garantita, risultava molto simile a quella che oggi caratterizza il contratto autonomo di garanzia.

Si deve, però, osservare che l'autonomia – mai comunque esplicitamente menzionata dalle fonti come caratteristica dell'istituto né tantomeno elaborata come categoria giuridica – trovava il suo fondamento nella struttura stessa del *receptum argentarii*, nella sua essenza cioè di negozio astratto derivante dal fatto che il banchiere nel momento in cui si rendeva responsabile nei confronti del creditore promettendogli una certa prestazione non faceva alcun riferimento al fatto che tale prestazione fosse dovuta dal debitore a favore del quale veniva costituita la garanzia.

CONCLUSIONI

Tentando di riassumere brevemente gli sviluppi e gli esiti di questa ricerca, deve essere detto che ci si era innanzitutto chiesti se fosse possibile ricondurre entro le categorie dell'accessorietà o dell'autonomia, così come oggi concepite, la relazione esistente tra l'obbligazione garantita e la situazione giuridica soggettiva che i vari tipi di garanzie personali creavano in capo al garante. Per risolvere questa questione si è dovuto ricostruire che cosa la dottrina moderna intenda per accessorietà.

Si ha avuto modo così di appurare che l'accessorietà non è un concetto giuridico dal significato univoco, poiché, pur designando, in generale, la condizione di subordinazione e dipendenza in cui si trova una cosa o un diritto rispetto ad altra cosa o diritto qualificabile come principale, con riferimento all'ambito delle obbligazioni, ed in particolare a quello delle garanzie, l'accessorietà si distingue in funzionale e genetica. La prima si realizza quando l'esistenza del rapporto obbligatorio accessorio è subordinata all'esistenza di quello principale, tanto al momento della genesi dell'obbligazione accessoria, per cui la nullità dell'obbligazione principale impedisce il sorgere di quella accessoria ed il contenuto dell'obbligazione principale condiziona il contenuto di quella accessoria, quanto successivamente, per cui le cause di estinzione dell'obbligazione principale comportano l'estinzione anche di quella accessoria e più in generale le varie vicende del rapporto obbligatorio principale si riverberano su quello accessorio, determinando l'opponibilità da parte del debitore dell'obbligazione accessoria delle eccezioni relative al rapporto principale. L'accessorietà genetica, invece, consiste in una subordinazione meno intensa perché limitata al solo momento genetico del rapporto obbligatorio accessorio: in questo caso, la nascita dell'obbligazione accessoria presuppone l'esistenza di una obbligazione valida, la prestazione oggetto della quale influenza la determinazione del contenuto dell'obbligazione principale, ma i due rapporti obbligatori mantengono una propria indipendenza, pertanto, l'estinzione del rapporto principale non determina l'estinzione di quello accessorio e le varie vicende del rapporto principale non si traducono in eccezioni opponibili nell'ambito del rapporto accessorio.

Per quanto concerne, poi, il concetto di 'autonomia', si è appurato che esso, generalmente, non viene definito dalla dottrina in positivo ma in negativo, come assenza di quella condizione di subordinazione e dipendenza che integra l'accessorietà: vi è, dunque, autonomia, secondo la dottrina, quando la valida costituzione di una obbligazione non richiede l'esistenza di

un'altra obbligazione anch'essa valida ed il debitore della prima obbligazione non può far valere in via di eccezione le vicende relative all'altra obbligazione. Con particolare riferimento al tema in esame, quindi, una garanzia è autonoma se può essere validamente assunta pur essendo invalida l'obbligazione garantita ed il garante non può opporre alcuna eccezione relativa al rapporto obbligatorio garantito. L'esame della dottrina in materia di contratto autonomo, infine, ha fatto emergere che i principali aspetti problematici di questo tipo negoziale sono: la funzione dell'istituto, di vera e propria garanzia o di indennizzo degli effetti dell'inadempimento; i presupposti che consentono al creditore di chiedere il pagamento al garante, ovverosia la mera dichiarazione dell'intervenuto inadempimento del debitore, l'indicazione dei fatti che integrano l'inadempimento o la produzione di determinati documenti comprovanti l'inadempimento; la causa delle negozio, esterna o interna; la difformità contenutistica rispetto all'obbligazione garantita, possibile o meno; i rimedi contro l'escussione fraudolenta da parte del creditore, in particolare l'eccezione di dolo generale ed il contesto in cui avvalersene.

Si è passati poi allo studio degli istituti del diritto romano per verificare l'applicabilità ad essi delle categorie moderne così ricostruite.

