



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Riccardo Fercia

**Interesse alla garanzia finanziaria ed
intervento del terzo nell'adempimento:
note minime a proposito di D. 13.5.27**

Numero XV Anno 2022

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), 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), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

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

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

Interesse alla garanzia finanziaria ed intervento del terzo nell'adempimento: note minime a proposito di D. 13.5.27

SOMMARIO: 1. Autonomia dell'interesse dell'*argentarius* a garantire *invito debitore* – 2. *Recepta* bancari, *pecunia constituta* e *fideiussio* come figure di garanzia per debito altrui – 3. Ammissibilità della fideiussione *ignorante* od *absente debitore*... – 4. ... ed autonomia dell'interesse nella fideiussione *invito debitore* – 5. Autonomia dell'interesse all'estinzione non soddisfattiva *invito debitore*... – 6. ...e dell'interesse all'intervento del terzo nell'adempimento *invito debitore* – 7. *Receptum argentarii* ed espromissione: un fruttuoso modello teorico e metodologico?

1. *Autonomia dell'interesse dell'‘argentarius’ a garantire ‘invito debitore’*

Leggendo un recente volumetto dal titolo astrattamente promettente, ma dai contenuti tutt'altro che convincenti¹, mi sono imbattuto nella singolare esegesi di un testo assai noto, che un orientamento consolidato

¹ G. MORGERA, *Studi sull'assunzione del debito altrui*, Napoli, 2021, *passim*. Nel titolo di questo volumetto, chiaramente ispirato alla letteratura civilistica che valorizza il *verbum legis* «assumere» che figura nelle norme codicistiche in tema di delegazione, espromissione ed accollo (cfr. per tutti R. CICALA, voce *Espromissione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, 7 s., e specificamente l'intero § 2.3), riecheggiano quelli delle opere di A. TOMASSETTI, *L'assunzione del debito altrui*, in *Il diritto privato oggi. Serie*, a cura di P. Cendon, Milano, 2001, *passim*, e del compianto U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2009, *passim* (quest'ultimo volume non figura nella bibliografia di Morgera).

delle nostre scienze², esattamente delineato dall'acume di Lenel³, considera riferibile al *receptum argentarii*, forse la principale figura di garanzia finanziaria elaborata nel corso dell'esperienza giuridica romana.

Si tratta di

Ulp. 14 *ad ed. D. 13.5.27: Utrum praesente debitore an absente [constituat quis] <recipiat argentarius>, parvi refert. hoc amplius etiam invito [constituere] <recipere> eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, postquam [quis constituit] <argentarius recepit> pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui [constituit] <recepit>, factum debitoris non debet eum excusare.*

Ulpiano sottolineava la relativa irrilevanza (*parvi refert*) della 'presenza' od 'assenza' del debitore – e dunque di un suo contributo volitivo – al fine della valida costituzione del *receptum argentarii*⁴, tanto più alla luce

² Sul passo, in una prospettiva particolare che valorizza i problemi dell'intervento del terzo nell'adempimento liberatorio, cfr. C. EMUNDS, *'Solvendo quisque pro alio liberat eum'. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2007, 361 ss., su cui si veda quanto scrive al riguardo I. FARGNOLI, *Recensione a C. EMUNDS, 'Solvendo quisque pro alio liberat eum'*, cit., in *SDHI*, 74, 2008, 886 ss.; più di recente, F. FASOLINO, *Aspetti giuridici dell'attività bancaria a Roma*, Napoli, 2019, 52 ss.; M. PEDONE, *'Per argentarium solvere'. Ricerche sul 'receptum argentarii'*, Torino, 2020, 30 ss.; A. PETRUCCI, *Brevi riflessioni su alcuni nuovi studi in tema di 'receptum argentarii'*, in *TSDP*, 15, 2022, 5 ss.

³ O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictkommentare*, in *ZSS*, 2, 1881, 62 ss.; cfr. Ulp. 472 Lenel (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, col. 491) e, più di recente, la sintesi in O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 132 e nt. 2; lo seguono di recente, in due ampi studi monografici sulla *pecunia constituta*, J. PLATSCHEK, *Das Edikt 'De pecunia constituta'. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München, 2013, 162 s., e T. BOLTE, *'Pecunia constituta'. Erfüllungszusage und Konstitutsklage im römischen Recht, Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Köln, 2020, 356.

⁴ Neppure io condivido l'impostazione di A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS*, 104, 1987, 532 ss., secondo la quale il rapporto contrattuale avrebbe una struttura quadrilaterale: sul punto cfr. esattamente la critica di M. PEDONE, *'Per argentarium solvere'*, cit., 31 ss.

della posizione espressa da Pomponio⁵ nel libro XXXIV dell'*ad edictum*⁶, secondo la quale l'*argentarius* avrebbe potuto senz'altro *recipere* finanche contro la volontà del proprio cliente, così da ritenere *falsa* l'*opinio* di Labeone che gli accordava un'*exceptio in factum* in caso di opposizione postuma non già al *receptum* stesso, ma alla sua esecuzione, e dunque alla *solutio*.

Il frammento è certamente frutto non solo di interpolazioni conseguenti alla riforma giustiniana⁷ del 531 sancita con Iust. C. 4.18.2 e poi esposta nel manuale imperiale in I. 4.6.8, ma anche, probabilmente, di una compressione che ha finito per giustapporre una discussione sulla necessità o meno, come si accennava, di un contributo volitivo del debitore alla costituzione del *receptum* – e dunque su un problema di validità negoziale, che secondo me neppure Labeone metteva in discussione – alla diversa questione dell'opposizione alla *solutio* manifestata da quest'ultimo ed inerente, semmai, allo spettro di rapporti interni (cioè tra l'*argentarius* ed il suo cliente): da questo punto di vista, il coinvolgimento del debitore è dunque rilevante – vedremo più avanti in quali termini – solo ai fini della disciplina (interna) del regresso dell'*argentarius* che adempia l'obbligazione garantita, non anche per quanto concerne la costituzione del *receptum* e, di conseguenza, l'esperibilità dell'*actio recepticia* da parte del terzo che riponga il proprio affidamento sulla credibilità finanziaria della banca.

⁵ Che, peraltro, non è un giurista severiano, come sembra ritenere Morgera: «L'interpretazione del passo» – scrive testualmente G. MORGERA, *Studi*, cit., 17 – «prevalentemente accolta dalla dottrina tende a sottolineare la diversità della posizione assunta da Pomponio e da Ulpiano rispetto a quella di Labeone. Infatti, se, da un lato, i due giuristi severiani escludono la rilevanza della volontà del debitore ai fini della validità del *receptum*, Labeone, dall'altro, riconosce all'*argentarius* la possibilità di avvalersi di una *exceptio in factum*, nel caso in cui venga meno al proprio impegno per aver ricevuto dal cliente/debitore l'ordine *ne solvats*».

⁶ Cfr. E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I. *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 409 ss.

⁷ Su cui si vedano essenzialmente A. PETRUCCI, *L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, 143 ss., e più di recente F. MATTIOLI, *Giustiniano, gli 'argentarii' e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, Bologna, 2019, 32 ss.

Leggendo il passo in questa chiave, al di là dei rimaneggiamenti che da tempo la dottrina pacificamente riconosce, possiamo dire che, nella prospettiva in cui si poneva Ulpiano in adesione a Pomponio, i requisiti costitutivi della fattispecie si proiettano sulla sua efficacia, con la conseguente inconfigurabilità dell'*exceptio* che Labeone proponeva di accordare al *recipiens* per la *denuntiatio* postuma '*ne solvat*', forse da correlarsi – stante la riconducibilità delle azioni allo stesso titolo edittale, XI, *De receptis*⁸ – ad un'altra *exceptio* suggerita sempre dal grande giurista augusteo, il quale, dunque, avrebbe individuato una via interna al *ius honorarium* per mitigare le rigorose figure di responsabilità oggettiva che scaturivano dall'*interpretatio* alla *conceptio verborum* delle *formulae in factum* ivi proposte⁹, cioè quella, consolidatasi nell'editto, per la *vis piratarum* ed il naufragio nel caso del *receptum nautarum*.

In definitiva, io ipotizzerei che in sede compilatoria sia caduto qualcosa tra l'argomentazione sulla validità del *receptum* visto nella sua vicenda costitutiva e quella relativa ad una ben precisa iniziativa del debitore successiva al *receptum* stesso: un nesso che, con ogni probabilità, doveva polarizzarsi, in ipotesi in termini un poco più precisi di quanto oggi possiamo leggere, sulla casistica in cui il cliente dell'*argentarius* risultasse *absens* al momento del *receptum* e, venutone a conoscenza, si dichiarasse controinteressato all'iniziativa.

È per questo caso particolare che Labeone accordava un'*exceptio* non edittale per la denuncia del debitore '*ne solvat*': il banchiere, infatti, stante l'opposizione postuma dell'*absens*, non avrebbe avuto regresso una volta che il cliente avesse disconosciuto, in un secondo momento, l'*utilitas*

⁸ O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., 130 ss.

⁹ Cfr. l'interessante spunto in tal senso di F. FASOLINO, *Aspetti*, cit., 54 s.; a voler proporre quella che, però, oggettivamente appare poco più di una *divinatio*, non escluderei che l'idea del *recipere* sottendesse trasversalmente la posizione di *nautae* ed *argentarii* nell'ottica del 'ricevere' nella propria sfera di controllo un bene materiale (nel caso dei *nautae*, il *receptum* ha struttura reale e configura un dovere restitutorio) od immateriale (il credito inteso come *res nec mancipi* incorporale, posto sotto la protezione, ovvero la garanzia, dell'*argentarius*); nel caso dell'*arbitr*, invece, verosimilmente il *recipere* si correlava all'idea della consegna del bene controverso nelle mani di un 'arbitro-sequestrario'.

della *solutio*, così da contestare i presupposti della *negotiorum gestio*¹⁰, come si desume agevolmente da

Lab. 6 *post. epit. a Iav.* D. 3.5.42: *Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.*

Secondo Labeone, se un terzo adempie nell'interesse del debitore, ma senza un suo mandato, l'estinzione dell'obbligazione determina un'*utilitas* che giustifica l'*actio negotiorum gestorum*¹¹ in funzione di regresso, salvo che essa sia esclusa da un controinteresse del gerito – si pensi, ad esempio, all'esigenza di contestare per via giurisdizionale il rapporto di valuta – a che quello specifico pagamento – sicché il fatto considerato dal giurista doveva riferirsi ad una *negotiorum gestio* di più ampia portata, inerente ad una pluralità di atti – sia effettuato: in disparte l'evidente compressione formale della chiusa, che per me, tuttavia, non ostacola l'intelligenza del passo nella prospettiva classica, ne consegue che il vantaggio patrimoniale della liberazione, quantunque empiricamente percepibile, non integra un'*utilitas* in senso tecnico¹², tale cioè da giustificare una *negotiorum gestio*, ogni qual volta emerga l'interesse del debitore a non estinguere il debito denunziato¹³.

¹⁰ Sul punto cfr. M. PEDONE, 'Per *argentarium solvere*', cit., 33 s. (già ID., *Lo 'ius controversum' di D. 13.5.27: alcune osservazioni a margine di un'antica disputa*, in *QLSD*, 7, 2017, 197 ss.).

¹¹ Si tratta probabilmente dell'azione civile: cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, I. *Azione pretoria e azione civile*, Napoli, 1999, 199 s.

¹² Cfr. C. EMUNDS, '*Solvendo quisque pro alio liberat eum*', cit., 128 ss.

¹³ La perplessità di M. PEDONE, '*Per argentarium solvere*', cit., 52, nt. 136, il quale osserva come il testo possa prestarsi a letture diverse a seconda che si riferisca la chiusa alla principale od alla subordinata, per me non ha ragion d'essere: dato che la frase che conclude il passo è semplicemente il compendio di un'idea classica (nel senso che è chiaro frutto di un'interpolazione formale per compressione, tale peraltro da non offuscare eccessivamente il discorso originario), il significato complessivo del discorso del giurista, peraltro già compendiato da Giavoleno, va decifrato nel senso che il controinteresse del debitore-gerito si pone in antitesi rispetto all'effetto estintivo e, di

Se ciò è vero, Labeone non avrebbe accordato alla banca l'*exceptio in factum* testimoniata da D. 13.5.27 qualora il debitore si fosse opposto alla *solutio* 'mediata' non già 'postquam', ma – parafrasando il passo – 'antequam' *argentarius recepit*, giacché in tal caso la banca si sarebbe esposta per un proprio interesse economico esclusivo, od al limite espressione di cointeressenze patrimoniali con il soggetto garantito, tanto più ove si consideri che gli *argentarii* prestavano i *recepta* nell'ambito del 'fascio di servizi finanziari' che essi collocavano sul mercato nel segno del profitto.

