



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Gianluca Zarro

I. 4.14.1 *'Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fideiussoribus eius'*: vicende di un principio.

Numero X Anno 2017

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, D. Ceccarelli Morolli, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

I. 4.14.4. ‘EXCEPTIONES AUTEM, QUIBUS DEBITOR DEFENDITUR, PLERUMQUE ACCOMMODARI SOLENT ETIAM FIDEIUSSORIBUS EIUS’: VICENDE DI UN PRINCIPIO.

SOMMARIO: 1. *Le origini di un problema: regresso ed eccezioni.* – 2. *La proponibilità delle eccezioni nel diritto romano.* – 3. *La stabilizzazione di un principio.* – 4. *Un’eccezione paradigmatica. L’*exceptio pacti*?* – 5. *L’*exceptio pacti* nella sistematica di Paolo.* – 6. *Considerazioni conclusive. La natura accessoria dell’obbligazione tra reo e garante.*

1. Le origini di un problema: regresso ed eccezioni

Risulta generalmente riconosciuta l’incidenza del regresso anche nel testo delle Istituzioni giustiniane, per le quali dopo l’affermazione generale secondo cui le eccezioni spettanti al debitore principale si sollevano, per lo più, accordare al suo fideiussore, si individua proprio nel regresso l’elemento decisivo per il raggiungimento di quel risultato¹.

¹ Ciò anche se, come sottolinea il V. MANNINO, *Fideiussione e accessorieta*, in *Europa e diritto privato*, 2001, ora in *Strutture e forme di tutela contrattuali*, Padova, 2004, 55 s., proprio con Giustiniano «si verifica l’introduzione, per legge, nel 535 d.C. del *beneficium excussionis*, sia per la *fideiussio*, che per tutte le altre forme di garanzie personali, quali il mandato di credito ed il *constitutum debiti alieni*, in aggiunta al *beneficium divisionis* tra più fideiussori (confideiussori), introdotto già nel II secolo d.C. da un’*epistula divi Hadriani* [...]. Tale circostanza si può leggere come sintomo della generale tendenza all’irrigidimento dei rapporti negoziali e della regolamentazione autoritativa dei rapporti, il che consente di inquadrare tali interventi legislativi come l’esito diretto di scelte dettate da valutazioni politiche generali».

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, ne ab eis ea pecunia peteretur. sane quaedam exceptiones non solent his accommodari. ecce enim debitor si bonis suis cesserit et cum eo creditor experietur, 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.*

Un dato di prima evidenza è offerto dall’impiego dell’avverbio *plerumque* che sottintende il dibattito giurisprudenziale di cui daremo conto nel prosieguo della ricerca, tuttavia, accenniamo, sin da ora, che l’ultrattività dell’eccezione proposta dal garante non fu, neppure in epoca giustiniana, mai vista come un effetto automatico² dell’assunzione di responsabilità per debito

² Secondo la dogmatica civilistica, se si configura il diritto di regresso come un diritto autonomo rispetto al diritto di credito originario, ciò costituisce il principale elemento distintivo del regresso rispetto alla surrogazione; viceversa, ove si consideri il regresso solo come un ‘effetto naturale’ della solidarietà unitariamente concepita, lo si configura quale risultato di un fenomeno di successione (o surrogazione) del *solvens* nei diritti dell’*accipiens* che è stato soddisfatto. Per tutti: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L’obbligazione*, Milano, 1995, 718: «Al debitore che agisce in via di regresso gli altri condebitori possono opporre, in linea di massima, le stesse eccezioni che avrebbero potuto opporre al creditore. La regola appare coerente col principio di fondo che preserva i condebitori solidali dagli effetti sfavorevoli dell’agire di uno di essi. Infatti, se essi non potessero opporre al condebitore che agisce in via di regresso le stesse eccezioni opponibili al creditore, il pagamento eseguito da quel condebitore pregiudicherebbe la loro posizione».

altrui ed, a nostro avviso, in considerazione di questa mera eventualità, forse, va ascritto l’uso del *plerumque*.

Proprio l’eventuale configurabilità del diritto di regresso determina rilevanti aspetti di diversità - anche in ordine a profili pratici - quali il regime delle eccezioni opponibili al condebitore *solvens* che agisce in regresso³.

Secondo la ricostruzione che risulta dominante in dottrina⁴- ma che, a quanto ci consta, non ha subito verifiche negli ultimi decenni - fu possibile che in materia si partisse da una posizione interpretativa restrittiva, imperniata su una concezione dell’eccezione come strettamente collegata al rapporto obbligatorio cui ineriva, e, quindi, dall’idea della conseguente non estensibilità del rimedio pretorio a persona diversa dal debitore in via principale.

In seguito, per effetto della giurisprudenza pretoria, si ebbero a manifestare linee di tendenza evolutive, volte ad estendere l’opponibilità dell’*exceptio* anche al garante, nei casi in cui l’inesigibilità del credito fosse da ricollegarsi ad un elemento oggettivamente rilevante del rapporto obbligatorio (le eccezioni cd. *rei cohaerentes*) e come tale distinto dalla persona del singolo debitore.

³ Occorre precisare, in via preliminare, che il tema può scomporsi precipuamente nei seguenti sottosistemi: innanzitutto l’analisi dell’estensione al garante delle eccezioni proponibili dal reo, compulsato dal creditore, in secondo luogo l’estensione ad un correo delle eccezioni proponibili da (un altro) correo - che può ben essere anche un cogarante - aggredito dal creditore, ed infine l’estensione al reo delle eccezioni spettanti al garante che ha pagato.

⁴ V. MANNINO, *L’estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992, 147 ss.; ID., *Fideiussione e accessorieta*, in *La garanzia nella prospettiva storico comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC (Salisburgo 13-15 settembre 2001)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, 65 ss.; ID., *Recensione* a F. BRIGUGLIO, *Fideiusoribus succurri solet*, in *Iura*, 50, 1999, 193 ss.; in senso confermativo: M. TALAMANCA, *L’accessorieta della garanzia fideiussoria. Dall’esperienza romana alle codificazioni moderne*, in *La garanzia*, cit., 147 ss.

Infine, le diverse ipotesi in cui l'*exceptio* venne ritenuta opponibile finirono per essere racchiuse in una «interpretazione tipizzante» a seconda delle circostanze significative, e l'estensione a persona diversa non risultò essere riconducibile ad una *ratio* unitaria, dipendendo, piuttosto, dalla struttura dei diversi negozi e dal fondamento dell'*exceptio* tipica.

Occorre verificare, mercé una ricostruzione delle fonti, le modalità di proposizione delle eccezioni all'interno dell'obbligazione solidale e soprattutto se sia possibile parlare di una portata generalizzata ovvero se la giurisprudenza romana dovesse discutere *case by case*; inoltre, è opportuno distinguere le soluzioni proposte per l'età classica da quelle adottate per l'età giustiniana.

2. La proponibilità delle eccezioni nel diritto romano

Intendendo procedere ad un'esegesi del testo di I. 4.14.4 – dianzi riportato – mette conto innanzitutto ribadire che in esso si sottolinea che le eccezioni spettanti al debitore, per lo più (*plerumque*), si solevano accordare al suo fideiussore; la giustificazione di tale estensione andrebbe ricercata nel rilievo da assegnare proprio al diritto di regresso: «infatti, sarebbe stato inutile negare al garante un'eccezione concessa al *reus* per proteggerlo, qualora il primo, una volta costretto all'adempimento, avesse potuto rivalersi sul secondo con l'*actio mandati (contraria)*»⁵.

⁵ V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 151. Questo studioso ha ritenuto di sottolineare come anche per i giuristi giustiniane emergesse la centralità dell'*exceptio pacti*, che nella sua ricostruzione avrebbe avuto un'originaria natura personale. In epoca successiva, l'*exceptio pacti* sarebbe stata considerata un'*exceptio rei coherentes* e, tale mutamento – sempre nella visuale del Mannino – sarebbe stato ascrivibile proprio all'individuata rilevanza riconosciuta al regresso: «evolutosi, come si è veduto, fino a divenire un

Sulla base della stessa considerazione, prosegue il passo, *placuit*⁶ attribuire al garante l'*exceptio pacti*, esercitabile dal debitore principale; infine, si statuisce che non si dava luogo all'estensione delle eccezioni di cui il debitore principale poteva beneficiare senza alcun pericolo di subire il regresso, circostanza che si verificava nel caso dell'eccezione *si bonis cesserit*, diretta ad assicurare al debitore

elemento connaturato all'obbligazione di garanzia, così come suggerisce il “*solent...accomodari*” usato dai commissari giustinianeî». Neppure, lo studioso romano individua ragioni ostative nella ribadita presenza del diritto soggettivo di regresso nelle Istituzioni giustiniane; il che, a suo dire, si spiega per la rilevanza della riflessione teorica operata dalla giurisprudenza classica, in riferimento alla determinazione dei rapporti tra garante e debitore principale. A proposito di questo passo, il FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 98, nota che il ricorso al principio della non partecipabilità al garante di alcune eccezioni avrebbe potuto essere ricavato, per così dire, e *contrario* dalla diversa norma della partecipabilità dell'*exceptio pacti* al garante: *ac si cum ipsis [creditor] factum esset*. Il ricordo della *fictio*, che lo studioso congettura come necessaria per inserire l'*exceptio pacti* nel giudizio in cui il garante era convenuto, fornisce la documentazione che, di per sé, il patto valeva tra i paciscenti e che fu proprio l'elaborazione giurisprudenziale a stabilire che l'*exceptio pacti* venisse concessa anche al garante, con cui il creditore non aveva pattuito nulla. G. ROSSETTI, *Le obbligazioni in solido. Modelli romanistici e disciplina attuale*, Napoli, 2013, 77, la quale premettendo che la solidarietà passiva aveva assunto, in epoca giustiniana, la configurazione di una mutua fideiussione, sottolinea come nei rapporti interni tra condebitori il regresso trovi un suo riconoscimento autonomo, data la naturale inerenza alla *mutua fideiussio*. Infatti, il condebitore *solvens* pagando, in qualità non solo di debitore della propria quota, ma anche in quella di garante, esercita automaticamente, in quanto garante, il regresso dato al fideiussore nei confronti del debitore principale. In questo stesso senso, A. MASI, voce *Solidarietà (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1976, 834: «[...] il regresso, connaturale alla *mutua fideiussio*, viene ammesso in testi alterati dai compilatori, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di solidarietà tra i coobbligati».