Per quanto concerne, innanzitutto, *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*, è possibile sostenere che, lungi dall'essere state garanzie autonome, fossero piuttosto caratterizzate da una condizione di dipendenza, che non appare però identificabile con il moderno concetto di accessorietà, in quanto era la conseguenza delle peculiari modalità di costituzione delle garanzie stesse. Le tre stipulazioni di garanzia, infatti, si costituivano tutte mediante uno scambio di *interrogatio* e *responsio* tra il creditore dell'obbligazione garantita ed il garante, scambio che seguiva l'analogo dialogo stipulatorio intervenuto tra creditore e debitore dell'obbligazione garantita, in particolare: nella *sponsio* il creditore dell'obbligazione principale chiedeva «*idem dari spondes?*» e lo *sponsor* rispondeva «*spondeo*»; nella *fidepromissio* il creditore dell'obbligazione principale chiedeva «*idem dari fidepromittis?*» ed il *fidepromissor* rispondeva «*fidepromitto*»; nella *fideiussio* il creditore della obbligazione principale chiedeva «*id fide tua esse iubes?*» ed il *fideiussor* rispondeva «*fideiubeo*». Lo *sponsor* ed il *fidepromissor*, quindi, promettevano l'*idem*, cioè una prestazione distinta da quella promessa dal debitore della obbligazione garantita ma avente il medesimo contenuto, e assumevano così una nuova obbligazione la cui funzione di garanzia era tipicamente manifestata dal collegamento esistente tra l'atto costitutivo del rapporto obbligatorio garantito e quello della garanzia, collegamento

consistente nel rinvio al rapporto obbligatorio garantito operato mediante l'uso dell'espressione *idem: sponsio e fidepromissio*, dunque, si venivano a trovare in una situazione di dipendenza rispetto all'atto costitutivo dell'obbligazione garantita. Il *fideiussor*, invece, acconsentiva (questo il significato che deve essere attribuito a *iubere*) a che fosse posta sotto la sua responsabilità (*fides*) l'*id*, cioè la stessa prestazione dovuta dal debitore dell'obbligazione garantita, e non diveniva pertanto titolare di una nuova obbligazione ma si rendeva responsabile per l'obbligazione garantita: la *fideiussio*, quindi, si poneva in una condizione di subordinazione rispetto al rapporto obbligatorio garantito.

Conseguentemente, *sponsio e fidepromissio* potevano garantire anche un'obbligazione invalida non perché fossero garanzie autonome ma perché la dipendenza rispetto all'atto costitutivo della obbligazione garantita comportava che il presupposto minimo per la loro valida costituzione fosse l'esistenza di un dialogo tra creditore e debitore giuridicamente qualificabile come scambio di *interrogatio e responsio*. La *fideiussio*, invece, poteva garantire soltanto obbligazioni valide proprio perché, essendo subordinata all'obbligazione garantita e consistendo nell'assunzione da parte del garante della responsabilità per essa, l'obbligazione da garantire doveva esistere; l'accessorietà, tuttavia, risultava più attenuata rispetto a quella che caratterizza oggi la fideiussione perché la *fideiussio* poteva essere assunta anche a garanzia di una obbligazione naturale, dal momento che pure in questa vi era una prestazione dovuta, seppur incoercibile, alla quale creditore e *fideiussor* potevano fare riferimento nel loro dialogo stipulatorio.

La dipendenza di *sponsio e fidepromissio* rispetto all'atto costitutivo dell'obbligazione garantita e la subordinazione della *fideiussio* rispetto al rapporto obbligatorio garantito mi inducono, inoltre, a ritenere plausibile che, in età risalente, *sponsor e fidepromissor* potessero assumere esclusivamente un'obbligazione avente per oggetto una prestazione identica a quella promessa dal debitore e il *fideiussor* potesse rendersi responsabile soltanto per l'obbligazione del debitore, con la conseguenza che ogni difformità, benché minima, tra garanzia e obbligazione principale avrebbe comportato la invalidità della garanzia. Col tempo, tuttavia, la giurisprudenza cominciò a prendere coscienza del fatto che le modalità di conclusione delle stipulazioni di garanzia rendevano la situazione giuridica soggettiva di cui era titolare il garante subordinata rispetto all'obbligazione garantita e che era questa subordinazione a permettere di interpretare tali stipulazioni come garanzie: i giuristi si resero conto che, come si è già detto più volte, ciò che attribuiva alla *sponsio* e alla *fidepromissio* la natura di garanzia era il rinvio, insito nella

promessa dell'*idem*, al dialogo stipulatorio costitutivo della obbligazione garantita e ciò che configurava la *fideiussio* come assunzione di responsabilità per un'obbligazione altrui era il richiamo dell'obbligazione garantita operato mediante l'*id*. La giurisprudenza iniziò così a ritenere ammissibili garanzie aventi contenuto difforme rispetto all'obbligazione garantita purché fossero rispettati il limite della *alia obligatio*, la garanzia cioè non poteva avere un contenuto radicalmente diverso da quello dell'obbligazione garantita, ed il limite della *durior condicio* o *durior causa*, il garante cioè non poteva essere obbligato o responsabile per una prestazione maggiore dell'obbligazione garantita o trovarsi comunque in una condizione peggiore rispetto al debitore garantito, giacché il rispetto di tali limiti avrebbe consentito di conservare la condizione di subordinazione tipica della garanzia.

