

BREVI CONSIDERAZIONI SULL' ASSUNZIONE DI RESPONSABILITÀ  
PER DEBITO ALTRUI

**Premessa** - Abbiamo rilevato altrove<sup>1</sup> che nel mondo romano le garanzie personali delle obbligazioni svolgevano una funzione economica uguale a quella svolta dalle garanzie reali; e abbiamo notato che oggi può sembrare singolare che i Romani, alle garanzie reali (che avrebbero dovuto dare maggiore affidamento) preferissero le garanzie personali. Certamente le garanzie personali parevano più agili di quelle reali proprio perché costruite con i dispositivi tecnici della *obligatio* e non con gli impegnativi strumenti dei diritti reali; inoltre le garanzie reali si concretavano nel vincolare una cosa, di cui venivano compromessi, finché permaneva quel vincolo, l'uso utile e la circolazione, mentre le garanzie personali, concretandosi nel vincolo di una persona, non pregiudicavano l'economia. Ma vi è di più: il dovere di solidarietà a Roma era molto sentito tra parenti e soggetti dello stesso ambiente, per cui ad ognuno poteva essere facile contare su persone pronte a garantire; i garanti poi, obbligandosi alla stessa prestazione del debitore, divenivano essi stessi debitori, esponendosi, in caso di inadempimento, alla esecuzione personale o patrimoniale per debiti, e ciò dava al creditore la relativa sicurezza che, se il debitore principale non avesse adempiuto, almeno il garante lo avrebbe fatto<sup>2</sup>.

Comunque, relativamente alle garanzie personali, di cui ci occupiamo è noto che in ogni epoca e in ogni paese vi è stato e vi è un conflitto tra le parti in causa: il creditore, desideroso di avere massima sicurezza di un proprio credito, coinvolge in modo solidale dei soggetti come garanti, e questi ultimi tendono a rendere la propria obbligazione sussidiaria rispetto a quella del debitore principale, nella speranza che, escusso per primo il debitore principale, essi siano liberati dalla

---

<sup>1</sup> Cfr. M.G. ZOZ, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, Torino, 2007, 99 s.

<sup>2</sup> Tutto ciò anche se le garanzie reali, in effetti, potevano soddisfare meglio il creditore in quanto egli poteva farsi valutare la cosa ricevuta ad esempio in pegno, e sapere se fosse idonea a garantirlo in caso di insolvenza del debitore.

propria obbligazione. Anche a Roma questo contrasto è stato sentito, e spesso è prevalsa la tutela del creditore; ma vi sono stati anche vari interventi legislativi a favore del garante<sup>3</sup>.

Se dapprima, nel mondo romano, il dovere di correttezza e di lealtà era sentito come vincolante di per se stesso, in quanto le regole sociali, gli usi e i costumi avevano un valore molto alto rispetto al dato legislativo, in seguito, quando i legami sociali divennero meno atti a condizionare certi comportamenti, fu necessario votare alcune leggi<sup>4</sup>, volte ad equilibrare gli interessi in gioco e le situazioni troppo onerose per i garanti, e pertanto poco accettabili dal mondo socio-economico di allora.

Considerando la crescente importanza che il credito ha mano a mano assunto nella storia<sup>5</sup> ci proponiamo ora di formulare, anche attraverso un percorso comparativo, alcuni rilievi intorno ad alcune problematiche, premettendo che questo tema, con particolare riguardo alla *fideiussio*, ci autorizza ad affermare che le prime radici strutturate possono incontrarsi nel diritto romano e pertanto a sottolineare l'apporto della esperienza giuridica romana<sup>6</sup> alle attuali codificazioni, la cui trama concettuale sottostante trova riferimento nella riflessione dei giuristi romani<sup>7</sup>, pur nella certezza che sarebbe inutile ricercare nel loro pensiero un'elaborazione generale delle garanzie.

Rifarsi quindi al diritto romano non solo è imposto dalla tradizione dei sistemi moderni, e dal fatto che le discussioni dogmatiche in proposito sono partite dal *Corpus Iuris Civilis*, ma proprio dalla seguente considerazione: per molti secoli dal suo sviluppo il diritto romano è stato guidato dai giuristi che non erano legati al vincolo dei dogmi, ma consideravano il fenomeno giuridico nella sua immediata aderenza alla vita e alla realtà, e quindi ritornarvi diventa una sana esigenza dello spirito.

---

<sup>3</sup> Anche oggi, come allora, nell'ambito dello scontro tra creditore e garante, si inserisce l'aspetto dell'accessorietà, che connotava anche le primitive obbligazioni stipulatorie di garanzia e attraverso cui si tende in definitiva a proteggere il garante.

<sup>4</sup> M.G.ZOZ, *Fondamenti* cit., 100 ss.

<sup>5</sup> Sulla importanza che il credito ha assunto nella società odierna cfr. per tutti P.SCHLESINGER, *Il primato del credito*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi, crisi dogmatica e riforme legislative* (Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-25 giugno 1989), Padova, 1991, 485 ss.

<sup>6</sup> Si continua da parte della dottrina a sottolineare l'importanza di questo apporto per i successivi riferimenti concettuali: cfr. per tutti la ricostruzione di S.DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950, 314 ss.; V.JONES, *Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Code*, *Tulane Law Review*, 1977-78, 129 ss.; R.ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, South Africa-München, 1990 (rist. 1992), 142 ss.; W.FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, 29 ss.

<sup>7</sup> Per il metodo di operare della giurisprudenza romana cfr. L.VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976 (rist. 1982); e *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989.

**1. Il concetto di garanzia personale** - L'espressione garantire individua una situazione particolare attraverso cui si realizza il rafforzamento della posizione creditoria, cioè l'accrescimento della sicurezza del creditore di vedere realizzate le proprie aspettative. Pur non conoscendo alcuna concettualizzazione del fenomeno da noi indagato anche l'esperienza giuridica romana ha conosciuto situazioni equivalenti, ed infatti dalle fonti si possono evincere dei mezzi idonei ad accrescere le aspettative del credito, cioè ad ottenere da soggetti diversi dal debitore la prestazione attesa; o a concedere al creditore stesso dei diritti reali sui beni del debitore oppure di un terzo.

La garanzia di un rapporto quindi è un altro rapporto giuridico, costituito per rafforzare il fondamento delle aspettative del creditore alla prestazione, che può essere reale e obbligatorio, ed essere costituito dallo stesso debitore o da un terzo. Noi considereremo quel particolare tipo di obbligazione derivante da stipulazione, in cui il rapporto può assumere la funzione di garanzia e in cui si riconosce un vincolo solidale<sup>8</sup> tra le obbligazioni dei soggetti coinvolti. Rapporti obbligatori di garanzia in senso proprio esistevano nel sistema romano sia in relazione al soggetto attivo che al soggetto passivo dell'obbligazione. La nostra intenzione è di esaminare i rapporti obbligatori di garanzia che si costituivano in relazione al soggetto passivo dell'obbligazione.

Nella obbligazione solidale attiva o passiva comunque si aveva un insieme di rapporti obbligatori fra loro autonomi, ma legati assieme dal fatto che il *dare, facere, praestare*, in cui si concretava l'oggetto di questi rapporti, era unico per tutti. Ma, proprio perché i vari soggetti nel rapporto obbligatorio solidale costruito in funzione di garanzia erano posti tutti su uno stesso piano, va premesso che era parso utile già da allora differenziare l'obbligazione di garanzia da quella garantita (detta perciò principale) e conferire alle obbligazioni di garanzia anche un carattere di accessoria rispetto a quella garantita (Gai 3.126).

Al fine di evidenziare il concetto di garanzia personale e la sua evoluzione, crediamo utile delineare dapprima i tratti distintivi tra *sponsio, fideipromissio* e *fideiussio*, di cui esistono molteplici notizie riportate dalle fonti; successivamente si potranno evidenziare le caratteristiche

---

<sup>8</sup> Cfr. in tale senso per tutti F.DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, 2 ss.; G.ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche a ricordo di G.Castelli*, Milano, 1940, 241 ss.; P.FREZZA, *Le garanzie nelle obbligazioni*, *Corso di diritto romano*, I, Padova, 1962, 3 ss. Alcuni autori di contro osservano che non si trattava di vincolo solidale in quanto la prestazione oggetto della garanzia sarebbe stata diversa da quella del debitore principale perché la prima era solo eventuale e sussidiaria: cfr. per tutti C.FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni*, *Lezioni di diritto romano*, 1902, 253 s.

della solidarietà<sup>9</sup> e della accessorietà<sup>10</sup>, per giungere da ultimo ad enucleare il motivo della ultima legislazione giustiniana, riguardante alcuni *beneficia*<sup>11</sup> accordati in questo ambito.

Una premessa ulteriore da fare è che nelle varie epoche del mondo giuridico romano, soprattutto prima del periodo postclassico-giustiniano, le garanzie personali dell'obbligazione non hanno mai assunto una forma unitaria, come invece accade nel nostro ordinamento, in cui la fideiussione (art. 1936 s.s. del c.c. italiano<sup>42</sup>) è il tipo generale di garanzia personale, cui si rapporta, ad esempio, la scarsa disciplina del mandato di credito (su cui soprattutto art. 1959 c.c.).

**2. Le varie figure di garanzia personale** - L'operatività delle garanzie personali determina, come abbiamo già sottolineato, l'intervento di un soggetto, che garantisca di adempiere ad un debito altrui, obbligandosi ad eseguire una prestazione di contenuto equivalente a quello del debito garantito.

A Roma le garanzie personali si sono presentate in varie forme, di cui alcune arcaiche, che scompaiono in età classica; ed altre esistenti nello stesso periodo, che, nonostante la origine e la regolamentazione iniziale differente, tendono poi ad unificarsi e si sono configurate come stipulazioni nelle tre forme di *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Pur se per queste figure negoziali permane, da parte di certa dottrina, non sempre del tutto chiaro il collegamento con le obbligazioni solidali, possiamo anticipare che a Roma esisteva un rapporto di solidarietà tra debitore principale e garante, e tra cogaranti stessi.

<sup>10</sup> A noi pare difficile negare che nei rapporti tra garante e debitore principale la posizione del garante nel tempo si sia strutturata in modo tale da rendere l'obbligazione di quest'ultimo, per certi versi, solidalmente accessoria rispetto a quella garantita.

Comunque la definizione di accessorietà ha creato sempre motivi di dubbio; e l'aggettivo accessorio fu creato dai glossatori, come osserva R.ZIMMERMANN, *The Law of obligations* cit., 122. Sulla problematica circa le interpolazioni giustiniane relative al termine *accessio* cfr. F. DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 71 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Sponsio e stipulatio nella terminologia romana*, BIDR, 65, 1962, 193 ss; R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique*, in *Études offert a Jean Maqueron*, Aix-en-Provence, 1970, 300 n.4 s.

<sup>11</sup> Con il termine *beneficium* nell'ordinamento romano si indicava il vantaggio derivante da una legge, da un senatoconsulto, dall'editto, o da un costituzione imperiale. In questa materia particolare l'espressione *beneficium* è attestata dalle fonti romane in relazione al *beneficium divisionis* concesso da Adriano (di cui a D. 46.6.12); al *beneficium cedendarum actionum*, e al *beneficium excussionis* (di cui a Nov. 4) concessi da Giustiniano. Sul punto cfr. G. FERRARI, *Beneficia*, NNDI, 2, Torino, 1958, 314; R.ZIMMERMANN, *The Law of obligations* cit., 130 n.104.

<sup>12</sup> Tali negozi vanno nettamente distinti dalla *vadiatura* e dalla *praediatura*, mediante cui, su richiesta dell'interessato, si assumevano anticamente determinate garanzie, con uno scambio di domande e risposte del tenore "vas es?" "vas sum" e "praes es?" "praes sum". Queste due figure tendono a scomparire tra il tardo periodo

Le tre forme più note di *adpromissio*<sup>13</sup> prese in esame dalle fonti classiche sono la *sponsio*, la *fidepromissio* e la *fideiussio*.

a) La *sponsio* primitiva e l'origine delle stipulazioni di garanzia.

La *sponsio* è stata la matrice della più antica *verborum obligatio*<sup>14</sup> ed è attestata in fonti giuridiche e letterarie quale negozio promissorio solenne, con cui si assumeva la responsabilità per una prestazione propria od altrui, applicata in questo sviluppo come garanzia personale di un debitore principale, di cui si diventava responsabili per il comportamento dovuto<sup>15</sup>. Essa era riconosciuta dallo *ius civile* e può essere considerata fra le più antiche obbligazioni di garanzia conosciute dai Romani; consisteva in uno scambio contestuale di domanda e risposta: di fronte alla domanda “*idem dari spondes?*” lo *sponsor* rispondeva “*spondeo*”, ove l'*idem* si riferiva al contenuto della obbligazione principale garantita, e in tal modo si assumeva l'impegno di effettuare, a favore del garantito, la stessa prestazione oggetto della obbligazione principale<sup>16</sup>. La sua struttura originaria coincideva comunque pressoché con quella della *fidepromissio*.

b) La *fidepromissio*. La *fidepromissio* è attestata come contratto verbale, di regola adoperato anch'esso a scopo di garanzia, posteriore alla *sponsio*, e presentava la stessa natura ed una struttura analoga; essa si distingueva peraltro dalla prima perché era accessibile anche ai *peregrini*, essendo pertanto riconducibile al sistema dei rapporti giuridici di *ius gentium*. La sua formula consisteva in una domanda “*idem fidepromittis?*”, a cui il garante rispondeva “*promitto*”.

---

repubblicano e l'inizio del principato, per cui non si hanno notizie sufficienti per trarre indizi sulla configurazione più risalente dei due istituti. Cfr. a tale proposito per tutti M.TALAMANCA, s.v. *Fideiussione*, ED, 17, 1968, 322 ss.

<sup>13</sup> E' questa una espressione di comodo con cui si può designare congiuntamente le tre forme di stipulazione passivamente accessorie di cui parleremo in seguito. Da notare che di questo termine non si trova menzione nelle fonti, dove invece è riportato il termine *adpromissor*.

<sup>14</sup> Cfr. per tutti E.BETTI, *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 129 ss.; M.KASER, *Das altrömische Ius*, Gottingen, 1949, 256 ss.

<sup>15</sup> Il problema che si pone è se la *sponsio* sia nata come forma di autogaranzia o di eterogaranzia, ma a tale proposito diciamo subito che dalle fonti si possono trarre solo indizi della regolamentazione primitiva della *sponsio* di garanzia, dove essa è fondamentalmente sia negozio di autoreponsabilità che di eteroresponsabilità del promittente. Cfr. per tutti M.TALAMANCA, *Fideiussione* cit., 328 s.; E.BETTI, *La struttura della obbligazione romana* cit., 131 ss.

<sup>16</sup> Un delicato problema relativo alla struttura verbale della stipulazione di garanzia nella forma della *sponsio* riguarda la sua differenziazione dalla stipulazione passiva solidale *tout court*. Dalle fonti pare che nella prima, ovvero nella *sponsio* a scopo di garanzia, alla interrogazione-risposta fra creditore e debitore principale seguisse una nuova interrogazione-risposta tra creditore e garante o garanti; mentre nella seconda pare vi fosse un'unica domanda e più risposte dei debitori solidali. Cfr. per tutti a tale proposito M.TALAMANCA, *Fideiussione* cit., 330.

I negozi di *sponsio* e di *fidepromissio* originariamente erano produttivi di obbligazioni intrasmissibili agli eredi, erano imprescrittibili<sup>17</sup>, e non si dividevano tra cogaranti<sup>18</sup>, assumendo di conseguenza il carattere di obbligazioni solidali sia nei rapporti tra debitore principale e garante, sia nei rapporti dei cogaranti tra di loro. Originariamente quindi non era previsto né un regresso tra garante adempiente e soggetto garantito<sup>19</sup>, né tra cogaranti, e pertanto esse avevano un regime coincidente con quello delle stipulazioni passive solidali. Con ogni probabilità già in epoca risalente esisteva la caratteristica dell'affiancarsi della *sponsio* e della *fidepromissio* di garanzia ad una obbligazione principale<sup>20</sup>, che poteva essere solo una *obligatio verbis contracta*<sup>21</sup>. Già da parte della giurisprudenza più antica si era forse enucleata in queste figure la caratteristica di stipulazioni passivamente accessorie, che, pur dando luogo ad una obbligazione solidale, sotto alcuni aspetti tenevano conto proprio della loro funzione di garanzia; ma in entrambe le figure l'accessorietà<sup>22</sup> era concepita come concernente gli atti.

c) La *fideiussio*. Entrambi i due negozi (di cui abbiamo detto) molto simili tra loro, si differenziavano in più punti dalla *fideiussio*, che più tardi, forse a partire dal I sec. a.C., verso la fine dell'età repubblicana<sup>23</sup> comparve nel mondo della prassi giuridica romana<sup>24</sup>. Tale negozio era

---

<sup>17</sup> Ciò vale solo all'origine in quanto, la *lex Furia*, posteriore al 241 a.C., introdusse per la *sponsio* la limitazione dell'*obligatio sponsoris* al biennio.

<sup>18</sup> Da notarsi che un'altra legge, la *lex Appuleia* approvata nella prima metà del III sec. a.C., riconobbe la divisibilità dell'obbligazione di garanzia derivante da *sponsio* e *fidepromissio*, introducendo il regresso a favore di un garante contro gli altri cogaranti, i quali dovevano ciascuno la propria parte.

<sup>19</sup> Ma già la *lex Publilia* della prima metà del IV sec. a.C. avrebbe accordato al garante *sponsor*, che avesse adempiuto al debito garantito, una azione di regresso (*actio depensi*) contro il debitore che non avesse fatto fronte ai suoi debiti.

<sup>20</sup> L'*idem* del formulario paradigmatico della *sponsio* e della *fidepromissio* sarebbe dunque stato per parte della dottrina la misura non tanto dell'identità, quanto dell'accessorietà di una obbligazione rispetto all'altra: cfr. sul punto F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 83 ss. e P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 59 ss.

<sup>21</sup> A tale proposito cfr. Gai 3.119, dove il giurista sottolinea che *sponsio* e *fidepromissio* erano efficaci purché accedessero ad un negozio avente struttura di *verborum obligatio*, ancorché da questo non sorgesse alcun effetto, come accadeva quando la *stipulatio* fosse fatta da un *promissor* impubere senza l'*auctoritas* del tutore: in tale caso lo *sponsor*, che fosse intervenuto, sarebbe ugualmente risultato obbligato. Tutto ciò anche se il giurista avverte che ancora ai suoi tempi si discuteva su due eccezioni a questa regola, di cui peraltro non pare qui utile trattare.

<sup>22</sup> Possiamo già anticipare che tale caratteristica era quindi ancorata alla struttura della garanzia nella sua conformazione genetica.

<sup>23</sup> E forse probabilmente in età ciceroniana: cfr. per tutti P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 12; M.TALAMANCA, *Fideiussione* cit., 329; V.MANNINO, *Garanzie delle obbligazioni*, in Dig. IV sez. civ., VIII, Torino, 1992, 616 e n. 22.