⁶ Il *placuit* stava ad indicare l'originaria formazione giurisprudenziale del principio di opponibilità, ad opera del garante, dell'*exceptio pacti* spettante al debitore principale. La stessa espressione era già contenuta nel testo di Paolo in D. 2.14.32, con riguardo alla opponibilità dell'*exceptio pacti* da parte del garante, in presenza di una possibilità di regresso. M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità per debito altrui*, reperibile al seguente link: https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/5700/1/Zoz_AssunzioneResponsabilita.pdf, 364, nt. 146.

principale, il quale avesse ceduto i suoi beni ai creditori, il *beneficium competentiae*⁷, ossia il diritto di venire condannato entro i limiti dell'attivo patrimoniale - sfuggendo così agli effetti infamanti che derivavano dalla condanna e dalla insolvenza.

In altri termini, nella parte conclusiva del frammento, Giustiniano sottolinea che qualora il creditore, sostenendo il mancato conseguimento del suo credito, avesse agito contro il debitore, quest'ultimo avrebbe potuto avvalersi dell'*exceptio nisi bonis cesserit*. La concessione dello stesso rimedio al garante avrebbe però impedito, come conseguenza, la completa escussione del debitore.

A nostro avviso esiste una chiara ascendenza del testo delle Istituzioni giustiniane da due passi paolini che, probabilmente, hanno costituito la matrice della codificazione triboniana:

Paul. 3 *ad Plaut.* D. 44.1.7 pr.-1: *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*

⁷ Cfr. P.P. ZANZUCCHI, *Sul c.d. «beneficium competentiae»*, in *BIDR*, 29, 1918, 70 ss.; A. GUARINO, *Note di diritto romano*, Napoli, 1942, 5 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, 1928, 304; V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, rist. Napoli, 1965, 169 ss.; V. GIUFFRÈ, *Il bisogno del diritto. Esperienze romane e moderne*, Napoli, 2013, 68 nt. 3., il quale ebbe a scrivere che i quesiti tecnici che pone all'interprete lo sviluppo del *beneficium competentiae* sono molteplici ed interessanti: da quello se i giuristi abbiano avuto coscienza del duplice connotato del *beneficium competentiae* (contrattuale e processuale), a quello se della identificazione dei presupposti di ammissibilità del procedimento (Insolvenza senza colpa? Necessaria concorsualità? Previo giudizio di accertamento dei crediti?). Ancora, altre questioni che vengono poste sul tappeto sono quelle della natura insitica dei frammenti 8 e 9 di D. 42.3 (ma è ipotizzabile che Marciano nelle *Institutiones* distinguesse tra *cessio* giudiziaria ed extragiudiziaria), al problema dell'inquadramento del *beneficium competentiae* nel processo *extra ordinem*. Ci sembra difficile, però, poter risolvere tali problemi senza ambientare, volta per volta, una massima o l'occasione di politica legislativa, e senza l'apporto di documenti della prassi.

dotis nomine condemnatur. 1. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiussorit, 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.

In questo testo sono esposti elementi comuni al lacerto delle Istituzioni, giacché Paolo distingue tra eccezioni *in personam cohaerentes*, cioè eccezioni inerenti alla persona del debitore ed eccezioni *rei cohaerentes*⁸, cioè inerenti al rapporto e che si estendevano anche ai garanti fideiussori. Pertanto, il frammento presenta la stessa dicotomia, poi, esplicitata dal testo giustiniano, sempre con riferimento al tema dell’obbligazione solidale.

In proposito, non ci sembra che il maggior dettaglio dell’elencazione compiuta da Paolo – rispetto a quanto rinvenibile nel testo di Giustiniano – costituisca una obiezione al legame tra i due testi; infatti, è possibile che l’aver limitato l’esemplificazione alla sola eccezione *nisi bonis cesserit*, da parte dei commissari nominati dall’Imperatore, fosse in linea con l’esigenza di offrire una spiegazione più ampia delle ragioni della non ultrattività, cosa che certamente ricorre nella seconda parte di I. 4.14.4.

Ancora, il frammento paolino sembra presupporre la distinzione tra patti *in rem* ed *in personam*, a cui è da ricondursi la

⁸ Tra queste ultime il paragrafo primo annovera l’*exceptio pacti in rem*, l’*exceptio rei iudicatae*, l’*exceptio doli mali*, l’*exceptio quod metus causa*, l’*exceptio iurisiurandi*, l’*exceptio legis Cinciae*, precisando, però che l’estensione si aveva anche rispetto all’*exceptio libertatis onerandae causa* ed includendo anche i casi in cui qualcuno avesse prestato fideiussione *contra senatusconsultum*, a favore di un *filius familias*.

distinzione tra eccezioni *rei coharentes* ed *in personam coharentes*, e, quindi, alle eccezioni che andavano estese al garante.

In questo senso possiamo ritenere richiamato anche il testo di Ulpiano D. 2.14.7.8, in cui quella divisione viene espressamente enunciata, e che ci sembra legato a filo doppio con Paolo D. 44.1.7 pr.; 1^o; infatti, il frammento risulta comprensivo della *divisio* tra i due generi di patti, allorché enuclea quella tra *exceptiones rei coharentes* ed *exceptio personae coharentes*.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.8: «*Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est*».

Secondo quanto emerge dal contenuto del passo, la distinzione si sarebbe fondata sul presupposto che i *pacta in rem* erano da considerarsi quelli in cui la pattuizione avesse contenuto generale, laddove si aveva un *pactum in personam*, nel caso in cui

In questo frammento, da una parte si manifesta, per così dire, il pensiero fondamentale per il quale occorre indagare quale sia l'intenzione dei contraenti per decodificare la reale efficacia giuridica del negozio, dall'altra si sottomette questo principio fondamentale alla tendenza, di matrice prasseologica, dell'elaborazione di una distinzione tra i *pacta in rem* ed i *pacta in personam*: tale elaborazione presume che sarà considerata *in rem*, cioè con la più ampia sfera di efficacia, la pattuizione, a meno che non risulti provato il contrario. Conseguenza di questa impostazione è che sarà qualificata *in personam* solo quella pattuizione in cui o sia esplicitamente manifestata una volontà delle parti o in cui chi afferma la qualifica di *in personam* si accolli il grave onere della prova di questa circostanza.

⁹ A proposito di questi passi anche il P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 66, opera un raffronto con il testo delle Istituzioni giustiniane, in precedenza riportato.

sorgesse l’impegno a chiedere la prestazione a persona espressamente indicata.

Tuttavia, al fine di distinguere il *pactum in personam* da quello *in rem*, era necessario fare riferimento non solo alla formulazione letterale del patto, ma anche all’effettiva volontà dei paciscenti in quanto, come era stato rilevato da Pedio¹⁰, nella maggior parte dei casi, il nome della persona veniva inserito per indicare con chi il patto fosse stato concluso e non allo scopo di attribuire all’accordo natura personale.

Qualche riflessione aggiuntiva ci consentono i frammenti paolini, D. 44.1.7 pr.-1, già riprodotti. Dal raffronto con il testo delle Istituzioni giustiniane, si nota che il ricorso al principio della

¹⁰ Certamente significativo è anche il richiamo del giurista Pedio, che, come è noto, aveva dato un contributo significativo allo sviluppo della dottrina dei *pacta* con il suo *dictum* – D. 2.14.1.3, sul quale ci sia consentito un rinvio, anche per la bibliografia, a L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 337 ss. Secondo questa testimonianza si restringe l’ambito di applicazione dei *pacta in personam* in un alveo molto ristretto: il nome della persona a favore del quale era stato convenuto il patto, se inserito nel documento, è considerato come elemento di mera certificazione, e non come prova della qualificazione del patto come personale. Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 101. Cfr: P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², Milano, 1967, 243; A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der ‘exceptio dolī’: Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht*, in *ZSS*, 90, 1973, 235 e nt. 78; G. MELILLO, ‘*Pacta in rem, pacta in personam*’: una ‘*divisio*’ classica?, in ‘*Sodalitas*’. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, 3, Napoli, 1984, 1459 ss. In particolare, la *divisio* appare tendenzialmente collegata all’esigenza di individuare, rispetto alle varie fattispecie considerate, due diversi tipi di manifestazione di volontà dei *paciscenti* e, comunque, di classificare due diversi tipi di accordo, la cui estensione era determinata dalla considerazione dell’assetto di interessi delle parti in gioco. La dottrina - in particolare intendiamo riferirci ai contributi del Voci, del Wacke e del Melillo - ha chiarito come la *divisio* si presenta ampiamente documentata dalle fonti classiche, le quali propongono l’indicata dicotomia *pacta in rem/pacta in personam*, con una insistenza e con un grado di attendibilità tutt’altro che sporadici, per esempio in tema di trasmissibilità dell’*exceptio pacti* all’erede, di efficacia del patto del servo o del *filius familias* con il padrone oppure con il *pater*, ovvero di estensione dello stesso rimedio al garante ed al correo.

non partecipabilità al garante di alcune eccezioni, era transfuso nell'altra disposizione del testo giustiniano, relativa alla estensibilità della *exceptio pacti* al garante «*ac si cum ipsis [creditor] factum esset*».