Ne desumerei che la validità del negozio pretorio di per sé non fosse in alcun modo in discussione, come dicevo, neppure per Labeone finanche in caso di *receptum* prestato *invito debitore*, e dunque nella consapevolezza, da parte della banca, di una previa opposizione del proprio cliente¹⁴: l'interesse del giurista augusteo, secondo me, era diretto essenzialmente a ragionare sulle sorti (non già del negozio, ma) del rapporto in un caso particolare, sicché il contributo di epoca antoniniana (che il frammento riferisce a Pomponio, pur non potendosi escludere una diversa e più articolata radice scientifica allo stato a noi ignota) avrebbe semplicemente portato alle estreme conseguenze una grande linea di tendenza – quella ad assicurare nel modo più ampio possibile l'autonomia funzionale dell'iniziativa dell'*argentarius* – in larga misura matura già alla fine del I secolo a.C., quando peraltro ancora si discuteva della possibilità di tutelare i banchieri dall'esclusione del regresso, che comunque non era 'assoluta', ma conseguiva all'oggettiva inconfigurabilità di un'*utilitas* in capo al *dominus* gerito che denunziasse il proprio controinteresse.

Nondimeno, la paralisi dell'*actio recepticia* mediante l'*exceptio* suggerita da Labeone avrebbe implicato un esito disfunzionale per l'intreccio di interessi finanziari che dovevano connotare l'intensità della vita

conseguenza, determina l'esclusione della possibilità di esperire l'*actio negotiorum gestorum*. Eviterei, dunque, qualsiasi elucubrazione sulla struttura del periodo finale.

¹⁴ Prospetto dunque un'esegesi non pienamente coincidente con quella di A. PETRUCCI, *L'impresa*, cit., 146 s., il quale desume dal frammento che «a partire dagli inizi del II secolo d.C. il negozio concluso dal banchiere era valido anche contro la volontà del debitore (*invito debitore*), implicando la venuta meno della necessità di un mandato o di una gestione d'affari per la sua realizzazione» (così a p. 147).

economica a cavaliere tra la repubblica ed il principato, giacché avrebbe finito per vulnerare l'affidamento che il garantito riponeva nella banca nel momento in cui metteva 'nelle mani' di un *argentarius* la certezza della solvibilità di un proprio credito, cioè quanto contribuisce ad assicurare il flusso costante di liquidità¹⁵ necessario per il funzionamento dell'impresa: sicché è verosimile che la proposta di un'*exceptio* non editale, che forse il giurista aveva ideato durante la sua pretura¹⁶, non abbia poi avuto seguito, e che quindi il rimedio non si sia consolidato nell'editto, tanto più ove si possa affermare – lo vedremo bene più avanti – che non solo il *receptum*, ma anche la *solutio* fosse comunque valida anche in caso di opposizione, finanche preventiva, del debitore.

Quanto leggiamo in D. 13.5.27, in definitiva, è testimonianza di un dibattito scientifico e pratico occasionato dall'innegabile coesistenza di una pluralità di interessi economici ed imprenditoriali durante la cosiddetta 'età commerciale'.

Ma è proprio questo il punto su cui vorrei provare ad intessere qualche riflessione.

Morgera, infatti, a scorrere interamente il suo volumetto, innanzitutto non si interroga adeguatamente sul 'caleidoscopio di interessi' che possono gravitare intorno al credito¹⁷, limitandosi ad osservare come da Labeone all'epoca severiana il *receptum argentarii* si sarebbe progressivamente caratterizzato alla stregua di un negozio tra il banchiere ed un terzo, cui resta estraneo il debitore, così da consentire un raffronto – che a me peraltro pare del tutto epifenomenico – con l'attuale istituto italiano contemporaneo dell'espromissione¹⁸: raffronto

¹⁵ Cfr. A. PETRUCCI, *L'impresa*, cit., 149.

¹⁶ Per tutti W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln, 1967, 114.

¹⁷ È quanto emerge dal rapporto tra la volontà del debitore e i limiti al regresso, ben indagati da M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 44 ss.

¹⁸ G. MORGERA, *Studi*, cit., 142 ss.

il cui esito contestualmente escluderebbe, sempre per ragioni strutturali, la possibilità di ragionare sui modelli della delegazione¹⁹ e dell'accollo²⁰.

Ulteriore – e correlato – limite intrinseco alla ricognizione di Morgera è l'assenza di una reale attenzione ricostruttiva per gli schemi del *ius civile* configurati attorno alla *stipulatio*, che in tema di 'assunzione' – a valorizzare il dato normativo italiano – del debito altrui hanno senza dubbio un rilievo di assoluta centralità: mi riferisco non solo alla *delegatio promittendi* (e con essa al suo complesso rapporto con la novazione soggettiva, che presuppone la titolatura della *stipulatio* esecutiva rispetto al rapporto di provvista od a quello di valuta, così da implicare il mutamento, rispettivamente, del creditore o del debitore)²¹, ma anche, e

¹⁹ G. MORGERA, *Studi*, cit., 124 s.

²⁰ G. MORGERA, *Studi*, cit., 92 s. L'Autore osserva che l'accollo (nel significato tecnico che emerge dall'art. 1273 cod. civ.) è un istituto «ignoto al diritto romano» (ivi, 62 s.), ma senza evidenziarne le ragioni. Invero, se si discorre sulla fattispecie dell'accollo esterno, la ricerca di un modello nelle fonti romane è infruttuosa, giacché si dovrebbe ipotizzare una *stipulatio* tra l'accollato e l'accollante in favore dell'accollatario (*alteri stipulari nemo potest*); se, invece, si ragiona su quella dell'accollo interno, l'indagine dovrebbe muovere non già dal *receptum* bancario, ma forse, semmai, dall'atteggiarsi in concreto del rapporto tra l'*argentarius* ed il proprio cliente (cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 943): ma anche in questo caso la ricerca sarebbe infruttuosa, giacché il risultato pratico del *receptum* bancario è invariabilmente non già lo spostamento del peso del debito altrui, ma semmai la costituzione di una garanzia finanziaria (e difatti Guarino parla di 'accollo' evidenziando tra apici l'approssimazione dell'immagine). Anche ad ipotizzare che il debitore si faccia promettere con *stipulatio* l'adempimento di una propria obbligazione direttamente nelle mani del creditore, non si avrebbe alcuno spostamento del peso del debito, ma semmai la genesi di un'obbligazione di *incertum* protetta (solo) tra le parti con l'*actio incerti ex stipulatu* (si tratterebbe, infatti, del cosiddetto contratto 'improprio' a favore di terzi: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 515).

²¹ In disparte il fondamentale contributo di M. TALAMANCA, voce *Delegazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 11, Milano, 1962, 918 ss., i cui svolgimenti fondamentali sono poi confluiti nelle *Istituzioni*, cit., 650 ss., la delegazione è stata di recente indagata approfonditamente nelle due monografie di L. ZANDRINO, *La 'delegatio' nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, Napoli, 2010, e *La 'delegatio' nel diritto romano. Effetti giuridici e profili di invalidità*, Napoli, 2014, che non figurano (come del resto neppure il risalente studio di G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1961, *passim*) nella bibliografia di Morgera; più ampiamente, nel capitolo III, dedicato dalla delegazione,

soprattutto, all'*expromissio*, con la quale per l'appunto il creditore espromissario stipula dal terzo espromittente la *transfusio atque translatio* del *prius debitum* in difetto di *iussum* dell'espromesso²², che quindi rimane estraneo alla *conventio* sottostante alla *stipulatio* (novativa) espromissoria²³.

Verificheremo in prosieguo questa prospettiva euristica, non senza evidenziare sin d'ora come il *receptum* bancario presenti una scontata affinità (meramente) strutturale proprio con l'*expromissio*, nel senso che in entrambi i casi alla *conventio* resta estraneo il debitore (cioè il cliente dell'*argentarius* nel primo caso, o l'espromesso nel secondo): con la significativa distanza funzionale, però, per cui il *receptum* è una figura di garanzia finanziaria, che non implica mai – lo vedremo – novazione soggettiva, mentre l'*expromissio* è uno schema del *ius civile* che determina invariabilmente questo specifico risultato pratico.

Di qui la rilevata natura puramente epifenomenica del raffronto operato da Morgera, che in fin dei conti propone acriticamente un 'parallelo estemporaneo' tra il *receptum* bancario, cioè una garanzia

l'unico passo preso in considerazione da G. MORGERA, *Studi*, cit., 97 ss. è Gai 2.38, per di più trascritto con evidenti errori di battitura, dove l'esposizione del Maestro antoniniano fa però il caso di una *delegatio promittendi* titolata *sub specie* del rapporto di provvista (mutamento del creditore per *novatio* soggettiva): sicché si tratta di un testo palesemente estraneo all'assunzione del debito altrui', trattandosi semmai di un meccanismo indiretto di cessione del credito, non rapportabile all'esito codificato (l'art. 1268 c.c. disciplina la delegazione passiva, mentre Gai 2.38 discute appunto di una delegazione attiva). Come ho già rilevato in «Cum venderes deducto usu fructu». Modelli romani e svolgimenti contemporanei dell'obbligazione 'personae cohaerens', in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, V, a cura di M.F. Cursi, R. Fiori, P. Lambrini e G. Santucci, Napoli, 2021, 171, nt. 32, solo osserverei come, a mio modesto avviso, il termine '*corporales*' debba essere corretto nel segno '*incorporales*', in quanto Gaio voleva dire che le obbligazioni, quantunque presentate come *res incorporales* nel precedente § 14 accanto ad *hereditas* ed *usus fructus*, non possono 'circolare', nella chiave del *transferre*, con il meccanismo previsto per queste ultime, cioè l'*in iure cessio* (e, per l'usufrutto, la *deductio* dalla *mancipatio*).

²² Il che costituisce tuttora l'aspetto che autorevole dottrina considera dirimente per la distinzione tra delegazione ed espromissione: cfr. R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, 277 ss.

²³ Su questi aspetti cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 647 ss., in particolare 648 e 650 s.

finanziaria, e le attuali figure (italiane) che disciplinano, semmai, la modificazione del lato passivo dell'obbligazione, vale a dire delegazione (che il vigente Codice disciplina *sub specie* della delegazione passiva²⁴), espromissione ed accollo, le quali implicano non già la 'garanzia', ma semmai lo 'spostamento' del peso del debito altrui, che a determinate condizioni – e a differenza dell'approccio dei *prudentes*, secondo il quale la *delegatio promittendi* implicava comunque l'estinzione *ipso iure* dell'obbligazione anche senza *novatio*, cioè quando la *stipulatio* del delegatario dal delegato, comunque sia attuativa dei due rapporti di provvista e di valuta, fosse pura²⁵ – può avere anche effetti privativi o novativi.

L'esposizione qui criticata, dunque, si espone a scontate censure conseguenti alla sovrapposizione ed al disarmonico intreccio di categorie concettuali adoperate in modo quanto meno poco perspicuo.

Per altro verso, ed in disparte il mio netto dissenso metodologico da una prospettiva euristica che proponga una sterile comparazione diacronica tra passato e presente, senza che emergano linee di continuità o discontinuità nella tradizione romanistica utili all'attuale interprete, o comunque senza suggerire la plausibile ricostruzione di un modello – giacché, in questo breve contributo, di diritto romano si discute davvero assai poco²⁶ – che proietti la sua 'attualità ricostruttiva' su specifici

²⁴ Cfr. da ultimo B. TROISI, *Le obbligazioni*². Corso di diritto civile, Torino, 2015, 209.

²⁵ È questo uno dei problemi più complessi che connotano il rapporto tra delegazione a promettere e novazione: cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 651 s.

²⁶ Tutto il volumetto è pensato con questa scelta espositiva: il primo capitolo è una ricognizione delle ricostruzioni romanistiche sull'assunzione del debito da parte dell'*argentarius* (pp. 1-57); il secondo (pp. 61-94) esamina l'accollo nell'ordinamento italiano (pp. 61-92) per poi desumere l'incompatibilità rispetto allo schema romano del *receptum* (p. 93 s.); il terzo capitolo (pp. 97-125) espone la disciplina della delegazione nel diritto privato italiano (pp. 99-123) muovendo da Gai 2.38 (peraltro, come dicevo, non pienamente pertinente all'indagine, dato che concerne una delegazione attiva), per escludere che l'istituto contemporaneo possa rispecchiarsi nel *receptum argentarii* (pp. 123-125); il quarto capitolo (pp. 129-144) esamina la disciplina contemporanea italiana dell'espromissione (pp. 129-142) per affermare (p. 143) «una corrispondenza tra l'astrattezza del *receptum* e quella dell'espromissione» (ma a quel punto sarebbe stata necessario il riesame della tesi di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano,

problemi che emergono nella cultura privatistica contemporanea italiana ed europea, mi limiterei ad osservare come uno dei problemi forse più interessanti che il frammento ulpiano pone sia quello relativo alle ragioni per cui, in fin dei conti, il cliente dell'*argentarius* finisce per beneficiare, almeno in astratto, di un vantaggio patrimoniale indiretto – l'estinzione dell'obbligazione – nonostante la sua opposizione ogni qual volta la banca decida comunque di *recipere*.