<sup>24</sup> Si sa che la tarda giurisprudenza classica configurava un incarico di garanzia purché il debitore principale, presente al negozio di garanzia, non vi si fosse opposto. Inoltre tra garante e debitore principale esisteva un onere di informazione dell'avvenuto pagamento o dell'eventuale estinzione dell'obbligazione principale, sia *ipso iure* che *ope exceptionis*: se tale onere non fosse stato osservato dal garante egli perdeva il diritto all'esercizio dell'azione di

anch'esso un contratto verbale<sup>25</sup>, e poteva accedere a qualsiasi tipo di obbligazione (Gai 3.119a)<sup>26</sup>, contrariamente alla *sponsio* e alla *fidepromissio*, che potevano accedere solo a *obligationes verbis contractae*; era vincolante in perpetuo (Gai 3.121); era trasmissibile agli eredi (Gai 3.121), e non comportava la divisione dell'obbligazione tra i cogaranti tenuti tutti in solido; inoltre si era posta fin da subito e in modo netto come stipulazione passivamente accessoria<sup>27</sup>. In epoca classica il creditore poteva rivolgersi indifferentemente al debitore principale o al fideiussore; ma, se il fideiussore pagava, egli non aveva diritto di rivalsa verso eventuali altri fideiussori, né aveva un'azione apposita contro il garantito; pertanto la disciplina di questa fattispecie talvolta fu ricondotta dalla giurisprudenza ai principi che regolavano la gestione del negozio: se la garanzia era stata assunta per incarico del debitore principale, il garante poteva esperire l'*actio mandati contraria*<sup>28</sup>; se non vi era stato un incarico il garante avrebbe potuto agire con l'*actio negotiorum gestorum contraria*<sup>29</sup>.

Nel II sec. d.C. la situazione mutò quando l'imperatore Adriano stabilì con rescritto che, in caso di più fideiussori, l'obbligazione fosse divisa tra loro, attribuendo al singolo fideiussore un *beneficium divisionis*<sup>30</sup> (recepito dal c.c.'42 all'art. 1946), cioè una possibile divisibilità tra garanti della garanzia fideiussoria che poteva farsi valere per via di *exceptio*<sup>31</sup> contro il creditore che ne avesse citato solo uno per l'intero. Inoltre, se il fideiussore pagava, secondo parte della dottrina, egli godeva in certi casi del *beneficium cedendarum actionum* (recepito dal cc. '42 all'art. 1949), per effetto del quale il creditore gli cedeva coattivamente, nei modi ammessi dall'ordinamento romano,

---

regresso; se invece non fosse stato osservato dal debitore principale egli si esponeva al rischio di pagare due volte il debito.

<sup>25</sup> Diversamente dalle espressioni *spondere* e *fidepromittere*, qui il termine usato tra creditore e debitore principale era il *fideiubere*, verbo che, a differenza delle prime due figure, si usava solo per l'assunzione di una obbligazione di garanzia. È stato notato che il riferimento alla *fides* e al *iussum* nella formula "*idem*" o "*id fide tua esse iubes?*" "*iubeo*" (Gai 3.115) ci richiama alla responsabilità *quod iussu* del *pater familias*, disciplinata dal pretore.

<sup>26</sup> Gaio a Gai 3.119a afferma senza dubbio che la stipulazione fideiussoria, per essere efficace, doveva presupporre l'esistenza di una *obligatio*, fosse essa *civilis* o *naturalis*.

<sup>27</sup> E ciò in quanto essa aveva con l'obbligazione principale un nesso genetico, che indica in modo efficace il carattere accessorio avvertito dai giuristi per questa figura.

<sup>28</sup> E' da sottolineare che l'*actio mandati contraria* era già stata introdotta molto presto come azione comune di regresso tanto per lo *sponsor* che per il *fidepromissor*, e successivamente per il *fideiussor*.

<sup>29</sup> Cfr. D. 17.1.20.1 di Paolo e D. 3.5.5 pr. di Ulpiano.

<sup>30</sup> Il *beneficium divisionis*, applicato largamente dalla giurisprudenza del periodo classico, trovò conferma successivamente alla Nov. 99 di Giustiniano.

<sup>31</sup> Cfr. Gai 3.122, per cui il *fideiussor* che avesse ommesso di inserire nella formula questa richiesta perdeva il *beneficium*. Cfr. pure Paolo a D. 46.1.28, il quale parla dell'eccezione "*si non et illi solvendi sint*", che se inserita nella formula portava alla conseguenza che il creditore avrebbe perso la lite se fosse stata provata la solvibilità dei confideiussori.

le proprie azioni contro il debitore principale<sup>32</sup>. Ma a noi non pare che tra i mezzi predisposti dal diritto classico in materia di garanzie personali tale beneficio potesse annoverarsi come una tutela generalizzata, in quanto crediamo piuttosto che esso venisse applicato caso per caso solo in singole fattispecie particolari.

Dobbiamo aggiungere che le garanzie dell'obbligazione, vigendo il carattere della tipicità di dette forme, si potevano assumere solo attraverso la pronuncia dei tre verbi *spondere*, *fidepromittere* e *fideiubere*; è certo inoltre che tutte le tre figure coincidevano in un punto, sotto il profilo del nesso fra stipulazione principale e quella di garanzia, in quanto le figure implicavano una identità di debito rispetto alla obbligazione garantita<sup>33</sup>. E ciò anche se da una parte della dottrina si nota che l'impiego di *idem* è usato nelle fonti solo a proposito della *sponsio* e della *fidepromissio*<sup>34</sup>, e non a proposito della *fideiussio*, in cui talvolta si impiega il termine *id*<sup>35</sup>. Noi in realtà riteniamo che, in quanto il fideiussore "*idem fide sua esse iubet*"<sup>36</sup>, egli autorizzava che si ponesse l'*idem* sotto la sua *fides*, ossia che egli, se non prometteva l'*idem*, comunque garantiva l'*idem*<sup>37</sup>. Inoltre crediamo piuttosto che in taluni casi riportati dalle fonti ci si trovi di fronte ad una semplice abbreviazione dell'*idem* in *id*, dal momento che talvolta, anche nella prassi contrattuale, veniva ora usato il termine *idem* ora il termine *id* in uno stesso documento<sup>38</sup>.

Comunque l'aspetto dell'identità del debito rispetto alla obbligazione di garanzia risulta sviluppato dalla giurisprudenza in quanto nelle fonti si trova un certo numero di frammenti, che si

---

<sup>32</sup> Tale beneficio era stato riconosciuto, a parere di parte della dottrina, già dalla giurisprudenza classica. Sul punto più avanti.

<sup>33</sup> Cfr. Gai 3.115. Propendono per l'identità di debito J.BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und in heutigen Recht*, Leipzig, 1889, 38; E.LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischem Recht*, Berlin, 1918, rist. Aalen, 1964, 190 ss.; C.LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milano, 1936, 185 e 290; G.ARCHI, *Sul concetto cit.*, 259 ss.; M.TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, ED, 29, 1979, 54 s.; V.MANNINO, *Fideiussione e accessorietà, Europa e diritto privato*, 4, 2001, 917 s.

<sup>34</sup> In un solo testo, di cui a D. 46.1.16 pr., è usato il termine *id* al posto dell'usuale *idem* riferito alla *sponsio* e alla *fidepromissio*.

<sup>35</sup> In tale modo, secondo parte della dottrina, non vi sarebbe stato alcun rapporto col debito oggetto della promessa verbale: cfr. per tutti G.SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, BIDR, 42, 1934, 531 s.; W.FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar, 1932, 27 ss.; C.A.CANNATA, s.v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale, e moderno*, in Dig. IV sez. civ., 12, Torino, 1995, 36. Sul punto più avanti.

<sup>36</sup> Cfr. Gai 3.112 e Gai 3.116.

<sup>37</sup> Cfr. G.GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, 1894, 37 s., che aderendo alla formula stipulatoria caratterizzata dall'*idem*, osservava proprio che il fideiussore garantiva l'*idem*. In questo senso anche B.WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Frankfurt am Mein, 1906, 123 ss., *Diritto delle Pandette*, trad. C.Fadda-P.E.Bensa, Torino, 1930, 848.

<sup>38</sup> Cfr. C.I.L. III, 934 e 959, che riportano *id*; C.I.L. III, 940, che riporta entrambi i termini, e C.I.L. II, 700, che riporta solo *idem*. Cfr. a tale proposito F.DE MARTINO, *Le garanzie personali cit.*, 22 e 29.



riferiscono alla tematica dei rapporti tra il contenuto, in senso ampio, dell'obbligazione principale e quello della stipulazione di garanzia<sup>39</sup>; e dai passi dei giuristi classici emergono proprio alcune caratteristiche generali della disciplina di questo particolare aspetto della stipulazione di garanzia<sup>40</sup>.

Già Gaio (Gai 3.126)<sup>41</sup> ci aveva avvertito che il garante non doveva, per usare una terminologia generica, assumersi una responsabilità più gravosa (*plus debere*) di quella che incombeva sul debitore principale. In origine molto probabilmente il garante si limitava a promettere l'*idem*<sup>42</sup> del debitore principale (cioè si obbligava *in eandem causam*); forse poi, eccezionalmente, furono ammessi dei casi in cui egli poteva obbligarsi a termine o a condizione<sup>43</sup>, mentre l'obbligazione principale rimaneva pura. Ma, pur variando l'onerosità delle due prestazioni<sup>44</sup>, era pur sempre salva la identità formale di queste<sup>45</sup>. Da questa eccezione è probabile che si fosse enucleato il principio che l'obbligazione di garanzia poteva essere *in leviolem causam*, in ordine a cui la garanzia era ammessa, pur concretandosi una parziale identità tra contenuto dell'obbligazione principale e quella del garante, a favore di quest'ultimo soggetto. In effetti nei testi esaminati<sup>46</sup> si sottolinea il limite dell'*alia causa* e della *durior causa* (pur nella loro evidente non coincidenza) in contrapposizione alla *levior causa* dell'obbligazione del garante, ricavandosene, secondo le circostanze, la invalidità totale del negozio di garanzia. Esso, a differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento positivo, era completamente inefficace, e non soltanto ridotto, come nel nostro c.c.'42 (art. 1941 c.3), nei

---

<sup>39</sup> Cfr. a titolo esemplificativo i passi più salienti: il passo più risalente è D. 46.1.42 di Giavoleno; D. 46.1.16 pr.-2 è di Giuliano; D. 46.1.70 pr. e Gai 3.126 sono di Gaio; D. 46.1.34 è di Paolo; D. 46.1.8.8-10 è di Ulpiano.

<sup>40</sup> Tale problematica è stata approfonditamente trattata da W.GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrecht*, Jena, 1850, 27 ss. e da H.HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Eine civilistische Studie*, Düsseldorf, 1870, 160 ss.

<sup>41</sup> 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.*

<sup>42</sup> Quantomeno *sponsor* e *fidepromissor* non avrebbero all'inizio potuto non promettere l'*idem* del debitore principale, data la struttura formale di tali stipulazioni di garanzia.

<sup>43</sup> Cfr. per tutti M.TALAMANCA, *Fideiussione* cit., 332 n.74.

<sup>44</sup> Non può ritenersi che questa circostanza riguardo alla *fideiussio* (ma anche allo *sponsio* e alla *fidepromissio*) sia stata sostanzialmente messa in discussione dallo sviluppo che conduce la giurisprudenza classica ad affrontare il tema della possibile variabilità del contenuto dell'obbligazione del debitore solidale. Cfr. M.TALAMANCA, "*Alia causa*" e "*durior condicio*" come limite dell'obbligazione dell' "*adpromissor*", Studi G.Grosso, 3, Torino, 1970, 117 ss.

<sup>45</sup> Le parole usate a dar vita a queste forme di garanzia sottolineavano un aggancio genetico della garanzia nei confronti dell'obbligazione garantita.

<sup>46</sup> Anche Giuliano a D. 46.1.16 pr.-1 e 16.5 aveva enucleato in uno schema quella che gli appariva l'effettiva sostanza del principio da applicare, cioè il principio che l'obbligazione del garante non dovesse essere più onerosa di quella del debitore principale, comunque ciò si configurasse. Cfr. anche D. 46.1.8.7-9, dove il principio viene riferito a Giuliano anche da Ulpiano.

limiti in cui ciò sia possibile, alla portata obbligatoria del negozio principale. Ne consegue che, a proposito della stipulazione di garanzia, i giuristi sembrano delineare il tradursi di un concetto d'accessorietà nel senso della identità genetica del debito e nei termini di una identità di causa<sup>47</sup>. Non sembra inoltre che cambiamenti apprezzabili si siano verificati neppure all'epoca di Giustiniano, quando egli a I. 3.20.5, riprendendo l'enunciato gaiano<sup>48</sup>, esprime un'idea di accessorietà volta indicare una generica adesione dell'obbligazione di garanzia all'obbligazione garantita, in conformità a quanto avevano già fatto i giuristi in epoca classica. Di contro, l'affermazione di un paradigma dell'accessorietà riferito piuttosto al momento funzionale della obbligazione di garanzia dal negozio principale<sup>49</sup> si sarebbe affacciato in un momento successivo; e questa circostanza potrebbe confermare l'affermarsi tardo, solo attraverso la legislazione delle Novelle, del *beneficium cedendarum actionum* e del *beneficium excussionis*.

A parte la possibilità che il garante potesse obbligarsi in *leviorem causam*, egli rispondeva solidalmente e negli stessi limiti con l'obbligato principale, senza poter pretendere, per tutto il periodo classico, che il creditore escutesse preventivamente il debitore principale<sup>50</sup>. Comunque, lo dobbiamo fin d'ora sottolineare, le varie problematiche che sorgono in questo tema, derivano a volte dal fatto che i testi pervenutici ci sono riportati dalla compilazione giustiniana, dove effettivamente spesso si contraddicono; e ciò pare anche frutto della tendenza dei commissari alla unificazione sistematico-formale, sotto il denominatore della *fideiussio*, del diverso regime delle classiche *sponsio* e *fidepromissio* da una parte, e della *fideiussio* dall'altra.

Abbiamo anticipato che in diritto classico le garanzie personali appaiono caratterizzate dal principio della solidarietà, in quanto il creditore poteva scegliere se escutere dapprima il debitore o il garante; pertanto questi due soggetti erano sullo stesso piano di solidarietà passiva, anche se alcune fonti esprimono qualche perplessità sulla possibilità di convenire il fideiussore prima del debitore principale (D. 46.1.62). A tale proposito si può osservare che al tempo di Cicerone<sup>51</sup> la pressione sociale spingeva il debitore principale a comportarsi secondo una prassi che appariva vincolante, e pertanto la parità di posizione del garante doveva essere accettata quasi come una

---

<sup>47</sup> Così V.MANNINO, *Fideiussione e accessorietà, La garanzia nelle prospettive storico comparatistica*, Salisburgo, 2001, Torino, 2003, 65 s.

<sup>48</sup> Questo testo delle Istituzioni è quasi uguale a Gai 3.126.

<sup>49</sup> Cfr. V.MANNINO, *Fideiussione e accessorietà, Europa cit.*, 933 ss.

<sup>50</sup> Persiste in tutta l'età classica la non applicabilità del *beneficium excussionis* che, voluto poi da Giustiniano con la Nov. 4 del 535, si deve far risalire proprio solo a tale data, in quanto neppure la precedente c.d. *fideiussio indemnitas* aveva configurato una completa tutela del garante. Cfr. per tutti M.KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1975, 556 n.37; e M.TALAMANCA, *Fideiussione cit.*, 332 n. 80.

<sup>51</sup> Egli in alcune lettere ad Attico (16.15.2; 12.14.2; 12.7; e 12.19) mostra di sentire e di esprimere come esistente il vincolo morale e sociale di convenire il debitore principale prima del garante.

forzatura: moralmente obbligato ad adempiere in prima persona era il debitore, e il creditore onesto si rivolgeva al garante solo in caso della effettiva insolvenza del debitore principale. Perciò, pur restando fermo il principio e l'effetto della solidarietà, l'obbligazione principale e quella di garanzia erano diversificate in quanto l'una era strumentale rispetto all'altra.

Bisogna inoltre sottolineare che nelle fonti romane della compilazione sono spesso riportati dei casi da cui si evince l'atteggiamento dell'ordinamento giuridico romano nei confronti dei soggetti coinvolti: rilevante è a tale proposito D. 47.10.19 di Gaio, da cui pare chiaro che ancora alla sua epoca agire direttamente contro i fideiussori era cosa disdicevole, fatto cioè che comportava il rischio per il creditore di subire un' *actio iniuriarum*. Ma solo successivamente, e soprattutto con Papiniano<sup>52</sup>, si era tentato di rendere la posizione del garante effettivamente sussidiaria, ricorrendo al congegno giuridico della *fideiussio indemnitas*<sup>53</sup>.

D'altra parte dal *Corpus Iuris Civilis* risultano anche interventi a favore del debitore principale: essi possono essere individuati in tutte quelle fattispecie<sup>54</sup>, in cui riaffiora l'estensione al garante, ormai abbastanza pacifica in dottrina, delle eccezioni spettanti al debitore principale. Infatti, pur sulla base di vari criteri posti a fondamento di questa estensione<sup>55</sup>, va constatato che tale estensione tutelava soprattutto il debitore in quanto, se questa non fosse avvenuta, egli si sarebbe visto talvolta esposto ad una azione di regresso attraverso l'*actio mandati contraria* del garante e avrebbe perso pertanto tale protezione. Quindi tale regime giuridico realizzava pur sempre la protezione del debitore contro un eventuale regresso; nei casi infatti in cui tale ragione di estensione veniva a mancare<sup>56</sup>, nelle fonti viene presentata la possibilità che l'estensione delle eccezioni al garante non avesse luogo; e di fatto l'estensione non aveva luogo in talune ipotesi ogni volta che, o il rispetto di una norma dell'ordinamento, o la considerazione della giustizia di un caso singolo, o il rispetto dell'autonomia privata lo richiedevano. Ribadiamo comunque il fatto che il fideiussore godeva pur

---

<sup>52</sup> A cui doveva riferirsi Giustiniano nella sua Nov. 4.1.

<sup>53</sup> Questa non era una vera e propria obbligazione di garanzia, in quanto il fideiussore poteva obbligarsi non oltre l'importo che il creditore non fosse riuscito a conseguire dal debitore principale; cfr. a tale proposito D. 46.1.49.2. Si deve peraltro avvertire che la *fideiussio indemnitas* era conosciuta già da Giuliano (D. 46.1.16.6) e probabilmente studiata già in precedenza da Sabino (D. 46.3.21).

<sup>54</sup> Cfr. ad es. D. 44.1.19; D. 44.5.1.8; D. 46.1.32 e C. 8.35.11.

<sup>55</sup> Già fin d'ora notiamo, per inciso, che nelle fonti non si riesce a trovare mai enunciata una motivazione di tale estensione fondata sul principio dell'accessorietà della fideiussione, come vorrebbe W.FLUME, *Studien* cit., 129 ss. Di contro G.GEIB, *Zur Dogmatik* cit., 112 s. e F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 214 giustificano l'estensione di alcune eccezioni con il regresso, sottolineando comunque la diversa struttura delle singole eccezioni.

<sup>56</sup> Gli esempi addotti dalle fonti sono quelli di una obbligazione di un *filius familias contra Senatusconsultum Macedonianum*; di una obbligazione di una donna *contra Senatusconsultum Velleianum*; di una obbligazione di un pupillo etc. Cfr. a tale proposito per tutti P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 122 ss.

sempre di un diritto di regresso, che si sarebbe attuato sulla base di un rapporto di mandato, che si riteneva intervenuto tra questi e il debitore principale<sup>57</sup>.