Qualche studioso¹¹ ha congetturato il ricorso ad una *fictio*, come necessario per inserire l'*exceptio pacti* nel giudizio in cui il garante era convenuto; tale tesi fornirebbe la documentazione che, di per sé, il patto valeva tra i paciscenti e che fu proprio l'elaborazione giurisprudenziale a stabilire che la *exceptio pacti* fosse concessa anche al garante, con cui il creditore non aveva pattuito nulla.

Il testo paolino, nella prospettazione di questa distinzione, rivela un atteggiamento di codificazione del principio, quasi di assolutizzazione di esso, al di fuori della considerazione delle circostanze in cui il principio deve caso per caso applicarsi, che fa pensare ad una astrazione scolastica della dottrina.

A questa astrazione si sarebbe, poi, richiamato il testo delle Istituzioni imperiali.

L'impiego di una *fictio* – così come la descrive il Frezza – ci appare però come un mero espediente linguistico, perché l'eccezione proponibile dal reo si estendeva al garante od ai correi in consonanza alla manifestazione di volontà di garanti e cogaranti; sappiamo, infatti, che nei casi in cui non esisteva un provvedimento comiziale alla base dell'*exceptio*, il pretore era guidato dal suo senso di equità, per porre rimedio ai casi in cui «*quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*»: pertanto, con l'espediente dell'*exceptio* egli imponeva al giudice di tener conto del dolo, del *metus*, del *pactum de non petendo*; nel caso in cui fossero riconosciute eccezioni specifiche da senatoconsulti o

¹¹ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 98 ss.

provvedimenti comiziali erano i provvedimenti normativi stessi che imponevano al pretore di concedere il rimedio¹².

Volendo tratte un primo, provvisorio bilancio di quanto sin qui detto, quindi, si ricava, che per i commissari, il fondamento per l'estensione al garante delle eccezioni che spettavano al debitore era rinvenuto nel diritto di regresso¹³, quando il garante, condannato a pagare, avrebbe potuto rivalersi sul reo per mezzo dell'*actio mandati contraria*; in conseguenza, non si estendevano al garante quelle eccezioni di cui il debitore poteva beneficiare senza che potesse prospettarsi il regresso del garante.

Ancora, ed è un dato da non sottovalutare, emerge che i commissari giustiniani rilevavano l'evoluzione giurisprudenziale in materia, come sarebbe ricavabile dall'impiego nel passo delle Istituzioni del *placuit*. Di questa evoluzione si è offerta una

¹² C.A. CANNATA, voce *Eccezione*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1957, 347; ID., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, Torino, 1980, 114. *Adde*, *Il processo civile romano*, a cura di G. Melillo, V. Giuffrè e A. Palma, Napoli, 1998, 95 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 87, che pure non menziona alcuna *fictio* nella struttura dell'*exceptio*; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 155, 169 e *passim*. Dal testo di questo autore è anche possibile operare un raffronto con le *formulae ficticiae*, che attengono al regime delle *actiones*.

¹³ Questa ricostruzione, che pure sembra *ictu oculi* desumibile dal passo in esame, appare in netto contrasto con quanto scritto dal De Martino, secondo cui i compilatori restrinsero l'estensione di *exceptiones* al garante, in base al diritto di regresso, il che significa che questo non era il punto centrale della loro dottrina, sebbene essi se ne siano serviti in qualche caso singolo e specialmente nella teoria dei *pacta*, ed in I. 4.14.4, lo tengano presente per giustificare il principio dell'estensione. Non si può, dunque affermare, continua lo studioso napoletano, che il rilievo dato al regresso sia sempre un'innovazione di Triboniano. F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 235. La moderna dottrina romanistica – come detto alla nt. 5 – ritiene attualmente, sulla base di quella che può essere ormai considerata una opinione dominante, che il diritto di regresso non costituisca un effetto naturale nella struttura dell'obbligazione solidale classica – come risulta, invece, per l'obbligazione solidale regimentata nel diritto positivo – ma che rappresenti, invece, il portato della nuova struttura che essa verrà ad assumere in età giustiniana. Cfr. G. ROSSETTI, *Le obbligazioni*, cit., 77.

testimonianza attraverso il richiamo dei frammenti di Paolo ed Ulpiano.

3. La stabilizzazione di un principio

Un complesso dei passi, a nostro avviso, evidenzia il recepimento ed il consolidamento di quella evoluzione giurisprudenziale di cui dicevamo:

Marc. 14 *inst.* D. 44.1.19: *Omnes exceptiones quae reo competent, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.*

Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.5.1.8: *Exceptionem onerandae libertatis causa, sicut et ceteras fideiussori non esse denegandas sciendum est, nec ei quidem, qui rogatu liberti reus factus est: sed et ipsi liberto, sive procurator ad defendendum a reo datus fuerit sive heres ei exstiterit. Cum enim propositum sit praetori in huiusmodi obligationibus reo succurrere, non servaturum propositum suum, nisi fideiussorem quoque et eum, qui rogatu liberti reus factus fuerit, adversus patronum defenderit: etenim parvi refert, protinus libertus patrono cogatur dare an per interpositam fideiussoris vel rei personam.*

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

Diocl et Max C. 8.35.11: *Defensiones sive exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. NEONI. * <A XXX SUB DIE XV K. IAN.>.

È stato con acutezza notato¹⁴ che sia D. 44.1.19, sia D. 46.1.32 palesano chiaramente che il garante può godere della eccezione derivante *ex persona rei* anche *invito reo*, nonché l’affermazione che il garante può – cioè non deve – essere ammesso al beneficio delle eccezioni spettanti al reo: «*Ex persona rei et quidem invito reo exceptio (et cetera rei commoda) fideius.sori ceterisque accessionibus competere potest*», secondo il testo contenuto in D. 46.1.32.

Il contenuto di quest’ultimo frammento, tuttavia, a noi sembra esprimere una possibile contraddizione, giacché se è vero che esso si riferisce alle *exceptiones personae cohaerentes*, e, dunque, esprime la possibilità e non l’automaticità della sua proposizione, d’altro canto ribadisce il principio contenuto nelle Istituzioni di Marciano – dunque in un testo istituzionale – secondo cui, l’esercizio della difesa attraverso il tramite delle *exceptiones* “competere” anche contro la volontà del debitore principale.

Ora, non sfugge che se il criterio per l’ultrattività della proposizione delle eccezioni individuato dalle Istituzioni di Giustiniano – dunque da un testo affiancabile alle Istituzioni di Marciano per le comuni finalità didattiche – era l’interesse del debitore principale, cioè quello di tenere indenne costui dall’azione di regresso del *solvens*, ciò significa lasciare affiorare una sorta di contraddizione tra i testi, allorché, invece, se ne ammette l’operatività *invito reo*.

Tale aporia, ci pare, emerga ulteriormente ove si consideri che in D. 2.14.7.8, proprio il giurista nativo di Tiro, dopo aver formalizzato la distinzione tra *pacta in rem* ed *in personam*, aveva riconosciuto nell’interesse dei paciscenti, il criterio (volontaristico) di emersione dell’ultrattività: «*Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium*

¹⁴ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 99.

aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est».

4 Un’eccezione paradigmatica. L’*Exceptio pacti*?

Ulteriori prospettive di indagine emergono dall’analisi della ragione dei limiti di ultrattività dell’*exceptio pacti*, cioè dei limiti all’estensione a favore del fideiussore dell’*exceptio pacti* spettante al debitore principale.

Il fondamento dell’ultrattività si rinviene, anche in questo caso, nella considerazione dell’interesse del debitore principale: in altri termini, tale regola scaturisce dall’esigenza di evitare i rischi connessi al regresso spettante al fideiussore, in conseguenza del sicuro configurarsi come mandato del rapporto di garanzia stipulatoria, circostanza, quest’ultima, che risulterebbe da D. 2.14.32, D. 17.1.29 pr., D. 34.3.5 pr.

Paul. 3 *ad Plaut.* D. 2.14.32: *Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori.*

Si può concordare, senza dubbio, con quanti ritengono che nel passo sia contenuto il pensiero classico, per cui si afferma l’estensione al garante dell’*exceptio pacti* in considerazione della possibilità di esperire l’*actio mandati contraria*. In esso è stabilito¹⁵ il

¹⁵ Occorre premettere che - a nostro avviso - il testo è stato inserito dai commissari nel libro secondo, nell’ambito della disciplina sulla proponibilità dell’*exceptio pacti*, ma riporta fedelmente il pensiero di Paolo, giacché l’intenzione dai compilatori era appunto quella di fornire una casistica dell’*exceptio pacti*.

principio che l’eccezione compete anche al fideiussore, ma che tale ultrattività dipende dalla vantaggiosità proprio per il debitore principale «affinché quest’ultimo non venga in seguito convenuto con azione di mandato».

Quindi Paolo sosteneva – si badi, ancora nel testo dei libri *ad Plautum* – l’interesse del debitore principale, come categoria regolativa dell’ultrattività dell’*exceptio*’.

Inoltre, come abbiamo già visto a proposito del frammento estratto dalle Istituzioni giustinianee, anche in questo passo si è evidenziato l’impiego del verbo *placuit*, che sottintende una evoluzione giurisprudenziale – ma soprattutto che sembra condividere l’*eadem ratio*’ con il testo giustiniano. Pertanto, non ci sembra possibile ritenere che l’impiego di questo verbo sia espressivo della manipolazione giustiniana; gli è piuttosto che, all’inverso, i giustinianeî colsero il valore dell’uso di questo verbo nel giurista severiano e lo impiegarono coscienziosamente; per cui è nostra opinione che il suddetto brano del Digesto abbia costituito un ulteriore antecedente logico delle Istituzioni giustinianee (da giustapporre a D. 44.1.7 pr.; 1, già commentato).