Analoghe ragioni, ossia la consapevolezza da parte della giurisprudenza della subordinazione della garanzia rispetto all'obbligazione garantita, stanno alla base anche dell'estinzione della garanzia in seguito all'estinzione dell'obbligazione garantita. Tale fenomeno, infatti, era determinato nella *sponsio* e nella *fidepromissio* dalla funzione di garanzia che tali stipulazioni acquistavano a causa della dipendenza del loro atto costitutivo dall'atto costitutivo della obbligazione garantita, funzione che giustificava la sussistenza delle predette stipulazioni solo fintantoché vi fosse stata un'obbligazione da garantire; nella *fideiussio*, invece, era la mera conseguenza del fatto che il venir meno dell'obbligazione garantita non poteva che comportare necessariamente anche il venir meno della responsabilità sussistente in capo al *fideiussor* per quella obbligazione.

A conferma, tuttavia, della non utilizzabilità delle moderne categorie di accessorietà e di autonomia con riferimento alle stipulazioni di garanzia va notato che l'estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale non è in alcuna fonte ricollegata, né risulta comunque ricollegabile, alla dipendenza della garanzia dall'obbligazione garantita. I passi che si occupano di tale fenomeno, infatti, lo giustificano facendo riferimento esclusivamente a ragioni peculiari, tipiche di ciascuna eccezione, come ad esempio l'interesse del paciscente all'opposizione del patto nella *exceptio pacti* o l'infondatezza della pretesa del creditore nella *exceptio doli*.

Per quanto riguarda, invece, il *mandatum pecuniae credendae*, i dati acquisiti inducono a ritenere che il non fosse una garanzia autonoma, perché il mandatario non poteva ottenere il pronto pagamento della somma mutuata dal mandante: questi, infatti, poteva far valer la difformità tra mandato e mutuo, poteva opporre alcune eccezioni, poteva richiedere la cessione delle azioni contro il mutuatario. Parimenti, deve essere escluso che si trattasse di

una garanzia accessoria, poiché il mandato poteva avere ad oggetto una somma maggiore di quella mutuata, il mandato rimaneva valido nonostante l'invalidità del mutuo, non tutte le eccezioni attinenti al mutuo erano opponibili da parte del mandante, in seguito all'esperimento di un'azione *la litis contestatio* non comportava la consunzione dell'altra. È possibile rinvenire, invece, un collegamento negoziale tra il mandato di credito ed il mutuo, determinato dal fatto che il mandato era concluso nell'interesse sempre almeno del terzo, e che da tale collegamento, valorizzato e valorizzabile in forza della natura di buona fede dell'*actio mandati contraria*, discendesse la suesa posta disciplina dell'istituto.

In merito, poi al *constitutum debiti alieni*, si è appurato che nella relazione tra *garanzia* e obbligazione del terzo sono presenti gli elementi tipici della moderna accessorietà genetica, cioè quella forma di dipendenza di un'obbligazione, in questo caso la garanzia, da un'altra obbligazione, qui l'obbligazione garantita, che si manifesta al momento del sorgere dell'obbligazione accessoria – influenzandone il contenuto e richiedendo che essa acceda ad un'obbligazione valida – ma che poi viene meno nel corso della vita della stessa, giacché le vicende dell'obbligazione principale, con la sola esclusione dell'adempimento, non producono effetti sull'obbligazione accessoria. Si è visto, infatti, che il *constitutum debiti alieni* presupponeva l'esistenza dell'obbligazione del terzo e richiedeva, ai fini della sussistenza della responsabilità del garante, e dunque della validità dell'istituto stesso, che tale obbligazione fosse coercibile, cioè che non vi siano rimedi pretori che ostassero alla condanna del debitore inadempiente. Era sufficiente, poi, che l'obbligazione del terzo sussistesse al momento della conclusione del *constitutum debiti*, essendo irrilevante ai fini della validità della promessa di pagamento una successiva estinzione dell'obbligazione stessa. Inoltre, non solo l'ormai avvenuta estinzione dell'obbligazione al quale il *constitutum debiti alieni* si riferisce, quando è esercitata l'*actio de pecunia constituta*, non inficiava la validità della garanzia ma, più in generale, le cause di non soddisfattive di estinzione dell'obbligazione garantita non si traducevano in eccezioni opponibili da parte del costituente. Infine, il contenuto dell'obbligazione garantita costituiva il limite della garanzia, poiché la garanzia prestata per un ammontare maggiore si riduce entro il valore dell'obbligazione garantita.

Ciò non di meno, oltre al fatto che il *constitutum debiti alieni* non presupponeva un'obbligazione del terzo valida – potendo riferirsi anche ad un'obbligazione onoraria, pertanto, invalida *ex iure civile* – deve essere sottolineato che l'uso della categoria menzionata è del tutto estraneo alle

fonti, poiché manca una qualsivoglia concettualizzazione dello stesso nonché un suo utilizzo per giustificare la disciplina dell'istituto. Parlare, dunque, di accessorietà genetica, seppur corretto rispetto al significato oggi attribuito alla categoria, risulta storicamente improprio.

Con riferimento, infine, al *receptum argentari*, si è visto che tale garanzia era caratterizzata da una spiccata autonomia. Si è visto che il consisteva in una promessa formale fatta da un banchiere di eseguire una certa prestazione, corrispondente a quella dovuta da un terzo debitore. È stato appurato, poi, che il *receptum argentarii* poteva essere concluso anche contro la volontà del creditore nonché a fronte di una obbligazione del cliente invalida o inesistente: in entrambi i casi il banchiere sarebbe stato tenuto a pagare. Infine, si è accertato che il contenuto dell'obbligazione del cliente non costituiva un limite per l'entità della promessa del banchiere e l'*argentarius* non poteva opporre al creditore alcuna eccezione attinente all'obbligazione garantita.