Da Giustiniano invece sappiamo che, a partire da una certa epoca, attraverso una antica norma a favore del garante sarebbe già stato concesso il beneficio di escussione<sup>58</sup>; tale norma sarebbe stata introdotta o per venire incontro ad istanze sociali, che tendevano a rendere sussidiaria la posizione del garante; o perché quei doveri di correttezza e di lealtà, che prima si sentivano come vincolanti, e di cui abbiamo detto, ora lo erano di meno. L'Imperatore comunque si fa carico di un dovere legislativo attraverso la Nov. 4, da cui si ricava l'introduzione *ex lege* del *beneficium excussionis*<sup>59</sup> a favore del garante. Ciò in quanto, secondo l'Imperatore, il beneficio, già introdotto da una norma antica a favore del garante, non doveva aver avuto applicazione pratica a causa di un difetto di procedura, in quanto tale norma<sup>60</sup> aveva sì affermato il principio dell'esistenza del beneficio, ma non aveva chiarito come esso si sarebbe potuto far valere in caso di non presenza del debitore principale e del garante stesso. Come abbiamo anticipato, tale norma, richiamata in modo indefinito dall'Imperatore, era stata preceduta da una soluzione di Papiniano (di cui a D. 45.1.116, con una interessante nota di Paolo) che doveva essersi concretizzata nella *fideiussio indemnitis*<sup>61</sup>, con cui si tendeva a comprimere la libera scelta del creditore e con cui si voleva rendere sussidiaria la posizione del garante. Il meccanismo di tale figura operava in modo tale che l'obbligazione del garante fosse condizionata<sup>62</sup>; e pertanto garante e debitore non erano più obbligati in solido, ma l'obbligazione veniva subordinata al mancato pagamento del debitore. Nel caso frequente poi che il

---

<sup>57</sup> Il fondamento del diritto di regresso del garante verso il debitore principale stava appunto nel rapporto interno che legava il garante al debitore principale, dall'essere cioè considerato esistente un rapporto di mandato fra garante e debitore principale, purchè quest'ultimo non si fosse opposto all'intervento del garante stesso.

<sup>58</sup> Lo evinciamo dalla lettura di Nov. 4, dove peraltro non è dato trovare alcun riferimento ad una precisa e puntuale citazione della norma a favore del garante.

<sup>59</sup> Secondo tale legislazione i garanti erano legittimati al beneficio concesso dell'Imperatore a condizione che 1) il debitore principale fosse presente, ossia reperibile; 2) egli fosse solvibile (il testo della Novella tace a tale proposito, ma è improbabile che il creditore dovesse venir sottoposto all'onere di sostenere un giudizio contro un debitore certamente non solvibile); 3) il fideiussore chiamato in giudizio riconoscesse il debito (anche di questo tace il testo delle Novella, ma si può invocare un'analogia con il *beneficium divisionis*, di cui a D.46.1.10.1). Tale beneficio è stato recepito e regolato nel c.c.'42 all'art. 1944 c.2 e c.3.

<sup>60</sup> Essa è individuata da H.HASENBALG, *Die Bürgschaft* cit., 530, in D.45.1.116; da W.GIRTANNER, *Die Bürgschaft* cit., 125, è individuata nella seconda parte del predetto frammento, o in D.46.1.49.2.

<sup>61</sup> C.APPLETON, *Etude sur les sponsores, fidepromissores et fideiussores*, in Rev. Legisl. Anç. mod., 6, 1876, 575 ss., sostiene che la *fideiussio indemnitis* costituisse il precedente richiamato da Nov. 4; sul punto cfr. F.BRIGUGLIO, *Beneficium ordinis seu excussionis*, BIDR, 37, 2000, 423 n.37.

<sup>62</sup> Infatti l'obbligazione assunta nei confronti del creditore era di pagare quanto quest'ultimo non fosse riuscito a riscuotere dal proprio debitore. Cfr. per tutti G.SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973, 9.

debitore fosse assente spettava al creditore il dovere di cercarlo, e pertanto in tali occasioni la posizione del garante<sup>63</sup> era resa sussidiaria. Ci pare tuttavia che il meccanismo usato da Papiniano realizzasse per il garante una difesa superiore a quella offerta poi da Giustiniano con la legislazione novellare<sup>64</sup>, dove si stabiliva che, ove il garante fosse presente, egli avesse l'onere di ricercare il debitore principale assente<sup>65</sup>.

Abbiamo fin qui enucleati i tre negozi di garanzia personale che rimangono, accanto<sup>66</sup> al *mandatum pecuniae credendae*<sup>67</sup>, al *constitutum debiti alieni*<sup>68</sup> e al *receptum argentarii*<sup>69</sup> i più

---

<sup>63</sup> Tale tendenza era stata confermata da alcune costituzioni imperiali del III sec., di cui a C. 8.40.5; C. 8.40.19; e C. 8.40.23, che paiono volte a limitare, attraverso accordi, la libera scelta del creditore.

<sup>64</sup> Parliamo di legislazione novellare in quanto, a nostro avviso, in materia di garanzie personali è importante pure il dettato di Nov. 136.1 del 535, da cui si apprende che il *beneficium excussionis* era rinunciabile per patto espresso nei contratti dei banchieri. A seguito di questa Novella nei contratti in cui i banchieri erano creditori, avendo ricevuto dal debitore dei garanti, la deroga al *beneficium excussionis* a favore dei banchieri stessi doveva essere stabilita per patto scritto; nei contratti in cui i banchieri erano garanti, si aveva una deroga *ex lege* al regime del *beneficium excussionis*, potendo essi essere escussi per primi senza che ciò dovesse essere previsto da un precedente patto espresso.

<sup>65</sup> Nel caso che questa ricerca fosse stata infruttuosa si ritornava quindi ad un regime di solidarietà tra obbligazione principale e quella di garanzia, anche se il garante poteva ottenere dal creditore la cessione delle azioni contro il debitore principale.

<sup>66</sup> Questi tre ulteriori negozi di garanzia si contrappongono in certo senso alle tre costituzioni di garanzia precedentemente esaminate perché appartengono ad altre categorie di contratto e sono dominati da regole diverse.

<sup>67</sup> Il *mandatum pecuniae credendae*, o mandato di credito, era una applicazione del contratto di mandato alla funzione di garantire al creditore-mandatario l'esecuzione dell'obbligazione risultante dal rapporto creditorio: il garante-mandante assumeva verso il creditore questa responsabilità in quanto il creditore non avrebbe compiuto il negozio creditizio se non fosse stato indotto dal mandante. Sull'istituto cfr. M.KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 332; M.TALAMANCA, *Fideiussione* cit., 338. E' da dirsi che anche il *beneficium excussionis* risulta concretamente applicato al *mandatum pecuniae credendae*, su cui G.PROVERA, s.v. *Mandato* (storia), ED, 25, 1975, 315. Risulta inoltre che ci fosse la possibilità di cedere, da parte del mandatario, le azioni a difesa del credito garantito su cui P. FREZZA, *Le garanzie* cit., 181 ss.; questa opinione viene contrastata da A.GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli, 1982, 38.

<sup>68</sup> Il *constitutum debiti alieni* era una garanzia offerta da un altro debitore, e consisteva nella promessa di pagare in un determinato luogo una prestazione di danaro dovuta da un terzo, al fine di realizzare un rafforzamento delle aspettative creditorie. Costituito originariamente solo per le obbligazioni di danaro, nel diritto giustiniano si ammise il *constitutum debiti alieni* per ogni tipo di obbligazione, finché fu assorbito nella categoria generale della fideiussione. Appare verosimile comunque sostenere che in questo rapporto di garanzia al garante, prima dell'età giustiniana non venisse mai riconosciuto il *beneficium divisionis*, beneficio che poi venne invece recepito e applicato da Giustiniano (I. 3.20.4).

<sup>69</sup> Esso consisteva nella promessa di un *argentarius*, o banchiere, di pagare *pro alio*, ovvero di eseguire una prestazione pecuniaria verso un terzo per ordine di un suo cliente. Pur essendo l'accordo intervenuto solo tra l'*argentarius* e il cliente, il pretore concedeva al terzo di esperire un'*actio recepticia* contro il banchiere, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo assunto. Riguardo a questo rapporto di garanzia collegato al *receptum argentarii*

importanti negozi di garanzia dell'esperienza giuridica classica. Cerchiamo ora di osservarne in sintesi gli sviluppi postclassici e giustiniani.

La molteplicità delle forme classiche della *stipulatio* passivamente solidale ed accessoria tende a scomparire nel mondo postclassico; la *sponsio* e la *fidepromissio*, a parte qualche residuo terminologico nelle fonti occidentali, praticamente cessano e sostanzialmente vengono a risolversi nel regime della *fideiussio*, come appare dalle fonti occidentali che ne tramandano. In tali fonti si nota peraltro una indubbia semplificazione e un appiattimento dei fenomeni giuridici, con una ulteriore tendenza alla unificazione tra *fideiussio* e *mandatum pecuniae credendae*, dove quest'ultima figura non conserva una sua autonomia.

Per quanto riguarda l'Oriente si deduce anche qui dalle fonti che, mentre la *sponsio* e la *fidepromissio* scompaiono, permane la sola *fideiussio*, che viene trattata nella compilazione giustiniana, accanto al *mandatum pecuniae credendae*, negozio che sussiste ancora come figura a se stante, anche se tendenzialmente omogenea alla *fideiussio*; accanto ad una rinnovata forma del *constitutum debiti alieni*<sup>70</sup> (che viene assimilato anch'esso alla fideiussione) ed accanto al *receptum argentarii*<sup>71</sup>. Pertanto permangono solo queste figure negoziali, di origine e di fisionomia diverse, caratterizzate da diversa disciplina quanto al contenuto e agli effetti, ma il cui regime viene ora in parte uniformato<sup>72</sup>; in ogni caso neppure in età giustiniana si pervenne ad una definitiva ed univoca configurazione concettuale dei diritti di garanzia fin qui enucleati, come obbligazioni dipendenti dall'obbligazione principale.

Per la *fideiussio* in ogni caso in epoca postclassica, ma già dall'epoca classica come per ogni altra forma di stipulazione, era venuta a cadere la forma orale, che venne sostituita dalla forma scritta<sup>73</sup>.

Per quanto riguarda il regime sostanziale delle garanzie personali nel diritto postclassico permase il *beneficium divisionis*, che era stato recepto pure nel diritto giustiniano, mentre il vincolo di solidarietà<sup>74</sup> non venne meno, e pertanto il diritto del garante al regresso continuò ad

---

deve escludersi l'accessorietà quanto meno perché l' *argentarius* viene presentato nelle fonti di età pregiustiniana come obbligato rispetto al creditore anche quando il debito garantito fosse risultato inesistente (cfr. C. 4.18.2.1 del 531).

<sup>70</sup> Di cui parla Giustiniano sempre a Nov. 4, che, come già sappiamo, è il principale atto legislativo in materia di garanzie personali.

<sup>71</sup> Tale figura risulta abolita dalla costituzione di Giustiniano del 531 di cui a C. 4.18.2 pr.: sul punto cfr. per tutti M.KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 383.

<sup>72</sup> Il che emerge anche dalla stessa intitolazione della Nov.4 del 535: sul punto cfr. H.HASENBALG, *Die Bürgschaft* cit., 59 ss.

<sup>73</sup> Secondo quanto dice Giustiniano, a C. 8.40 (41) 27, del 531 e a I. 3.20.8, solo la scrittura conferisce piena validità alla *fideiussio*, pur ammettendosi la validità della forma orale limitata ai due anni dalla decorrenza del termine.

<sup>74</sup> Pur nella eventuale applicazione del *beneficium divisionis*.

essere regolato dai principi che reggevano la gestione d'affari altrui con o senza mandato, fino all'anno 535, quando fu introdotto da Giustiniano il *beneficium excussionis* o *ordinis*<sup>75</sup>.

È da dirsi inoltre che in questo stesso anno, forse in base ad una prassi sviluppatasi soprattutto in Oriente, si concedette al fideiussore come mezzo generalizzato il *beneficium cedendarum actionum*, di cui parleremo, cioè la cessione delle azioni da parte del creditore, che nel periodo classico, a nostro avviso, e come abbiamo anticipato, fu conosciuto e utilizzato solo in alcune singole fattispecie. Ciononostante attraverso la legislazione giustiniana sarebbe stato inquadrato e tutelato in misura più favorevole soprattutto il creditore, pur affermandosi, da parte dell'Imperatore la tutela massima del garante, a cui, come abbiamo visto, si era riconosciuto anche il *beneficium excussionis ex lege*, beneficio che comportava il tentativo di sciogliere il principio di solidarietà.

I glossatori<sup>76</sup> e gli interpreti del diritto comune si attennero generalmente ai principi del diritto giustiniano, facendone puntuale applicazione senza apportare innovazioni di rilievo e sforzandosi di conciliare le contraddizioni di vario genere, che dipendevano dallo sviluppo storico e dalla natura non sempre coerente delle alterazioni introdotte dai bizantini nei testi della giurisprudenza antica. Di fronte al complesso delle disposizioni del nuovo diritto in ambito mercantile, sia volto a tutelare la sicurezza del credito, che a fornire al garante adeguate difese nei confronti del creditore e del debitore principale, l'atteggiamento, secondo noi, della dottrina medievale, fu prudente ed equilibrata<sup>77</sup>.

Nell'età comunale, in cui sembra disgregarsi il modello apparentemente unitario del diritto giustiniano, le esigenze del credito del ceto mercantile si rifletterono nella legislazione statutaria, comunale e corporativa, e ivi vennero espresse disposizioni, a) ora per escludere il *beneficium excussionis*<sup>78</sup>, in quanto il fideiussore veniva considerato come obbligato *in solidum* al pari del debitore principale e addirittura gli venne imposto l'onere di ricercare il debitore e costringerlo a

---

<sup>75</sup> Esso fu introdotto sia per la *fideiussio* che per il *mandatum pecuniae credendae*, che per il *constitutum debiti alieni*.

<sup>76</sup> Essi ritennero che la struttura dell'obbligazione solidale fosse stata modificata da Giustiniano, estendendo ai *duo rei promittendi* il regime proprio della *mutua fideiussio*, per cui, salva espressa assunzione dell'obbligo *in solidum*, i condebitori potevano ottenere di rispondere solo per le rispettive quote. Per quanto attiene al regolamento dei rapporti interni tra più debitori, seguendo il diritto giustiniano, gli interpreti ammisero la possibilità del regresso e della ripartizione dell'obbligazione.

<sup>77</sup> W.GIRTANNER, *Die Bürgschaft* cit., 199 ss., notò per quell'epoca una più rigida difesa degli interessi dei creditori, cosa che, secondo noi, avvenne solo in periodo comunale, periodo in cui si divenne molto sensibili alle esigenze dell'economia mercantile, la quale richiedeva sicurezza del credito e puntualità nell'adempimento delle obbligazioni.

<sup>78</sup> Così si deduce ad esempio dal *Constitutum legum* e dal *Constitutum usus* di Pisa, e dagli Statuti veneti.

presentarsi in giudizio<sup>79</sup>; b) ora per ammettere il *beneficium excussionis*<sup>80</sup>, con esclusione ai soli casi di insolvenza del debitore, e riconoscendo inoltre efficacia perentoria al *beneficium excussionis* quando il creditore, con la propria negligenza, avesse trascurato di far valere utilmente il suo diritto nei confronti del debitore. La stessa sorte subì anche il *beneficium divisionis*, che talvolta venne ammesso e talvolta reso solo ammissibile<sup>81</sup>. Era diventato comunque necessario garantire la certezza giuridica dei traffici in un mondo in cui la pluralità delle giurisdizioni rendeva molto facile l'inadempimento delle obbligazioni assunte, specie quelle nei confronti dei mercanti forestieri. D'altra parte al fideiussore fu non solo consentito, ma spesso richiesto di opporre al creditore tutte le eccezioni relative al rapporto obbligatorio, eccetto quelle strettamente personali del debitore.

Concludendo, nell'età medievale e moderna ci fu un variegato dispiegarsi dei complessi normativo, giurisprudenziale e dottrinale relativamente alle varie forme di garanzie apponibili alle obbligazioni, per rafforzarne il vincolo, sotto la spinta di pressanti esigenze dei ceti borghesi e mercantili. La concettualizzazione di una categoria unitaria delle garanzie dell'obbligazione segna sostanzialmente il passaggio al diritto dell'età moderna, quando la dottrina, pur prendendo lo spunto dal diritto romano, divenne più feconda e più creativa. Ma in effetti solo con l'estensione del code Napoléon ai territori italici si posero le basi per superare il sistema frammentario delle posizioni medievali; e soprattutto, sulla base della costruzione dogmatica di una categoria unitaria, operata in particolar modo dalla pandettistica, si articolerà la distinzione proposta nel nostro codice del 1865, tra garanzie a carattere personale e garanzie a carattere reale.

**3. La struttura solidale dell'obbligazione di garanzia** - Il regime della solidarietà ha lo scopo di rafforzare la tutela del creditore e di eguagliare le posizioni soggettive dei condebitori nei rapporti esterni con il creditore, consentendogli di esigere indifferentemente da un qualsiasi obbligato la prestazione.

---

<sup>79</sup> In queste normative si ritenne spesso di potere scorgere un residuo della concezione del fideiussore-mediatore caratteristica dell'antica *wadiatio* longobarda.

<sup>80</sup> Esso era ammesso ad esempio dallo Statuto di Milano del 1216, dallo Statuto di Parma del 1255, e dallo Statuto di Modena.

<sup>81</sup> Esso fu previsto ed ammesso in alcuni Statuti, come quello di Padova e di Ravenna; mentre in altri, come quello di Pisa, fu reso ammissibile solo se espressamente previsto.



Abbiamo già ricordato le leggi<sup>82</sup> tendenti a scalzare la solidarietà iniziale che distingueva le due prime garanzie personali della *sponsio* e *fidepromissio*.

Abbiamo inoltre visto che la *fideiussio*, senza dubbio introdotta per la necessità di rafforzare il credito, si era posta già dall'inizio nettamente come stipulazione accessoria<sup>83</sup>, ma in alcuni punti della sua disciplina configurava un ritorno storico alla regolamentazione delle due primitive forme di garanzia. Il verbo “*iubere*” della sua formula, secondo parte della dottrina, rinviava ad un debito altrui, cioè a garantire l'assunzione delle conseguenze che potevano derivare in caso di inadempimento di un debito altrui<sup>84</sup>; ma non presupponeva una identità di oggetto fra obbligazione del garante e obbligazione del reo. Secondo noi invece la formula della *fideiussio* implicava una identità di debito<sup>85</sup> rispetto all'obbligazione garantita ed esplicitava un rapporto genetico di accessorietà con quest'ultima. A buona ragione ci pare quindi verosimile arguire dai testi esaminati a tale proposito che in età classica (e anche in età postclassica) fosse esistito un rapporto di solidarietà tra fideiussore e debitore principale (scelta operata dal nostro legislatore all'art. 1944 c.1)<sup>86</sup>, e tra cogaranti (enunciata dal nostro legislatore all'art. 1946 c.1)<sup>87</sup>, per cui l'adempimento della prestazione relativa ad uno dei singoli vincoli era connesso in modo tale che gli altri poi non avevano più ragione di sussistere.

Se da Gaio era risultato chiaramente che la validità della fideiussione derivava dalla esistenza dell'obbligazione garantita ed il contenuto determinato sulla base di questa, ciononostante l'obbligazione dell'*adpromissor* aveva conservato durante tutta l'età classica un carattere solidale rispetto all'obbligazione principale in riferimento sia al persistere della inapplicabilità del *beneficium excussionis*, sia al persistere delle conseguenze del modificarsi del valore economico della cosa, sia al permanere in capo al garante di eventuali prestazioni accessorie.

---

<sup>82</sup> Il sistemarsi del concetto di solidarietà nelle garanzie personali sarebbe dovuto quindi a forze estranee alla elaborazione giurisprudenziale e vi avrebbe influito piuttosto un alternarsi di opposte vedute sociali e di scelte politiche generali: cfr. sul punto per tutti G.ARCHI, *Sul concetto cit.*, 267.

<sup>83</sup> Gaio a Gai 3.119a afferma che “*fideiussor vero omnibus obligationibus... adici potest*”.

<sup>84</sup> E.BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, I, Padova, 1962, 150; C.A.CANNATA, s.v. *Obbligazioni cit.*, 35 ss.

<sup>85</sup> V.MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, *Europa cit.*, 917 s.

<sup>86</sup> Tale scelta è un'opzione discrezionale che determina il modo di essere normale della fideiussione e impone alle parti del contratto di discostarsi espressamente (art.1944 c.2) se intendono sottrarre il rapporto agli effetti del vincolo solidale. La prospettiva appare sostanzialmente rovesciata rispetto a quella del codice previgente, per cui l'obbligazione in solido non si presumeva (art. 1988 cod. civ. '65).