Per quanto concerne il secondo testo selezionato, D. 17.1.29 pr. – attribuito ad Ulpiano – anche questo passo si interroga se il fideiussore poteva agire con l’*actio mandati contraria*, cioè in regresso contro il *reus*, qualora questi, essendo stato convenuto in giudizio dal creditore, avesse adempiuto, ignorando che al debitore non era stato versato in contanti, attraverso la *numeratio*, il danaro.

Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29 pr.: *Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat,*

pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittenti certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.

Tuttavia, il frammento aggiunge alcuni elementi di novità operando una distinzione tra la posizione del garante consapevole della reale situazione tra il debitore principale ed il creditore e la situazione del garante che ne fosse ignaro. Nel primo caso, il mancato ricorso all’*exceptio vel doli vel non numeratae pecuniae*, spettante al reus, avrebbe impedito qualsivoglia iniziativa da parte del fideiussore, pertanto egli sarà esposto all’azione di dolo, giacché la mancata proposizione dell’eccezione era considerata una grave negligenza da equiparare al dolo; viceversa, nel secondo caso, si riteneva che l’ignoranza escludesse ogni responsabilità e, quindi, comportasse la concessione dell’*actio mandati contraria*¹⁶.

In una ipotetica seconda parte il testo si occupa dell’*exceptio pacti*, sostenendo che anche se al debitore spettava una qualche eccezione – per esempio di patto – tuttavia, se il fideiussore era ignaro del mancato versamento della somma concessa a mutuo,

¹⁶ Ampiamente dibattuta risulta essere la questione concernente la ‘*libera electio*’ del soggetto da compulsare. L’opinione prevalente risulta essere quella secondo la quale non vi sarebbe alcun riferimento nelle fonti ad un obbligo del creditore di compulsare prima il debitore principale alla o alla possibilità di perdere la causa qualora il creditore avesse agito direttamente contro il debitore. Da ultimo, L. PARENTI, «*In solidum obligari*». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012, 319 ss. Sul punto, G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei ‘iudicia contraria’*, Torino, 1951, 112: «nei *iudicia contraria* [...] non veniva mai in considerazione direttamente il dolo o la mala fede di una delle parti, trattandosi semplicemente di valutare l’entità delle spese fatte o dei danni subiti dall’autore». Adde B. ALBANESE: «*Iudicium contrarium*» e «*ignominia*» nel mandato, in *Iura*, 21, 1970, 1 ss., ora in *Scritti giuridici*, 1, Palermo, 1991, 921 ss.; H.T. KLAMI, ‘*Tenor mandati?*’, *Turku*, 1976, 25 ss.; A. BURDESE, *Recensione a H.T. KLAMI, ‘Tenor’*, cit., in *SDHI*, 43, 1977, 520 ss., ora in *Recensioni e commenti. Sessant’anni di letture romanistiche*, Padova, 2009, 329 ss. In effetti appare rilevante il richiamo contenuto in Ulpiano (Ulp. 6 ad ed. D. 3.2.6.7) in cui si afferma che «*in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet derimi*» (cfr. Ulp. 30 ad ed. D. 16.3.5).

per cui, compulsato, non aveva sollevato la relativa eccezione, in questa circostanza gli sarebbe spettata l’azione di mandato: infatti, il debitore principale avrebbe potuto e, dovuto, informare il suo fideiussore onde evitare che questi, per ipotesi ignaro, pagasse l’indebitato.

Pertanto, con riguardo a D. 17.1.29 pr. ed al riferimento ivi contenuto all’*exceptio pacti*, occorre dire che anche questo escerto farebbe emergere l’estensione di tale eccezione al fideiussore; tale soluzione sarebbe fondata sull’esigenza di non esporre il *reus* al regresso, ove egli avesse informato il fideiussore dell’opponibilità del patto; dunque, ancora una volta è l’interesse del debitore principale che viene in considerazione.

Tuttavia, in questo frammento, a differenza di quanto visto a proposito del lacerto di Paolo, si introduce una distinzione ulteriore non recepita nelle Istituzioni giustinianee, cioè quella della ignoranza della circostanza che al debitore – pur essendo stata conclusa la transazione –, nella fase esecutiva, non fosse stato versato il danaro proveniente dal mutuo.

L’ultimo passo richiamato è:

Ulp. 23 *ad Sab.* D. 34.3.5 pr.: *Si quis reum habeat et fideiussorem et reo liberationem leget, Iulianus ibidem scripsit reum per acceptilationem liberandum: alioquin si fideiussorem coeperit convenire, alia ratione reus convenitur. quid tamen, si donationis causa fideiussor intervenit nec habet adversus reum regressum? vel quid si ad fideiussorem pecunia pervenerit et ipse reum dederit vice sua ipseque fideiusserit? pacto est reus liberandus. atquin solemus dicere pacti exceptionem fideiussori dandam, quae reo competit: sed cum alia sit mens legantis, alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus.*

Il problema esaminato da Giuliano e da Ulpiano concerne l’esecuzione dell’obbligazione dell’erede, nascente da *legatum*

liberationis, di annullare il rapporto creditorio rispetto al debitore legatario¹⁷.

Giuliano suggeriva l'*acceptilatio*, come modo di estinzione automatico, quindi di efficacia generale; pertanto, esso avrebbe avuto efficacia anche rispetto all'obbligazione del fideiussore, di modo che il legatario convenuto dal fideiussore con l'*actio mandati contraria*, doveva pagare a costui ciò che non aveva pagato al creditore¹⁸.

¹⁷ Come è stato da più parti notato, il passo fa emergere la distinzione del regime giuridico dell'*acceptilatio* e del *pactum de non petendo*. Sul punto cfr. F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 195, secondo il quale dal vizio logico che discende dal contrasto tra la prima parte del testo e l'ultima parte ne consegue con tutta chiarezza, che ancora ai tempi di Salvio Giuliano, il *pactum de non petendo* concluso dall'erede con il reo nella *liberatio legata* non si estendeva al garante e ciò impose la necessità dell'*acceptilatio*: «Ma il testo dimostra ancora, che i rapporti interni fra debitore e garante non erano perduti di vista dalla giurisprudenza e non è quindi inverosimile, che talvolta in altri casi si facesse leva appunto sugli effetti del regresso». Molto articolata risulta, altresì, l'opinione del P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 194, il quale pur convenendo sul fatto che nelle fonti il rapporto tra fideiussore e debitore principale si troverebbe costruito secondo lo schema del mandato che, a sua volta, si porrebbe a fondamento del regresso spettante al garante nei confronti del debitore principale ebbe a ritenere che nel caso di specie si venisse a configurare nella fideiussione la doppia causa negoziale, quella di garanzie e quella di mandato. In tal guisa, a giudizio dello studioso, si sarebbe aperta la strada per la ammissibilità della *fideiussio animo donandi*, la cui configurabilità a giudizio dell'autore si sarebbe posta in questi termini: «[...]la fideiussione è un negozio la cui funzione tipica è la garanzia, una fideiussione avente oltre a questa sua causa (= funzione tipica) la causa della donazione è una fattispecie tanto meno ammissibile, quanto più nel momento in cui in cui la fideiussione viene in essere non si sa se il fideiussore verrà o non verrà a pagare, e quindi, se gli si attribuisce la volontà di donare, questa volontà non potrebbe essere che priva di oggetto. La fideiussione '*animo donandi*' è dunque innanzitutto "un grosso equivoco"».

¹⁸ A proposito del pensiero di Giuliano è da considerare lo studio di un ulteriore frammento: Iul. 33 dig. D. 34.3.10: *Si damnatus heres fuerit a fideiussore quidem non petere, quod autem reus debet, Titio dare, pacisci debet, ne a fideiussore petat, et adversus reum actiones suas praestare legatario: quemadmodum damnatus heres, ne a reo petat, et damnatus dare quod fideiussor debet, et reo acceptum facere et legatario litis aestimationem sufferre cogatur*. In questo testo si fanno due ipotesi. Una prima in cui si configurerebbe una «*liberatio legata*» in favore del fideiussore ed un legato a Tizio del debito del reo principale. In questa eventualità,

Ulpiano, d'altra parte, voleva far corrispondere l'ampiezza della sfera di applicazione del patto alle intenzioni del testatore, attraverso il raffronto tra la volontà di chi operava il legato e la volontà dei paciscenti. Nel testo è, infatti, sostenuto che la possibilità di dare vita ad un *pactum de non petendo* limitato al solo debitore principale, quando mancasse il regresso, non presenta particolari problemi, in quanto tale assenza esclude il rischio di rivalsa del garante.

In altri termini, a proposito dei rapporti tra debitore principale ed *adpromissor*, a prescindere dalla forma dell'accordo, il pensiero giurisprudenziale si era sviluppato nel senso di un superamento della nozione di patto personale non ultrattivo per giungere – rispetto alla valutazione della sua concreta portata soggettiva – ad una distinzione imperniata sulla rilevanza della volontà dei paciscenti, per cui l'accordo avrebbe dovuto intendersi ritualmente fatto *in personam*; tale circostanza spiega il motivo per cui, qualora vi fosse il regresso, si rendeva necessario fare ricorso

Giuliano avrebbe suggerito la stipula di un *pactum de non petendo* con il garante e la cessione al legatario dell'azione contro il reo principale. Nella seconda ipotesi si ravvisa una «*liberatio legata*» al debitore principale e la disposizione a Tizio, tramite legato, del debito del garante. Questa volta, l'eminente giureconsulto adrianeo avrebbe suggerito l'impiego dell'*acceptilatio* per concludere il debito, in qualità di debitore principale ed il pagamento dell'ammontare del debito al legatario. La scelta dell'*acceptilatio*, suggerita da Giuliano nella seconda ipotesi, è stata giustificata supponendo che la volontà del testatore fosse di liberare anche il fideiussore oppure di attribuire a Giuliano una concezione del regime della *fideiussio* tale, che questa non ammettesse una liberazione del reo principale che non implicasse anche la liberazione del garante: ossia una concezione della *fideiussio* considerata come rigorosamente accessoria dell'obbligazione principale. Sul frammento F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 194, il quale ebbe a scrivere che la seconda parte del testo dimostra che la liberazione doveva compiersi mediante l'*acceptilatio* e quindi che non bastava il semplice *pactum*, pur producendosi l'effetto della liberazione del fideiussore, l'oggetto della cui obbligazione l'erede è tenuto ad adempiere. Giuliano manifesterebbe di disconoscere altri modi rispetto all'*actio doli* per colpire la responsabilità del fideiussore per la propria mora, così ignorando la possibilità che il debitore venga liberato senza che anche il fideiussore lo sia *eo ipso*.

all’*acceptilatio*, per escludere definitivamente l’esigibilità del credito¹⁹.