Anche in questo caso, tuttavia, mancando nelle fonti una qualsiasi concettualizzazione del concetto di autonomia e trovando i vari aspetti della disciplina dell'istituto che la incarnano giustificazione nelle concrete modalità di conclusione del negozio, e non in riflessioni di tipo dogmatico, il ricorso alla categoria moderna risulta improprio.

Si può concludere, quindi, che pur essendo riscontrabili nelle garanzie personali del diritto romano alcune delle caratteristiche proprie dei concetti di accessorietà e autonomia oggi utilizzati per qualificare il rapporto tra garanzia ed obbligazione garantita, tali categorie non hanno trovato concettualizzazione da parte dei giuristi romani e l'uso delle stesse per spiegare il funzionamento degli istituti esaminati risulta pertanto una impropria sovrapposizione di strutture moderne ad istituti antichi.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTARIO E., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948
- AMIRA K. von, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1882
- AMIRANTE L., 'Iusiurandum fideiussoris', in *Scritti giuridici per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954
- ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965
- ARCHI G.G., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, I, Firenze, 1957
- ARCHI G.G., *Contributi alla critica del 'corpus iuris'. II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*, in *BIDR*, LXV, 1962
- ARCHI G.G., *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche a ricordo di G. Castelli*, Milano, 1940, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981
- ARCHI G.G., *Problemi testuali: 'fideiussio animo donandi'*, in *Syntelesia Arangio Ruiz*, II, Napoli 1964 ora in *Scritti di diritto romano. Studi di diritto privato*, 2, Milano, 1981
- ASTUTI G., *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, XI, 1937
- ASTUTI G., *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, Milano, 1941
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni I*, Milano, 1946
- BENVENISTE E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I. Économie, parenté, société*, Paris, 1969, trad. it. a cura di M. Liborio, Torino, 2001
- BERETTA A., *Sulle formule di stipulazione fideiussoria e novativa*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1947
- BESELER G., *Miscellanea*, in *ZSS*, XLV, 1925
- BESELER G., *Romanistiche Studien*, in *Tijdschrift vor Rechtsgeschiedenis*, 1930

- BESELER G., *Fides*, in *Atti Congresso internazionale di diritto romano*, Pavia, 1934
- BESELER G., *Unklassische Wörter*, in *ZSS*, LVI, 1936
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano II Obbligazioni*, Padova, 1960
- BIANCA C.M., *Diritto civile V. La responsabilità*, Milano, 2012
- BIAVASCI P., *L'adiectus solutionis causa' e il 'constitutum debiti'*, in *Index*, XXXVI, 2008
- BINDER J., *Die Korrealobligationen im Römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899
- BIONDI B., *'Sponsio' e 'stipulatio'. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR*, 1962
- BO G., *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934
- BÖCKING E., *Gaii Institutionum Commentarii quattuor emendavit Eduardus Böcking*, Lipsiae, 1855
- BÖCKING E., *Gaii Institutiones Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas compositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Eduardus Böcking accesserunt Goescheni de Codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de iure fisci quae supersunt*, Lipsiae, 1866
- BORTOLUCCI G., *Il mandato di credito*, in *BIDR*, XXVII, 1914
- BORTOLUCCI G., *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, in *BIDR*, XXVIII, 1915
- BORTOLUCCI G., *Un critico del Fabro (per la storia delle obbligazioni solidali)*, in *conferenze romanistiche*, Milano, 1940
- BOVE L., *Recensione ad A. DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, in *SDHI*, LVI, 1990
- BOZZI G., *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato Rescigno XIII*, Torino, 1985
- BRANCA G., *'Unum debitum' e 'plures obligationes'*, in *Riv. dir. comm.*, LII, 1954, ora in *Studi in onore di P. De Francisci*, III, Milano, 1956
- BRASIELLO U., voce *Obbligazione (diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1957

- BRIGUGLIO F., *'Fideiussoribus succurri solet'*, Torino, 1999
- BRIGUGLIO F., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008
- BRINZ A., *Kritische Blätter civilistischen Inhalts*, Erlangen, 1853
- BRINZ A., *Der Begriff obligatio*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, I, 1874
- BRUNS C.G., *Fontes iuris romani antiqui. Leges et negotia*, I, Tubingae, 1909
- BRUNS C.G., *Fontes iuris romani antiqui*, II, Tubingae, 1909
- BRUTTI M., *La problematica del dolo personale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973
- BUCKLAND W.W., *Le limites de l'obligation du fideiussor*, in *RHD*, VII, 1928
- BUCKLAND W.W., *Le limites de l'obligation du 'fideiussor'*, in *RHD*, XII, 1933
- BUCKLAND W.W., *Principal and 'fideiussor'. 'Consumptio litis'*, in *Juridical Review*, LIII, 1941
- BURDESE A., *'Mandatum mea aliena tua gratia'*, in *Studi in onore di Arangio Ruiz*, Napoli, 1953
- CAMPOGRANDE V., *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902
- CANNATA C.A., *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*, LVII, 1991
- CANNATA C.A., voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995
- CANNATA C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003
- CAPITANT H., *De la cause des obligations*, Paris, 1923
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949
- CARVAJAL P.I., *'Receptum argentarii' (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano*, in *Ars Boni et Aequi*, I, 2005
- CHECCHINI A. – AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2008
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale*, II, Napoli, 1934