In sostanza, ci troviamo di fronte ad una '*melior condicio* patrimoniale irrefutabile', che creava interessanti difficoltà interpretative ai Maestri medievali, il cui pensiero, come vedremo a breve, va almeno in parte recuperato per una plausibile rilettura di questi problemi con gli strumenti che connotano l'attuale metodo scientifico della dottrina romanistica: in altri termini, il debitore che si opponga *praesens* al *receptum*, ovvero che *absens* prospetti al banchiere la *denuntiatio* postuma '*ne solvat*', quanto meno nella logica di Pomponio, che superava quella labeoniana, vedrà alla fine estinta la propria obbligazione dall'*argentarius* senza che sia esperibile nei suoi confronti alcuna azione di regresso, neppure *sub specie* dell'*actio negotiorum gestorum*²⁷.

In una certa misura, dunque, egli 'subisce' questa *melior condicio*: il che apre interessanti prospettive.

Se quanto sinora rilevato coglie nel segno, infatti, l'inconfigurabilità di un'azione di regresso va intesa, nella prospettiva antoniniana prima ancora che severiana, come l'elaborazione in diritto del riconoscimento di un interesse diretto dell'*argentarius* a *recipere*, del tutto autonomo dalla sfera d'interessi del debitore, la cui 'volontà oppositiva' si palesa cedevole sul piano sostanziale, ma presidiata, sul piano processuale, dall'esclusione di un'*actio* contro di lui ed a favore della banca.

Ocorre dunque approfondire questo aspetto: ma a tal fine occorre partire per vero un po' da lontano.

2000, *passim*); il quinto capitolo (pp. 147-159) prospetta confronti con la disciplina attuale della fideiussione.

²⁷ Su questi aspetti cfr. *amplius* M. PEDONE, '*Per argentarium solvere*', cit., 44 ss.

2. *Recepta' bancari, 'pecunia constituta' e 'fideiussio' come figure di garanzia per debito altrui*

Innanzitutto, mi pare opportuno riflettere sulla funzione pratica del *receptum*, che emerge bene da un altro frammento, anch'esso, sempre alla luce delle ricerche di Lenel²⁸, riferito normalmente al *receptum argentarii*:

Gai. 5 *ad ed. provinc.* D. 13.5.28: *Ubi [quis] <argentarius> pro alio [constituit] <recepit> se soluturum, adhuc is, pro quo [constituit] <recepit>, obligatus manet.*

Il passo gaiano evidenzia come, anche qualora l'*argentarius* assicuri il pagamento del debito altrui per *receptum*, il debitore originario resti obbligato sino al consequenziale adempimento dell'intermediario²⁹: questa precisazione, che il giurista sentiva evidentemente necessaria, concorre a tratteggiare il *receptum* bancario come una figura utile – lo si accennava – non già a determinare una novazione soggettiva³⁰, e quindi a 'trasferire' il peso di un debito, ma semmai a costituire una 'garanzia' in senso tecnico, che come tale non può – come dire – 'per definizione' determinare l'estinzione di una preesistente obbligazione.

Correlativamente, l'*argentarius* può prestare il *receptum* anche al fine di incaricare un terzo – secondo lo schema del mandato di credito – di eseguire una prestazione in favore del proprio cliente, così assicurandone preventivamente, per questa via, la solvibilità per un debito futuro:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 17.1.28: *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.*

²⁸ Gai. 120 Lenel (*Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, col. 198); cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 132 e nt. 4.

²⁹ Cfr. da ultimo M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 13 ss., in particolare 17 ss.

³⁰ Cfr. F. FASOLINO, *Aspetti*, cit., 60 s.

La fattispecie considerata, una volta riferita alle attività degli *argentarii*, è analoga al nostro 'patronage' forte³¹: secondo Papiniano – evocato da Ulpiano in un passo che Lenel attribuiva al commento all'*actio recepticia*³² – l'uscita di cassa del mandante-*recipiens* in favore del mandatario, in quanto mosso dal proprio interesse al *mandatum* che sottende il *recipere* e la sua esecuzione, non libera *ipso iure* il beneficiario finale dell'operazione finanziaria, per modo che il garantito, cui l'editto offre l'*actio recepticia*, più conveniente dell'*actio mandati* sul piano della tecnica formulare, contro l'*argentarius* che l'ha incaricato (anche) nell'interesse del proprio cliente, deve cedergli le azioni contro quest'ultimo, il quale, non a caso, nel frammento ha una doppia qualificazione, e cioè 'debitor' in quanto cliente del 'patronnant', nonché 'reus' in quanto soggetto finanziato dal mandatario³³.

In sostanza, il debito garantito dal *receptum* bancario, sia esso preesistente o meno all'intervento dell'*argentarius*, è autonomo ed insuscettibile, per questa via, di *novatio*: ed Ulpiano, come ora immediatamente vedremo, si avvale di questa medesima impostazione discutendo, non a caso, di *pecunia constituta* e di *fideiusio*.

Sul punto, peraltro, prima di procedere oltre, occorre una considerazione preliminare.

³¹ L'impostazione sinora consolidata legge in Ulp. D. 17.1.28 un normale mandato di credito (cfr. C. EMUNDS, 'Solvendo quisque pro alio liberat eum', cit., 255 ss., in particolare 261 s.): nondimeno, in adesione alla ricostruzione prospettata in testo, in questo caso il mandato deve ritenersi sottostante ad un *receptum* bancario, così da costituirne la causa esterna, esattamente come l'erogazione del finanziamento era la causa esterna della *stipulatio* per l'*eadem pecunia* nello 'Stipulationsdarlehen' (mi riferisco ad Ulp. 46 *ad Sab.* D. 46.2.6.1; Pomp. 24 *ad Sab.* D. 46.2.7 e Paul. 3 *quaest.* D. 45.1.126.2, su cui cfr. M. TALAMANCA, 'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta', in *Iura*, 50, 1999, 29 ss.).

³² O. LENEL, *Beiträge*, cit., 66 s.; Ulp. 473 (*Pal.*, II, col. 492).

³³ Sul passo cfr. diffusamente A. PEDONE, 'Per argentarium solvere', cit., 20 ss., in particolare 27 ss., e 52 s.; pur ritenendo persuasiva, nonostante le perplessità di A. PETRUCCI, *Brevi riflessioni*, cit., 5, l'idea per cui nel passo si discute di un mandato di credito qualificato, non ritengo di dover intervenire sul testo: la riferibilità del mandato di credito ad un *argentarius* – e dunque la diversa prospettiva azionale – doveva risultare dal più ampio contesto espositivo originario, oggi perduto.

Se – con riferimento alle figure del *ius civile* – il *fideiussor*, a differenza di *sponsores* e *fidepromissores* che, come noto, contraggono per accessorietà strutturale un debito proprio in funzione di garanzia, risponde per un debito altrui – con la soggezione all'*actio incerti ex stipulatur*³⁴ offerta al garantito – nella chiave teorica e pratica dell'accessorietà funzionale, nel caso del *receptum argentarii* il costituente, esattamente come i *fideiussores*, non promette l'*idem*: anzi, egli, a rigore, non ricorrendo alla *stipulatio*, neppure contrae un'*obligatio*, intesa come istituto del *ius civile*, stante la natura onoraria del vincolo, a meno di evocare la classificazione di Modestino conservata da D. 44.7.52 pr., che, se riconosceva l'obbligazione *iure honorario* proprio per questa casistica³⁵, pur sempre prospettava una visione del problema che rispecchia un punto d'arrivo consolidatosi solamente nella più tarda classicità severiana.

Con questo chiarimento, è agevole constatare come l'estensione del modello civilistico dell'accessorietà funzionale risulti bene da un noto passo di recente ricondotto, con un convincente approccio esegetico qui condiviso, al *receptum argentarii*³⁶, dove Paolo evocava il limite oggettivo del conferimento di garanzia *in duriores causam*, che ne costituisce il tratto forse più significativo:

Paul. 13 ad ed. D. 13.5.12: *Sed et si decem debeantur et decem et Stichum [constitua] <recipiat>, potest dici decem tantummodo nomine teneri.*

Il negozio pretorio, in ultima analisi, presidia, al di fuori del risalente schema dell'accessorietà strutturale, la garanzia patrimoniale del creditore cui l'editto promette un'azione *in factum*: da questo punto di vista, i *recepta* bancari sono vicini più al modello civilistico della *fideiussio* che a quello originario di *sponsio* e *fidepromissio*, e rappresentano quindi uno degli schemi più avanzati di garanzia personale elaborati dalla

³⁴ Giacché appunto il *fideiussor* promette adoperando il verbo *iubere*, strumentalmente correlato alla *fides*.

³⁵ Cfr. di recente R. FERCIA, 'Notae' sulla classificazione delle 'obligationes' nei 'Libri regularum' di Modestino, *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata*, a cura di L. Garofalo e L. Vacca, Napoli, 2021, 290 s.

³⁶ F. FASOLINO, *Aspetti*, cit., 59 ss.

giurisprudenza classica (soggezione all'azione del creditore per debito altrui, e dunque, in ultima analisi, conferimento di una 'Haftung' – civile o pretoria – per l'altrui 'Schuld').

Il modello di accessorietà che connota il *receptum*, per altro verso, sottende anche la *pecunia constituta*, ovviamente *sub specie* del costituito di debito altrui, giacché le due figure pretorie si differenziano soltanto per la natura professionale del costituente e per il conseguente affievolimento del nesso funzionale nel primo caso³⁷: 'affievolimento' e non altro, giova evidenziare, giacché, come si è esattamente chiarito, «l'autonomia del *receptum* risulta limitata alla causa del debito principale», senza però estendersi all'oggetto – che il passo in esame mostra in astratto rapportabile anche ad elementi patrimoniali diversi dalle somme di denaro³⁸ – della prestazione, la quale «costituisce il punto minimo di contatto tra le due obbligazioni, le quali differiscono tra di loro solo per la diversa ampiezza delle eccezioni opponibili al creditore»³⁹.

Né questo risultato, a ben vedere, si pone in contraddizione con gli indizi che Iust. C. 4.18.2, ed in particolare il § 1, offre per la ricostruzione del modello classico⁴⁰.

Piuttosto, è verosimile che, con la riforma del 531, la cancelleria imperiale abbia inteso più che altro enfatizzare alcuni aspetti della disciplina classica così da rappresentarla come implicante gravi ingiustizie cui porre rimedio⁴¹: si potrebbe forse dire, allora, che il contenuto del vincolo *ex recepto* si determina *per relationem*, nel senso che sarà normalmente correlato ad evidenze contabili da richiamarsi al momento della costituzione della garanzia⁴², quantunque l'esperibilità

³⁷ Per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 608 s.; A. PETRUCCI, *L'impresa*, cit., 149.

³⁸ Sul problema cfr. M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 59 ss.

³⁹ F. FASOLINO, *Aspetti*, cit., 60.

⁴⁰ Il problema lo poneva (nel 1881) lo stesso O. LENEL, *Beiträge*, cit., 65 s. (ma cfr. Paul. 258 in *Pal.*, I, cit., col. 992); ricostruisce di recente gli svolgimenti della questione M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 54 ss., in particolare 66 ss.; sul punto, si veda anche A. PETRUCCI, *Mensam exercere*. *Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, 380 ss.

⁴¹ Cfr. F. FASOLINO, *Aspetti*, cit., 49 ss.

⁴² Cfr. A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 379 s.

dell'*actio recepticia* sia poi in ogni caso indipendente dall'esistenza dell'obbligazione principale⁴³, come a mio modo di vedere si desume agevolmente da

Scaev. 1 *resp.* D. 13.5.26: <*Argentarius*> *quidam ad creditorem litteras eiusmodi fecit: 'decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes penes me, domine'. respondit secundum ea quae proponerentur actione [de constituta pecunia] <recepticia> eum teneri.*

In disparte il problema della forma del *receptum*⁴⁴, che secondo me è destinato a rimanere una questione aperta⁴⁵, alla fine del II secolo d.C. – e dunque in un momento vicino a Pomponio, che come abbiamo visto criticava l'*exceptio in factum* proposta da Labeone – il vincolo pretorio assunto da un banchiere sorge *per relationem* con riferimento alla contabilizzazione di un mutuo e – non a caso – con specifica attenzione al problema delle *usurae*⁴⁶: e difatti, nello scritto diretto al *creditor*, cioè al finanziatore, l'*argentarius* garantisce il rimborso del capitale '*salva ratione usurarum*', nel senso che il calcolo degli interessi viene riservato ad una diversa e separata valutazione finanziaria.

La comunicazione esaminata da Scevola mostra quindi una specifica attenzione alla 'perimetrazione dell'oggetto' che la banca dichiara di garantire: in altre parole, l'oggetto del *receptum* è esattamente plasmato sul *quantum* del credito garantito, e dunque con una riserva sulla *ratio*

⁴³ Analogamente A. PETRUCCI, *Brevi riflessioni*, cit., 12.

⁴⁴ Su cui rinvio alle pagine di A. PETRUCCI, *L'impresa*, cit., 144 s.; ID., *Brevi riflessioni*, cit., 13 s.