<sup>87</sup> Tale rapporto è oggi anch'esso caratterizzato dalla solidarietà quale riflesso naturale che l'ordinamento fa valere tra le obbligazioni assunte dai singoli fideiussori: esse devono riguardare lo stesso debito e lo stesso debitore indipendentemente dalla contestualità dell'assunzione degli obblighi fideiussorii dei singoli cogaranti. Convenzionalmente essa è modificabile sulla base di un pattuito beneficio della divisione ai sensi del c. 1 dell'art. 1947.

Sulla base delle fonti a nostra disposizione non è sempre facile prendere posizione ferma<sup>88</sup> sulla questione del permanere di un rapporto di solidarietà fra debitore e fideiussore, ma l'ipotesi che attira di più è quella per cui, entro i limiti dell'accessorietà, si individuava tra garante e debitore principale un rapporto di solidarietà<sup>89</sup>, in quanto la posizione del fideiussore e del debitore erano poste dai vari testi in nostro possesso su un piano paritetico. La giurisprudenza<sup>90</sup> attestava il riconoscimento del valore estintivo all'*electio* operata dal creditore in quanto l'azione intentata nei confronti del debitore principale estingueva l'obbligazione del fideiussore; e l'azione proposta contro il fideiussore estingueva l'azione del creditore nei confronti del debitore principale.

In epoca giustiniana tale situazione cambiò, e a questo proposito è utile sintetizzare il dettato della costituzione, di cui a C. 8.40.28 pr.-1<sup>91</sup>, con cui l'Imperatore riformava il regime processuale della *fideiussio*. La costituzione estendeva ai fideiussori e ai debitori solidali in genere il regime dell'estinzione dell'obbligazione nei limiti dell'adempimento, affermando che tale disciplina persisteva in quanto propria del *mandatum pecuniae credendae*. In base ed in seguito a tale provvedimento di Giustiniano l'azione intentata contro uno dei confideiussori o contro il debitore principale non avrebbe liberato gli altri fideiussori, così come l'azione intentata contro il fideiussore non avrebbe liberato il debitore principale, in quanto l'obbligazione si sarebbe estinta solo con l'effettivo soddisfacimento del creditore. L'Imperatore quindi con questa importante costituzione aboliva il principio dell'effetto estintivo della azione intentata contro uno dei debitori solidali<sup>92</sup> e

---

<sup>88</sup> È possibile infatti che alcuni testi siano stati alterati da parte dei commissari giustiniani.

<sup>89</sup> A tale proposito la dottrina romanistica ha seguito diversi indirizzi. Affermano esistente il regime della solidarietà. J.BINDER, *Die Korrealobligationen* cit., 129; P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 129; G.ARCHI, *Sul concetto* cit., 259; G.BRANCA, *Unum debitum e plures obligationes*, in Riv. Dir. Comm., 52, 1954, 350 ss.; F.DE MARTINO, s.v. *Fideiussione* (diritto romano), NNDI, 7, 271 s.; E.BETTI, *Istituzioni* cit., 151; M.TALAMANCA, *Fideiussione* cit., 332; G.SACCONI, *Studi sulle obbligazioni* cit., 10 ss.; G.PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, *Studi C. Sanfilippo*, 4, 1983, 612; V.MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, *Europa* cit., 917 s.

Di contro affermano non esistente il regime della solidarietà H.SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, 296 s. e n.12; F.SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951 (rist. Aalen 1992), 497 e 501; C.A.CANNATA, s.v. *Obbligazioni* cit., 35 ss.

<sup>90</sup> Si leggano ad esempio i passi di cui a D. 27.7.7; a D. 12.2.42; a D. 46.1.60 e a D. 46.1.8.3.

<sup>91</sup> C. 8.40.28 pr.Iustinianus Iohanni p.p. *Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. I.Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat.....* a. 531.

<sup>92</sup> Fino a Giustiniano per tutte le forme di garanzia era prevalso il principio del concorso di azioni verso più persone, con la conseguenza dell'effetto preclusivo, rispetto alle altre, della *litis contestatio* compiuta su una delle azioni spettanti contro le varie persone obbligate alla stessa prestazione.

introduceva la regola che soltanto l'effettivo pagamento da parte di uno dei condebitori avrebbe estinto l'obbligazione degli altri. Il provvedimento imperiale ci pare illuminante soprattutto rispetto al regime invalso in epoca precedente<sup>93</sup> alla emanazione del provvedimento, e ivi proprio ricordato. Dall'atto legislativo infatti si evince in modo chiaro che il regime precedente alle modifiche della costituzione prevedeva proprio un rapporto di solidarietà elettiva tra debitore principale e fideiussore, e pertanto il creditore poteva indistintamente convenire per primo l'uno o l'altro. Sulla base di queste pur brevi riflessioni credo si possa dire con un certo margine di sicurezza che prima dell'anno 531, come tra confideiussori si aveva un rapporto di solidarietà (se pur temperato dalla *beneficium divisionis*) anche il rapporto tra fideiussore e debitore era informato a questo regime; e, a parte la possibilità già vista che il garante si obbligasse in *leviorem causam*, egli rispondeva per tutta l'epoca classica negli stessi limiti e solidalmente con l'obbligato principale, senza avere alcuna pretesa che il creditore escutesse preventivamente il debitore principale.

**4. Il carattere della accessorietà dell'obbligazione di garanzia** - Il principio di accessorietà costituisce un filo conduttore della disciplina dell'obbligazione di garanzia fin dall'epoca romana classica. In materia di garanzie personali sono sempre apparsi evidenti due interessi contrastanti: da una parte l'esigenza del creditore di ottenere la dovuta garanzia in ordine al buon esito di una operazione economica rilevante; e dall'altra quella del garante di subordinare la sua responsabilità, per quanto possibile, a quella del debitore principale, cioè di rispondere nei limiti in cui esso si era obbligato. A tale proposito possiamo dire che i profili dell'accessorietà<sup>94</sup> giocano un ruolo nella connotazione delle garanzie personali in quanto tale accessorietà protegge in definitiva il garante<sup>95</sup>, ma assicura pure al creditore il comportamento che egli si aspettava.

La dottrina romanistica ha a lungo ritenuto che un carattere comune a tutte le garanzie in genere fosse l'accessorietà, cioè la dipendenza dell'obbligazione di garanzia dall'obbligazione principale. Questo principio ha particolare importanza in relazione alla invalidità o alla estinzione dell'obbligazione principale: se questa era invalida, inesistente o semplicemente paralizzabile

---

<sup>93</sup> Giustiniano a tale proposito riferisce che prima della sua riforma esisteva comunque una prassi volta ad evitare l'effetto consuntivo della *litis contestatio*. Tale prassi pare confermata da alcune precedenti costituzioni quali C. 8.40.5 e C. 8.40.19: in tal senso P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 139 s.

<sup>94</sup> Va anche detto che il problema dell'accessorietà nel tempo ha assunto rilievo a fronte dell'importanza di alcune figure di garanzia della prassi bancaria rispetto alle quali il requisito dell'accessorietà si ritiene ridotto o addirittura obliterato.

<sup>95</sup> Per parte della dottrina il principio di accessorietà dell'obbligazione fideiussoria accorda infatti, ad esempio, al garante di opporre alcune eccezioni che spettano al debitore principale, tranne quelle derivanti da incapacità (norma espressa nel nostro c.c. all'art. 1945); ma tale regola protegge in definitiva anche il debitore

mediante un'*exceptio*, se veniva a cadere per una causa sopravvenuta di invalidazione (come ad esempio il mutamento della capacità giuridica dell'obbligato) la garanzia era valida ed efficace<sup>96</sup>? In generale la dottrina rispondeva in modo negativo, tranne ammettere l'esistenza di regole diverse, che tentava di giustificare come eccezioni al principio. Gli scrittori più recenti, anche sulla base delle riflessioni dei Pandettisti, fondando il concetto stesso di garanzia sul dogma della accessorietà, parlano di una solidarietà accessoria<sup>97</sup> in antitesi alla solidarietà pura e semplice, in cui tutti gli obbligati sono in condizione di parità.

Ma in base ad una meditata riflessione dobbiamo dire che il dogma dell'accessorietà<sup>98</sup>, come assoluta dipendenza del negozio di garanzia dal negozio principale, non è concetto romano, o perlomeno non è stato elaborato dai romani come un principio applicabile a tutte le garanzie personali; inoltre notiamo che nelle fonti non si trova mai perfettamente formulato il dogma dell'accessorietà come dipendenza dell'obbligazione del garante da quella del debitore, in quanto probabilmente i classici non intendevano l'accessorietà come rigorosa dipendenza dell'una nei confronti dell'altra. Il termine *accessio* e il termine *accedere* non designavano un rapporto di dipendenza (tanto meno di dipendenza funzionale), ma solo l'aderire o l'aggiungersi di una obbligazione ad un'altra<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Piuttosto complessa appare comunque, in tema di accessorietà, la ricostruzione della disciplina relativa alla sorte della garanzia nel caso di inefficacia del rapporto garantito: cfr. per tutti F. DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 71 ss.; V.MANNINO, *Fideiussione e accessorietà, La garanzia* cit., 66.

<sup>97</sup> Essa ha avuto una regolamentazione legale: cfr. a tale proposito gli artt. 1936; 1941 e 1945 (per le eccezioni spettanti al debitore ed opponibili dal garante) del c.c. '42; l'art. 2288 code civil novellato; i §§ 765; 767 e 768 (per le eccezioni spettanti al debitore ed opponibili dal garante) del BGB; il § 1346 dell' ABGB; e l'art. 1822 del código civil.

<sup>98</sup> La categoria dell'accessorietà come la intendiamo oggi è proprio il frutto delle analisi concettuali ottocentesche di stampo pandettistico, piuttosto che l'esito della elaborazione dei giuristi romani, per i quali era importante l'indagine casistica e tipologica rispetto alle costruzioni teoriche e sistematiche. Sulla accessorietà si segnalano per tutti W.FLUME, *Studien* cit., 64 ss., 81 ss., 105; ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*. cit., 29 ss.; R.FEENSTRA, *Le caractère accessoire* cit., 301 ss.; F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 71 ss.; V.MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992, 1 ss; e ID., *Fideiussione e accessorietà, La garanzia* cit., 57 s.

<sup>99</sup> Un riferimento al rapporto tra *sponsores*, *fidepromissores* e *fideiussores* con l'obbligazione garantita si trova espresso in questo senso da Gaio a Gai 3.126 e da Giustiniano a I. 3.20.5, i quali descrivono l'aspetto di una adesione generica dell'obbligazione assunta dal garante alla obbligazione garantita.

Analizzando alcuni passi delle istituzioni gaiane (Gai 3.118, Gai 3.119 e 119a)<sup>100</sup> abbiamo notato che la differenza tra le tre figure della *sponsio*, della *fidepromissio*, e della *fideiussio* stava nel fatto che, mentre *sponsio* e *fidepromissio* potevano accedere solo ad una *obligatio verbis*, la *fideiussio* poteva aggiungersi a qualsiasi obbligazione. Tutte le tre figure comportavano formule di solidarietà fra debitore principale e garante, ma tra queste la fideiussione fin dall'inizio aveva evocato l'idea di accessorietà. Infatti in tema di fideiussione, senza che risultasse superato il requisito dell'identità del debito rispetto all'obbligazione garantita, a partire da alcuni giuristi di età adrianea<sup>101</sup> si era fatto strada (come abbiamo detto) un orientamento favorevole a valutare profili relativi alle determinazioni accessorie, ponendosi l'accento sul limite dell'*alia causa* o della *durior causa* (in contrapposizione alla *levior causa*) dell'obbligazione fideiussoria; e ciò accentuava una identità del debito sotto l'aspetto di una identità di causa, anche se nel sistema romano, lo ripetiamo viveva il principio della tipicità della forma e non della causa.

Anche Giuliano (D. 46.1.16)<sup>102</sup> in un lungo frammento sembrava sottolineare come l'obbligazione del garante trovasse dei limiti nella causa dell'obbligazione garantita: un rapporto tra i due negozi vi era, e concerneva i limiti dell'obbligazione del garante, cioè la obbligazione non doveva essere più onerosa rispetto alla obbligazione principale. La sostanziale identità di struttura con l'obbligazione solidale esigeva come requisito indispensabile della garanzia l'*idem*, e l'*idem* non consentiva alcuna modifica nell'oggetto della prestazione, ma dal momento che si era ammessa la possibilità di varianti negli elementi accidentali del negozio, si era ammesso pur sempre un mutamento nel contenuto della prestazione. Tale dottrina ci può far intendere la progressiva formazione dell'accessorietà nella sua vera estensione romana, come necessità cioè dell'esistenza di

---

<sup>100</sup> Gai 3. 118. *Sponsoris uero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris ualde dissimilis. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum, quamuis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, uelut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si seruus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. 119a. Fideiussor uero omnibus obligationibus, id est siue re siue uerbis siue litteris siue consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. at ne illud quidem interest, utrum ciuilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro seruo quoque obligetur, siue extraneus sit, qui a seruo fideiussorem accipiat, siue ipse dominus in id, quod sibi debeatur.* Non va escluso che Gaio si riferisse anche agli effetti prodotti dal rapporto principale sulla obbligazione di garanzia, soprattutto alla luce di Gai 3.126.

<sup>101</sup> Giavoleno a D. 46.1.42 pr., Gaio a D. 46.1.72, e Ulp. a D. 46.1.8.8 sembrano sicuri che il contenuto dell'obbligazione fideiussoria dovesse essere determinato sulla base dell'obbligazione garantita.

<sup>102</sup> D. 46.1.16.1 Iulianus 53 Dig. *Qui certo loco dari promisit, aliquatenus duriori condicioni obligatur, quam si pure interrogatus fuisset: nullo enim loco alio, quam in quem promisit, solvere invito stipulatore potest. quare si reum pure interrogauero 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 promisisset, fideiussor autem in diem certam vel pure promisisset.*

una stipulazione principale, e come limite all'obbligazione del garante, che doveva mantenere la *eadem causa* o la *levior causa*: sostanzialmente dunque perdurava una residuale comunanza di regime di solidarietà passiva e solidarietà accessoria.

In conclusione, l'origine del termine accessoria e il regime di essa hanno radici nella esperienza romana, ed indicano il rapporto esistente tra obbligazione di garanzia e obbligazione del debitore principale<sup>103</sup>. La caratteristica dell'*adpromissio* romana (pur nella fondamentale differenza tra *sponsio*, *fidepromissio*, e *fideiussio*) era data dalla tipicità formale delle figure utilizzabili dalle parti; e nel nostro caso la *stipulatio*, in quanto *adpromissio* con funzione di garanzia, doveva rispettare dei requisiti a pena di nullità. Infatti *sponsio* e *fidepromissio* presupponevano una obbligazione principale nascente da una *verborum obligatio*, a cui accedeva quella di garanzia: vi era un rapporto accessorio tra obbligazione di garanzia e obbligazione principale riferita agli atti in quanto esse si ponevano accanto alla *verborum obligatio* sorta tra debitore principale e creditore. Non poteva esistere una stipulazione di garanzia senza una stipulazione principale, ma ciò non implicava una dipendenza funzionale della stipulazione accessoria da quella principale in quanto essa poteva accedere anche ad un negozio non efficace. Anche successivamente, con l'aggiungersi della fideiussione alle due forme originarie di *adpromissio*<sup>104</sup>, pare difficile pensare che si sia imposta una struttura sostanzialmente accessoria<sup>105</sup>, rappresentata dall'*accedere* della stipulazione di garanzia all'obbligazione garantita in un rapporto di dipendenza funzionale. In epoca classica quindi il regime dell'*adpromissio* è fondato sulla accessoria senza che i *prudentes* facessero né esplicita né implicita utilizzazione a tale proposito di uno schema operativo analogo all'accessoria in senso moderno: essi utilizzavano il termine *accessio* come termine tecnico sufficiente a determinare le particolarità di alcuni rapporti e vincoli di dipendenza, quindi accessori, senza esplicitare lo scopo degli effetti giuridici implicati. Neppure nelle fonti giustinianee si riscontrano innovazioni rispetto al regime della accessoria; e infatti nelle Istituzioni (I. 3.20.5)<sup>106</sup> sia sotto il profilo del regime che della terminologia il quadro è simile; e tale constatazione è molto importante

---

<sup>103</sup> Cfr. R.FEENSTRA, *Le caractère accessoire* cit., 301.

<sup>104</sup> Gaio sottolinea la diversità di terminologia tra l'*accedere*, predicato della *sponsio* e della *fidepromissio*, e l'*adici* impiegato per la *fideiussio* rispetto all'obbligazione principale a Gai 3.119a.

<sup>105</sup> V.MANNINO, *Garanzie delle obbligazioni* cit., 617 n.15.

<sup>106</sup> 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....*

in quanto la scienza giuridica dell'età di mezzo ha, sui dati delle fonti giustinianee, elaborato il modello di fideiussione, da cui deriva la disciplina delle garanzie nei nostri codici.

Un' ultima osservazione: pur nell'ambito di una polivalenza del termine *accedere*, vi è un elemento comune all'esperienza romana e al linguaggio dei nostri codici: l'accessorietà in senso moderno, non viene nè dai giuristi romani nè dai nostri codici messa in rapporto con una categoria concettuale individuata mediante il riferimento al termine *accedere*, termine che è sconosciuto ai nostri codici nel significato tecnico considerato<sup>107</sup>, sebbene in essi<sup>108</sup> sia contenuta quella disciplina che fornisce i precisi referenti per costruire tale categoria dogmatica.

### **5. Il *beneficium cedendarum actionum*: lo strumento della surrogazione in diritto romano -**

Esso è un istituto tra i più classici e universali del diritto civile, e nei termini in cui oggi lo intendiamo risale storicamente al diritto romano, che consentiva al fideiussore, convenuto per il pagamento, di esigere dal creditore la cessione delle sue azioni verso il debitore principale (*beneficium cedendarum actionum*); anche se solo con le codificazioni moderne, a partire dal code Napoléon<sup>109</sup> si è affermata la regola della automatica operatività<sup>110</sup> della surrogazione.

Esso operava in virtù dei requisiti della solidarietà e della accessorietà; infatti dalla struttura dell'obbligazione fideiussoria, che ha per contenuto l'adempimento dell'obbligazione altrui, deriva che l'esecuzione della prestazione determina la liberazione del debitore originario: la stretta connessione tra l'obbligazione del fideiussore e l'obbligazione del soggetto garantito spiega come si

---

<sup>107</sup> All' art. 1942 del nostro c.c.'42 ricorre il termine accessorio (riportato anche all'art. 1903 del c.c.'65), ma in un significato diverso da quello che qui interessa; altrettanto vale per il code civil novellato all'art. 2293.

<sup>108</sup> L'impostazione seguita dalla maggior parte dei codici dei paesi europei sottolinea un rapporto più o meno lato di dipendenza dell'obbligazione di garanzia dall'obbligazione principale. Si veda il § 767 BGB, in base a cui l'estinzione dell'obbligazione di garanzia dipende dall'estinzione dell'obbligazione principale, in una situazione normativa ispirata alla accessorietà moderna della garanzia fideiussoria. Diversamente il nostro cc. '42 dove all' art. 1944 c.1, la garanzia fideiussoria è disciplinata rispetto a quella del debitore principale in base al principio di solidarietà e in cui, di conseguenza, gli artt. 1955-57 (regolanti l'estinzione dell'obbligazione fideiussoria) riguardano solo cause specifiche di estinzione della garanzia (ma per l'art.1939 non è valida la fideiussione se non è valida l'obbligazione principale, con l'eccezione del caso in cui la fideiussione sia prestata per un obbligazione assunta da un incapace; e per l'art.1941 la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose). Nel code civil novellato non c'è nessuna disposizione esplicita perché all'art. 2311 non si specifica nulla sui rapporti dell'obbligazione di garanzia con l'estinzione dell'obbligazione principale (ma si vedano anche gli artt. 2289 al.1 e al.2 e 2290 al.1 e al.3.).