Qualora si fosse posto il problema della valutazione dell’ampiezza soggettiva del *pactum*, il principio generale della sua valutazione come ultrattivo, nella specie dell’attuazione del *legatum liberationis*, non poteva, però, applicarsi. Peraltro, l’elemento dell’interesse del debitore principale all’opponibilità dell’eccezione a lui spettante anche da parte del garante, e non viceversa, si delinea come di norma esistente²⁰.

La possibilità di considerare il fideiussore, come avente una sua propria posizione autonoma rispetto a quella del reo, tanto per quanto attiene alla responsabilità per mora, quanto per l’estensione della responsabilità conseguente alla liberazione non soddisfattiva del debitore principale, è, pertanto, a nostro avviso, da ricondursi all’opera di Paolo.

5. L’*exceptio pacti* nella sistematica di Paolo

¹⁹ Su questi aspetti insiste il V. MANNINO, *L’estensione*, cit., 145, secondo il quale pur accettando ormai Ulpiano l’idea della normale estensibilità del *pactum de non petendo* anche in favore del garante, egli non esita a seguire l’opinione di Giuliano, il quale, con riguardo alla *liberatio legata* disposta a favore del solo debitore principale, riteneva che gli effetti dell’accordo fra quest’ultimo e l’erede/creditore si sarebbero dovuti restringere alla persona dell’onorato. Pertanto, continua lo studioso romano, l’ampiezza soggettiva del *pactum de non petendo* risulta condizionata dall’esigenza di dare attuazione al legato nel modo più aderente alla volontà del testatore, impedendo l’estensione dell’accordo a persona diversa da quella beneficiata.

²⁰ Questo esito, che corrisponde ad una sorta di tipizzazione del fenomeno, sia pure in rapporto alla rilevanza dell’elemento soggettivo dell’atto, rinviene la prova nei passi selezionati, tratti dal libro terzo *ad edictum* del giureconsulto Paolo, cioè D. 2.14.21.5; D. 2.14.23; D. 2.14.25 pr.; 1; D. 2.14.27 pr. In essi si evidenzia l’individuazione, come caso speciale, del regime delle obbligazioni stipulatorie di garanzia nell’ambito delle stipulazioni solidali.

Abbiamo visto che la distinzione tra *exceptiones rei cohaerentes* e *exceptiones personae cohaerentes*, recepita in seguito dalla giurisprudenza italiana²¹, appare del tutto coincidente con alcune enunciazioni

²¹ La dottrina civilistica tradizionale ritiene di distinguere il regime delle eccezioni proponibili ad opera dei condebitori solidali nei confronti del *solvens*, in considerazione della circostanza che la solidarietà sia prevista nell’interesse comune di tutti i coobligati, ovvero nell’interesse esclusivo di uno di essi ed a seconda se il debitore adempiente eserciti il diritto di regresso ovvero l’opzione di surroga. In altri termini, occorre, con maggiore acribia, distinguere tra obbligazioni solidari *tout court* ed obbligazioni solidali ad interesse esclusivo di un contraente. In relazione alla prima ipotesi – l’obbligazione solidale contratta nell’interesse di tutti i coobligati – è previsto che, nei confronti del coobligato che agisce in surroga, cioè sostituendosi nella posizione del creditore a seguito dell’adempimento, gli altri coobligati possono far valere tutte le eccezioni che potevano essere opposte al creditore originario. La regola appare coerente col principio di fondo che preserva i condebitori solidali dagli effetti sfavorevoli dell’agire di uno di essi. Infatti, se essi non potessero opporre al condebitore che agisce in surroga le stesse eccezioni opponibili al creditore, il pagamento eseguito da quel condebitore pregiudicherebbe la loro posizione. Invece, nei confronti del coobligato adempiente, che ha agito in regresso, non potranno opporsi le eccezioni fondate su quei fatti estintivi e modificativi, che avrebbero dovuto essergli comunicate prima dell’adempimento, secondo buona fede. Sempre con riguardo alle obbligazioni soggettivamente complesse semplici o *tout court*, non dovrebbero, ancora, considerarsi opponibili le eccezioni strettamente personali, mentre si è dubitato della proponibilità delle eccezioni attinenti alla validità ed efficacia dell’atto di surroga, sia che lo si voglia intendere come un atto negoziale, sia che lo si intenda come un mero atto giuridico, giacché, altrimenti, non sarebbe possibile individuare il termine iniziale cui riferire l’inopponibilità degli atti modificativi o estintivi, dovendosi far leva esclusivamente sulla conoscenza in fatto dell’avvenuto subingresso ed alle regole della buona fede o correttezza. Nell’ipotesi della solidarietà ad interesse esclusivo, invece, il garante che adempie l’obbligazione non potrà vedersi opposta alcuna eccezione da parte del debitore principale ed avrà diritto ad ottenere per l’intero la prestazione che ha adempiuto, a meno che non abbia dato avviso dell’adempimento al debitore principale, che abbia perciò adempiuto, nel qual caso potranno essergli opposte tutte le eccezioni paralizzanti le sue pretese. Cfr. F.D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *dvD ED*, 39, 1979, *passim*. Adde M. FRAGALI, *Delle obbligazioni (Fideiussione-mandato di credito)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. Scialoja e M. Branca, IV, Bologna-Roma, 1968, *passim*; ID., *Confideiussione e pluralità di obbligazioni autonome*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1963, 168.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L’obbligazione*, Milano,

generalizzanti di Paolo ed Ulpiano, ove si richiama la *divisio* tra *pacta in rem* e *pacta in personam*. In proposito, ci siamo già soffermati su D. 2.14.7.8, attribuito a Paolo che distingue tra *pacta in rem* ed *in personam*.

Su questa falsariga, quanto meno con riguardo al fenomeno dell'estensione dell'*exceptio pacti* del debitore principale al fideiussore che paga, ci pare che tracce di una qualche sistematicità siano rinvenibili nel complesso dei passi riconducibili a Paolo.

Paul. 3 ad ed. D. 2.14.21.5: *In his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit. Itaque debitoris conventio fideiussori bus proficiet.*

Secondo il tenore letterale del testo, Paolo sottolinea che i *pacta in rem*, nel caso dei debitori o creditori solidali, *omnibus prosunt quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit*, cioè che i patti relativi al rapporto solidale giovano a coloro che avevano interesse a che fosse estinta l'obbligazione di chi pattuiva, sostenendo così che il fideiussore poteva giovare del patto concluso dal debitore principale.

L'affermazione, in apparenza di stampo astrattizzante, deve, però, essere letta nei suoi limiti²².

1995, 4, 718; C.M. MAZZONI, *Specie di obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. Rescigno, 9, Milano, 2008, 756; G. ROSSETTI, *Le obbligazioni*, cit., 2013, 91 ss.; S. DI SALVO, *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Napoli, 2013, 71 ss.

²² In letteratura: V. MELILLO, «*Pacta*», cit., 1459; V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 32 ss. Secondo questi studiosi la catena dei passi D. 2.14.21.5, D. 2.14.23, D. 2.14.25 pr.; nonché D. 2.14.27 pr.; 2 dimostrerebbero: a) la classicità della *divisio* tra i *pacta in rem* ed i *pacta in personam*, b) la rilevanza ai fini della determinazione dell'ultrattività del *pactum de non petendo* e della relativa *exceptio* a favore del fideiussore. V. MANNINO, *L'estensione*, cit., 32: «nell'indicata catena di testi, inizialmente, si affronta il problema generale della

Infatti, pur ponendo un criterio generale, secondo cui l’eccezione sarebbe sollevabile da tutti coloro che avevano un interesse all’estinzione dell’obbligazione del debitore originario, il suo ambito di applicazione viene espressamente limitato alle pattuizioni in *rem* - chiudendo il discorso del paragrafo 21- senza alcun cenno alle pattuizioni in *personam*.

Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.23 *pr.*: *Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Immo nec confideiussoribus proderit. Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alii conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt.*

legittimazione attiva e passiva all’*exceptio pacti* rispetto al caso dei creditori e dei debitori solidali, benché, poi, si tratti, soprattutto, della stessa questione in riferimento ai rapporti tra reo e fideiussore: una circostanza questa che non nasconde, al di là dei possibili raccorciamenti subiti dall’originaria argomentazione di Paolo, l’intento del giurista di individuare, nell’ambito delle obbligazioni solidali derivanti da stipulazione, coerentemente, come «ipotesi speciale», le obbligazioni di garanzia, ciò allo scopo, a mio avviso, di sottolineare che il patto concluso dal reo avvantaggiava il garante, mentre quello concluso dal garante era ininfluenza per il reo». Sul punto, anche G. PROVERA, *Una costituzione diocleziana in tema di solidarietà e regresso* Cl. 8.39(40)1(2), in *‘Sodalitas’*. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, 2491 ss., il quale ha sottolineato che con riguardo all’obbligazione solidale, sia allorché essa nascesse da una stipulazione correata, sia allorché promanesse da altro contratto oppure *ex lege*, la struttura del rapporto non postulava di per sé, forse neppure in età giustiniana, nei confronti del condebitore, il normale riconoscimento del diritto di regresso del debitore il quale avesse pagato, qualora tale diritto non discendesse da una situazione specifica. Ciò sebbene l’esigenza di un riconoscimento di tale diritto sia avvenuta già in età classica. Infatti, sottolinea il Provera, quando il regresso non scaturiva dal rapporto interno dei condebitori, si estese il *beneficium cedendarum actionum*, anche nei rapporti tra *reus* e *fideiussor*. Cfr. G. PROVERA, *Riflessioni sul ‘beneficium cedendarum actionum’*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 609 ss.