⁴⁵ Che, comunque, difficilmente si risolve muovendo da Scaev. D. 13.5.26, dato che la comunicazione dell'*argentarius* al *creditor* potrebbe rappresentare semplicemente non già il *receptum*, ma il documento scritto che lo prova: nulla esclude, cioè, che l'*argentarius* abbia prestato la garanzia *sollemnibus verbis* (ammesso e non concesso che questa espressione, contenuta in Iust. C. 4.18.2 pr., sia riferibile al negozio e non alla *conceptio verborum* formulare) e l'abbia poi documentata per iscritto con una missiva inviata al garantito.

⁴⁶ Sulla riferibilità del passo al *receptum*, dopo il dubbio di Scaev. 226 Lenel (*Pal.*, II, col. 290; ID., *Beiträge*, cit., 64, nt. 137), cfr. ora per tutti A. PETRUCCI, *L'impresa*, cit., 145; M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 75 ss., con altra letteratura.

usurarum, nonostante, sul piano funzionale, il vincolo prescinda, come si diceva, dalla sua esistenza.

Tutto questo, invero, è conseguenza dell'*interpretatio* dei *prudentes* alla *conceptio verborum* della *formula* dell'*actio recepticia*, che, rispetto a quella dell'*actio de pecunia constituta*⁴⁷, perdeva, secondo me, soltanto il riferimento all'esistenza del debito al momento dell'assunzione del vincolo, ma conservava nell'*intentio* l'esatta indicazione dei valori garantiti⁴⁸.

Con questa articolata premessa possiamo ora soffermarci su due passi ulpiani escerpiti dalle *Disputationes*⁴⁹, l'uno in tema di *pecunia constituta* prestata *pro patre* da un *filius familias*, l'altra inerente ad una *fideiussio* prestata sempre da un *filius familias* a favore del padre:

Ulp. 2 *disp.* D. 15.3.15: *Si filius familias constituerit quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. atquin non liberavit patrem: nam*

⁴⁷ Seguendo la ricostruzione di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 68, la *formula* dell'*actio de pecunia constituta* (utile sia per il costituito di debito proprio, sia per quello di debito altrui) doveva suonare grosso modo in questi termini: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia constituisse se soluturum eove nomine se satisfacturum esse neque fecisse quod constituit neque per A. Agerium stetisse quo minus fieret quod constitutum est eamque pecuniam cum constitutebatur debitam fuisse, quanti ea res est tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absoluto*. Alla luce di quanto evidenzia lo stesso Mantovani (ivi, 68, nt. 254, con letteratura), peraltro, mi pare più coerente una condanna al *quanti ea res erit*.

⁴⁸ E dunque, adoperando il modello di tutela pretoria per l'istituto 'gemello' ricostruito alla nt. precedente, si può ipotizzare una *conceptio verborum* configurata grosso modo in questi termini: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium, cum argentariam mensam exerceret, A. Agerio sestertium X milia recepisse se soluturum eove nomine se satisfacturum esse neque fecisse quod recepit neque per A. Agerium stetisse quo minus fieret quod receptum est, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absoluto*. In sostanza, nella *formula* dell'*actio recepticia* secondo me – al di là del ricorso al verbo *recipere* in luogo di *constituere*: il *sollemne verbum* di Iust. C. 4.18.2 pr.? – il pretore aggiungeva il riferimento all'attività bancaria svolta dal convenuto, mentre sopprimeva la clausola relativa all'attualità del debito al momento del *receptum*.

⁴⁹ Che, secondo T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*², Oxford, 2002, 184, risalirebbero al principato di Caracalla.

qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat. plane si solvat post constitutum, licet pro se videatur solvisse, [hoc est ob id quod constituit], in rem tamen vertisse patris merito dicitur.

Ulp. 7 disp. D. 46.1.10.2: *Filius familias pro patre poterit fideiubere nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod et, dum in potestate manet, condemnari potest. sed an pater ex hac causa quod iussu teneatur, videamus: et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri. sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio: tamen quasi in rem patris versum sit, potest agi cum patre. plane si emancipatus solverit, utilis ei actio debet competere: in potestate etiam manenti eadem actio competit, si de peculio castrensi pro patre solverit.*

Nel primo passo⁵⁰, Ulpiano fa il caso di un *filius familias* che dà vita ad un costituito di debito in favore del padre, e si chiede se il creditore possa esperire l'*actio de pecunia constituta* con l'adattamento strutturale formulare che consente di invocare tutela per l'esito patrimoniale di una *versio in rem patris*: 'un'ipotetica ragione in senso negativo potrebbe essere che'⁵¹, di per sé, la *pecunia constituta* non libera il *pater*, in quanto il costituente vincola se stesso senza estinguere contestualmente l'obbligazione garantita, come appunto ci dice Gaio, a proposito del *receptum*, in D. 13.5.28.

Come a breve vedremo, Ulpiano sembra sciogliere questo dubbio nel secondo frammento, dove fa il caso della *fideiussio*; con riferimento alla *pecunia constituta*, invece, egli ritiene sicura l'integrazione della *versio in rem patris* solo una volta che il *filius* adempia *post constitutum*: il che, peraltro, pone il diverso problema, che in D. 15.3.15 non viene affrontato, della tutela spettante non già al creditore con la struttura formulare *de in rem verso*, ma semmai – ed è quanto sembra emergere nel secondo frammento – dell'azione di regresso spettante al *filius* che abbia adempiuto *post emancipationem* ovvero con risorse extrapeculiari.

⁵⁰ Su cui diffusamente C. EMUNDS, 'Solvendo quisque pro alio liberat eum', cit., 215 ss.; più di recente T. BOLTE, 'Pecunia constituta', cit., 156 s.

⁵¹ Così renderei l'*atquin* che introduce l'argomentazione sul caso.

A questo punto, particolare interesse riveste, nella nostra prospettiva d'indagine, l'affermazione per cui – in disparte un innocuo glossema esplicativo rientrato nel testo – il pagamento da parte del *filius familias* determina la *versio in rem patris* quantunque il *filius* adempia 'pro se', e pertanto onori un proprio impegno presidiato dall'editto⁵²: come nel caso del *receptum* bancario, dunque, la *pecunia constituta* non determina una novazione soggettiva dell'obbligazione principale.

In altri termini, da un lato la costituzione della garanzia non libera il debitore, dall'altro l'adempimento del garante – che, evidentemente, per adoperare una terminologia cara al Code civil⁵³, è l'adempimento di un terzo 'interessato', stante la soggezione del *filius* all'*actio in factum*, per modo che solo indirettamente il giurista può rapportarlo ad una *versio in rem* – ne migliora la condizione patrimoniale, così da legittimare astrattamente il *solvens* ad agire in regresso.

Esaminiamo ora il secondo passo.

Il giurista fa il caso della *fideiussio*, per giungere, forse con maggiore sicurezza, alle medesime conclusioni: il *filius familias* può *fideiubere* per il *pater*, sia perché, se diviene *sui iuris*, la sua responsabilità non incontra alcun limite, sia perché, anche se resta *in potestate*, può essere quanto

⁵² Cfr. C. EMUNDS, 'Solvendo quisque pro alio liberat eum', cit., 216 s.

⁵³ Che distingueva tra terzi 'interessati', come coobbligati e garanti (è il caso del nostro *filius familias* che, *post constitutum*, adempie *pro se*, ma indirettamente *pro patre* determinando la *versio in rem*, e più ampiamente di qualsiasi altro garante), e terzi totalmente 'disinteressati'. Giova trascrivere, per avere più chiaro questo messaggio della storia giuridica europea, il testo dell'art. 1236 Code civil (abrogato il 1° ottobre 2016): «Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. (2) L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier». Cfr. ora l'art. 1342-2, introdotto dall'art. 3 dell'ord. n. 2016-131 del 10 febbraio 2016: «Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier» (la nuova norma, dunque, non considera 'terzi' adempienti i soggetti 'interessati', come garanti o coobbligati, allineandosi all'art. 1180 c.c.).

meno destinatario della condanna, quantunque, come noto⁵⁴, incoercibile con l'*actio indicati*⁵⁵.

Ulpiano chiarisce, quindi, che contro il *pater* il creditore garantito può comunque agire *quod iussu* per la fideiussione prestata dal *filius* incaricato, mentre, per l'ipotesi in cui questi abbia prestato la garanzia *ignorante patre*, suggerisce la possibilità di concedere comunque al creditore l'azione *de in rem verso*, 'come se vi fosse' (*quasi*) la *versio in rem patris*, così sciogliendo – lo si diceva – il dubbio prospettato a proposito della *pecunia constituta* conclusa dal *filius* nel frammento poc'anzi esaminato: *a fortiori*, dunque, la *versio* si integra senz'altro con la *solutio* da parte del fideiussore.

Qualora, invece, il *filius* fideiussore adempia dopo la propria emancipazione, l'azione esperibile per il regresso (*ignorante patre*, si tratta dell'*actio negotiorum gestorum; iubente patre*, è invece l'*actio mandati*) spetterà in via *utilis* – trattandosi evidentemente di credito originariamente sorto nell'inerenza al *peculium*, da ritenersi *non ademptum* al momento dell'*emancipatio*⁵⁶ – al soggetto *medio tempore* divenuto *sui iuris*, che comunque potrebbe agire anche *manente potestate* ove abbia attinto a risorse del *peculium castrense*, costituente, come noto, un patrimonio separato che il *filius in potestate* può difendere anche nei rapporti con il *pater*⁵⁷.

Siamo ora in grado di individuare alcuni dati di fondo che approfondiremo meglio a breve.

Innanzitutto, il banchiere presta *receptum* anche *ignorante od invito debitore*: ma se il cliente si oppone all'intervento della banca, l'accertamento dell'oggettivo cointrointeresse del *dominus* esclude

⁵⁴ Cfr. ancora M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 122.

⁵⁵ Diversamente, riferisce Ulp. D. 15.3.15 ad obbligazione naturale S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei 'filii familias'*, Milano, 2003, 294 s.; conseguentemente, l'Autrice considera alterato Ulp. D. 46.1.10.2 (ivi, 105 s.).

⁵⁶ È il problema posto in Afr. 9 *quaest.* D. 12.6.38.2 – la nota legge '*Frater a fratre*', una delle '*leges damnatae*', ovvero le croci dei giuristi europei – su cui si veda, per tutti, A. D'ORS, *Las 'Quaestiones' de Africano*, Roma, 1997, 454, e, per la lettura intermedia, C. VAN ECK, *Le sette leggi dannate delle Pandette. Ovvero, le croci dei giuristi*, presentazione, traduzione critica e testo a cura di R. Fercia, Pisa, 2020, 86 ss.

⁵⁷ Per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 123.

sempre il regresso⁵⁸, sicché i *prudentes* riconoscevano un interesse autonomo e diretto del *recipiens* a prestare a proprio esclusivo carico – ovviamente all'interno della complessiva offerta di prodotti finanziari collocati sul mercato, ed in disparte la sua virtuale cointeressenza in operazioni imprenditoriali più complesse – la garanzia.

Un'idea, questa, che costituisce per l'appunto il presupposto logico e pratico della proposta labeoniana, poi definitivamente superata (almeno) per epoca antoniniana, quando l'affievolimento del nesso funzionale tra il *receptum* ed il debito principale si colora per una più evidente intensità.

In secondo luogo, il vincolo onorario sorto dal *receptum* e protetto dall'*actio recepticia* non libera di per sé il debitore, giacché una garanzia non determina mai *novatio*: come avviene anche nel caso della *pecunia constituta* e della *fideiusio*, è solo l'adempimento del garante – per *solutio* o *satisfactio*⁵⁹ – ad estinguere l'obbligazione garantita; ma se il debitore può

⁵⁸ Più prudente M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 51 s.: ma in D. 13.5.27 l'*exceptio in factum* è data, come anche Pedone evidenzia, per paralizzare l'*actio recepticia*, mentre il passo non consente alcuna deduzione su quel che sarebbe stato l'atteggiamento di Pomponio ed Ulpiano in ordine all'*actio negotiorum gestorum* per i rapporti interni (il rapporto di 'accollo'). Questo rimedio, secondo me, non competeva ove la *denuntiatio* facesse emergere un oggettivo difetto di *utilitas*, tanto più ove si consideri che essa va riferita alla *solutio* (che al momento della *denuntiatio* è ancora futura) e non al *receptum*.