- COMPARATO, *Sûretés personnelles*, Paris, 1999
- CORNIOLEY P., *'Naturalis obligatio'. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève, 1964
- DERNBURG H., *Pandekten*, II, Berlin, 1897
- DE MARTINO F., *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940
- DE MARTINO F., *Studi sulle garanzie personali. I. Autonomia classica della sponsio*, Napoli, 1937, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli, 1995
- DE MARTINO F., *Studi sulle garanzie personali. II. Intorno alla storia della sponsio*, Napoli, 1938, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli, 1995
- DE MARTINO F., *L'origine delle garanzie personali e il concetto di 'obligatio'*, in *SDHI*, VI, 1940, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli, 1995
- DELOUME A., *Le manieurs d'argent a Rome*, Paris, 1890
- DE RUGGIERO R., *'Depositum vel commodatum'. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR*, XIX, 1907
- DE RUGGIERO E., *'Argentarius'*, in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, Roma, 1961
- DIAZ BAUTISTA A., *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, in *RIDA*, XIX, 1982
- DÍAZ BAUTISTA A., *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987
- DUSI B., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1929
- EISELE F., *Correalität und Solidarität*, in *Arch. civ. Prax.*, LXXVII, 1891
- EISELE F., *Beiträge zur Erbenntniss den Digesteninterpolationen*, in *ZSS*, XIII, 1892
- ELGUERA E., *'Receptum argentariorum'*, in *RSADR*, X-XI, 1963-1965
- ESPINOSA GOEDERT T., *Mandato de crédito (El 'mandatum pecuniae credendae' en el Derecho Romano)*, Barcelona, 1994
- FASOLINO F., *Sulle tecniche negoziali bancarie: il 'receptum argentarii'*, in *Labeo*, XLVI, 2000

- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921
- FLUME W., *Studien zur Akzessorietat der römischen Burgshaftstipulationen*, Weimar, 1932
- FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn - München - Wien - Zürich, 1990
- FLUME W., *Die Vererblichkeit der suspensive bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, in *TR.*, XIV, 1936
- FLUME W., *Der bedingte Rechtsakt nach der Vorstellungen der römischen Klassiker*, in *ZSS*, XCII, 1975
- FLUME W., *Die Aufhebungsabreden beim Kauf – 'lex commissoria', 'in diem addictio' und sogenanntes 'pactum displicentiae' - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift Käser*, München, 1976
- FRAGALI M., *Libro quarto delle obbligazioni artt. 1936 - 1959*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 1962
- FREZZA P., *Le garanzie delle obbligazioni I. Le garanzie personali*, Padova, 1962
- FREZZA P., 'Receptum', in *NNDI*, XIV, 1967
- FREZZA P., *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di 'constitutum debiti'*, in *Scritti*, II, Roma, 2000
- GAROFALO L., *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *La garanzia nella prospettiva storico comparatistica. V Congresso internazionale Aristec (Salisburgo, 13-15 settembre 2001)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, 233 ss.
- GAROFALO L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano, 2007
- GEIB O., *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, 1894
- GIERKE O., *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslavia, 1910
- GIODICE SABATELLI V., 'Constituere': dato semantico e valore giuridico, in *Labeo*, XXVII, 1981
- GIRARD P. F. *Manuelle elementaire de droit romain*, Paris, 1929
- GIRARD P. F. – SENN F., *Textes de droit romain*, Paris, 1967
- GIRTANNER W., *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte*, Jena, 1850

- GIOMARO A.M., *'Actio in factum adversus argentarios'*, in *Studi urbinati*, XLV, 1976-1977
- GIUSTI A., *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato Cicu - Messineo - Mengoni*, Milano, 1998
- GIUFFRÈ V., *Il 'mandatum pecuniae credendae' di Caio Giulio Prudente a Caio Sulpicio Cinnamo*, in *'Fides Humanitas Ius'. Studi in onore di L. Labruna*, IV, Napoli, 2007
- GNEIST R., *Institutionum et regularum iuris romani Syntagma edidit et brevi annotatione instruxit Rudolphus Gneist*, Lipsiae, 1880
- GÖSCHEN F.L., *Gaii Institutionum Commentarii IV e codice rescripto bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae Scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi a I. F. L. Goeschen accedit fragmentum veteris iureconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem bibliothecae membranis transcriptum*, Berolini, 1820
- GRADENWITZ O., *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, in *Festgabe für Schirmer*, Königsberg, 1900
- GRADENWITZ O., *Die Ungültigkeit obligatorischer de rechtsgeschafte*, in *Jherings Jahrbuch*, 1889
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1970
- GUARINO A., *'Mandatum credendi'*, Napoli, 1982
- GUILLARD E., *Traites du cautionnement et des transactions*, Paris, 1894
- HASEMBALG H., *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts: eine civilistische Studie*, Düsseldorf, 1870
- HEINE G., *Fides*, in *Hermes*, LXIV, 1929
- JAKAB E., *TPSulp. 48 e 49: contratti e operazioni bancarie a Puteoli*, in *'Fides Humanitas Ius'. Studi in onore di L. Labruna*, IV, Napoli, 2007
- KARLOWA O., *Der Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877
- KASER M., *Das römisches Privatrecht*, I, München, 1971
- KELLER F. L., *Über 'litis contestatio' und Urteil nach klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1827
- KNIEP F., *Gai Institutionum Commentarius. Text mit Vorwort, Erklärung und Anhangen*, V, Jena, 1911