<sup>109</sup> In esso, all'art. 2029 (ora nel code civil novellato all'art. 2306) in relazione all'art. 1251, si riconosce al fideiussore una sua surrogazione di pieno diritto.

<sup>110</sup> L'operatività *ipso iure*, svincolata da qualsiasi dichiarazione di volontà del fideiussore, è l'orientamento maggioritario della dottrina anche per il nostro ordinamento.

abbia l'estinzione dell'obbligo proprio e il soddisfacimento del creditore. Ma il diritto di credito non si estingue quando il creditore è stato soddisfatto perché tale diritto passa dal creditore originario al fideiussore, con un peculiare meccanismo, di cui ora cercheremo di individuare le origini.

Abbiamo notato che riguardo la fideiussione vi era un regime normativo più articolato e meglio corrispondente alla varietà di situazioni in cui la garanzia risultava di volta in volta prestata. A tale proposito un ruolo importante aveva spesso svolto già dall'epoca classica il *beneficium cedendarum actionum*<sup>111</sup> sia nei rapporti tra debitore e garante, che in quelli tra più garanti.

Tale beneficio realizzava il medesimo scopo dell'azione di regresso, ed era uno strumento che aveva la funzione di surrogare il garante, che pagava, nelle eventuali azioni che rinforzavano il rapporto creditorio. Esso era uno strumento previsto fondamentalmente a tutela del garante e raggiungeva l'obiettivo di soddisfare il creditore sulla base di un principio di equità, in quanto invece di essere fondato, come l'*actio mandati*, su un rapporto tra garante e debitore, si fondava su un rapporto tra garante e creditore; inoltre, come vedremo, possiamo credere che esso integrasse la disciplina del regresso sia quando il garante non poteva essere protetto dalla azione prevista a tale scopo, sia anche quando risultava più vantaggioso per lo stesso garante il ricorso alla cessione delle azioni piuttosto che all'*actio mandati*.

Sotto il profilo della forma la cessione delle azioni avveniva per mezzo della costituzione del cessionario come rappresentante processuale del cedente, e in quanto tale *beneficium* assicurava al garante la stessa posizione processuale che aveva il creditore verso il debitore principale, esso tendeva a raggiungere per altra via la rivalsa del garante; e inoltre esplicava i suoi effetti sia nei confronti del debitore principale che nei confronti degli altri cogaranti<sup>112</sup>.

Sappiamo da Giustiniano che egli, attraverso la Nov. 4 del 535, aveva attuato una riforma organica, volta anche a sanare l'assetto frammentario della compilazione<sup>113</sup>; con questa Novella, tra l'altro, egli concedeva al garante, che aveva pagato in luogo del debitore principale, di ottenere la cessione delle azioni che il creditore aveva nei confronti del reo. La sua voleva apparire e appariva una riforma importante, ma, come vedremo tra poco, essa era soprattutto il portato di una

---

<sup>111</sup> Il termine non è romano, ma degli interpreti: cfr. per tutti H.HASENBALG, *Die Bürgschaft* cit., 403. È comunque da premettere che la sua disciplina non era unitaria, in quanto la funzione di questa cessione non era unica, ma diversa a seconda delle esigenze, non esistendo un istituto organico, per quanto limitato, destinato a risolvere o a rendere più efficace il regresso: sul punto cfr. G.ARCHI, *Sul concetto* cit., 279 ss.

<sup>112</sup> Sappiamo che nei confronti del debitore principale il garante avrebbe avuto comunque perlomeno la possibilità di agire in forza del mandato, che si riteneva sotteso al rapporto di garanzia, cosa che non valeva nei confronti dei cogaranti.

<sup>113</sup> Vedremo infatti più sotto che nelle sue Istituzioni non aveva fatto cenno a questo beneficio, e tenteremo di chiarirne il perché.



elaborazione dottrinale dovuta alla giurisprudenza classica<sup>114</sup>. Di tale elaborazione non troviamo comunque alcuna traccia né nelle Istituzioni di Gaio (Gai 3.121), né in quelle di Giustiniano (I. 3.30.4), e dalla lettura delle due fonti raffrontate si può arguire che i compilatori avevano riportato quasi pedissequamente il testo di Gaio<sup>115</sup>. Nelle Istituzioni giustinianee manca ogni riferimento alla possibilità del garante di ottenere la cessione delle azioni, e la cosa probabilmente si spiga non perché i compilatori volessero negare la prassi favorevole all'esistenza del *beneficium cedendarum actionum*, ma in quanto essi spesso nel testo istituzionale davano una esposizione sommaria ed affrettata della materia, quindi poco puntuale e precisa<sup>116</sup>. E ciò appare ancor più evidente in un testo come questo, tratto direttamente dal giurista Gaio, che pure riduceva all'essenziale certe informazioni, in quanto anch'esse date in un manuale a carattere elementare. Che i compilatori giustinianei si fossero basati sul testo gaiano si evince pure dalla Parafrasi di Teofilo alle Istituzioni giustinianee (Parl. 3.20.4), di cui il punto più importante per noi è rappresentato dalla finale di tale paragrafo<sup>117</sup>, in cui Teofilo affermava che, nel caso in cui il fideiussore avesse pagato l'intero debito, egli non poteva più agire in rivalsa né nei confronti del debitore principale insolvente, né soprattutto nei confronti dei cogaranti. A tale proposito è singolare che egli nella sua parafrasi non facesse riferimento al *beneficium cedendarum actionum*, che pareva saltuariamente già essere stato introdotto dalla giurisprudenza classica.

Dalla compilazione di Giustiniano sappiamo d'altro canto che vari giuristi, di cui abbiamo testimonianza nel Digesto, già a partire da Giuliano erano pervenuti a creare la costruzione giuridica della c. d. *venditio nominis*, la quale consentiva al garante, che era pronto a pagare l'intero, di ottenere la cessione delle azioni contro lo stesso debitore principale o contro i cogaranti. Pare quindi che, già a partire dall'età classica e per opera della giurisprudenza, fosse invalsa una prassi favorevole alla concessione di tale beneficio, beneficio che era sorto proprio per quel principio di equità e correttezza, a cui era informato da sempre il rapporto creditore-garante. I giuristi cioè avevano già cercato di giustificare tale prassi attraverso il meccanismo della vendita del credito<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> Da dire inoltre che l'istituto aveva anche ricevuto in precedenza una disciplina attraverso alcuni provvedimenti autoritativi di vari imperatori: cfr. C. 8.40(41).2; C. 8.40(41).11; C. 8.40(41).2 pr.

<sup>115</sup> L'unica differenza tra i due testi pare essere rappresentata dal *beneficium divisionis*, di cui è cenno in Gaio.

<sup>116</sup> Cfr. sul punto G.LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, 575 ss.

<sup>117</sup> *Institutionum graeca paraphrasis*, trad. E.C.FERRINI, II, Berolini, 1897, 347, 3.20.4... *sed et si quis cum uno fideiussore agens solidum consequatur, huius solius detrimentum erit, neque enim ei cum ceteris fideiussoribus agere permittetur, neque cum reo principali, cum non solvendo sit, utiliter contendet, et merito quidem eiusmodi fideiussor sibi imputabit, cum potuerit conventus ex epistula divi Hadriani adiuvari et efficere ut pro eadem atque in ceteros parte, in se actio daretur.*

<sup>118</sup> E' da rilevare che anche nei Bas. 26.1.17, Schelt. A IV p.1244, si era mantenuto il riferimento alla vendita del credito.

sopperendo alla mancanza dell'ordinamento giuridico, che non prevedeva il passaggio delle azioni in capo al garante attraverso una norma autoritativa. Solo successivamente in effetti, e proprio con Giustiniano attraverso la Nov. 4, si era compiuto un passo decisivo verso quell'istituto, che oggi si definisce surrogazione legale (recepito nel nostro c.c. all'art. 1949)<sup>119</sup>, e che, sulla base dell'automatico trasferimento<sup>120</sup> delle azioni in capo al garante che pagava, si è mantenuto, seppure con varie sfumature, penetrando nelle nostre codificazioni<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Esso recita: "il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore". Va osservato che la surrogazione del fideiussore adempiente nei diritti del creditore è assicurata con intensità dal nostro codice; la sua concessione infatti fa sì che esista un preciso obbligo del creditore di conservare le proprie ragioni e garanzie nei confronti del debitore, per permettere la surrogazione del fideiussore (art. 1955 c.c.). Sul punto cfr. M.FRAGALI, s.v. *Fideiussione*, *Diritto privato*, ED, 17, 1968, 380; P.MASSIDDA, s.v. *Fideiussione*, Enc. Giur. Treccani, 14, 1989, Roma, 11 s.

In tale senso si esprime anche il code civil novellato all'art. 2306; l' ABGB al § 1358 (da cui però si evince che il garante che ha pagato gode sia della surrogazione legale nei diritti del creditore, che del regresso nei confronti del debitore solidale); e il BGB al § 774.

<sup>120</sup> Da notare che alcune teorie attuali hanno superato la costruzione romana della vendita del credito, in quanto proprio influenzate dalla esistenza di una norma giuridica che concedeva il trapasso delle azioni in capo al garante che pagava.

<sup>121</sup> L'odierno ordinamento giuridico italiano regola in questo senso i rapporti tra fideiussore e debitore principale. Essi si fondano sul principio della surrogazione legale del fideiussore adempiente nella posizione del creditore soddisfatto, secondo quanto prevede l'art. 1949 c.c. (corrispondente all'art. 1916 c.c.'65, sulla base degli artt. 1251 ss. e 1253) e secondo quanto previsto dall'art. 1203 c.c., con particolare riguardo al n.5, sulla surrogazione legale valida in termini generali.

In dottrina si discute se l'azione di surrogazione ex art. 1949 e l'azione di regresso ex art. 1950, che spettano al fideiussore solvente, possano essere considerate distinte. Secondo alcuni autori le due figure possono ritenersi complementari e unitarie nel fine che perseguono, giungendo sostanzialmente ad unificarsi: così per tutti G.AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1977, 221 e 253 ss.; e U.SALVESTRONI, *Solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, 129: essi ritengono che il problema del regresso sarebbe stato risolto dal legislatore mediante la surrogazione apprestata come mezzo tecnico per risolverlo. Per altri autori invece le due azioni, distinte sul piano normativo, possiedono una loro autonomia e competono al fideiussore alternativamente: cfr. in tal senso per tutti F.MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, 129 s.; A.RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957 (rist.1981), 223 s. e ID., s.v. *Fideiussione*, in Dig. IV sez. civ., 8, 268 ss.: questa teoria ci pare più valida in quanto con la surrogazione il garante succede nei diritti del creditore, mentre nel regresso egli fa valere un proprio diritto.

In Francia, dai commentatori del code civil (di cui agli artt. 2306, 1249 e 1251), sulla base del pensiero del R.J.POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres complètes*, Paris, 1848, 330, tali azioni sono distinte e poste in un rapporto di alternatività in quanto il fideiussore, qualora non possa o non voglia servirsi della surrogazione, può avvalersi del regresso. In Germania il dettato del § 774 BGB pare simile al nostro c.c.'42, ma resta il fatto che nel codice tedesco non si parla di regresso; mentre l'ABGB al § 1358 afferma che il fideiussore solvente e pagante gode sia del regresso nei confronti del debitore principale, che della surrogazione legale nei diritti che il creditore ha verso il debitore principale.

I giuristi classici quindi avevano già introdotto quel meccanismo che permetteva, come vedremo appresso, di attuare in pratica la cessione delle azioni; e, dalla lettura di alcune soluzioni si può senza dubbio evincere che, se il creditore voleva ottenere il pagamento dal garante, egli era costretto a cedergli le azioni che possedeva nei confronti del debitore<sup>122</sup>. Sappiamo che il diritto romano conosceva vari casi concreti e con particolari caratteristiche, in cui era necessario regolare le varie posizioni dei soggetti: nella maggior parte di questi casi l'ordinamento giuridico lasciava al rapporto sottostante la determinazione degli interessi delle parti, specie quando il vincolo solidale era sorto sulla base di un interesse comune; quando invece ciò non era avvenuto, subentrava l'ordinamento. Ma l'utilizzo del *beneficium divisionis* e del *beneficium cedendarum actionum* non era volto a realizzare un organico e preciso concetto di regresso; inoltre nella fideiussione romana, mentre con il regresso ci si poteva rivolgere direttamente contro il debitore, con il *beneficium cedendarum actionum* ci si poteva rivolgere al debitore in via mediata, in quanto il fideiussore non agiva in base ad un rapporto proprio, ma subentrava in un diritto altrui, tramite la surrogazione nei diritti del creditore. Poichè il fideiussore pagava un debito altrui era giusto che egli ottenesse dal creditore la cessione delle azioni; e questo inoltre era l'unico mezzo attraverso cui il garante potesse agire in rivalsa contro i cogaranti. Dal momento che il rapporto solidale non conosceva un regresso basato sulla struttura della solidarietà stessa, ma solo quando ci fosse sotteso un rapporto tale da giustificare l'esperimento, con il pagamento dell'intero debito si sarebbero estinte le azioni possibili contro i condebitori; e proprio per tale motivo allora si dovette pensare di risolvere la problematica attinente alla cessione delle azioni. Ora, attraverso la lettura e l'esegesi dei vari passi si può evidenziare come venissero risolte certe fattispecie, ed anche se ci fosse un costante punto di riferimento per tutta la giurisprudenza, o se fossero date dai giuristi delle soluzioni contrastanti; ma, dato il limite del presente lavoro, evidenzieremo ed interpreteremo solo alcuni testi, che riteniamo basilari in questa specifico tema. Importante, ai fini delle nostre riflessioni, ci pare un passo di Giuliano, di cui a

D. 46.1.13 Iulianus 14 Dig. *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, 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.*

---

<sup>122</sup> E tale coattività della cessione delle azioni appare confermata anche nel caso di cessione delle garanzie reali costituite a favore del creditore.

La fattispecie è quella di un mandato di credito in cui il giurista dice che il debitore non era liberato se il creditore-mandatario, per ottenere quanto versato, agiva con l'*actio mandati* nei confronti del mandante-garante; altrettanto se il creditore agiva contro il debitore principale, il garante non sarebbe stato liberato, in quanto egli sarebbe stato comunque obbligato per quello che non si poteva recuperare dal debitore. Si afferma qui che il mandante-garante disposto a pagare dovesse pretendere, nel momento di pagare il creditore, la contemporanea cessione<sup>123</sup> delle azioni da parte sua nei confronti del debitore (cioè nel caso particolare la possibilità di agire con l'*actio certae creditae pecuniae*). Sul piano processuale sembra probabile che il garante dovesse eccepire di non potere essere condannato<sup>124</sup> a pagare senza la contestuale cessione delle azioni<sup>125</sup>.

Ancora più interessante è un altro passo di Giuliano, di cui a

D. 46.1.17 Iulianus 89 Dig. *Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*

In tale frammento il problema appare simile a quello precedentemente esaminato, ma il pensiero del giurista adrianeo risulta spingersi ancora più avanti. Il caso sembra quello in cui un fideiussore fosse disposto a pagare l'intero senza ricorrere al *beneficium divisionis* dell'obbligazione<sup>126</sup>. Nel caso specifico il fideiussore pagante doveva costringere il creditore alla cessione delle azioni nei confronti degli altri cogaranti sapendo che, nel momento in cui egli avesse pagato, per effetto dello stesso pagamento, si sarebbero estinte le azioni di rivalsa; e trattandosi in definitiva di un grosso vantaggio anche per il creditore, sarebbe parso assurdo il suo rifiuto a cedere le proprie azioni. Era pertanto necessario riuscire a pagare il creditore senza che ciò apparisse come un pagamento per la

---

<sup>123</sup> Pur potendosi in astratto credere che prima dovesse avvenire la cessione e poi il pagamento, il giurista, da come si esprime, doveva pensare ad una contemporaneità delle operazioni di cessione delle azioni e del pagamento del debito. A tale proposito possiamo ora confrontare l'art. 1201 del nostro codice (corrispondente all'art. 1250 code civil) per cui la cessione delle azioni e il pagamento del debito devono svolgersi contemporaneamente.

<sup>124</sup> Si crede comunque che non fosse necessario inserire l'*exceptio doli* nelle formule di buona fede, in quanto la pretesa del mandatario di farsi indennizzare dal mandante, rifiutando di cedergli le azioni, che non gli sarebbero più potute servire, appariva contraria alla buona fede, e quindi tale da giustificare ugualmente l'assoluzione del convenuto: cfr. G.PROVERA, *Riflessioni cit.*, 630.

<sup>125</sup> Qui si tratta di cessione delle azioni del creditore al garante contro il debitore, ma la figura di cui parla Giuliano è un mandato di credito e non una fideiussione. Per il diritto giustiniano invero, solo alcuni aspetti della disciplina giuridica delle fideiussione e del mandato di credito furono unificati, e pertanto non tutta la dottrina concorda nel sostenere che, per quanto attiene il *b.c.a.*, tale unificazione fosse avvenuta. Sul punto G.SEGRÈ, *Le garanzie personali, Corso di diritto romano*, 1, Torino, 1933-34, 198.

<sup>126</sup> Forse poteva trattarsi di un fideiussore che operava prima dell'introduzione del beneficio ad opera di Adriano o forse piuttosto egli sapeva della non solvibilità degli altri cogaranti.

obbligazione assunta, perché altrimenti al garante non sarebbe stato più possibile ricevere da quello le azioni in cessione. La soluzione di Giuliano è chiara e dimostra tutta la sua acutezza in quanto veniva dal giurista escogitato l'espedito che il pagamento operato dal garante valesse come il pagamento del prezzo della vendita del credito<sup>127</sup>, che veniva ora trasferito in capo al garante. L'espedito costruttivo della vendita risulta chiaramente utilizzata da Giuliano quando con linguaggio puntuale egli affermava che il creditore era costretto a vendere *ceterorum nomina*; e, da come egli si esprimeva sembra che ciò fosse ormai abituale, cioè esistesse una prassi in favore del garante per cui, in sostanza il creditore, pur non avendo un obbligo giuridico, non poteva sottrarsi alla cessione delle azioni nei di lui confronti.

Tale prassi pare sottolineata pure in un passo di Paolo, di cui a D. 46.1.36, in cui il giurista fornisce l'inquadramento dogmatico del principio espresso da Giuliano.

D. 46.1.36 Paulus 14 ad Plaut. *Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.*

Paolo si poneva il dubbio se le azioni, a causa del pagamento da parte del garante potessero essere considerate perse; e il giurista poneva in evidenza che qualcuno poteva affermare che le azioni erano state consumate dal pagamento avvenuto, ma subito dopo giustificava una prassi consolidata che, nonostante non fosse intervenuto un accordo preventivo in ordine alla cessione delle azioni, queste non erano perse perché l'adempimento<sup>128</sup> del fideiussore non doveva essere inteso come semplice pagamento del debito, ma come pagamento del prezzo corrispondente al valore del credito per l'acquisto delle azioni<sup>129</sup>. Paolo inoltre sembrava far riferimento anch'egli alla contestualità della cessione delle azioni e del pagamento, o forse sottintendeva la possibilità di un accordo preventivo in ordine a queste. Comunque egli era pervenuto ad uno sviluppo ulteriore del

---

<sup>127</sup> Su tale espedito cfr. per tutti G.PROVERA, *Riflessioni cit.*, 639 e D.MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionregresses*, *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 391 ss.; R.ZIMMERMANN, *The law of obligations cit.*, 135.