⁵⁹ Muovendo da Ulp. 14 ad ed. D. 46.3.52, *satisfactio pro solutione est*, che Lenel rapportava al commento ulpiano all'*actio recepticia* (Ulp. 474, *Pal.*, II, cit., col. 492), ipotizzerei che la *formula* di questa azione (che abbiamo provato a ricostruire alla precedente nt. 48 muovendo da quella dell'*actio de pecunia constituta*) prospettasse come presupposto della condanna, in alternativa, il *solvere* od il *satis eo nomine facere*: non mi sentirei di escludere, tuttavia, che questa *conceptio verborum* derivasse direttamente dall'editto, anche se O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 134 s. in fin dei conti lo escludeva. In sostanza, la promessa edittole avrebbe potuto suonare grosso modo *'Quod argentariae mensae exercitores pro alio solvi receperint, nisi solvetur satisve eo nomine factum erit, iudicium dabo'*: da questo punto di vista, il nostro frammento potrebbe essere una testimonianza della prassi (che emerge bene anche dalla *cautio* trascritta nella legge *Lecta* in Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40, qui adoperata per integrare la congettura leneliana) di consentire programmaticamente la prestazione in luogo dell'adempimento in materia finanziaria. In altri termini, Ulpiano ci starebbe dicendo che, in materia di *recepta* bancari, per opzione giuspolitica dell'editto (la stessa, peraltro, che connota la promessa dell'*actio de pecunia constituta*) la '*solutio*' dell'*argentarius* è in *obligatione*, mentre la '*satisfactio*' è, a monte, in *facultate solutionis*, e dunque non postula che l'*argentarius*, per liberarsi con una

fare la *denuntiatio* al banchiere perché non adempia contro il suo interesse, è evidente che i *prudentes* riconoscono contestualmente anche un potenziale (contro)interesse debitorio a non adempiere, in ipotesi neppure tramite l'intervento di un terzo.

Avremo modo adesso di approfondire questi due aspetti della questione.

3. *Ammissibilità della fideiussione 'ignorante' od 'absente debitore'...*

Rilevata dunque la stretta affinità tra *fideiussio*, *pecunia constituta* e *receptum argentarii*, le quali garantiscono tutte un debito altrui – sia pure con una differente configurazione dell'accessorietà funzionale, che si affievolisce nettamente quando è una banca ad interporre la sua credibilità finanziaria – senza implicare la promessa dell'*idem* e quindi al di fuori dello schema dell'accessorietà strutturale, proseguiamo ora la nostra breve indagine muovendo dall'autonomia dell'interesse a prestare fideiussione, ed esaminiamo un altro frammento che, sempre con l'autorevolezza della palingenesi leneliana⁶⁰, possiamo ricondurre, sia pure per connessione⁶¹, ad una più ampia argomentazione originaria ancora una volta in tema di *receptum argentarii*:

Gai. 5 *ad ed. provinc.* D. 46.1.30: *Fideiubere pro alio potest quisque, etiamsi promissor ignoret.*

prestazione diversa, ma patrimonialmente equivalente, addivenga a *conventio* (come espone Gai 3.168) con il creditore (mi discosto, dunque, sul punto, dalla ricostruzione di M. PEDONE, '*Per argentarium solvere*', cit., 18 ss., con la precedente letteratura). Se ciò è vero, e se il *receptum* bancario può avere ad oggetto anche prestazioni diverse dal pagamento di somme di denaro, il rapporto tra *olutio* e *satisfactio* assumerebbe un ulteriore profilo di rilevanza anche in ordine all'eventuale impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta *in obligatione* (e dunque oggetto di *olutio*), che travolgerebbe anche quella *in facultate solutionis*.

⁶⁰ Gai. 121 Lenel (*Pal.*, I, cit., col. 198).

⁶¹ Cfr. M. PEDONE, '*Per argentarium solvere*', cit., 34 ss., in particolare 38 ss.

L'eccezionale 'rete intertestuale' accursiana⁶² suggerisce all'interprete contemporaneo di leggere il passo – in cui il giurista comparava, con ogni probabilità, la disciplina del *receptum* con quella della *fideiussio*, così da giustificare un approccio esegetico, quale quello qui suggerito, che tenda a valorizzare le sinapsi emergenti dalle soluzioni pervenuteci – tenendo presenti due interessanti correlazioni.

Nella prima di esse, Paolo chiarisce come il fideiussore che ha garantito *pro absente* abbia 'de principe' il regresso verso il debitore principale – come già si è ipotizzato nel primo approccio esegetico a D. 13.5.27⁶³ – con l'*actio negotiorum gestorum*, non potendosi ritenere in tal caso integrato un mandato:

Paul. 11 *ad Sab.* D. 17.1.20.1: *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.*

Nella seconda Ulpiano, richiamando Marcello, esamina una fattispecie più complessa:

Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.3.11: *Apud Marcellum libro secundo digestorum quaeritur, si, cum proposuisssem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram, an utraque actione uti possim? et ego puto utramque locum habere. quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus: nam et hic dicit adversus utrumque esse actionem.*

In un caso tratto dal secondo libro dei *Digesta* di Marcello, *Ego* valuta liberamente la possibilità di *gerere* i *negotia* di Tizio, ma alla fine è *Tu* ad incaricarlo della *gestio*.

Ulpiano si domanda se *Ego* abbia sia l'*actio negotiorum gestorum* contro il gerito (sicché il mandato non sarebbe determinante per l'assunzione

⁶² gl. *ignoret ad* D. 46.1.30: *ut et s. manda. l. ex mandato § fideiussori. [D. 17.1.20.1] et s. de neg. gestis l. iii § fi. [D. 3.5.3.11]. Accursius.*

⁶³ Cfr. la connessione evidenziata anche da F. FASOLINO, *Aspetti*, cit., 56 (e 100).

della *gestio*⁶⁴), sia l'*actio mandati* nei confronti di *Tu*: per il giurista, la risposta è in senso positivo, tanto più ove si consideri che, sempre a seguire Marcello, se la *gestio* di *Ego* è garantita da un fideiussore, egli ha azione contro entrambi (cioè gerito e garante)⁶⁵.

Dai passi or ora esaminati⁶⁶ emerge chiaramente la validità della fideiussione *absente debitore*, che costituisce una figura di *negotiorum gestio* e che, in linea di principio, legittima il garante al regresso: ad essi si è di recente⁶⁷ correlato anche

Ulp. 45 *ad Sab.* D. 3.5.4: *Sed videamus, an fideiussor hic habere aliquam actionem possit: et verum est negotiorum gestorum eum agere posse, < ? > [nisi donandi animo fideiussit].*

Il passo ulpiano conferma la ricostruzione emergente dalle connessioni segnalate nella Glossa.

Dubbi, secondo me, possono sorgere solo sulla chiusa, la quale costituisce con ogni probabilità l'esito di un glossema rientrato nel testo, giacché – come vedremo a breve – l'*animus donandi* di per sé non esaurisce la casistica in cui i *prudentes* escludevano la spettanza dell'*actio negotiorum gestorum*.

Da un diverso punto di vista, però, l'autonomia dell'interesse del fideiussore si coglie ancor meglio in un altro caso in tema di mandato a *fideiubere*:

Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.26.3: *Si is, qui fideiussori donare vult, creditorem eius habeat debitorem suum eumque liberaverit, continuo aget fideiussor mandati, quatenus nihil intersit, utrum nummos solverit creditori an eum liberaverit.*

⁶⁴ Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 345.

⁶⁵ Cfr. ancora G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 344.

⁶⁶ Discussi anche da M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 45 s.

⁶⁷ M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 45 ss.

Nella fattispecie esaminata da Paolo⁶⁸, *Is* libera il proprio *debitor* affinché questi liberi a sua volta (solo) il proprio fideiussore, (unico) beneficiario finale di un'iniziativa finalizzata al suo arricchimento liberale (*donare velle*), alla quale, secondo me, quest'ultimo in un certo qual modo aderisce, pur se al di fuori dallo schema della *causa donandi* intesa come *iusta causa* di un'attribuzione: e difatti il fideiussore 'donatario', secondo il giurista, può esperire in stretta conseguenza di questa vicenda l'*actio mandati* – nel senso che può agire nei confronti del debitore principale nonostante l'obbligazione originariamente garantita non sia stata estinta – 'se e nella misura in cui'⁶⁹ sia del tutto irrilevante che egli abbia sborsato di tasca propria in favore del creditore garantito ovvero sia stato quest'ultimo a liberarlo rinunciando alla garanzia personale (non anche, dunque, all'azione che gli spetta nei confronti del debitore principale: il passo potrebbe essere allora un buon modello per avviare una riflessione sulla storia interna agli artt. 1238 e 1239 cod. civ.).

La soluzione è chiara, e dipende dal principio di neutralità patrimoniale del mandato per le parti che, come noto, connota la gratuità funzionale di questa figura contrattuale: se, infatti, il fideiussore non avesse l'*actio mandati*, non avrebbe alcuno strumento per concretizzare nel suo patrimonio la liberalità (il cui effetto finale non può che essere rappresentato da un arricchimento) di *Is*.

Più precisamente, l'interesse che il mandatario può far valere in giudizio corrisponde (o meglio: 'è limitato', per modo che emerge una lettura del significato pratico della tutela nella chiave dell'interesse alla rilevata neutralità patrimoniale del contratto) ad ottenere il valore della liberalità disposta in suo favore successivamente alla conclusione del mandato: ne consegue che la *fideiussio* non solo non presuppone – come abbiamo visto – un contributo volitivo del debitore principale, ma altresì sottende sempre un autonomo interesse patrimoniale del garante, che

⁶⁸ Su cui si veda, di recente, C. EMUNDS, '*Solvendo quisque pro alio liberat eum*', cit., 144.

⁶⁹ Così intendo il *quatenus*, discostandomi dalla traduzione che si legge in '*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*', testo e traduzione, III.12-19, a cura di S. Schipani, Milano, 2007, 279, pur ipotizzando una compressione testuale che si desume dall'*inconcinnitas* della chiusa.

può essere costituito anche dall'interesse all'estinzione della garanzia per una via diversa dall'adempimento con proprie risorse.

In altre parole, il *fideiussor* vanta un'autonoma sfera d'interessi patrimoniali indipendenti da – e talora finanche in conflitto con – quelli del debitore principale tanto a costituire, quanto ad estinguere la garanzia: ed è del tutto ragionevole, per quanto si è osservato circa l'originaria ricchezza di correlazioni che possiamo leggere in filigrana nell'argomentazione gaiana da cui abbiamo preso le mosse, che questa prospettiva ricostruttiva possa estendersi anche al *receptum* bancario (ed alla *pecunia constituta*).

4. ... ed autonomia dell'interesse nella fideiussione 'invito debitore'

Siamo ora in grado di approfondire ulteriormente alcuni aspetti emersi nel paragrafo precedente con riferimento, questa volta, alla fideiussione prestata contro la volontà del garantito.

Esaminiamo, innanzitutto,

Papin. 9 *quaest.* D. 17.1.53: *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante [alterutrius] <alterius> mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: < ? > [id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas].*

Papiniano fa un caso particolare⁷⁰: un tale presta una fideiussione per *Alius*, che è presente e non si oppone, ma lo fa sulla base della *fides* di *Alter*.

Secondo il giurista, il fideiussore ha l'*actio mandati* sia per il regresso verso *Alius*, sia comunque verso *Alter*, secondo uno schema funzionale che parrebbe in fin dei conti analogo, ancora una volta, al mandato di credito; se, invece, ha eseguito solo l'incarico di *Alter*, ma *Alius* si è opposto ovvero non era a conoscenza della vicenda, egli ha l'*actio mandati*

⁷⁰ Cfr. ancora C. EMUNDS, 'Solvendo quisque pro alio liberat eum', cit., 130 ss., e M. PEDONE, 'Per argentarium solvere', cit., 44 s.

solamente contro *Alter*, non anche contro il *reus promittendi*, essendo del tutto irrilevante che questi alla fine sia stato liberato con risorse del fideiussore, senza che tra l'altro possa scorgersi una *negotiorum gestio* utile giacché quest'ultimo garantisce – a differenza di quanto avviene nel caso di D. 3.5.3.11 – solo ed esclusivamente in conseguenza dell'incarico di *Alter*, come si desume agevolmente dall'insistenza del giurista sul fatto che il garante – accogliendo la lezione dei *deteriores*, che mi pare più plausibile – '*alterius mandatum secutus fideiussit*', vale a dire «ha prestato la fideiussione in ossequio al mandato di un terzo».

La chiusa appare decisamente problematica: i protagonisti della fattispecie divengono *ex abrupto* *Ego* e *Tu*, sicché deve essere caduto qualcosa per compressione, anche se è possibile (solo) intuire che la soluzione non sarebbe stata diversa (l'*actio mandati* è esperibile solo contro *Ego*) qualora appunto *Tu* (al di fuori di una fideiussione?) avesse adempiuto l'obbligazione di *Alius* su incarico (solamente?) di *Ego*.

Forse, al di là della compressione, il giurista discuteva della possibilità di esperire – naturalmente per la diversa ipotesi dell'*absentia* – l'*actio negotiorum gestorum*⁷¹; qualunque idea si abbia in merito, è però importante evidenziare come il frammento, di particolare interesse per un civilista contemporaneo in quanto Papiniano riconduce alla *mandati forma* la peculiare figura attuale della 'fideiussione alla fideiussione'⁷², mostri l'autonomia funzionale, sul piano dell'interesse al negozio verbale, della *fideiussio*: anzi, nel caso esaminato emerge una interconnessione di interessi distinguibili, del tutto indipendenti dalla posizione del garantito,

⁷¹ Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 351; ID., *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.1, *Requisiti delle 'actiones negotiorum gestorum'*, Cassino, 2003, 218, nt. 338 (in D. 17.1.53 l'*actio mandati* si correla alla *praesentia* del debitore; in D. 17.1.20.1 l'*actio negotiorum gestorum* all'*absentia*).