Nel passo²³ non si trova ribadita l’interpretazione per la quale la distinzione tra *pacta in rem* e *pacta in personam*, a prescindere dalla forma del patto, dovesse intendersi soprattutto con riguardo alla volontà dei paciscenti, esso statuisce la non estensibilità al debitore principale della pattuizione, contratta dal fideiussore, di non richiedere l’adempimento della prestazione.

Il frammento non ci dice se tale convenzione sia *in rem* ovvero *in personam*, ma esplicita che la ragione della mancata ultrattività deve essere ricercata nella mancanza dell’interesse del fideiussore affinché la richiesta di adempimento non venga rivolta anche al debitore principale.

Di portata amplissima è, poi, l’affermazione successiva, per cui il *pactum de non petendo* non gioverà neppure agli altri confideiussori.

Se, tuttavia, accantoniamo questa prima parte del passo, la seconda parte ci appare scritta in continuità con le risultanze della investigazione compiuta: infatti, scrive il giurista severiano, la convenzione fatta con un altro contraente non giova in ogni caso a colui che l’ha pattuita, ma tale estensione si verifica nell’obbligazione solidale nascente da *stipulatio*, in quanto in questo caso, oltre a colui al quale l’eccezione viene concessa, essa giova anche a chi l’ha pattuita.

²³ Il testo è stato riconosciuto come connesso, per così dire, a filo doppio con I. 4.14.4: i due testi ci consentono di affermare che la giurisprudenza romana, aveva esteso la disciplina del *pactum de non petendo* al garante, seguendo un duplice e collegato criterio: da una parte, la considerazione oggettiva della sfera di interessi sottesa alla pattuizione, dall’altra la considerazione dell’intenzione soggettiva concretamente prefigurata dalle parti. Offre una lettura congiunta di D. 2.14.23 pr. e di D. 2.14.21.5 anche il Mannino, il quale scrive: «Pertanto, quando ci fosse un interesse del *reus*, a prescindere dalla specifica qualificazione del patto, quest’ultimo doveva intendersi normalmente opponibile dal fideiussore». V. MANNINO, *L’estensione*, cit., 38 ss.

Ci sembra, nonostante tutto, di ravvisare, *ictu oculi*, una continuità con D. 2.14.21.5 - già riportato²⁴ - ove il giurista severiano, Paolo, si occupa dell’estensibilità dell’*exceptio pacti* nell’ambito dell’obbligazione solidale.

Abbiamo, infatti, visto che in quest’ultimo frammento Paolo afferma che, se vi fosse stato un *pactum*, dell’*exceptio* relativa avrebbero potuto giovare coloro nei confronti dei quali era interesse del paciscente realizzare l’estinzione dell’obbligazione. Se ne ricava che Paolo mantiene il criterio regolativo generale di portata astrattizzante; anzi il testo è accostabile, contenutisticamente, anche a D. 2.14.7.8²⁵, attribuito ad Ulpiano, ove questi segnala la rilevanza dell’interesse privato del debitore principale, come criterio per l’ultrattività dell’*exceptio pacti*, lasciando così emergere una comunanza di pensiero con Paolo.

Di conseguenza, può desumersi anche il collegamento con I. 4.14.4; per cui è possibile sostenere che, nella soluzione del problema circa l’efficacia dei patti, la giurisprudenza romana si è orientata secondo un duplice e collegato criterio diretto ad evidenziare, da una parte la considerazione della sfera di interessi entro il cui contenuto il rapporto è fatto oggetto di pattuizione; dall’altra la considerazione dell’intento che i paciscenti si sono concretamente prefissati²⁶.

In ragione di ciò, il principio generale appariva essere quello per il quale l’*exceptio pacti* era normalmente opponibile al garante, dovendosi il *pactum* qualificare *in rem*, in quanto il debitore

²⁴ Cfr. *supra* § 4, 22.

²⁵ Cfr. *supra* § 2, 8.

²⁶ Scrive in proposito il Frezza: «così alla considerazione del concreto gioco di interessi su cui incide il patto si deve la norma dell’indifferenza del patto del reo per il correo, o del garante per il cogarante; mentre alla considerazione del concreto intento voluto dai paciscenti si deve sia l’estensione al garante, mediante *fictio*, del patto tra reo e creditore, sia l’estensione al reo, mediante *exceptio doli*, del patto tra garante e creditore». P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 103.

principale non poteva non volerne la liberazione per non correre il rischio di subire l’azione di regresso.

In altri termini, il principio dell’estensibilità dell’*exceptio pacti* appare regolato non dalla *ratio* per cui chiunque vi avesse interesse potesse farlo valere, bensì dal principio che l’accordo dovesse intendersi principalmente nell’interesse del debitore principale, per cui la relativa *exceptio* poteva essere opposta da un terzo solo quando l’estensione fosse nell’interesse anche e soprattutto dello stesso paciscente.

Ne discende che l’*exceptio pacti* era ultrattiva ed era ricompresa, come si legge in D. 44.1.7.1 – che abbiamo commentato all’inizio del nostro scritto²⁷ – tra quelle *rei cohaerentes*, ma con la limitazione secondo cui tale ultrattività operava solo nei confronti di coloro per i quali esistesse un interesse del paciscente all’opposizione²⁸.

Prendiamo adesso in esame Paolo D. 2.14.25 pr.

Con un probabile aggancio a quanto sottolineato nella prima parte di D. 2.14.21.5²⁹, si afferma che l’*exceptio pacti* conseguente ad un *pactum de non petendo*, sia con riguardo ad un rapporto tra i due *rei promittenti*, sia con riguardo ad un rapporto tra *argentarii* – purché in entrambe le ipotesi esistesse una società – fosse opponibile da parte di chi, oppure a chi, non avesse direttamente pattuito.

²⁷ Cfr. *supra* § 2, 6.

²⁸ Proseguendo il discorso avviato con D. 2.14.23, in cui si era escluso che il patto concluso dal fideiussore giovasse al reo ed anche all’eventuale cofideiussore, una specificazione per ricostruire l’*eadem ratio* che sorregge l’insieme delle testimonianze paoline ci sembra desumibile da D. 2.14.24, che pure concerne il *pactum de non petendo* concluso dal fideiussore, statuendole però l’estensibilità al debitore principale, ove la pattuizione fosse assunta non nell’interesse altrui come la garanzia, ma nell’interesse del fideiussore stesso: Paul. 3 *ad Plaut.* D. 2.14.24: *Sed si fideiussor in rem suam spondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur.*

²⁹ Cfr. *supra* § 5, 22.

Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.25 pr.-1: *Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis. 1. Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait.*

Nel frammento 1, si rileva anche che il patto personale non era opponibile se non a chi l'avesse pattuito, tuttavia esso era trasmissibile, secondo quanto sostenuto da Labeone, all'erede³⁰.

³⁰ Quanto detto ci consente di ritenere superata l'argomentazione pur autorevolissima, giacché rimontante addirittura al F. DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 235 ss., secondo cui l'*exceptio pacti* aveva carattere rigorosamente personale, per cui essa non poteva giovare a nessuno dei garanti, nemmeno al fideiussore. Secondo l'eminente studioso chi intendesse liberare definitivamente e sul serio il debitore doveva concludere un apposito *pactum* anche con il garante. Anzi così come era esclusa l'ultrattività dell'*exceptio pacti*, così erano trattate anche altre eccezioni, tra cui, in particolare, quelle nascenti dal senato consulto Velleiano e da quello Macedoniano: nella prima la giurisprudenza più conservativa fu indotta ad estendere al garante il beneficio del regresso, ma Giuliano avrebbe affermato, a detta del De Martino, il carattere obiettivo dell'*exceptio*, indipendentemente dalla *rogatio* della donna. Nella seconda, invece, la considerazione del regresso fu sempre decisiva. In proposito, i testi maggiormente significativi appaiono: Iul. 4 *ad Urs. Fer.* D. 16.1.16.1: «*Si ab ea muliere, quae contra senatus consultum intercessisset, fideiussorem accepissem, Gaius Cassius respondit ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. Iulianus autem recte putat fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, quia totam obligationem senatus improbat et a praetore restituitur prior debitor creditoris*» e Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5: «*Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris nomen propter senatus consultum sequereris, petit a me mulier mutuam pecuniam solutura tibi et stipulanti tibi promisit ignoranti, in quam rem mutuaretur atque ita numerare me tibi iussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi: quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio senatus consulti ei prosit. Respondit videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiussit, haberi me debere, ut quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita tibi quoque adversus te utilis exceptio detur tibi in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec Paulo expeditius dicenda, si prius, quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse: ceterum si ante solverim, videndum, utrumne nibilo minus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat et ego tibi condicere pecuniam possim, an vero perinde habendum sit, ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem ac rursus tu tibi in creditum ises. Quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic senatus consulto locus non sit: sicuti et cum debitorem suum mulier deleet, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta mulier non obligetur, at in*

Come si nota, il frammento 1 appare assai più restrittivo rispetto al paragrafo introduttivo, che invece conserva un certo legame con quanto sostenuto nei precedenti lacerti.