<sup>128</sup> Cfr. G.BRANCA s.v. *Adempimento (diritto romano e intermedio)*, ED, 1, 1958, 550; egli osserva che i Romani non vedevano nella cessione delle azioni un adempimento in senso stretto, ma una vendita del credito al terzo, vendita o cessione che inoltre era necessaria quando il fideiussore fosse adempiente.

<sup>129</sup> Nonostante le probabili interpolazioni che il testo presenta si può ritenere genuino il riferimento all'espedito della vendita: sul punto P.FREZZA, *Le garanzie cit.*, 182; G.PROVERA, *Riflessioni cit.*, 624 e D.MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionregresses cit.*, 393.

principio già individuato da Giuliano, in quanto sosteneva che la cessione delle azioni, se non fosse avvenuta al momento del pagamento, o in una fase immediatamente successiva, perlomeno doveva essere condizionata dal pagamento stesso. Anche in questo passo quindi si giustificava la prassi in base a cui il creditore, che otteneva il pagamento dal garante, surrogava quest'ultimo nei suoi diritti verso il debitore principale attraverso la cessione delle azioni contro quest'ultimo. Ma vi è di più: se il garante, secondo quanto abbiamo detto in precedenza, di norma prima di pagare, era costretto a specificare che il pagamento doveva essere inteso come pagamento per l'acquisto delle azioni, qui Paolo, in accordo del resto con altri giuristi, pare si fondasse su una specie di presunzione, in base a cui il pagamento doveva intendersi compiuto con l'*animus emendi* e non con l'*animus solvendi*<sup>130</sup>; ossia il giurista conferiva un ruolo decisivo al contegno concludente del fideiussore in quanto, al patto intercorrente di norma tra le parti, si poteva sostituire anche la tacita volontà del fideiussore e del creditore. In questo senso Paolo sottintendeva sempre l'avvenuta *venditio nominis*, ma finiva per conferire alla cessione delle azioni un carattere di coattività, in quanto in definitiva in tale fattispecie la vendita sembrava venir attuata sulla base di una unilaterale volontà del garante. In tal senso quindi non si parlava di una vera vendita, ma di un artificio mediante cui le azioni passavano al garante, potendosi qui individuare il carattere fittizio della vendita del credito<sup>131</sup>. A noi pare giusto pensare comunque che il creditore sapesse già che il pagamento del garante avrebbe costituito il prezzo dell'acquisto delle azioni, in quanto forse tra i due soggetti esisteva un implicito contratto preliminare di vendita sottoposta a condizione, per cui dall'esame del passo paolino, secondo noi, la *venditio nominis* si fondava pur sempre su un accordo (magari implicito) in ordine alla cessione delle azioni.

---

<sup>130</sup> Cfr. a tale proposito il dettato del § 774 del BGB, da cui sembra evincersi che il pagamento non avviene *solvendi causa*, bensì per acquistare un credito che precedentemente aveva il creditore.

<sup>131</sup> Cfr. a tale proposito gli autori tedeschi del secolo scorso, e in particolare H.HASENBALG, *Die Bürgschaft* cit., 418 ss. e W.GIRTANNER, *Die Bürgschaft* cit., 98, anche ora molto seguiti dalla dottrina, che hanno individuato una finzione nella volontà unilaterale del garante, che imprimeva al pagamento il valore di un prezzo della vendita del credito: la volontà del creditore non pareva pertanto avere alcun ruolo in questa vendita, che veniva quindi definita fittizia.

Altri passi di Papiniano (D. 20.5.2<sup>132</sup> e D. 27.3.21<sup>133</sup>), Ulpiano (D. 17.1.29.3<sup>134</sup> D. 46.1.10 pr.) e Modestino (D. 46.3.76) riferiscono e prospettano ipotesi leggermente diverse, da cui però pare sempre chiaro che dovesse essere rispettato il principio della contestualità<sup>135</sup> della operazione di cessione delle azioni da parte del creditore e della offerta di pagare da parte del garante. Quindi la interpretazione giurisprudenziale (intesa a valutare il pagamento del garante come prezzo della vendita del credito) e la necessaria contemporaneità delle azioni facevano superare anche l'altro problema della consunzione delle azioni nei confronti degli altri cogaranti, nei confronti dei quali precedentemente il fideiussore non avrebbe avuto altri rimedi<sup>136</sup>.

Il *beneficium caedendarum actionum* si applicava anche al mandato di credito, come abbiamo visto nel passo riferito da Giuliano a D. 46.1.13 e come era stato confermato da Papiniano a D. 46.3.95.10 e da Ulpiano a D. 17.1.28.

La elegante costruzione giuridica offerta dalla giurisprudenza romana rimane pertanto la soluzione che permetteva di superare il problema determinato dal principio che il pagamento produceva l'estinzione dell'obbligazione; il pagamento, grazie all'accordo delle parti continuava ad avere l'effetto estintivo dell'obbligazione, ma veniva considerato come pagamento del prezzo della *nominis venditio*. Nello stesso tempo il debitore continuava ad essere il solo soggetto passivo legittimato all'azione e il creditore, ormai privo di legittimazione attiva era tenuto a cedere le sue ragioni al terzo pagante.

Lo studio dei principi che informano l'esplicarsi del *beneficium caedendarum actionum* romano, e la sua analisi interpretativa nel corso dei secoli<sup>137</sup> hanno avuto un ruolo rilevante per comprendere le similitudini e le differenze che si riscontrano nei principali ordinamenti giuridici europei, dove è stata recepita la odierna surrogazione per pagamento.

---

<sup>132</sup> In questo caso si ricorre all'*emptio* di una garanzia reale, e di conseguenza alla cessione della relativa azione derivante da pegno.

<sup>133</sup> Anche qui il giurista fa riferimento all'espedito della vendita del credito, purchè la cessione avvenga prima della condanna a pagare l'intero da parte di uno dei due tutori.

<sup>134</sup> Ulpiano a D. 17.1.29.3 affronta pure il problema che incombeva al garante di informare il debitore principale qualora egli pagasse il debito; in caso di omissione di tale avviso, e di pagamento fatto anche da parte del debitore, il garante poteva sopportare una perdita patrimoniale ingiusta in quanto il creditore avrebbe finito per ricevere il doppio e solo il debitore avrebbe potuto avere una eventuale rivalsa nei di lui confronti.

<sup>135</sup> Anche se parte della dottrina crede che la cessione delle azioni potesse avvenire, sulla base di un accordo intercorso preventivamente, anche dopo avvenuto il pagamento: cfr. D.MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf* cit., 407.

<sup>136</sup> A tale proposito sembrano chiari sia il passo di Giuliano, di cui a D. 46.1.17 e quello di Papiniano, di cui a D. 20.5.2; una costituzione di A. Severo di cui a C. 8.40(41).11 pr.-1, e un frammento di Modestino, di cui a D. 46.1.19, su cui P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 183.

<sup>137</sup> La glossa si era limitata a parafrasare i passi dei giuristi romani che avevano costruito la *nominis venditio*.

## 6. L'opponibilità, da parte del garante, delle eccezioni spettanti al debitore principale - Il

principio di accessorietà dell'obbligazione fideiussoria, corroborato da quello di solidarietà è alla base dell'estensione al garante delle eccezioni che spettano o spetterebbero al debitore principale; cioè in base a tali principi verrebbe riconosciuto al fideiussore il diritto di opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale.

In materia di garanzie personali dell'obbligazione romana tale estensione rimane uno dei punti più controversi sia che le eccezioni riguardino il momento genetico del rapporto obbligatorio, sia che con esse si tenda a far valere fatti estintivi dell'obbligazione non rilevanti *iure civili*.

Tale estensione al garante delle eccezioni spettanti al debitore principale<sup>138</sup>, affermata nella esperienza romana da molte fonti (spesso peraltro contrastanti) dell'epoca classica, costituisce quindi un aspetto della relazione tra l'obbligazione principale e quella di garanzia<sup>139</sup> sotto il profilo soggettivo, ma a causa dei problemi esegetici creati dai passi giurisprudenziali, che si occupano di tale tema, la dottrina romanistica è stata ed è divisa in relazione ai limiti entro cui essa poteva operare e alle sue ragioni giustificatrici.

Una parte della dottrina<sup>140</sup> ha infatti spiegato il principio della estensione delle eccezioni del debitore principale all'*adpromissor* con il principio dell'accessorietà della garanzia; e pertanto, per affermare che l'accessorietà sarebbe stata alla base di tale riconoscimento, ha evidenziato solo alcune decisioni dei giuristi, che riconoscevano le eccezioni del debitore *al fideiussor*, ritenendo non rilevanti altri testi in cui tale opponibilità pareva motivata dalla esigenza di impedire il regresso del garante escusso.

Altra parte della dottrina<sup>141</sup>, per giustificare l'opponibilità, da parte del garante, delle eccezioni spettanti al debitore principale, è pervenuta allo stesso principio dell'accessorietà attraverso una riflessione basata sulla valutazione degli effetti del regresso del garante.

---

<sup>138</sup> Non è di contro proponibile il caso inverso dell'estensione di eccezioni personali del garante al debitore, tranne casi particolari.

<sup>139</sup> Sul punto cfr. F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 187 e 233: l'a. nega qualsiasi diversità di regime tra *sponsio* e *fidepromissio* da una parte e *fideiussio* dall'altra. Di contro altri autori, tra cui G.SEGRÈ, *Le garanzie personali* cit., 128 ss.; W.FLUME, *Studien* cit., 128 ss.; P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 96 ss. riconoscono tale diversità di regime, sottolineando che l'estensione nella *fideiussio* si basava sulla accessorietà dell'obbligazione di garanzia, mentre nella *sponsio* e nella *fidepromissio* o essa non si attuava o aveva un diverso fondamento.

<sup>140</sup> Cfr. per tutti W.GIRTANNER, *Die Bürgschaft* cit., 40 ss.; G.ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al pactum de non petendo*, in *Scritti sul diritto romano delle obbligazioni*, II, Milano, 1922, 332; W.FLUME, *Studien* cit., 64 ss.; G.SEGRÈ, *Le garanzie personali* cit., 128 ss.; B.WINDSCHEID-T.KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IX ed., Frankfurt am Mein, 1906 (rist. Aalen 1963), § 477, 1083.

<sup>141</sup> In tal senso cfr. H.KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, Halle, 1892, 130 s.; G.GEIB, *Bürgschaftsrechts* cit., 102 ss.; P.F.GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, 813 n.3.



Per altra parte della dottrina<sup>142</sup>, più attenta all'esegesi dei singoli vari casi riportati dalla giurisprudenza, si doveva differenziare il regime delle eccezioni a seconda che esse riguardassero l'aspetto obiettivo (nel qual caso esse si potevano opporre anche da parte del garante) o l'aspetto soggettivo del rapporto obbligatorio (nel qual caso le eccezioni erano ristrette alla sola persona del debitore principale). Ma anche nell'ambito di questo orientamento vi sono incertezze nell'individuare le singole eccezioni e nel ricondurle ad una od altra categoria.

Premettiamo che comunque in generale dalle fonti della compilazione si evince che il regresso ha giocato un ruolo importante in relazione al consolidarsi nel garante del principio di opponibilità delle eccezioni del debitore principale.

Dalla lettura di un passo delle Istituzioni giustiniane in particolare vediamo individuati degli esempi di eccezioni opponibili solo da parte del debitore, e di altre opponibili anche da parte del garante; va premesso inoltre che da tale fonte ci pare risulti evidente un certo rilievo dato alla interpretazione operata dalla giurisprudenza.

I. 4.14.4. *Exceptiones autem quibus debitor defenditur plerumque accommodari solent etiam fideiussoribus eius: et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis quod hi pro eo solverint. qua ratione et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit, proinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset<sup>143</sup>, ne ab eis ea pecunia peteretur. sane quaedam exceptiones non solent his accommodari. ecce enim debitor si bonis suis cesserit et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem nisi bonis cesserit: sed haec exceptio fideiussoribus non datur, scilicet ideo quia, qui alios pro debitore obligat hoc maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab his quos pro eo obligavit suum consequi.*

All'inizio di questo testo Giustiniano afferma che le eccezioni spettanti al debitore si sollevano *plerumque* accordare ai garanti-fideiussori in quanto era inutile negare al garante una eccezione concessa a tutela del debitore, qualora il garante stesso, costretto a pagare, avrebbe poi potuto rivalersi sul debitore con l'*actio mandati contraria*<sup>144</sup>; il debitore principale dunque poteva essere protetto efficacemente solo se si concedeva al garante la stessa eccezione che poteva garantire il

---

<sup>142</sup> In tal senso cfr. soprattutto F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 185 ss., il quale ha sottolineato che l'*exceptio pacti* avrebbe avuto in età classica un rigido carattere personale. Cfr. pure M.KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 458 e n.13 e M.TALAMANCA, s.v. *Fideiussione* cit., 336 s.

<sup>143</sup> Bene osserva P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 98, che qui il testo sembra ricordare la *fictio* probabilmente necessaria per inserire la *exceptio pacti* nel giudizio in cui il garante era convenuto; e ciò proverebbe che il patto valeva solo tra coloro che lo avevano concluso.

<sup>144</sup> Cfr. D. 2.14.32.

debitore stesso. L'imperatore di seguito avverte che, sulla base della stessa considerazione, cioè del rilievo del regresso, era piaciuto (dopo una certa non facile elaborazione da parte dei giuristi classici, di cui ci rimangono numerose e spesso controverse opinioni) estendere al garante l'*exceptio pacti* nascente da un *pactum de non petendo* concluso con il debitore principale; egli sottolinea anche che, di contro, non si estendevano quelle eccezioni, di cui il debitore poteva beneficiare senza pericolo di subire il regresso<sup>145</sup>. La scelta dei compilatori risulta del tutto mirata e puntuale nel citare l'*exceptio pacti* opponibile anche da parte del garante, rimedio per cui le discussioni giurisprudenziali dovevano essere risultate maggiori, proprio sulla base della natura personale del *pactum de non petendo*. Inoltre il "*placuit*"<sup>146</sup>, usato a tale proposito da Giustiniano nelle Istituzioni, stava ad indicare probabilmente l'originaria formazione giurisprudenziale del principio di opponibilità, offerta al garante, dell'*exceptio pacti* spettante al debitore principale<sup>147</sup>. Dal testo delle Istituzioni quindi impariamo che dai commissari giustiniani veniva rilevato a) che il fondamento per l'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale era il diritto di regresso del garante verso il debitore principale, quando il garante, condannato a pagare, avrebbe potuto rivalersi sul reo per mezzo dell'*actio mandati contraria*; e che quindi di norma non si estendevano al garante quelle eccezioni di cui il debitore poteva beneficiare senza che potesse prospettarsi il regresso del garante; b) che veniva rilevata l'evoluzione delle precedenti riflessioni giurisprudenziali.

A tale ultimo proposito le diverse testimonianze delle fonti giurisprudenziali in relazione alla esperienza giuridica romana hanno suscitato spesso varie perplessità<sup>148</sup> in quanto le motivazioni di queste divergenze risultano dalla non facile esegesi dei testi relativi alle garanzie stipulatorie, di cui pare spesso in effetti difficile ricostruirne la struttura e il regime.

Per comprendere a fondo l'evoluzione delle stipulazioni di garanzia e per intravederne pure il loro rapporto nell'ambito delle stipulazioni solidali<sup>149</sup> siamo dell'avviso che andrebbe fatta una analisi di tutti i testi giurisprudenziali controversi caso per caso, onde valutare le singole opinioni

---

<sup>145</sup> Ciò avveniva ad esempio nel caso della eccezione "*nisi bonis cesserit*", che assicurava al debitore che avesse ceduto i suoi debiti, il *beneficium competentiae*: cfr. D. 42.3.4 pr.

<sup>146</sup> Sappiamo che la stessa espressione "*placuit*" era già ricorsa anche in Paolo a D. 2.14.32, con riguardo alla opponibilità dell'*exceptio pacti* da parte del garante, in presenza di una sua possibilità di regresso. Sul punto cfr. P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 97, e F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 209, che invece considera il testo insitico.

<sup>147</sup> Cfr. a tale proposito G.GEIB, *Zur Dogmatik* cit., 106 n.1; P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 97 ss.; F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 200 s. fa risalire il "*placuit*" all'affermarsi dell'idea dell'ultrattività del *pactum* in età postclassica.

<sup>148</sup> Ed è per questo che la dottrina è stata spesso divisa sulla questione se fossero effettivamente opponibili da parte dei garanti le eccezioni spettanti al debitore principale.

<sup>149</sup> Su cui G.ARCHI, *Sul concetto* cit., 259 ss.

dei giuristi, che erano sempre articolate e condizionate dal metodo casistico adottato<sup>150</sup>; ma purtroppo la brevità di queste note ci impone di non soffermarci sui singoli passi giurisprudenziali. Ciononostante non ci sentiamo di tralasciare la interpretazione almeno di alcuni passaggi salienti del Digesto.

Fondamentale ci pare il pensiero di Paolo a D. 44.1.7 pr.-1<sup>151</sup>: tale frammento è da considerarsi nella sostanza genuino<sup>152</sup> ed enunciava un principio generale di estensione delle eccezioni del debitore<sup>153</sup>. Ivi inoltre erano esposti criteri ed elementi comuni, quasi che il pensiero del giurista fosse momento finale e conclusivo di una evoluzione avvenuta attraverso il tempo<sup>154</sup>. Qui il giurista, quasi esprimendo un atteggiamento classificatorio, distingueva tra eccezioni *in personam coherentes* (inerenti alla persona del debitore e pertanto non estensibili ad altri, in questo caso particolare al fideiussore); ed eccezioni *rei autem coherentes* (che si estendevano anche ai garanti-fideiussori). A proposito di queste ultime il giurista richiama l'*exceptio pacti in rem*<sup>155</sup>, l'*exceptio rei iudicatae*<sup>156</sup>, l'*exceptio doli mali*<sup>157</sup>, l'*exceptio quod metus causa*<sup>158</sup>, l'*exceptio iurisiurandi*<sup>159</sup>,

---

<sup>150</sup> Cfr. a tale proposito quanto afferma L.VACCA, *Contributo cit.* e ID., *La giurisprudenza cit.* L'indagine comunque dovrebbe essere diretta a stabilire se e quali eccezioni giovassero al garante, se l'estensione fosse fondata su motivi pratici, cioè sulla conseguenza del regresso; e quali fossero i presupposti dell'estensione al garante delle singole varie *exceptiones*.

<sup>151</sup> D. 44.1.7 pr. Paulus 3 ad Plaut. *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. I. 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.*

<sup>152</sup> F.DE MARTINO, *Le garanzie personali cit.*, 190 lo ritiene sostanzialmente genuino e sopravvissuto alla mano dei compilatori in quanto coincidente con la teoria generale giustiniana dei *pacta*. Nello stesso senso M.KASER, *Das römische Privatrecht cit.*, 458 nt.13. Cfr. di contro l'opinione di G.SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali cit.*, 39 ss.; di G.ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee cit.*, 307 ss.; di G.SEGRÈ, *Sull'efficacia del pactum de non petendo, Riv. Dir. Comm.*, 12, 1915, 1062 = *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 115 ss.

<sup>153</sup> Altri testi che enunciano la generale estensione delle eccezioni proprie del debitore principale al garante si trovano, ad esempio, a D. 44.1.19; a D. 46.1.32 e a C. 8.35.11.

<sup>154</sup> Per quanto riguarda tale evoluzione si possono facilmente individuare nella Compilazione giustiniana le varie proposte e le varie soluzioni particolari offerte da parte dei singoli giuristi.

<sup>155</sup> La remissione informale del debito era concessa dal pretore per dare riconoscimento giuridico a pattuizioni intercorse tra le parti e per paralizzare le pretese che, nonostante tali patti, una parte avanzasse nei confronti dell'altra. Essa poteva essere opposta dal debitore, dal suo erede o dal condebitore solidale.