⁷² «Si tratta» – scrive B. TROISI, *Le obbligazioni*, cit., 229 – «di una figura non contemplata nel codice civile, ma largamente impiegata nella pratica degli affari e di cui la giurisprudenza ammette la configurabilità. Nella fideiussione alla fideiussione, il fideiussore si obbliga non già nei confronti del creditore, bensì nei confronti di un soggetto già fideiussore, per garantirgli, una volta che quest'ultimo abbia pagato il creditore garantito, la fruttuosità dell'azione di regresso nei confronti del debitore principale».

e cioè da un lato quello del fideiussore, dall'altro quello del suo mandante.

Questa prospettiva trova conferma in

Paul. 9 *ad ed.* D. 17.1.40: *Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.*

Se *Ego* presta fideiussione per *Tu*, che è presente e manifesta la sua opposizione, non compete né l'*actio mandati* né l'*actio negotiorum gestorum*⁷³, per cui *Ego* non ha regresso: alcuni giuristi non specificati⁷⁴, che secondo me scorgevano la necessità di perseguire comunque l'arricchimento esistente⁷⁵, ritengono peraltro che un'azione debba necessariamente essergli data (non può non sottolinearsi, al riguardo, l'espressione *dari oportere* riferita ad un'*actio*) almeno in via utile, e cioè – se coglie nel segno la mia congettura – per una *versio in rem*, quasi che l'arricchimento del debitore *praesens et vetans* e nondimeno liberato postuli una tutela 'ineludibile' a favore del fideiussore depauperato.

Nondimeno Paolo, condividendo Pomponio, respinge questa opinione⁷⁶, giacché il temperamento tra l'interesse del debitore a non dare garanzia ed il controinteresse del garante a prestare la fideiussione *invito debitore*, e dunque senza mandato ed in palese difetto di *negotiorum gestio*, si limita all'inconfigurabilità del regresso in favore di quest'ultimo, che pur sempre offre la fideiussione al creditore nonostante la contestuale opposizione del primo e, dunque, per soddisfare un proprio interesse patrimoniale: se, ancora una volta, riteniamo ragionevole che una soluzione elaborata per la *fideiussio* informasse anche la disciplina applicabile ai *recepta* bancari, emerge un ulteriore argomento a favore

⁷³ Si tratterebbe, infatti, di gestione *invito domino*: G. FINAZZI, *Ricerche*, II.1, cit., 560 ss.

⁷⁴ Sul significato dell'indefinito *quidam*, che «individua ma non specifica», cfr. A. TRAINA, G. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*⁶, a cura di C. Marangoni, Bologna 1998, 206; per un approfondimento cfr. quindi M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 49.

⁷⁵ Per questa dogmatica cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 612.

⁷⁶ Cfr. C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, cit., 128 ss. e 360 s.

della possibilità che lo stesso Labeone – lo avevamo desunto ragionando *a contrariis* da D. 13.5.27 – escludesse il regresso dell'*argentarius* verso il cliente *praesens* che avesse formulato opposizione antecedente o contestuale al *receptum*, così da escludere altresì, e di conseguenza, che il banchiere potesse in tal caso paralizzare l'*actio recepticia* eventualmente esperita dal garantito mediante l'*exceptio in factum* che il giurista suggeriva per la sola eventualità rappresentata dall'opposizione postuma alla *solutio*.

Un frammento ulpiano⁷⁷ conclude il quadro dell'approccio a questo particolare problema:

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6.2: *Si passus sim aliquem pro me fideiubere [vel alias intervenire], mandati teneor < ? > [et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio].*

In disparte la generalizzazione (*vel alias intervenire*) dovuta ad un glossema da ricercarsi probabilmente in una qualche lezione 'completomane' postclassica, se *Ego* ha consentito, per comportamenti concludenti, a che un tale abbia prestato a suo favore una fideiussione, risponde in regresso con l'*actio mandati*⁷⁸; nella seconda parte del frammento, chiaramente alterata, si precisa quindi che la stessa azione spetta salvo che il garantito si sia opposto, ovvero che il garante sia intervenuto per scopo di liberalità oppure come gestore d'affari: per me questa frase va interamente espunta, potendosi al limite (solo) ipotizzare che essa sottenda, forse, un riferimento classico ad una fideiussione retta da spirito di liberalità⁷⁹.

Siamo ora in grado di tirare le fila di questa analisi della casistica in cui la *fideiussio* viene prestata indipendentemente da un contributo volitivo del garantito, da cui emerge una disciplina verosimilmente comune anche alle figure pretorie del *receptum* e della *pecunia constituta*.

⁷⁷ Su cui si veda M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 47 s.: escluderei, ad ogni modo, che si tratti di una «garanzia 'subita'» dal debitore.

⁷⁸ Che per me, al di là del ricorso al verbo *teneri*, è invariabilmente *in ius concepta* (cfr. D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 55); ma si veda la (in parte) diversa prospettiva discussa da C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, cit., 112 s.

⁷⁹ Cfr. esattamente G. FINAZZI, *Ricerche*, II.1, cit., 217 ss.

La fideiussione consente il regresso del garante qualora sussista un mandato del debitore, che si perfeziona anche per comportamenti concludenti, oppure qualora sussista una gestione d'affari utile in capo al debitore *absens*; a parte la posizione isolata dei *quidam* di Paul. D. 17.1.40, non consente il regresso, ed allora si connota per un interesse contrattuale esclusivo del garante (o concorrente con un terzo: 'fideiussione alla fideiussione'), quando il debitore *praesens* si oppone alla garanzia.

Residua l'ipotesi – per la quale, peraltro, D. 17.1.6.2 non offre alcuna certezza, e che comunque in linea di principio non può riguardare le attività delle banche – in cui il fideiussore intervenga *donandi animo*, che peraltro – lo dicevamo poc'anzi – è solo uno dei profili funzionali della garanzia: se la *divinatio* coglie nel segno, la peculiarità che connota questa casistica si coglie nel fatto che, sul piano strutturale, una liberalità indiretta può comunque configurarsi anche in caso di opposizione del beneficiario, giacché quest'ultimo non può impedire al garante di pronunciare la congrua risposta alla domanda che gli rivolge il garantito così costituendo la *fideiussio* civilistica.

In questi casi, la *melior condicio* che si configura nel patrimonio dell'*invitus* corrisponde ad un interesse del garante o di chi – diverso dal debitore – lo incarica: l'interesse dell'*invitus*, per contro, è sì cedevole rispetto a quello del garante, ma riemerge nell'esclusione del regresso.

5. *Autonomia dell'interesse all'estinzione non soddisfatta 'invito debitore'...*

Giungiamo così a focalizzare il nostro percorso esegetico su un interessante testo, in cui emerge un'annotazione di Paolo a Labeone che consente di scorgere l'autonomia dell'interesse del creditore ad estinguere l'obbligazione anche contro la volontà del debitore.

Esaminiamolo:

Lab. 6 *pith. a Paulo epit.* D. 46.3.91: *Si debitor tuus non vult a te liberari et praesens est, non potest invitus a te solvi. Paulus: immo debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris supponendo, a quo debitum novandi*

causa stipuleris: quod etiamsi acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit: nam et petentem te doli mali praescriptio excludet.

Secondo Labeone, se il debitore non intende essere liberato dal suo creditore, evidentemente – tanto più ove si consideri che il giurista sottolinea che egli è *praesens* – per *acceptilatio*⁸⁰, non può prodursi alcun effetto estintivo contro la sua volontà, giacché il negozio verbale, per scontate ragioni squisitamente strutturali, ne postula la collaborazione: compete al debitore, infatti, d'intesa con il creditore, fare la domanda cui dovrà seguire la congrua risposta liberatoria per il *ius civile*.

La giurisprudenza imperiale, nondimeno, escogita un meccanismo rapportabile ad una figura che un civilista contemporaneo descriverebbe come un negozio indiretto: può adoperarsi una novazione soggettiva che, con la collaborazione di un terzo e ad iniziativa del creditore che deve fargli la domanda, estingue per ragioni meramente strutturali l'obbligazione in capo al debitore, sia *praesens* sia *inventus*.

Si tratta, a ben vedere, di un ricorso allo schema dell'*expromissio* – cioè, come si è visto, una novazione soggettiva che, in difetto di *iussum*, prescinde dalla collaborazione del debitore, e presuppone la sola *conventio* che sottende la *stipulatio* (titolata rispetto al rapporto di valuta) del creditore al nuovo debitore⁸¹ – per ottenere un risultato pratico, come si diceva, indiretto: e difatti, trattandosi di *novatio*, se l'obbligazione originaria si estingue, ne sorge contestualmente una nuova per *l'idem debitum* in capo al *promissor* che, tuttavia, avendo partecipato al negozio verbale al solo fine di soddisfare l'interesse del creditore espromissario ad estinguere l'obbligazione contro la volontà del debitore espromesso,

⁸⁰ Per me, dunque, il passo non ha alcuna specifica attinenza con la 'Drittleistung', come invece ritiene, ponendo finanche il passo come una delle pietre angolari della propria tesi, C. EMUNDS, '*Solvendo quisque pro alio liberat eum*', cit., 345 ss. (ed *amplius* 350 ss.): su questa posizione – per cui in sostanza Labeone avrebbe affermato che il debitore *inventus* potrebbe impedire l'effetto liberatorio dell'adempimento del terzo – cfr. anche I. FARGNOLI, *Recensione a C. EMUNDS, 'Solvendo quisque pro alio liberat eum'*, cit., 893 s.

⁸¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 648.

può certamente opporgli l'*exceptio doli* – che si atteggia ad eccezione causale – ove poi pretenda l'adempimento.

È difficile decifrare la causa (esterna) *in concreto* di questa 'espromissione in funzione di remissione': quel che interessa per i nostri fini d'indagine, però, è che dal complessivo andamento del passo emerge un controinteresse del debitore a non beneficiare dell'estinzione, correlato ad un contrapposto interesse del creditore a procedere in tal senso.

Ma è proprio su questo aspetto che si coglie una sinapsi con la nostra contemporaneità, che avrebbe meritato uno specifico approfondimento nel volumetto di Morgera.

Infatti, la dottrina civilistica contemporanea evidenzia esattamente come «l'interesse del debitore ad estinguere l'obbligazione mediante il proprio personale adempimento» si percepisca non solo su un piano etico-valoriale in senso soggettivo, ma anche al fine di consentirgli di «dimostrare ai terzi la propria solvibilità ed affidabilità, anche patrimoniale»⁸², quanto giustifica sia l'attuale regime della rifiutabilità della remissione (art. 1236 cod. civ.), sia l'opposizione all'adempimento del terzo in senso tecnico (art. 1180 cod. civ.), la cui disciplina, peraltro, come a breve vedremo, non coincide se non parzialmente con il modello che emerge dalle fonti romane.

Mi pare evidente come D. 46.3.91 possa costituire una solida radice di questa lettura, da indagarsi peraltro in tutti i suoi svolgimenti storici, e dunque con specifica attenzione ai contrappunti di continuità e cesure della tradizione: il che ci è precluso in queste brevissime annotazioni.

Per contro, apprezzare l'interesse di un creditore ad estinguere *invito debitore* l'obbligazione può risultare un'operazione complessa: in disparte l'*animus donandi*, che – stante l'opposizione – può integrare una liberalità indiretta irrefutabile per ragioni strutturali strettamente dipendenti dalle risorse offerte dalla giurisprudenza cautelare con un sapiente uso degli schemi dialogici tipici dei negozi verbali romani, si può pensare ad operazioni funzionalmente complesse, irriducibili al contesto atomisticamente considerato in cui l'obbligazione era sorta, e connotate

⁸² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*²⁰, Napoli, 2021, 564.

in ipotesi dalla virtuale rilevanza, che potrebbe connotarsi anche a titolo oneroso, della cointeressenza del creditore con altri soggetti a provocare la vicenda estintiva a prescindere dalla collaborazione del debitore⁸³.

6. ...e dell'interesse all'intervento del terzo nell'adempimento 'invito debitore'

Una recente indagine⁸⁴ ha affrontato compiutamente, peraltro a tratti forse con approccio eccessivamente dogmatizzante⁸⁵ e, comunque, con un risultato di fondo secondo me non persuasivo – lo si è poc'anzi rilevato – in ordine all'esesesi di Lab. D. 46.3.91, i problemi posti dall'intervento del terzo⁸⁶ nell'adempimento – innegabilmente connessi con quelli posti dall'assunzione del debito altrui – nella riflessione dei giuristi romani, che trova la sua collocazione istituzionale nel manuale imperiale dove, innovando rispetto al modello classico costituito da Gai 3.168⁸⁷, si evidenzia l'irrilevanza tanto del soggetto che adempia l'obbligazione, *utrum ipse qui debet, an alius pro eo*, quanto della *scientia*, *ignorantia* o *voluntas* del debitore:

I. 3.29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit. nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.*

⁸³ Cfr. ancora F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 600.