Tra l'altro, l'*idem* iniziale desta alcune perplessità, a nostro avviso, giacché se pur con la dovuta prudenza esso sembra difficilmente conciliabile con il contenuto del frammento D. 2.14.24³¹, che si riferisce alla situazione giuridica del fideiussore e

proposito alienam obligationem in se transtulerit, quod certe senatus fieri noluerit». Nel primo testo, con riferimento al senatoconsulto Velleiano della metà del I secolo d.C., con cui si era proibito alle donne di assumere obbligazioni nell'altrui interesse, comunque ciò avvenisse, Cassio riteneva opponibile la relativa *exceptio* anche da parte del fideiussore della donna la quale *pro aliis intercessisset*. Alla stessa considerazione era pervenuto Giuliano, il quale sosteneva, tuttavia, la concessione al garante dell'*exceptio* anche se non avesse l'*actio mandati* contro la donna, motivando la propria soluzione con il fatto che il provvedimento senatorio definiva riprovevole l'intera obbligazione. Nel secondo si tratta di una fattispecie estremamente complessa caratterizzata dall'espromissione di una donna a favore di Tizio. Tuttavia il terzo creditore, Tizio, rifiuta l'espromissione, proprio per la presenza del senatoconsulto Velleiano. In conseguenza di ciò la donna si rivolge a 'Io', il quale ignaro della causa della domanda di mutuo accetta di concedere alla donna un prestito. Rispetto a questa richiesta, il creditore si fa promettere tramite *stipulatio* la restituzione. Tuttavia il mutuatario, pur se solvibile, non ha contante 'a pronti'; pertanto decide di rivolgersi a Tizio, promettendogli a sua volta, di restituirglielo tramite *stipulatio*. Si fa l'ipotesi che 'Io' conveda in giudizio la donna, presumibilmente tramite *actio certae creditae pecuniae*, ma che questa pretesa possa essere paralizzata tramite l'*exceptio* riconosciuta dal senatoconsulto Velleiano. In proposito Giuliano ritenne che nel caso di specie non si dovesse applicare il senatoconsulto, alla stessa maniera di quando la donna operi la delegazione; infatti la *ratio* dell'intervento del senato era quella di evitare che la donna assumesse il debito su di sé. Cosa che certamente non avvenne nel caso di specie. *Amplius*: M. TALAMANCA, *La storia del senatoconsulto Velleiano*, in *Labeo*, 1, 1958, 101; E. THEISEN, *De Bedeutung des 'Sc. Velleianum' in der Rechtspraxis des Hochmittelalters*, in *ZSS*, 122, 2005, 103; P. BUONGIORNO – F. RUGGIO, *Per una datazione del 'Senatus consultus Velleianum'*, in *RDR*, 5, 2005, in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano05buongiorno.pdf>

³¹ Paul. 3 *ad Plant.* D. 2.14.24: *Sed si fideiussor in rem suam spopondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur*. Come detto – cfr. nt. 25–, il passo concerne il *pactum de non petendo* concluso dal fideiussore, statuendone però l'estensibilità al debitore principale, ove la pattuizione fosse assunta non nell'interesse altrui come la garanzia, ma nell'interesse del fideiussore stesso.

non a quella del debitore solidale, per cui il legame tra i due frammenti è solo indiretto, mediato dai giustinianeî, e limitato alla conferma dell’interesse del contraente come criterio regolativo della questione.

In sostanza, però, sembra che Paolo ribadisca i limiti di estensibilità del *pactum* personale, anche attraverso la citazione di Labeone.

Infine, occorre prendere in esame D. 2.14.27, in cui ugualmente Paolo - sulla scia di Nerazio Aticilino, Proculo e Labeone - afferma che il debitore non poteva opporre l’*exceptio pacti* al *socius argentarius*, il quale risultasse estraneo all’accordo.

Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.27 *pr.*: *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Tale inopponibilità risultava non superata neppure qualora il *socius* fosse stato liberato con un *factum in rem* da uno dei due *socii argentarii*, giacché doveva escludersi la legittimazione a novare del creditore solidale.

L’importanza e la decisività del passo discendono dall’evoluzione giurisprudenziale testimoniata: se uno dei soci ha posto in essere un patto con uno degli altri, si è posto il problema se tale pattuizione potesse giovare al paciscente anche nei rapporti con l’altro contraente; in proposito, Nerazio, Aticilino e Proculo ritengono che il patto non sia opponibile agli altri condebitori e tale opinione è confermata anche da Labeone.

La motivazione offerta dall’eminente giurista augusteo appare, però, alquanto speciosa: scrive Labeone che un socio, sebbene nei suoi confronti si adempia correttamente, non può neppure novare. Allo stesso modo, anche in favore dei soggetti sottoposti all’altrui potestà, benché gli stessi non possano operare alcuna novazione, si estingue l’obbligazione di ciò che abbiano dato a credito. Proprio il giurista sannita, però, aveva riconosciuto la trasmissibilità all’erede del *pactum de non petendo*, e ci sembra che in questo modo Labeone avesse voluto assoggettare ad una disciplina uniforme, quella dei rapporti *inter partes*, anche i *pacta*, senza operare ulteriori suddivisioni, tra *pacta in rem* ed *in personam*, nel relativo regime.

Possiamo congetturare che Paolo, il quale, invece, formula questa distinzione nei suoi libri *ad edictum*, vedesse riconosciuta già l’ultrattività anche delle pattuizioni *in rem* nell’*edictum*, così come codificato.

Ci preme considerare che anche in questo caso emerge non solo una qualche successione storica, anche se a ritroso. Ci saremmo, infatti, aspettati che Paolo citasse per primi, Proculo e Labeone, dando così atto di una continuità di pensiero, una continuità interna alla scuola dei proculiani, ma che rimonta fino a Labeone, che pure aveva assunto una posizione di chiusura.

In conclusione, riassumendo, è ipotizzabile che Paolo in D. 44.1.7 pr. ed Ulpiano in D. 2.14.7.8, abbiano recepito un principio che era già fatto proprio dalla giurisprudenza. Forse, una argomentazione a sostegno di ciò può essere ricercata nel fatto che i testi richiamati sono contenuti nei libri *ad edictum* scritti da Paolo ed Ulpiano.

Appare plausibile, pertanto, che possa concludersi nel senso che le indicate classificazioni esprimono coerentemente la posizione dei due giuristi severiani con riguardo alla possibile diversa ampiezza soggettiva del *factum de non petendo*, finendo per

suggerire la risalenza di questo schema divisorio ad una organizzazione sistematica del pensiero. Il che se appare probabile in Paolo, non è immune da qualche contraddizione (come quella rinvenuta in D. 46.1.32³²) in Ulpiano

6. *Considerazioni conclusive. La natura accessoria dell’obbligazione tra reo e garante*

Emerge³³, dal punto di vista dell’esperienza romanistica, che l’aspetto problematico della proponibilità delle eccezioni solidali ad opera del garante o dei cogaranti, evidenzia l’emersione, rispetto all’obbligazione stipulatoria di garanzia, di un differente rilievo «interno» ed «esterno» del rapporto di garanzia. Differenziazione scaturente, soprattutto, dalla rilevanza che assume, relativamente alla proponibilità delle eccezioni personali, il regresso.

In altri termini, il riconoscimento del regresso, da noi ipotizzato, già in età classica³⁴, andò acquisendo sicuro rilievo

³² Cfr. *supra* § 4, 12.

³³ V. MANNINO, *L’estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, cit., 147 ss.; ID., *Fideiussione e accessorialità*, cit., 65 ss.; ID., *Recensione a F. BRIGUGLIO, ‘Fideiussoribus’*, cit., 193 ss.; M. TALAMANCA, *L’accessorialità*, cit., 147 ss.

³⁴ G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell’anno 1939. A ricordo di Guglielmo Castelli*, Milano, 1940, 297: «Una conclusione dunque si impone. Correttamente, perché aderente alla vita, i romani hanno concepito il vincolo solidale come esaurentesi nei rapporti tra creditore e più debitori. Non è stata una incapacità a superare una formula dogmatica risalente, che li ha impediti a porre il problema generale del regresso. Per chi consideri la solidarietà nella sua continua applicazione pratica questo problema così generale non esiste, ma esistono casi concreti, che possono abbisognare di un intervento». In realtà, l’opinione che sembra maggioritaria ritiene che l’architettura dell’obbligazione solidale sia costituita sullo schema tipico dell’obbligazione correa, per cui esisteva una ‘lacuna’ che consisteva, appunto, nell’assenza di una specifica disciplina dei rapporti interni e del regresso. Tale ‘lacuna’, secondo questa ricostruzione, sarebbe stata inerente allo stesso meccanismo stipulatorio, il quale non sarebbe stato in grado di produrre di per

esterno, cioè nei confronti del creditore, laddove per rilievo interno deve intendersi la rilevanza del regresso nei rapporti tra cogaranti.