- KNIEP F., *Gaii Institutionum. Commentarius tertius*, Jena, 1917
- KRETSCHMAR G., *Die Natur des Prälegats*, Leipzig, 1874
- KRUEGER P. – STUEMUND G., *Gaii Institutiones ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum*, Berolini, 1905
- KRÜGER H., *Beiträge zur Lehre von der 'exceptio doli'*, Halle, 1892
- LEGAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, 1999
- LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsia, 1889
- LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889
- LENEL O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1907
- LEVY E., *'Sponsio' 'fidepromissio' 'fideiussio'*, Berlino, 1907
- LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen Recht*, I, Berlin, 1918
- LEVY E., *Principal and Surety in Classical Roman Law*, in *Seminar*, II, Washington, 1944
- LONGO G., *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milano, 1936
- LUCCHETTI G., *Banche, banchieri e contratti bancari nella legislazione giustiniana*, in *BIDR*, XXXIII-XXXIV, 1991-1992
- MALAURIE P. – AYNES L., *Sûretés*, Paris, 2001
- MANCALEONI F., *'Mandatum tua gratia' e 'consilium'*, in *RISG*, XXVII, 1899
- MANNINO V., *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale*, Torino 1992
- MANNINO V., voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ. VIII*, Torino, 1992
- MANNINO V., *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuale*, a cura di Vincenzo Mannino, Padova, 2004
- MANTHE U., *Gaius Institutiones Die Institutionen des Gaius*, Darmstadt, 2004
- MASI A., voce *Solidarietà*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970
- MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995

- MELILLO G., *'Pacta in rem', 'pacta in personam': una 'divisio' classica?, in 'Sodalitas': scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli, 1984
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale II*, Padova, 1943
- MIRABELLI G., *Contratti speciali*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore, Napoli, 1905
- MITTEIS L., *Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, in *Jherings Jarbuch*, XXVIII, 1889
- MITTEIS L., *Herkunft der Stipulation*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht: Festschrift für Ernst Immanuel Bekker*, Weimar, 1907
- MITTEIS L., *Romisches Privatrecht bis uf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908
- MURILLO VILLAR A., *La responsabilidad del banquero por los depósitos de los clientes. Una reflexión desde fuentes romanas*, in *Rivista di diritto romano*, XIV, 2014
- NÖRR D., *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*, LX, 1994
- ORDELIN FONT J.L., *El 'mandatum pecuniae credendae' como garantía personal: consideraciones para su redención*, in *Revista de Derecho Privado*, IV.6, 2014
- PACIFICI MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1921
- PASTORI F., *Osservazioni intorno alla sponsio romana*, in *SDHI*, XIII, 1947
- PASTORI F., *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1990
- PERNICE A., *Parerga*, in *ZSS*, XIX, 1898
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928
- PETRUCCI A., *Osservazioni in tema di legislazione giustiniana sul 'receptum argentarii' e sull' 'antiphonesis'*, in *'Fides humanitas ius'. Studi in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007
- PIRO L., *A proposito della cessione delle azioni nel mandato di credito, in Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria, Napoli, 2006
- PLATSCHECK J., *Das edikt 'de pecunia constituta'*, München, 2013
- POTHIER R.J., *Traites des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, 1764
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1985

- PUNTSCHART P., *Schuldvertrag und Treuegelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter: Ein Beitrag zur Grundauffassung der altdeutschen Obligation*, Leipzig, 1896
- PROVERA G., *Riflessioni sul 'beneficium cedendarum actionum'*, in *Studi C. Sanfilippo*, IV, 1983
- RAVAZZONI A., voce *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ. VIII*, Torino, 1992
- REMY P., *Brève histoire du caractère accessoire du cautionnement en droit français*, in *La garanzia nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di Letizia Vacca, Torino, 2003
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ A.M., *El 'receptum argentarii' en el derecho romano clasico. Una propuesta de análisis*, Madrid, 2004
- ROTONDI G., *Di alcune riforme giustinianee relative al 'pactum de non petendo'*, Perugia, 1913, ora in *Scritti sul diritto romano delle obbligazioni*, II, Milano, 1922
- SALPIUS B., *Novation und Delegation nach römisch Recht*, Berlino, 1864
- SANFILIPPO C., *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania, 1947
- SAVIGNY F.C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1851
- SCHULZ F., *Classical roman law*, Oxford, 1951
- SEGRÈ G., *Lezioni di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Torino, 1922
- SEGRÈ G., *Corso di diritto romano: le garanzie personali e reali delle obbligazioni. I Le garanzie personali*, Torino, 1934
- SEGRÈ G., *In materia di garanzie personali*, in *BIDR*, 1934, ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952
- SIBER H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Darmstadt, 1925
- SIBER H., *'Naturalis obligatio'*, in *Gedenkschrift für Mitteis*, Leipzig, 1926
- SIBER H., *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928
- SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, Paris, 2000
- SOLAZZI S., *Mora del convenuto con le azioni adiettizie e mora del fideiussore*, in *RISG*, LXI, 1919, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1957