⁸⁴ C. EMUNDS, *'Solvendo quisque pro alio liberat eum'*, cit., *passim*: anche questa ricerca non compare nella bibliografia di Morgera.

⁸⁵ Mi riferisco, in particolare, all'elaborazione della casistica inerente a *'pro alio'* e *'alieno nomine solveret'* «als "Tatbestand" der Drittleistung» (C. EMUNDS, *'Solvendo quisque pro alio liberat eum'*, cit., 179 ss.): parlare di *'Tatbestand'*, anche se attenuato dall'enfasi, mi pare disarmonico rispetto all'approccio tipico – ancorché caratterizzato dall'emersione di grandi linee di tendenza – con cui erano affrontati questi problemi.

⁸⁶ Considerata l'ampiezza delle ipotesi che possono venire in rilievo, preferisco avvalermi sistematicamente di questa terminologia lata, mutuata da A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, II. *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna-Roma, 1993, 65 ss.

⁸⁷ Cfr. per tutti C. EMUNDS, *'Solvendo quisque pro alio liberat eum'*, cit., 60 ss. e 337 ss.

L'esposizione istituzionale trova una pluralità di riscontri nel Digesto, che in questa sede non possiamo riesaminare compiutamente: ci interessa, per queste concise riflessioni, focalizzare la riflessione sui soli contesti in cui l'intervento del terzo nell'adempimento – che ai nostri fini va inteso, come già si è accennato, nella logica sottesa dalla storia interna all'art. 1236 Code civil, modello dell'art. 1238 del Codice civile del Regno d'Italia⁸⁸, giacché il vigente art. 1180, con una cesura storica⁸⁹ meritevole di approfondimenti qui impraticabili, configura invariabilmente l'adempimento del terzo in senso tecnico, cioè l'adempimento in nome proprio di un'obbligazione altrui, come atto libero e di natura negoziale, non riferibile come tale a 'terzi' che risultino garanti o coobbligati⁹⁰ – produce l'effetto estintivo in opposizione del debitore.

Cominciamo da

Pomp. 24 *ad Sab.* D. 46.3.23: *Solutio vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.*

In questo passo, quasi certamente alquanto compresso data anche la difficoltà di sceverare il lemma sabiniano dall'apporto di Pomponio, si afferma che vi sono due modalità di estinzione dell'obbligazione del tutto indipendenti dalla consapevolezza o finanche dalla volontà del debitore: la *fattispecie* si integra, sul piano sostanziale, quando è un terzo – inteso in senso lato – ad adempiere l'obbligazione, ovvero, sul piano processuale, quando un terzo addiviene a *litis contestatio* accettando, come

⁸⁸ Art. 1238 del Codice civile del Regno d'Italia: «Le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore. (2) Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse, purché questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, e, ove agisca in nome proprio, non venga a sottrarre nei diritti del creditore».

⁸⁹ Da ultimo ne discute, pur se assai concisamente, C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Art. 1180, Milano, 2002, 9 ss.

⁹⁰ Per tutti F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 585; B. TROISI, *Le obbligazioni*, cit., 242 ss.; C. TURCO, *L'adempimento*, cit., 30 ss.; A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, 49 ss.

convenuto, una *formula in personam* ed *in ius concepta* costruita, secondo me, con la tecnica della trasposizione di soggetti⁹¹. Volendo provare a contestualizzare – pur nel silenzio di quanto ci è pervenuto – con un esempio correlabile alla realtà economica romana il discorso del giurista, si può pensare, per chi condivide l'ipotesi qui ricostruttiva suggerita, alla *litis contestatio* sulla *formula Rutiliana* che, ove sussistano i presupposti stabiliti dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, estingue l'obbligazione del *decoctor* a prescindere da – ed anche contro – un qualsivoglia contributo volitivo di quest'ultimo, così da trasferire il peso della condanna in capo al *bonorum emptor* che ha offerto il pagamento in percentuale.

Va da sé, peraltro, che il modello or ora proposto è solo una delle molteplici possibilità che questa peculiare tecnica formulare può offrire come riscontro a D. 46.3.23: il risultato, in sostanza, è, sul piano processuale, lo stesso che si ottiene sul piano sostanziale con una *expromissio*, cioè quello di far «subentrare in giudizio, al posto del debitore, un'altra persona (il cessionario), in veste di 'procurator' (o 'cognitor') 'in rem suam'»⁹².

In un contesto espositivo che Lenel⁹³ rapportava, sempre per connessione⁹⁴, al *receptum argentarii*, da cui abbiamo avviato queste riflessioni, si segnala quindi l'interessante testimonianza di

Gai. 5 *ad ed. provinc.* D. 46.3.53: *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.*

Gaio si esprime nel senso del 'licere' – da leggersi secondo me con la nostra lente dogmatica della validità – dell'intervento del terzo nell'adempimento, eventualmente 'interessato' se riferiamo il discorso di Gaio, foss'anche solo per correlazione argomentativa, alla *solutio* di un

⁹¹ Non mi convince appieno la possibilità di ravvisare nel passo questioni (e figure) di rappresentanza processuale (cfr. C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, cit., 340 ss.).

⁹² A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 820 (§ 69.5).

⁹³ Gai. 122 Lenel (*Pal.*, I, cit., col. 198).

⁹⁴ Cfr. ancora M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 34 ss., in particolare 38 ss.

garante, come appunto nel caso del *receptum* bancario: secondo il giurista, l'atto è idoneo ad estinguere l'obbligazione a prescindere dalla consapevolezza o finanche contro la volontà⁹⁵ del debitore, e segnatamente anche in caso di opposizione.

Se quanto rilevato coglie nel segno, ben si comprende allora, anche da questo distinto punto di vista, il superamento della proposta labeoniana testimoniata da D. 13.5.27⁹⁶: non solo è valido il *receptum* prestato *ignorante* od *invito debitore*, ma altresì lo è la *solutio*, finanche appunto nel caso in cui il cliente della banca formuli opposizione successiva al *receptum*, ma antecedente all'adempimento.

Come dicevamo in apertura, peraltro, la 'rete intertestuale' accursiana⁹⁷, alla quale ci siamo già affidati, coglieva qui una difficoltà, nel segno di una potenziale antonomia con un tardo *rescriptum* confluito nel *Codex*:

Impp. Arcad. et Hon. AA. Ennodio C. 6.30.16: *Nec emere nec donatum adsequi nec damnosam quisque hereditatem adire compellitur* (a. 395).

La Glossa, in sostanza, considerava problematico il fatto che il debitore, pur se *invitus* od inconsapevole, ottenga un vantaggio patrimoniale conseguente all'estinzione del vincolo: la liberalità presuppone il consenso⁹⁸, giacché *invito beneficium non datur*⁹⁹; per di più l'esperienza classica – segnatamente, la riflessione sabiniana – conosce la prima elaborazione dell'idea di rifiuto eliminativo con riferimento al

⁹⁵ In adesione a M. PEDONE, *Per argentarium solvere*, cit., 37 e nt. 91, e in dissenso da C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, cit., 37 ss. e 397 ss.

⁹⁶ Fermo restando che, secondo me, la posizione di Gaio non è rapportabile ad un tentativo di revisione dello spunto labeoniano conservato da Lab. D. 46.3.91, come suppone invece C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, cit., 345 ss., 350 ss., 387 ss.

⁹⁷ gl. *constitutum* in D. 46.3.53: *ut supra* de ne. ges. l. *solvendo* [D. 3.5.38] *et supra* e.l. *si pro me* [D. 46.3.40] *et supra* de do. ma. except. l. *si opera* [D. 44.4.6]. *sed contra* C. de iure delib. l. *nec emere* [C. 6.30.16]. *Solu. per obliquum potest, ut hic non directo, ut ibi, et ibi solve. Sic supra* de dona. l. *hoc iure* § *non potest* [D. 39.5.19.2] *et supra* de reg. iur. l. *invito* [D. 50.17.69].

⁹⁸ Ulp. 76 *ad ed.* D. 39.5.19.2: *Non potest liberalitas nolenti adquiri*.

⁹⁹ Paul. *l.s. de adsign. libert.* D. 50.17.69.

meccanismo acquisitivo del legato *per vindicationem*¹⁰⁰, peraltro condizionata dalla peculiarità che connota questo strumento attributivo *mortis causa* a titolo particolare.

Riemerge dunque il problema che avevamo evidenziato in apertura, e che forse è alla base della posizione dei *quidam* evocati in Paul. D. 17.1.40, che leggevano nell'esclusione del regresso *praesente et vetante debitore* un arricchimento esistente da perseguirsi comunque con un'azione data come *utilis* esponendosi ai rilievi censori di Paolo che, sul punto, seguiva – come del resto Ulpiano in D. 13.5.27 – Pomponio.

In un certo qual modo, cioè, la 'centralità del credito', o meglio degli interessi che vi gravitano intorno, e che in linea di principio nulla hanno a che vedere con l'idea del *beneficium* liberale, parrebbe sfuggire, come si è constatato, all'idea per cui da un lato la liberalità presuppone il consenso del beneficiario, dall'altro una *melior condicio* patrimoniale, tanto più a seguire il modello teorico sabiniano dell'acquisto del legato *per vindicationem*, non può concretizzarsi contro la sua volontà.

E si tratta di una radice assai vitale: nel nostro ordinamento – che pure sviluppa in modo alquanto significativo lo spunto sabiniano confluito nell'art. 649 cod. civ., estendendo il modello del rifiuto eliminativo ad una pluralità di negozi *inter vivos*, dal contratto a favore di terzo al contratto con obbligazioni per il solo proponente ove si condivida la tesi di Giuseppe Benedetti¹⁰¹ – non sono rifiutabili da parte del debitore né gli effetti dell'adempimento del terzo in senso tecnico (salvo l'interesse all'adempimento personale, ostativo all'integrazione stessa della fattispecie) né quelli dell'espromissione, che – come si è esattamente rilevato¹⁰² – *a priori* non può rapportarsi, alla luce dell'attuale quadro normativo, allo schema del contratto a favore di terzo (in ipotesi, del debitore).

¹⁰⁰ Gai 2.195; Iul. 34 *dig.* D. 30.86.2; Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.5.1.6; Marci. 2 *reg.* D. 34.5.15; Tit. Ulp. 24.30-31: sul punto cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 745.

¹⁰¹ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969 (rist. anast.: Milano, 2007, con prefazione di G.B. Ferri), *passim*, ed in particolare 185 ss. e 231 ss.

¹⁰² Cfr. fondamentalmente R. CICALA, *L'adempimento*, cit., 223 ss.; più di recente, B. TROISI, *Le obbligazioni*, cit., 231; U. LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 184 ss., con letteratura.

In definitiva, quando la *melior condicio* patrimoniale per il debitore potenzialmente controinteressato alla liberazione od alla garanzia si correla biunivocamente (ma in conflitto) ad una *melior condicio* per il creditore, la posizione del primo è cedevole rispetto a quella del secondo: la rilevata ‘centralità del credito’ *sub specie* dell’interesse alla sua garanzia in senso lato, o comunque alla sua soddisfazione, è, in linea di principio, più forte di un eventuale controinteresse debitorio, salvo la consunzione del regresso.

Nell’esperienza romana, come abbiamo visto, questa logica appare forse ancor più radicale di quanto non emerga nel nostro ordinamento: il superamento della posizione labeoniana testimoniata da D. 46.3.91 porta, infatti, il diritto classico a creare addirittura una figura di ‘remissione unilaterale’ a fronte della quale il debitore – che nell’*acceptilatio* pur sempre deve dialogare con il creditore attuando la *conventio* sottostante al negozio verbale – non può in alcun modo opporsi né tanto meno esprimere un rifiuto eliminativo, come è oggi consentito dall’art. 1236 cod. civ.

Riprendendo ora il discorso su D. 46.3.35, era, nondimeno, ben chiaro ai Maestri medievali – i quali, peraltro, non avevano consapevolezza della possibilità di correlare il passo a problemi inerenti ad un istituto abrogato da Giustiniano – come Gaio confermasse, valorizzando una grande linea di tendenza del sistema¹⁰³, una lettura che il giurista richiamava anche in altro contesto argomentativo¹⁰⁴, implicante risultati pratici di rilievo sia per quanto concerne il regime

¹⁰³ Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13.4, sul *fructuarius*; Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.20.5, su *servitus*; Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.3 pr., sul mandato; Gai 8 *ad ed. prov.* D. 50.17.133, sui rapporti con i *potestati subiecti*; Paul. 3 *reg. D.* 2.14.59, *sui pacta*; Ulp. 5 *de omn. trib.* D. 2.15.8.6, sulla *transactio*: su questi passi, cfr. C. EMUNDS, ‘*Solvendo quisque pro alio liberat eum*’, cit., 387 ss., in particolare 400 ss.