In proposito, ci è sembrata ormai definitivamente superata l’opinione di quanti hanno tentato di distinguere la *sponsio* e la *fidepromissio* dalla *fideiussio*. Infatti, già in età classica le garanzie

sé un’azione di regresso causalmente collegata al fatto stesso del pagamento del *solidum* ed indipendente quindi dagli specifici rapporti interni esistenti tra condebitori. Infatti, è stato osservato come nel modello cd. della stipulazione correa, il rapporto tra i condebitori ed il creditore comune, come pure quello tra i concreditori ed il debitore comune, presentava una configurazione peculiare, in virtù della quale ciascun condebitore assumeva un debito proprio e, quindi pagando non faceva altro che estinguere un debito integralmente suo, senza che ciò implicasse un diritto di regresso come mero effetto del pagamento. Cfr. G. ROSSETTI, *Le obbligazioni*, cit., 54 e nt. 144. Naturalmente, non può essere questo il luogo per prendere in esame esaustivamente la complessa tematica. In questa sede, si può ricapitolare che per la dottrina preminente, per esempio l’*actio mandati*, l’*actio societatis* e le altre azioni relative al rapporto sottostante – cioè interno all’obbligazione solidale – escludevano la sussistenza di un regresso/rivalsa nell’obbligazione solidale passiva; pertanto, quasi a colmare una lacuna – ma si è visto che l’Archi, ad esempio, diffida dall’impiego di questa terminologia – sarebbero stati introdotti i *beneficia*, *cedendarum actionum* e *divisionis*. L’estraneità del regresso alla struttura della solidarietà classica implica, sempre a detta della *communis opinio*, che la disciplina dei rapporti tra il condebitore *solvens* e gli altri condebitori trovi «un regime nel diritto classico solamente nei limiti in cui esista tra i *conrei* un rapporto come ad esempio la comunione ereditaria o la *societas*, che legittimi di per se stesso a mezzi giudiziari che possano funzionare da azioni di rendiconto». Così M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 56, nt. 393. Cfr. anche ID., ‘*Alia causa*’ e ‘*durior condicio*’ come limite dell’obbligazione dell’*adpromissor*’, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 1970, 139 ss. La suddetta estraneità comporta – sempre a detta della *communis opinio* – che la disciplina dei rapporti tra condebitori ed il *solvens* oppure tra il concreditore, che ha riscosso l’intero e gli altri concreditori, che essa trovi un limite nel diritto classico solamente nella misura in cui esiste tra i *conrei* un rapporto, come ad esempio, il mandato o la comunione ereditaria, che legittimi il ricorso a mezzi giudiziari che possano funzionare da azioni di rendiconto. G. PROVERA, *Una costituzione*, cit., 2494, nt. 7; F. BRIGUGLIO, ‘*Fideiussoribus succurri solet*’, Milano, 1999, 212 ss.; G. ROSSETTI, *Le obbligazioni*, cit., 53 ss., cui si rimanda per l’ulteriore bibliografia. Una qualche breccia in questo granitico orientamento sembra aprirla il L. PARENTI, ‘*In solidum*’, cit., 487 ss., allorché sottolinea che: «Paolo, in particolare, è il giurista che più di ogni altro evidenzia la possibilità di agire in regresso», citando D. 39.3.11.2, D. 14.3.14, D. 26.7.46.1.

personali si orientavano verso una sistemazione unitaria, e di tale sviluppo la giurisprudenza, che operava dietro gli editti del pretore, non poteva non tenere conto.

Qualora venisse ammesso il regresso³⁵, nella relazione tra *adpromissor* e debitore principale, già nel corso dell’età classica, questo rapporto avrebbe acquisito un sicuro rilievo esterno, finendo per configurare, in maniera sempre più marcata, come «accessorio» – espressione quest’ultima con la quale vogliamo intendere che l’esigibilità dell’obbligazione dell’*adpromissor* finiva per essere considerata come dipendente dall’effettiva esigibilità del credito nei confronti del debitore principale – il rapporto tra garante e debitore principale³⁶.

³⁵ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 66, il quale opera un raffronto tra D. 2.14.7.8, attribuito ad Ulpiano, D. 44.1.7 pr.-1, attribuito a Paolo, ed il testo delle Istituzioni giustiniane I. 4.14.4.

³⁶ È il negozio di garanzia che accede al negozio principale e non l’obbligazione di garanzia all’obbligazione principale. In relazione a questa distinzione, cfr. W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen*, Weimar, 1932, 13 ss. e ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, 37 ss.; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*, 57, 1991, 335 ss. Non ci sembra che una siffatta distinzione possa desumersi dal contenuto di Gai. 3.118, 3.119; 3.119a. In proposito, possiamo precisare che quanto alle distanze che in termini di struttura possono rinvenirsi tra le tipologie di obbligazione descritte nei frammenti citati, occorre premettere che, mentre in Gai 3.115 e Gai 3.116, si assiste ad un accostamento motivato dalla necessità di descrivere le formule stipulatorie che consentono di affiancare all’obbligazione del promittente quella di altri soggetti, nei paragrafi successivi, cioè Gai 3.118, 119, 119a, si assiste alla demarcazione dei caratteri di diversità, giacché in Gai 3.118, 119, l’autore delle *Institutiones* ricorda che le obbligazioni promananti da *sponsio* e da *fidepromissio* possono accedere soltanto ad *obligationes verbis contractae*, laddove l’obbligazione fideiussoria può far seguito a qualunque tipo di obbligazione, mentre in Gai 3.119a, in particolare attraverso il ricorso alle parole *adici potest*, si fa riferimento alla circostanza che la stipulazione di garanzia viene conclusa, allorché sia già stato stipulato il contratto principale. M. VARVARO, *Ricerche sulla ‘praescriptio’*, Torino, 2008, 148 ss; ID., ‘*Praescriptio*’ e pregiudizio, in *LAH*, 2, 2010, 150 s. Non ci pare che i passi segnalati suggeriscano una significativa diversità, tale da avallare un diverso regime della responsabilità per fatto altrui, espresso nelle tre forme di garanzia.

Dalla riscontrata assenza di automaticità nella proposizione delle eccezioni relative al debitore principale, ad opera del fideiussore ci sembra di poter desumere l’ostacolo principale al riconoscimento (che, invece, abbiamo visto essere presente nel diritto positivo) all’accessorietà dell’obbligazione del garante del debito altrui e del debitore principale.

L’opinione di chi scrive è pertanto esattamente speculare a quella, invero, maggioritaria, secondo cui: «[...] non vi è dubbio che per questa strada i giuristi siano arrivati necessariamente a configurare l’esigibilità dell’obbligazione dell’*adpromissor* come dipendente dall’effettiva esigibilità del credito nei confronti del debitore principale, pervenendo quindi alla configurazione del rapporto fra fideiussore e creditore come sostanzialmente accessorio rispetto al rapporto tra debitore principale e creditore³⁷».

A nostro avviso, proprio il carattere «tipizzante» dell’interpretazione offerta dai giuristi severiani sottintende un’analisi *case by case*, in cui se Giuliano richiamava l’accessorietà dell’obbligazione del garante da parte del creditore, viceversa Paolo si mostrava assai più propenso ad un’indagine che andasse alla ricerca dell’interesse del debitore principale, perché venisse riconosciuta l’ultrattività del rimedio, affinché non fosse esposto al regresso attivato dal garante.

Quanto dicevamo in precedenza, secondo cui la possibilità di considerare il fideiussore, come avente una sua propria posizione autonoma rispetto a quella del reo, tanto per quanto attiene alla responsabilità per mora, quanto per l’estensione della responsabilità conseguente alla liberazione non soddisfattiva del debitore principale, sarebbe, pertanto, da ricondursi all’opera di Paolo; tale possibilità ci è apparsa confermata in più passi – D.

³⁷ V. MANNINO, *L’estensione*, cit., 146.

2.14.23 pr.; D. 2.14.25 pr.1; D. 2.14.27 pr. – per cui risulta consapevolmente recepita dai commissari giustiniani, anche se, poi, gli stessi commissari adottarono un’impostazione di stampo generalizzante ed astrattizzante in un testo istituzionale, *et pour cause*.

ABSTRACT

Il saggio contiene una esegesi di I. 4.14.4, in cui si afferma che le eccezioni spettanti al debitore principale erano, di solito, estese al fideiussore.

Nell’individuare, conformemente alla dottrina maggioritaria, l’interesse del debitore principale come elemento determinante dell’estensione, al fine di tenere indenne il debitore dall’azione di regresso del *solvens*, il lavoro ricerca le matrici giurisprudenziali del principio, rinvenibili nei testi dei giuristi classici.

In questo senso importanti appaiono i testi del libro 3 *ad edictum* di Paolo, cioè D. 2.14.21.5; D. 2.14.23; D. 2.14.25 pr.; 1 e D. 2.14.27 pr., dedicati all’*exceptio pacti*. Mentre un’impostazione più generale - vicina al dettato del testo istituzionale giustiniano-sembra desumibile da D. 44.1.7 pr., nonché da D. 2.14.7.8 riconducibile ad Ulpiano.

Proprio l’esegesi di questi passi consente di ricostruire un dibattito giurisprudenziale che rimonta fino a Labeone.

PAROLE CHIAVE

obbligazione solidale – eccezione – debitore principale – garante
– *exceptio pacti*

The sample contains an exegesis of I. 4.14.4, which declares that the dispensations to the main debtor were usually due to the guarantor.

In accordance with the majority doctrine, it identifies the interest of the principal debtor as a determining element of the extension, in order to hold the debtor free from the regression of the solvency proceedings.

The current study aims to find out the legal origins of the law, which can be found in the texts of classical jurists.

Therefore, the texts of book 3 *Ad Edictum* by Paul, such as: D. 2.14.21.5; D. 2.14.23; D. 2.14.25 pr.; 1 and D. 2.14.27 pr. regarding the “*pacti exceptio*” are fundamental. On the contrary, a more general approach - close to the provisions of the Justinian institutional text - seems to be deduced from D. 44.1.7 pr., as well as D. 2.14.7.8 attributable to Ulpiano.

It is the exegesis of these texts that allows the reconstruction of a legal debate going back to Labeone.

KEY WORDS

solidarity obligation – exception – principal debtor – *fideiussor* –
exceptio pacti

GIANLUCA ZARRO

Dottore di Ricerca

Diritto Romano e Tradizione Romanistica

Università di Napoli Federico II

email: gianluca.zarro@gmail.com