- SOLAZZI S., *Nè 'accessiones' nè 'adpromissores'*, in *BIDR*, XXXVIII, 1930, ora in *Scritti giuridici III*, Napoli, 1960
- STELLA G., *Fideiussione e garanzie autonome*, Milano, 2010
- STOLFI N., *Diritto civile*, IV, Torino, 1934
- STUEMUND G., *Gaii Institutionum Commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsiae, 1874
- TALAMANCA M., *'Alia causa' e 'durior condicio' come limite dell'obbligazione dell'adpromissor'*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1969
- TALAMANCA M., voce *Fideiussione (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1969
- TALAMANCA M., voce *Obbligazione (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1981
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- TALAMANCA M., *L'accessorietà della garanzia fideiussoria*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica: V Congresso internazionale ARISTEC: Salisburgo, 13-15 settembre 2001*, a cura di Letizia Vacca, Torino, 2003
- THERY P., *Sûreté et publicité foncière*, Paris, 1998
- TORRES PARRA M.J., *El mandato de crédito como garantía personal*, Madrid, 1998
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012
- TROPLONG R.T., *Du cautionnement*, Paris, 1846
- TUMEDEI C., *Distinzioni postclassiche relative all'età*, Bologna, 1922
- WACKE A., *Zur Lehre vom 'pactum tacitum' und zur Aushilfsfunktion der 'exceptio doli'*, in *ZSS*, XC, 1973
- VANGEROW K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1876
- VARVARO M., *Sulla storia dell'editto 'de pecunia constituta'*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, 2009
- VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967

- WIEACKER F., *Zur Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *ZSS*, LXXX, 1963
- WINDSHEID B.J.H., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1906
- WINDSHEID B.J.H., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1906
- ZANNINI P., voce *Tutela (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, 1992

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE NON GIUSTINIANEE		3.105	93 n. 190
		3.106	93 n. 190
<i>Gai Inst.</i>		3.107	93 n. 190
1.114	75 n. 156	3.108	93 n. 190
1.157	74 n. 153	3.109	93 n. 190
1.171	74 n. 153	3.112	67; 67 n. 142
1.190	74 n. 154	3.113	119; 121; 126 n. 255
3.92	34 n. 68; 50 n. 103; 68	3.115	19; 19 n. 29; 20 n. 31; 32; 49 n. 99
3.93	82 n. 168	3.116	32; 32 n. 62; 33; 49 n. 99; 59; 67 n. 142
3.97	89 n. 183; 93 n. 190	3.117	19; 19 n. 28; 20 n. 31; 49 n. 99
3.98	93 n. 190	3.118	49 n. 99; 49; 71; 72 n. 147; 95
3.99	93 n. 190	3.119	20 n. 31; 41 n. 83; 49 n. 99; 71; 72; 73 n. 148; 74; 78; 79; 81; 83; 84; 85; 86; 87 n. 179; 88; 90; 91; 95; 95 n. 192; 98
3.100	79 n. 161; 80 n. 163; 93 n. 190		
3.101	93 n. 190		
3.102	93 n. 190		
3.103	93 n. 190		
3.104	93 n. 190		

3.119a	71; 81; 95; 96; 98	<i>Paul Sent.</i>	
3.120	20 n. 31; 49 n. 99	1.9.5	49 n. 99
3.121	20 n. 31; 49 n. 99		
3.122	20 n. 31; 49 n. 99	CORPUS IURIS CIVILIS	
3.123	49 n. 99	<i>Institutiones</i>	
3.124	20 n. 31; 49 n. 99	3.16 pr.	45 n. 91; 46
3.126	20 n. 31; 25; 30; 32; 49 n. 99; 119; 120; 121; 126 n. 255; 136; 137	3.19.13	80 n. 164
3.127	49 n. 102	3.20.5	31; 31 n. 60; 121
3.155	160; 166	3.26 pr.	170
3.156	160; 166	3.26.1	170
3.157	181 n. 359	3.26.2	170
3.161	184 n. 361	3.26.3	171
3.176	38 n. 79; 42 n. 85; 84	3.26.4	171
3.177	38 n. 79; 42 n. 85	3.26.5	171
		3.26.6	171
		3.26.8	184 n. 361
		4.6.8	204; 204 n. 387
		<i>Vat. Frag.</i>	
229	75 n. 156	<i>Digesta</i>	
		2.14.1.3	97 n. 193
		2.14.7.8	141 n. 286
		2.14.17.3	141 n. 287
		2.14.19	62 n. 136
		2.14.21	62 n. 136; 149
		<i>Strab. Frag.</i>	
II a	43		
		<i>Tit. Ulp.</i>	
11.27	74 n. 151		