¹⁰⁴ Segnatamente, in tema di estinzione, evidentemente per *solutio* posta in essere da soggetto diverso dal debitore, della *verborum obligatio*, e nell’architettura del Digesto in tema di *negotiorum gestio*, la Glossa evidenziava la connessione con Gai. 3 *de verb. oblig.* D. 3.5.38: *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse* (Gai. 517 Lenel, in *Pal.*, I, cit., col. 264).

della garanzia reale¹⁰⁵, sia per quanto concerne il comportamento scorretto del creditore¹⁰⁶: è di per sé consentito migliorare la condizione patrimoniale altrui.

L'affermazione di Gaio – da ritenersi radicata, a mio parere, sui rapporti del *pater familias* con i *potestati subiecti*, come è agevole desumere dall'esposizione istituzionale di Gai 2.86 ss. – può apparire semplicistica solo per chi non vi ravvisi una *regula*, cioè un approccio valido in via topica, che dunque, a seconda della casistica, può essere senz'altro sovvertito, come appunto avviene a fronte della liberalità diretta e nella materia del legato, e come dovrebbe avvenire finanche nel caso del regresso *praesente et vetante debitore* secondo i *quidam* di Paul. D. 17.1.40.

Se ciò è vero, la soluzione proposta dai Glossatori è, in fin dei conti, tuttora plausibile anche per un romanista contemporaneo: da un punto di vista squisitamente strutturale, infatti, la liberalità indiretta, una volta realizzata tramite un negozio verbale, è di necessità irrefutabile e, per questa via, ammissibile (*'per obliquum potest'* leggiamo nella Glossa), come appunto nel passo considerato, dovendosi riferire Ulp. 76 *ad ed.* D. 39.5.19.2 e Paul. *l.s. de adsign. libert.* D. 50.17.69 alle liberalità dirette *inter vivos*, che presuppongono sempre il consenso del beneficiario; da un punto di vista sostanziale, è il credito – aggiungerei – ad essere protetto in sé, rendendo cedevole una volontà astrattamente confliggente con la sua garanzia o soddisfazione¹⁰⁷.

Riprendendo, a questo punto, quanto abbiamo avuto modo di osservare in apertura, la posizione di Labeone che emerge da Ulp. D. 13.5.27, una volta riletta tramite la testimonianza di Lab. D. 3.5.42, si

¹⁰⁵ Qui la Glossa ricordava un passo escerpito dalle *Institutiones* di Marciano, cioè Marci. 3 *inst.* D. 46.3.40: *Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, adquiritur mihi actio pigneraticia. item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.*

¹⁰⁶ Si tratta di un altro passo del Maestro antoniniano, cioè Gai. 30 *ad ed. prov.* D. 44.4.6: *Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat* (Gai 376 Lenel, in *Pal.*, I, cit., col. 235).

¹⁰⁷ In questa direzione, io credo, dovrebbe svilupparsi lo spunto di I. FARGNOLI, *Recensione a C. EMUNDS, 'Solvendo quisque pro alio liberat eum'*, cit., 895.

comprende pienamente proprio in questo più ampio quadro ricostruttivo.

7. *'Receptum argentarii' ed espromissione: un fruttuoso modello teorico e metodologico?*

In conclusione, è possibile prospettare vive perplessità in ordine alla soluzione suggerita da Morgera.

Innanzitutto, direi che, nel 'caleidoscopio degli interessi' che gravitano attorno al credito, la posizione dell'*argentarius* vada vista come quella di un garante (pretorio) qualificato, che – rispetto alla *pecunia constituta* – dà vita ad un negozio 'professionale' connotato da una spiccata autonomia funzionale sorretta dall'interesse precipuo (che ovviamente può anche concorrere, senza necessariamente confliggere, con gli interessi del debitore) del garantito e della banca, che ne ricava un'immagine di affidabilità nel mercato del credito, a ricorrere – tra i vari servizi inerenti al complesso dell'offerta finanziaria collocata sul mercato – al *receptum*, non senza evidenziare come, di per sé, questa figura di garanzia finanziaria ben possa prestarsi, grazie appunto al progressivo affievolimento del nesso funzionale con il debito garantito, a divenire l'essenziale 'tassello negoziale' di operazioni economiche anche alquanto complesse, da ricercarsi ovviamente nel correlato interesse del creditore garantito ad affidarsi ad un *argentarius* per la cura e, se vogliamo, salvaguardia – di qui appunto il '*recipere*' – della propria liquidità, una volta 'messo nelle mani' della banca un proprio credito.

In secondo luogo, tenderei ad escludere che il *receptum* bancario possa considerarsi un buon modello per riflettere, anche in una prospettiva diacronica, sull'attuale istituto dell'espromissione la quale, nonostante le affinità con la fideiussione nominata, non può oggi considerarsi una figura di garanzia¹⁰⁸, come invece era il *receptum* per i *prudentes*: se si considera, infatti, che gli schemi codicistici attuali cui è affidata la

¹⁰⁸ Cfr. ancora, diffusamente, B. TROISI, *Le obbligazioni*, cit., 227 ss., in particolare 229, nonché P.M. VECCHI, S. CHERTI, L. MATERIA, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III.1, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 377 s.

disciplina normativa di delegazione (passiva), espromissione ed accollo rappresentano in fin dei conti l'immanenza storica del modello della *stipulatio* nel nostro sistema, l'espromissione, non solo sul piano del *nomen iuris*, affonda a mio modesto avviso le sue radici nella *expromissio* classica, ovvero nella modificazione del lato passivo dell'obbligazione per *stipulatio* novativa a prescindere dal *iussum* del precedente debitore, che abbiamo incontrato – sia pure come negozio indiretto – con l'esegesi dell'annotazione paolina a Labeone in D. 46.3.91.

La novità che connota la scelta italiana contemporanea rispetto al modello dell'*expromissio* romana è peraltro costituita dal *favor creditoris*, che impone di considerare la novazione soggettiva – direttamente rapportabile al legato romano: artt. 1235 e 1272, comma 1, cod. civ. – alla stregua di una figura che si integra solo quando risulti inequivocabile l'intendimento pratico di sostituire il debito originario: in altre parole, ed in disparte la figura privativa, che determina semmai una successione nel lato passivo del rapporto finalizzata alla liberazione del debitore originario¹⁰⁹, la regola, cioè, è l'espromissione cumulativa, che rafforza, ma senza garantirla in senso tecnico, la posizione dell'espromissario il quale, di conseguenza, avrà (non già un garante, ma) due debitori, uno dei quali – l'espromittente – interviene spontaneamente a concludere una convenzione cui l'espromesso resta rigorosamente estraneo, anche sul piano della rilevata irrefutabilità dell'eventuale effetto liberatorio, e che, secondo una parte della dottrina¹¹⁰, lo costituisce debitore principale – a differenza, dunque, di un fideiussore – verso il creditore.

Più precisamente, altro è, nel nostro ordinamento, la (sopravvenuta) coesistenza di due debiti, come avviene ove si addivenga a delegazione (passiva), espromissione od accollo senza novazione soggettiva (il che, se vogliamo, si prospetta come una sorta di 'risorgiva' della tecnica più risalente di garanzia personale, rapportabile ai modelli di *sponsio* e

¹⁰⁹ Cfr. per tutti F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 631 s.; B. TROISI, *Le obbligazioni*, cit., 222 ss.; P.M. VECCHI, S. CHERTI, L. MATERIA, *Le modificazioni*, cit., 376; U. LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 163 ss.

¹¹⁰ V'insiste di recente B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Artt. 1268-1276, Milano, 2011, 88 ss.

fidepromissio); altro è, sempre nel nostro ordinamento, l'eventualità che taluno si obblighi verso il creditore non già per debito 'proprio', ma appunto per 'garantire l'adempimento' di un'obbligazione 'altrui', sicché l'art. 1936 cod. civ. recepisce il modello non già di *sponsio* e *fidepromissio*, ma semmai della *fideiussio*, e dunque lo schema dell'accessorietà funzionale¹¹¹, scolpito essenzialmente negli artt. 1939 e 1941.

E dunque, altro è rafforzare il credito con l'assunzione, in via principale, di un (identico) debito proprio, altro è costituire la garanzia di un debito altrui: solo nella prima ipotesi v'è la coincidenza assoluta del contenuto delle due obbligazioni, giacché nella seconda il dovere di prestazione consiste in un mero conferimento di responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 cod. civ.*; o, se vogliamo, altro è un coobbligato, altro un fideiussore, figure non a caso distinte, in coerenza con la storia, nell'art. 1236, comma 1, del Codice civile, e, di riflesso, nell'art. 1238, comma 1, del Codice del Regno d'Italia.

In ultima analisi, ed in disparte gli 'Haftungsverhältnisse' dell'ordinamento arcaico, è caratteristico delle forme preclassiche di garanzia – reale come personale – limitarsi a rafforzare la posizione del creditore ricorrendo alla funzionalizzazione di figure preesistenti: si pensi, infatti, all'attribuzione del *dominium ex iure Quiritium* in funzione di garanzia nella *fiducia cum creditore*, od appunto alla genesi di un (ulteriore) rapporto obbligatorio, sempre in funzione di garanzia, in capo ad un soggetto che promette l'*idem*, identico, cioè, a quello protetto e destinato ad affiancarsi a quello originario.

Nondimeno, questa più risalente 'tecnica di garanzia', che molto semplicemente sfrutta i modelli storicamente consolidati dell'appartenenza e del debito onde raggiungere uno scopo pratico in fin dei conti indiretto rispetto alla rispettiva funzione ordinaria, è ancora lontana dall'idea che condurrà la giurisprudenza classica a tratteggiare compiutamente le figure di garanzia in senso tecnico su cui si fonda l'esperienza, anche normativa, che connoterà poi la nostra contemporaneità, vale a dire il *pignus*, che costituisce in capo al creditore non già la 'titolarità funzionale' del *dominium* quiritario, ma appunto un

¹¹¹ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1269 ss.

diritto reale di garanzia elaborato a partire da ineludibili svolgimenti edittali, e quindi la *fideiussio*, con la quale il garante risponde – come pure avviene nel caso, anch'esso debitore dell'editto, della *pecunia constituta* e dei *recepta* – non già per aver contratto un debito proprio, caratterizzato da accessorietà strutturale rispetto a quello garantito, ma semmai per aver conferito 'solo' la propria 'Haftung' per l'altrui 'Schuld' (è appunto il più maturo schema dell'accessorietà funzionale).

Volendo semplificare al massimo un discorso che si sta facendo ormai indubbiamente alquanto complesso, quasi paradossalmente la nostra espromissione cumulativa tende, in ragione del *favor creditoris* che permea il dettato codicistico del 1942, verso il modello romano più risalente della garanzia personale, cioè quello che connota *sponsio* e *fidepromissio*, senza però contestualmente integrare quello contemporaneo rappresentato dalla fideiussione nominata, che chiaramente riposa sulle più mature figure classiche di garanzia recepite nella Compilazione giustiniana, dove ogni modello precedente è assorbito nella *fideiussio* e nella *pecunia constituta*.

Ed è proprio su questo punto che, secondo me, la ricerca deve considerarsi aperta.

Nondimeno, un percorso euristico metodologicamente corretto – che in questo forse sin troppo conciso contributo mi sento solamente di indicare – per chiarire questo paradosso dovrebbe, a mio modesto avviso, interrogarsi sulle ragioni teoriche, pratiche e metodologiche delle rilevate discontinuità e risorgive in una chiave che sappia cogliere l'intero dipanarsi dei messaggi della storia che, come dice Rodolfo Sacco¹¹², ben può comportarsi, a seconda delle circostanze, come un 'legislatore in seconda'.

¹¹² La storia, infatti, «quando le circostanze lo vogliono, adempie al ruolo di legislatore in seconda»: così R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 242.

ABSTRACT

Una recente ricerca in tema di assunzione del debito altrui prospetta una tendenziale consonanza tra il *receptum argentarii* e l'attuale istituto italiano dell'espromissione: nondimeno, il *receptum* era una figura di garanzia bancaria non implicante *novatio*, per modo che le radici degli istituti che, nell'ordinamento italiano contemporaneo, disciplinano l'assunzione del debito altrui vanno piuttosto ricercati nel ricorso a *stipulatio* implicante novazione.

A recent focus on the «assunzione del debito altrui» suggests a tendential consonance between the *receptum argentarii* and the current Italian legal institution of «espromissione»: nevertheless, the *receptum* was a figure of bank guarantee not involving *novatio*, so that the roots of the legal institutions that, in the contemporary Italian legal system, govern the «assunzione del debito altrui» must rather be sought in the use of *stipulatio* involving *novatio*.

PAROLE CHIAVE

Receptum argentarii; garanzia bancaria; *stipulatio*; *novatio*

Receptum argentarii; bank guarantee; *stipulatio*; *novatio*

RICCARDO FERCIA
Email: ricfer@unica.it