<sup>156</sup> Essa era opponibile nei confronti di chi riproponeva una domanda giudiziale relativa ad un rapporto litigioso già dedotto precedentemente in giudizio e pertanto esaurito.

*l'exceptio legis Cinciae*<sup>160</sup>, precisando inoltre che l'estensione si aveva anche rispetto all'*exceptio libertatis onerandae causa*<sup>161</sup>, e indicando che si dovevano pure ammettere quei casi in cui qualcuno avesse prestato fideiussione *contra senatusconsultum* (evidentemente qui il giurista doveva pensare al *senatusconsultum Macedonianum*) a favore di un *filius familias* o per un minore di 25 anni raggirato<sup>162</sup>. Nulla può desumersi dal nostro passo a favore della tesi della accessorialità della garanzia, in quanto non ha rilievo il fatto che in esso si discute solo della trasferibilità al fideiussore delle eccezioni che competono al debitore principale, e non invece del caso inverso; mentre è indubbio solo che tale passo non pretendeva assolutamente di esaurire tutta la problematica in argomento. Ciononostante esso ci sembra avere una posizione importante perché vi è chiara la traccia di una evidente disputa giurisprudenziale relativa alla classicità o meno<sup>163</sup> della divisione tra patti *in rem* e patti *in personam*<sup>164</sup>, a cui sembra ricondursi la distinzione tra eccezioni *rei coherentes* ed eccezioni *in personam coherentes*; ed inoltre vi si riferisce che alcune eccezioni non andavano estese al garante.

---

<sup>157</sup> Essa era concessa in base al vizio oggettivo del rapporto principale, a cui accedeva la garanzia: cfr. D. 17.1.29 pr. e D. 12.6.47.

<sup>158</sup> Essa era concessa a chi aveva posto in essere un negozio per effetto di *metus* contro chi pretendeva l'esecuzione del negozio: cfr. D. 4.2.14.6 di Ulpiano, che aderisce alla soluzione di Labeone.

<sup>159</sup> Essa dipendeva dalla attinenza al profilo oggettivo dell'obbligazione e derivava da un accordo in virtù del quale si rinunciava a portare in giudizio una controversia: cfr. a titolo esemplificativo D. 12.2.28.1; D. 12.2.42 pr.-3 e D. 44.5.1.3.

<sup>160</sup> Tale *exceptio* tutelava chi avesse donato al di sopra di un certo limite, qualora il donante non avesse dato ancora esecuzione alla donazione: cfr. D. 39.5.24.

<sup>161</sup> Questa era un'eccezione concessa dal pretore per alleggerire l'obbligo di *operae* e donativi dovuti dagli schiavi, su richiesta del padrone manomittente: cfr. D. 44.5.1.8.

<sup>162</sup> In tal modo si rendeva operante il divieto di dare somme di danaro a titolo di mutuo a determinati soggetti: cfr. D. 14.6.7 pr.-1 e D. 14.6.9.3, da cui risulta che Ulpiano riteneva rilevante, in tema di sc. Macedoniano, estendere la relativa eccezione allo scopo di tutelare il debitore principale, in quanto esisteva la possibilità di regresso da parte del garante.

<sup>163</sup> P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, II ed., Milano, 1967, 227 s.; A.WACKE, *Zur Lehre von Pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht*, ZSS, 90, 1973, 227; M.BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 706 s. e 727 s., avvertono che tale divisione è documentata da vari testi già in epoca classica. Proprio per l'estensione di tali rimedi al garante cfr. D. 4.8.34 pr.; D. 45.2.9.1; D. 46.1.71.1; D. 46.8.1 e D. 46.8.14.

<sup>164</sup> Cfr. anche Ulpiano a D. 2.14.7.8. Per una visione generale cfr. G.ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee* cit., 307, che pensò a proposito della distinzione anche ad una elaborazione bizantina; cfr. pure W.FLUME, *Studien* cit., 131 ss; F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 185 ss.; P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 99; M.KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 196; M.TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni* cit., 56 e n.391.

Ma vi è di più: anche il giurista Ulpiano aveva espresso una precisazione sulla divisione tra *pacta in rem* e *pacta in personam* in un suo passo di cui a D. 2.14.7.8<sup>165</sup>, che ora qui interessa esaminare, e che ha l'aspetto pure esso di una classificazione generale dei patti, di cui si riporta anche l'elaborazione nell'ambito di una duplice categoria. La divisione appare tendenzialmente collegata all'esigenza di individuare due diversi tipi di manifestazione di volontà dei paciscenti, cioè due diversi tipi di accordo sulla base degli interessi posti in gioco. Il testo è in *sede materiae*, cioè inserito nel titolo *de pactis*, ed investe alcune differenze di fondo nel regime della trasmissibilità delle situazioni che scaturivano dai patti: il *pactum* era *in rem* quando recava l'impegno di liberare genericamente dalla prestazione ed era *in personam* quando si pattuiva di non chiedere ad una persona determinata; comunque occorreva accertare sempre la natura del patto non solo sulla base dei *verba*, ma sulla base della *mens* di chi pattuiva, a stare anche a quello che aveva detto Pedio (giurista che aveva contribuito alla affermazione della dottrina dei *pacta*, e la cui citazione da parte di Ulpiano sembra autentica)<sup>166</sup>. Il frammento ulpiano<sup>167</sup> è importante ai nostri fini, come vedremo, perchè ci dà agio di ricostruire l'*iter* delle dottrine relative al I e al II secolo. A tale scopo bisogna premettere che esiste nel Digesto una sequenza di frammenti problematici e una sequenza di citazioni di giuristi dal I secolo in poi, che riflettono un insieme di divergenti posizioni della giurisprudenza<sup>168</sup>, e che testimoniano che la divisione operava già nella prima epoca

---

<sup>165</sup> D. 2.14.7.8 Ulpianus 4 ad ed. *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.*

<sup>166</sup> Cfr. P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 101.

<sup>167</sup> Su di esso le opinioni sono molte e diverse: per un quadro generale cfr. H.MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, I, *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, 1908, 110 ss.; G.ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee* cit., 306 ss.; W.FLUME, *Studien* cit., 131 ss.; F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 185 ss. e 233 ss.; G.SEGRÈ, *Sull'efficacia del pactum de non petendo* cit., 115 ss.; ID., *Le garanzie personali* cit., 135; P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 99; P.VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., I, 243 ss.; G.MELILLO, "Pacta in rem, pacta in personam": una "divisio", *Sodalitas, Scritti in onore di A.Guarino*, 3, Napoli, 1984, 1459; P.APATHY, *Zur exceptio pacti auf Grund eines pactum in favorem tertii*, ZSS, 93, 1976, 99 s.

<sup>168</sup> Cfr. ad esempio per tutti D. 2.14.17.5, dove Paolo richiama la posizione di Sabino, giurista per cui sembrerebbe essere estensibile al garante anche lo stesso *pactum in personam*; D. 2.14.21.5, in cui Paolo asserisce che i *pacta in rem* pattuiti dal debitore principale si estendono a tutti i fideiussori; D. 2.14.22, in cui Ulpiano afferma che se il creditore e il debitore principale hanno pattuito in base ad un loro interesse esclusivo, tale patto non è estensibile al fideiussore; D. 2.14.23, da cui risulta che Paolo asserisce che il *pactum de non petendo* convenuto dal fideiussore non si estende al debitore principale; D. 2.14.25 pr.-1 di Paolo e D. 2.14.26 di Ulpiano, in cui sia Paolo che Ulpiano ribadiscono la intrasmissibilità del *pactum de non petendo* di natura personale, in quanto esso non giovava né nuoceva ai terzi; D. 2.14.27 pr., in cui Paolo riferisce che Nerazio, Atilicino e Proculo avevano una visione più limitata intorno alla

classica<sup>169</sup>, ampiamente intrecciata con la particolare flessibilità delle volontà pattizie. Tali diverse posizioni, a nostro parere, non potevano essere state inventate dai compilatori<sup>170</sup> come soluzioni casistiche e pertanto ci sembrano sostanzialmente genuine<sup>171</sup>. Il *pactum in rem* era stato segnalato già a partire dai giuristi del I sec., secondo quanto indicato da Labeone riferito da Paolo a D. 2.14.25 pr.-1; e quanto indicato da Atilicino, Proculo e Labeone riportati da Paolo a D. 2.14.27 pr.-2. Alla luce della lettura dei vari passi problematici citati il frammento di Ulpiano appare, nella matura giurisprudenza classica, l'ultimo anello di un insieme di posizioni giurisprudenziali, che erano state filtrate attraverso le variegate soluzioni casistiche proposte, da cui peraltro si evinceva che neppure i singoli giuristi erano riusciti a fissare i limiti di trasmissibilità dei *pacta in personam*. I giuristi severiani comunque, pur nella diversità delle fattispecie (dal rapporto con l'erede a quello tra debitore principale e garante o pluralità di garanti) appaiono legati ad un medesimo filo conduttore, riportato da Ulpiano proprio a D. 2.14.7.8 dove, dopo avere definito *in rem* i patti che contenevano un generale *pacisci*, e *in personam* i patti che avvantaggiavano una persona singola, aggiunge che il problema andava risolto comunque ricostruendo la volontà dei paciscenti, asserzione strettamente collegata alla flessibilità delle negoziazioni pattizie<sup>172</sup>. Crediamo quindi che tale testo rappresenti il momento finale di soluzioni giurisprudenziali non riconducibili a rigide regole proprio per la diversità degli istituti sottoposti ad una varietà di pattuizioni; e pertanto possiamo affermare con sufficiente certezza che i compilatori possono avere semplificato, ma non certo inventato le varie elaborazioni: la molteplicità dei patti infatti era tale da non consentire regole uniformi da parte dei giuristi, e solo a partire dal II sec. si giunse ad affermare il principio sicuro della prevalenza della volontà e della rilevanza degli interessi delle parti.

---

estensione delle *exceptiones de non petendo*. Dalla lettura dei passi comunque notiamo che in questi si evidenziano i dubbi e i contrasti esistenti a quel tempo.

<sup>169</sup> Sulla base di questa riflessione possiamo dire che vi è stata una evoluzione nelle opinioni giurisprudenziali, e che molto probabilmente all'inizio si riteneva che le eccezioni relative alla posizione personale del debitore principale (tra cui rientrava l'*exceptio pacti*) nei confronti del creditore, non erano estensibili al garante.

<sup>170</sup> Di contro parte della dottrina romanistica lo afferma: cfr. sul punto G.ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane* cit., 319, per cui erano stati i giustiniane ad introdurre una *divisio* dei patti in ossequio ad una tendenza generale in tal senso F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 197, adombra qualche sospetto sulla classicità della distinzione tra *pacta in rem* e *pacta in personam*. P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 99 ss., pur dichiarando l'interesse dei postclassici a disporre categorie interpretative, riconosce il carattere classico dell'autonomia negoziale e della ricerca della volontà nelle pattuizioni.

<sup>171</sup> Cfr. P.VOCI, *Diritto ereditario* cit., 243 s.; A.WACKE, *Zur Lehre von Pactum tacitum* cit., 227; M.BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 706 s. e 727 s. hanno rivalutato la sostanziale classicità della *divisio*.

<sup>172</sup> G.MELILLO, "*Pacta in rem, pacta in personam*" cit., 1473, nota che è comunque difficile credere che il patto di non chiedere, tanto diffuso nella dottrina dei giuristi romani, seguisse motivi di benevolenza e non fosse piuttosto dettato da motivi di vantaggio già ottenuti o attesi da parte del creditore nei confronti del debitore

Nel Digesto è riportato un altro passo di Ulpiano, di cui a D. 46.1.32<sup>173</sup>, che ci conferma il suo pensiero e sembra pure riconfermare in certo senso anche quanto detto da Paolo a D. 44.1.7 pr.-1: anch'esso distingue tra eccezioni *rei coherentes* ed eccezioni *in personam coherentes*. In tale passo il giurista diceva di più e di meno di Paolo, in quanto non sembrava qui affermare (attraverso l'uso dell'espressione *competere potest*) la possibile, anche se non costante, estensione al garante<sup>174</sup> delle eccezioni spettanti al debitore principale; ma dal tenore del testo si evince che egli affermava di ritenere ammissibile l'estensione delle eccezioni *ex persona rei*<sup>175</sup>, provenienti dal debitore principale; e di ritenerla addirittura ammissibile in alcuni casi in cui si andava contro la volontà del debitore principale (*invito reo*). Siamo pertanto certi che, se egli avesse voluto dire che tutte le eccezioni del debitore principale spettavano al garante non avrebbe adoperato il "*potest*", termine di contro usato a significare che non sempre una *exceptio ex persona rei* si estendeva al fideiussore. Tuttavia quanto afferma Ulpiano, cioè che l'estensione era ammissibile al fideiussore anche "*invito reo*", pare coerente a ciò che aveva detto Paolo a D. 44.1.7 pr.-1.

Relativamente all'argomento che ci interessa troviamo inoltre nella Compilazione una netta affermazione di Marciano, di cui a D. 44.1.19<sup>176</sup>. In tale passo i principi enunciati da Ulpiano a D. 46.1.32 sembrano affermati più decisamente da Marciano in questo testo che, ad un primo momento, sembra simile a quello precedente di Ulpiano, ma, ad una analisi più approfondita, contiene sensibili differenze nel modo di esprimersi dei due giuristi. Marciano nel frammento predetto ribadiva che spettavano al garante tutte le eccezioni del debitore principale (anche *invito reo*), e con ciò egli sembrava rilevare il riconoscimento di una generalizzata ultrattività delle eccezioni del debitore principale; ma forse si può pensare che quanto egli diceva nel frammento era solo una dichiarazione in termini generali e derivava da una notata tendenza di Marciano alla semplificazione e alla generalizzazione di una trattazione istituzionale, da cui il passo è tratto<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> D. 46.1.32 Ulpianus 76 ad ed. *Ex persona rei et quidem invito reo exceptio (et cetera rei commoda) fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.*

<sup>174</sup> F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 234 n.1, crede che il giurista con l'espressione *fideiussori ceterisque accessionibus* facesse riferimento, oltreché al fideiussore, anche allo *sponsor* e al *fidepromissor*.

<sup>175</sup> Secondo F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit, 191 s., con cui concordiamo, tale espressione non starebbe a significare qualsiasi eccezione personale del reo, bensì essa avrebbe il più generico significato di eccezioni spettanti al reo, cioè che provengono dal reo.

<sup>176</sup> D. 44.1.19 Marcianus 13 inst. *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.* Cfr. a tale proposito L.DE GIOVANNI, *Per uno studio delle Istituzioni di Marciano*, SDHI, 49, 1983, 91 ss.; egli sottolinea che le Istituzioni di Marciano era un'opera diretta non agli studenti, ma agli operatori del diritto, e pertanto utilizzabile soprattutto nella prassi giuridica.

<sup>177</sup> Per meglio comprendere il testo di Marciano sembra utile leggere anche la costituzione di Diocleziano, di cui a C. 8.35 (36).11. Nel provvedimento imperiale pure si afferma l'opponibilità per il garante delle eccezioni spettanti al debitore principale; ed anche qui l'intento della cancelleria imperiale esprime la preoccupazione di fornire agli operatori

In conclusione, riassumendo, è presumibile che Paolo a D. 44.1.7 pr.-1 e Ulpiano a D. 2.14.7.8 per il caso specifico dei *pacta* (nei testi di cui più sopra) riportassero l'evoluzione interpretativa della giurisprudenza, di cui i due testi paiono essere momento finale, in quanto con buona probabilità all'origine si era partiti da una posizione più restrittiva, che valutava le eccezioni come strettamente collegate al rapporto obbligatorio cui accedevano; e pertanto esse non parevano estensibili a persona diversa dal debitore vincolato in via principale. In epoca successiva si era addivenuti ad una interpretazione più evoluta, attraverso cui si era venuta ad estendere l'opponibilità delle eccezioni al garante, ma solo nei casi in cui il credito fosse non esigibile a causa di un elemento rilevante oggettivamente, e non di un elemento riguardante in modo personale il singolo debitore. E attraverso questo *iter* i giuristi probabilmente erano arrivati a configurare l'esigibilità dell'obbligazione dell'*adpromissor* sulla base della esigibilità effettiva del credito nei confronti del debitore principale e di conseguenza erano emersi, nell'ambito delle obbligazioni solidali, con riguardo soprattutto alle obbligazioni stipulatorie di garanzia, un rilievo interno ed uno esterno<sup>178</sup> del rapporto di garanzia, motivo questo di più per riaffermare che erano proprio già stati i giuristi classici ad aver individuato, nell'ambito della solidarietà, la c.d. solidarietà accessoria<sup>179</sup>.

---

del diritto regole facilmente utilizzabili, in quanto chiare e semplici. Cfr. sul punto G.ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee* cit., 331 n.21; F.DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 188 e 235 e P.FREZZA, *Le garanzie* cit., 98 s.

<sup>178</sup> Cfr., per tutti, sul gioco fra rilievo interno e rilievo esterno del regresso G.ARCHI, *Sul concetto* cit., 293 ss.

<sup>179</sup> Cfr. sul punto M.TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni* cit., 54: egli, richiamando il J.BINDER, *Die Korrealobligationen* cit., 130 ss., che parla di “*akcessorische Solidarobligationen*”, afferma che il rapporto tra l'*adpromissor* e il debitore principale si atteggia in modo tale che, pur nell'ambito della solidarietà, si può per esso parlare di una solidarietà accessoria. A tale proposito cfr. gli interessanti rilievi di V.MANNINO, *L'estensione al garante* cit., 146 ss., attraverso cui l'a. sottolinea l'influsso che ha avuto sulla civilistica moderna la rigida suddivisione dogmatica fra obbligazioni solidali e obbligazioni accessorie, dovuta all'insegnamento dello R.STAMMLER, *Der Garantievertrag*, *Archiv für Civilistische Praxis*, 69, 1886, 1ss. L'autore tedesco aveva indicato una ammissibile distinzione tra *Bürgschaft* e *Garantie*, da cui derivava la unificazione nella categoria dei c.d. *Garantieverträge* di tutte quelle figure particolari di contratti di garanzia caratterizzati da un'autonomia rispetto al rapporto obbligatorio garantito; e caratterizzati dalla conseguente non opponibilità delle eccezioni basate sul rapporto principale. Nella categoria dei c.d. *Garantieverträge* risultano unificate secondo l'a. tutte le figure di contratto di garanzia ignorate dal B.G.B (§ 765-778), ma pur molto diffuse e caratterizzate anch'esse da una tipica funzione di garanzia. Inoltre il *Garantievertrag*, o contratto autonomo di garanzia si è diffuso nel tempo anche fuori dall'area germanica, e si riscontrerebbe in molti ordinamenti, ad eccezione dell'Italia, dove esso parrebbe ricompreso nella fideiussione, e pertanto si lascerebbe alle parti, in seguito ad un accordo, la libertà di procedere ad un adattamento della sua normativa alle finalità proprie della prima. Resta il fatto che l'emergere delle c.d. garanzie personali atipiche tendono a ridurre la portata della tipica garanzia fideiussoria disciplinata dai codici moderni.



## 7. Brevi cenni sulla disciplina attuale delle garanzie personali nei principali codici europei-

Da un breve inquadramento delle garanzie personali nei principali codici europei di matrice e tradizione romana si può evincere quanto il diritto romano abbia influenzato i vari legislatori.

L'espressione garanzia personale è utilizzata nel gergo giuridico un po' dovunque; e nei codici confluiscono varie figure giuridiche in cui convergono regole e principi desumibili e collegabili allo schema tradizionale della fideiussione, pur senza dimenticare alcune varianti, che hanno dignità giuridica autonoma.