2.14.21.1	141 n. 287	4.8.49.2	142 n. 287
2.14.21.5	147; 148; 151	4.93.1	215 n. 421
2.14.22	149	12.2.27	205 n. 391
2.14.23	62 n. 136; 148; 149; 151	12.2.28.1	154
2.14.24	149; 149 n. 303	12.2.42 pr.	102; 110
2.14.25	62 n. 136; 149	13.5.1.8	195; 198
2.14.25.1	141 n. 287; 151	13.5.2	195
2.14.25.2	149	13.5.3.1	199
2.14.26	149	13.5.5.3	196; 197
2.14.27 pr.	149; 150; 151	14.5.8	205 n. 392
2.14.27.10	141 n. 287	13.5.11.1	199
2.14.28.2	142 n. 287	13.5.12	200; 205 n. 390; 207; 216
2.14.32	152; 153	13.5.13	200
2.14.33	142 n. 287	13.5.18.1	198
2.14.40 pr.	142 n. 287	13.5.18.3	201
2.14.40.3	142 n. 287	13.5.27	205 n. 389; 210; 214
2.14.57.1	142 n. 287	13.5.28	205 n. 391
4.3.19	26 n. 47	13.7.8.4	142 n. 287
4.4.13	109 ; 109 n. 216; 183	14.6.9.3	190
4.8.32.18	142 n. 287	14.6.18	101
4.8.32.19	142 n. 287	15.1.91.4	62 n. 135
4.8.34 pr.	142 n. 287	16.3.1.14	104
4.8.35	107; 108		

16.3.1.14	62 n. 136; 105 n. 209; 107; 111; 165 n. 335; 169	23.4.20.2	142 n. 287
		23.4.30	142 n. 287
16.3.14	113	24.1.5.4	99
17.1.2	167	24.3.31.1	143 n. 287
17.1.6 pr.	179 n. 356	24.3.64.4	22
17.1.6.4	168	34.3.5.4	62 n. 136
17.1.6.5	168	34.3.8.1	143 n. 287
17.1.7	179 n. 356	34.3.20 pr.	143 n. 287
17.1.10.8	185	40.1.70.1	127
17.1.12.11	180	44.1.7	140; 143; 144; 146; 148 n. 302
17.1.12.13	183; 184 n. 360	44.1.19	146 ; 147
17.1.12.14	172	45.1.1.2	99
17.1.20 pr.	178	45.1.5.2	23
17.1.27.5	177	45.1.6	111; 112; 113
17.1.28	205 n. 389	45.1.12	35 n. 70
17.1.29 pr.	153	45.1.38.13	35 n. 70
17.1.32	165 n. 335; 169	45.1.47	37 n. 77
17.1.48.1	165 n. 335; 170	45.1.56.4	35 n. 70
17.1.48.2	165 n. 335	45.1.57	35 n. 70
17.1.58	189	45.1.64	35 n. 70
17.1.59.6	187	45.1.83	35 n. 70
22.1.32.5	26 n. 47	45.1.88	26 n. 47
22.3.9	142 n. 287	45.1.91.4	26
23.4.10	142 n. 287		

45.1.97 pr.	35 n. 70	46.1.16.1	123; 122 n. 239; 123 n. 247; 124; 125; 132; 133
45.1.115.1	35 n. 70	46.1.16.2	123; 124; 125; 132; 133
45.1.118.1	35 n. 70	46.1.16.3	123; 132; 133
45.1.120	36 n. 70	46.1.16.4	123; 132; 133
45.1.127	108	46.1.16.5	123; 124; 132; 133
45.2.4	46; 47	46.1.16.6	123; 132; 133
45.2.6.3	44; 44 n. 90; 45	46.1.21.3	30 n. 55
45.2.9.1	143 n. 287	46.1.25	109; 111; 112; 113;
46.1.2	107; 110	46.1.29	98
46.1.3	27; 30	46.1.30	205 n. 391; 211
46.1.5	27; 30	46.1.32	28; 30; 144; 145
46.1.8.2	98	46.1.34	28; 30; 122 n. 243; 122 n. 244; 122 n. 245; 129; 131; 133
46.1.8.7	122 n. 242; 122 n. 243; 129; 130; 131; 133	46.1.38 pr.	130 n. 265; 132 n. 268
46.1.8.8	122 n. 239; 129; 130; 130 n. 265 ; 132; 132 n. 268; 133	46.1.42	116
46.1.8.9	122 n. 239; 129	46.1.56. 2	100
46.1.8.10	122 n. 241; 130	46.1.70 pr.	122 n. 239; 126; 128
46.1.8.11	122 n. 240; 130	46.1.70.2	117; 118
46.1.11	101	46.1.71 pr.	29; 30
46.1.13	177	46.1.71.1	143 n. 287
46.1.16 pr.	122; 132; 133	46.1.71.2	185

Amphitruo
555 52 n. 115

Cicero

Pro Rosc.
26 21

Festus 22