In Francia il contratto era detto "Cautionnement" dal code civil<sup>180</sup> non ancora novellato (artt. 2011-2043); ed in esso erano recepiti i principi di accessorietà, di sussidiarietà e di solidarietà<sup>181</sup>. L'*ordonance* n.2006-346 del 2006 ha novellato il codice precedente ed ha disposto l'introduzione di un quarto libro del code civil articolato in due titoli, di cui uno è rubricato "Des sûretés personnelles", al cui cap. I si legge "Du cautionnement", che non registra sostanziali novità con il precedente codice<sup>182</sup>, dal momento che il legislatore si è praticamente limitato a rinumerare la disciplina sulla fideiussione (artt. 2288-2320). Anche ora è recepito il carattere dell'accessorietà, che peraltro pare attenuato in quanto l'obbligazione del fideiussore rimane valida pure nel caso in cui avvenga l'annullamento dell'obbligazione garantita a causa di incapacità del debitore (artt. 2288; 2289 a.1 e 2; 2290 a.1 e 3), principio che è accolto dalla maggior parte dei codici europei<sup>183</sup>. Comunque nel code civil non vi è alcuna disposizione esplicita sui rapporti dell'obbligazione di garanzia con l'estinzione dell'obbligazione principale (cfr. l'art. 2311). Per quanto riguarda il principio di sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria esso viene ancora ristabilito all'art. 2298, ove si ammette esplicitamente il *beneficium excussionis*.

Analogo assetto normativo ha la fideiussione nel código civil vigente in Spagna dove la fideiussione è detta "Fianza", e il codice, tradizionalmente legato al code civil e al nostro precedente codice civile del '65, regola tale figura agli artt. 1822-1856 in modo molto simile<sup>184</sup>. Il legislatore spagnolo considera innanzitutto la natura e l'estensione dell'impegno del garante; seguono le regole relative agli effetti tra fideiussore e creditore (artt. 1830-37); tra debitore

---

<sup>180</sup> Da ricordare che il code Napoléon è stato preso a modello dai nostri codici preunitari, quali il codice per il Regno delle due Sicilie del 1819, il codice per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla del 1820, la Legge civile del Regno di Sardegna del 1827, e il codice Albertino del 1838; e dal codice civile del 1865.

<sup>181</sup> Da notare che la solidarietà non sarebbe stata presunta, salvo nel caso in cui il "cautionnement" avesse avuto carattere commerciale; ma di fatto la maggior parte delle fideiussioni sono solidali.

<sup>182</sup> Da notare che il secondo capitolo dell'*ordonance* (art. 2321) è interamente dedicato alla regolamentazione delle garanzie autonome, che sono entrate ufficialmente nel diritto civile codificato.

<sup>183</sup> Tranne che dal B.G.B.

<sup>184</sup> Da notare che si è lasciato al código commerciale la disciplina di altre figure di contratti commerciali.

principale e fideiussore (artt. 1838-1843); tra cogaranti (artt. 1844-1846); e l'estinzione (artt. 1847-1853), con un'appendice dedicata alla fideiussione legale e giudiziale (artt. 1854-1856).

In Austria l'ABGB include ai §§ 1346-1365 la fideiussione tra gli strumenti di rafforzamento dei diritti e delle obbligazioni di tipo personale e reale, mediante l'obbligo di un terzo. Il vincolo di garanzia ha una tendenziale dipendenza genetica e funzionale dalla obbligazione principale (§ 1350). Inoltre l'ABGB accoglie al § 1346 il principio della sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria, e stabilisce con coerenza al § 1355 che il garante può essere chiamato in giudizio solo se il debitore principale non abbia adempiuto alla propria obbligazione a seguito di una richiesta giudiziale o stragiudiziale. Nel codice austriaco è recepito pure il carattere della solidarietà (§ 1352).

In Germania nel BGB la fideiussione è detta "Bürgschaft" e compare nella parte speciale del diritto delle obbligazioni ai §§ 765-778 (è da ricordarsi che per tale legislatore la fideiussione si è distinta da quella romana per il fatto che il fideiussore assume l'impegno non tanto di pagare se il debitore non abbia pagato, quanto di costringere il debitore al pagamento e di subentrare a lui se la mediazione non gli sia riuscita; il creditore quindi si sarebbe trovato di fronte a due obbligazioni e ad un'unica responsabilità, nonostante il carattere dell'accessorietà). Le disposizioni introduttive hanno carattere generale e sono relative alla conclusione del contratto e ai requisiti di validità e di efficacia. Il rapporto tra fideiussore e obbligato principale è contrassegnato dalla accessorietà, che comporta un vincolo di dipendenza funzionale tra l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia (§ 767). È proclamato inoltre il principio di sussidiarietà (che vale a distinguere, almeno sul piano teorico, la fideiussione civile da quella commerciale) affiancato, nella stessa previsione codicistica, da ipotesi di esclusione dell'eccezione di preventiva escussione del debitore (§ 771 integrato dai successivi §§ 772 e 773). Il fideiussore non deve comunque neppure indicare i beni del debitore da sottoporre ad escussione. La surrogazione legale è prevista e disciplinata al § 774, collegato anche al § 401 e § 412 dello stesso codice; mentre il regresso in tema di fideiussione non è regolato *ad hoc*, e l'azione deve far capo alla disciplina del diritto di rimborso delle spese sostenute nell'interesse del *dominus* (ai sensi del § 670 per il mandato, e del § 683 per la gestione d'affari, ricollegabili entrambi alla matrice romana). Da evidenziare che la disciplina del codice tedesco in materia fideiussoria si chiude con un'unica disposizione (§ 778) relativa al mandato di credito.

In Svizzera l'"Obligationenrecht" include la fideiussione agli artt. 492-512 tra i singoli contratti, al libro II del diritto delle obbligazioni. Vigge il principio dell'accessorietà (art. 492); la solidarietà non è presunta, ma può essere solo pattuita (art. 496); il fideiussore ha il diritto e l'obbligo di opporre le eccezioni spettanti al debitore principale (art. 502 c.1) e se tralascia di farlo

perde il diritto di regresso (art. 502 c.3); il fideiussore inoltre è surrogato nei diritti del creditore fino alla concorrenza della somma pagata (art. 507).

In Italia la fideiussione è trattata nel c.c.'42 tra i singoli contratti nel libro IV agli artt. 1936-1957, come era trattata nel c.c. '65 nel libro III agli artt. 1898-1931.

Le fonti della fideiussione si rinvergono nella autonomia privata e nella legge, anche se questo non è espressamente previsto del legislatore (come lo è invece ora nel code civil novellato agli artt. 2317-2320).

L'art. 1936 non definisce il contratto, ma la figura del fideiussore (come del resto avveniva all'art. 1898 del c.c.'65). La volontà del fideiussore di obbligarsi deve essere espressa in modo non equivocabile (art. 1937). Il contenuto della obbligazione fideiussoria consiste nell'adempimento di un debito identico a quello a carico del debitore principale (art. 1944), ma esso è determinabile *per relationem*, e ciò indica il carattere della accessorietà della prima rispetto alla seconda, chiarendo che l'obbligazione principale influenza quella di garanzia dal suo sorgere alla fase estintiva; infatti l'art. 1941 ricorda che è impossibile che l'obbligazione di garanzia sia *in duriores causam* (c.1), ma può esserlo *in leviores* (c.2) ed è valida nei limiti dell'obbligazione principale (c.3). Un'altra caratteristica è costituita dal potere accordato al fideiussore di opporre tutte le eccezioni che spettano al debitore principale (tranne quella derivante da incapacità, sulla base dell'art. 1945); inoltre, salvo patto contrario, l'obbligazione fideiussoria si estende a tutti gli accessori del debito principale.

Ritornando all'art. 1944, giusto il tenore del suo dettato, il fideiussore è solidalmente obbligato al pagamento del debito principale; invero, pur non essendo previsto *ex lege* il *beneficium excussionis* a suo favore, con apposito patto può essere stabilito tale beneficio, che il fideiussore può opporre solo quando sia convenuto giudizialmente per il pagamento del debito, indicando i beni del debitore da sottoporre ad escussione. Per inciso ci sentiamo di affermare che la disciplina offerta dal nostro codice è quella che rispecchia al meglio, rispetto ad altri codici europei, le reali esigenze della prassi, che spesso inducono gli operatori commerciali ad avvalersi di tale istituto, e altre volte a rinunciare ad esso. Il fideiussore che ha pagato il debito ha comunque diritto di regresso contro il debitore principale (art. 1950) ed è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro questi (art. 1949).

Secondo una formulazione dottrinale, in quanto l'art. 1946 non disciplina in modo espresso l'argomento, se la fideiussione è prestata da più persone si ha confideiussione: in tale situazione, per quanto riguarda i rapporti con il creditore, da ciascuno dei cogaranti può essere pattuito il beneficio della divisione, tenendo presente che esso può competere anche ad uno solo di essi; in ogni caso poi il confideiussore che paghi l'intero debito ha un diritto di regresso *pro quota* nei confronti degli altri

cogaranti (sulla base dell'art. 1299 in tema di obbligazioni solidali); ed un diritto di regresso e di surrogazione nei confronti del debitore principale. Concludiamo con alcune brevi osservazioni relative al nostro codice civile: la riforma del 1942 sembra allontanarsi dal sistema francese (su cui era impostata la scelta del modello legislativo del c.c.'65), per ispirarsi ad una logica maggiormente pandettista; il legislatore del '42 considera come preminente la funzione del credito, ma concepisce una disciplina temperata da clausole di tutela del garante senza prendere una netta posizione sulla derogabilità o meno delle stesse<sup>185</sup>. Non possiamo non sottolineare che la fideiussione tradizionale, cioè la fideiussione tipica codificata doveva coprire l'esigenza del piccolo credito, dell'imprenditore, del commerciante, cioè appartenere alla figura di garanzia personale in rapporti tra privati di modesta entità; ma lo sviluppo economico dell'Italia e degli altri Paesi appartenenti al mercato comune, con conseguente espansione degli affari e del commercio ormai multinazionali hanno determinato una corrispondente espansione della funzione del credito, che alimenta produzione e investimenti, e il sorgere, nel campo degli affari, di figure atipiche di garanzia, quali le lettere di patronaggio e le garanzie autonome. E a tale proposito, con la recente legislazione di derivazione europea sulle clausole vessatorie, e con la modifica legislativa della disciplina della fideiussione, la tradizionale preminente tutela del creditore sarà oggetto di revisione legislativa; e a tale riguardo bisognerà successivamente, attraverso varie pronunce, attendere un adeguamento giurisprudenziale.

Questo quadro di riferimento muta sensibilmente, anche nella prospettiva generale, allorchè si considerino i sistemi di common law; nel diritto inglese in particolare la fideiussione è definita "Suretyship", e comprende sia l'impegno del garante che il vincolo sui beni senza responsabilità personale.

Una ultima menzione all'evoluzione delle garanzie in generale, e di quelle personali in particolare, nell'ambito del processo di armonizzazione europea, dove una posizione particolare, al di là dei vari interventi legislativi di ispirazione comunitaria, è rappresentato dal Progetto Drobnič in materia di Personal Security inserito nella ricerca su "Principles of European Law": esso è inteso a designare un nuovo assetto del diritto privato europeo nella prospettiva di una nuova codificazione, e fornisce una moderna chiave di lettura delle discipline vigenti nei diversi ordinamenti europei.

---

<sup>185</sup> Sarà dunque compito della giurisprudenza, seguendo il dogma dell'autonomia negoziale privata, ritenere tali clausole derogabili; pertanto potranno sorgere rapporti di garanzia personale atipica, rendendo autonomi garanzia e debito.

**8. Conclusioni** - Il lavoro svolto ha evidenziato le garanzie personali nel loro sviluppo storico; a tale proposito mi sono occupata soprattutto della disciplina che di queste figure si può ricostruire attraverso la lettura delle fonti di diritto romano, e ho concluso con alcuni cenni ai principali codici europei, scegliendo di ricostruire, seppure con i limitati mezzi di una breve ricerca, lo sviluppo storico di alcune figure del diritto ancora esistenti negli ordinamenti nazionali odierni. Tale operazione potrebbe sembrare priva di un attuale interesse scientifico, ma in realtà lo studio di tali figure, dal punto di vista di uno storico del diritto, pare un'operazione ricca di significato e di spunti di approfondimento: infatti, in corrispondenza di istanze volte alla redazione *ex novo* di una codificazione in ordinamenti che ne erano privi, o volte invece ad una risistemazione in sistemi che ne avevano già previsto l'utilizzo, è stato manifestato un particolare interesse per le origini romane dei diversi istituti del diritto privato e per il loro sviluppo storico, soprattutto in un'ottica comparatistica. È quanto abbiamo via via osservato di sfuggita in sede di redazione dei principali codici europei, di riforma dei codici o di riordino di categorie generali del diritto, di uniformazione e di armonizzazione degli ordinamenti privatistici europei; o di nuove codificazioni anche extraeuropee, su cui riferiremo in un prossimo lavoro. Questo interesse ha coinvolto anche la nostra materia, soprattutto alla luce dell'idea di una codificazione comune per i paesi aderenti all'Unione Europea nell'ambito del diritto privato, con particolare riguardo al campo delle obbligazioni, al fine di superare i particolarismi nazionali e le disarmonie tra le differenti discipline di ciascun ordinamento; ma ci sono anche paesi, come la Cina, che di recente hanno pensato ad una nuova codificazione, per costruire, o meglio per ricostruire un codice che disciplini le principali categorie privatistiche, ha cominciato a guardare al modello occidentale europeo e a studiarne le origini romanistiche. Al di là comunque della opinione che si può avere in relazione a operazioni di questo genere, importa sempre evidenziare, a mio parere, un dato essenziale: lo studio dei principi fondamentali di un sistema giuridico e degli istituti in genere non è mai fine a se stesso e non si può mai considerare concluso; perciò è importante riprenderne periodicamente l'analisi allo scopo di poter individuare nuovi sviluppi e nuove applicazioni, utilizzandoli come strumento interpretativo delle scelte compiute dai legislatori. In effetti, cogliendo il senso e la ragione di alcune figure generali del diritto, è possibile capire quale disciplina sarebbe più corretta applicare quando la prassi e le esigenze quotidiane ci presentano nuove fattispecie, e come regolamentare diritti e obblighi delle parti contraenti.

Mi è parso quindi particolarmente proficuo ed interessante approfondire soprattutto lo sviluppo dello sviluppo della *stipulatio* ai fini di garanzia personale, in quanto dalla lettura delle fonti giuridiche, si apprende come tale istituto rivestisse un'importanza centrale nella pratica e come il

suo utilizzo fosse destinato a soddisfare numerose esigenze nell'ambito dell'economia e del commercio in genere. Quindi possiamo considerarlo un istituto cardine in materia di garanzie personali al punto che, all'apice della sua evoluzione ha perso alcuni dei limiti formali che ne restringevano l'applicazione soltanto in determinati casi, per essere assunto come schema base da utilizzare ogni qualvolta le parti volessero prestare garanzia in una obbligazione intercorsa tra altri soggetti. Evidentemente l'utilizzo di tale istituto cambia nel tempo, e variandone l'importanza, cambiano alcuni principi fondamentali; e alcune regole che ne erano alla base cominciarono ad essere considerate troppo restrittive, in quanto, in realtà non corrispondevano alle concrete esigenze a cui la prassi doveva effettivamente rispondere; per tale ragione fu ben presto oggetto di numerosi tentativi di adattamento e superamento, ed i mezzi utilizzati a tale scopo continuarono ad evolvere nel corso del diritto romano. Ciononostante, a ben vedere le varie ipotesi hanno continuato a rispondere ad esigenze pratiche anche nel corso dei secoli successivi e per molto tempo hanno continuato ad essere regolate sulla base delle conclusioni a cui il diritto romano era giunto, sino alle attuali codificazioni, che, in misura diversa od affrontando questioni ulteriori, hanno recepito alcuni di questi casi particolari, ma soprattutto la *ratio* che ne era a fondamento. Lo studio quindi delle garanzie personali è interessante anche alla luce del particolare impatto che ha avuto storicamente la sua applicazione pratica; e a mio parere può risultare interessante approfondire ulteriori aspetti dei principi studiati prestando anche attenzione ad altre figure ulteriori, che sono sorte dalla interpretazione della dottrina moderna, in quanto appartenenti alla medesima categoria ed ai medesimi principi generali, ma risultati poi diverse nella sostanza e nella *ratio*, quali i rapporti di garanzia personale atipica. Si potrà quindi cercare di chiarire l'ambito di applicazione di tali figure e comprendere se è possibile individuare nuove questioni e nuovi problemi, affrontando i problemi tradizionali e riscoprendone l'attualità con l'aiuto di un metodo storico-comparatistico,

Come abbiamo visto esistono certamente delle diversità negli elementi strutturali tra le figure romane e quelle dei nostri tempi, ma vi sono altresì, come abbiamo sottolineato, alcune indubbe comunanze. Di fronte a queste l'atteggiamento potrebbe essere diverso: le si potrebbero eliminare come anacronismi privi di qualsiasi aderenza al mutato stato economico-sociale; oppure ci si potrebbe domandare più proficuamente se quelle regole provenienti dal *Corpus Iuris Civilis*, per la bontà delle ragioni giustificative che le accompagnano, siano ancora da salvaguardare, magari inserendo alcuni adattamenti, tanto più in una fase, come quella attuale, dove si aspira a costruire un diritto privato comune per l'Europa, costruzione che potrebbe avvalersi, anche in materia di garanzie personali, di una matrice romana condivisa dai diversi ordinamenti nazionali<sup>186</sup>. Noi siamo

---

<sup>186</sup> Riscontrano una forte influenza esercitata dal diritto romano sui codici dell'800 in materia di fideiussione H.COING, *Europäisches Privatrecht*, II, München, 1989, 494; R.CORSI, *Fideiussione, La fideiussione considerata nei*

dell'avviso che sia preferibile quest'ultimo atteggiamento in quanto, in effetti, le riflessioni elaborate dalla giurisprudenza romana dell'età classica, a commento spesso dell'editto pretorio, sono riflessioni che sono state recuperate già da Giustiniano e perciò non sono andate perdute, anche se talvolta sono state avulse dal loro contesto normativo (non più riconosciuto come vincolante); e addirittura sono state valorizzate, dal momento che sono servite a tracciare il profilo delle garanzie personali in senso generale e della fideiussione in particolare nelle varie codificazioni. La disciplina di origine romana relativa ai nostri istituti ha infatti notevolmente segnato, come abbiamo già visto, la formazione delle regole inserite dai legislatori nei vari codici europei; e ciò anche se talvolta è maturata una specie di presa di distanza da una precisa base testuale romana, e le elaborazioni su questo impianto comune sono sembrate frutto dell'ingegno di singole parti della dottrina. Ma, a ben guardare, in fin dei conti la *ratio* è ed è stata sempre la medesima, ossia la tutela del credito.

In generale, concludendo, direi che l'indagare le ragioni storico-giuridiche che hanno influito e influenzano le nostre codificazioni, oltre all'urgenza di misurarsi con situazioni concrete e talvolta divergenti tra i vari Stati, garantirà e consentirà di apprezzare il patrimonio comune, che è il substrato delle varie legislazioni europee; inoltre potrà far superare spesso quei divari, che sopravvivono più nelle enunciazioni di principio che nelle situazioni di fatto: ogni ordinamento risulta infatti comprensivo sia dell'orientamento politico-legislativo statale, sia della tradizione scientifica, ivi compreso il diritto romano e il diritto comune. Inoltre trovare precedenti affidanti nelle fonti antiche, che sembrano contenere le tracce originarie di ogni successiva elaborazione scientifica, a nostro avviso potrà valere anche nel contesto della nuova posizione che l'Europa riveste e rivestirà sempre di più per tutti i suoi Stati membri.

---

*rapporti del cod.civ. coi principi del diritto romano*, Bologna, 1893; e da ultimo G.B.PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2000, 19 s.