

10
PROF. PAUL COLLINET

LA GARANZIA SOLIDALE IN DIRITTO ROMANO

MEMORIA

*presentata alla Classe di Scienze Morali
della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna
nella Sessione del 9 marzo 1931*



BOLOGNA
COOP. TIPOGRAFICA AZZOGUIDI
1931 (X)

A. Mourier L. Reinach

Membre del l. Istituto

PROF. PAUL COLLINET

hommage respectueux

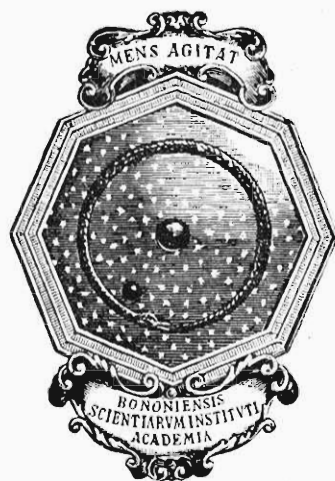
P. C. 9

10

LA GARANZIA SOLIDALE IN DIRITTO ROMANO

MEMORIA

*presentata alla Classe di Scienze Morali
della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna
nella Sessione del 9 marzo 1931*



BOLOGNA
COOP. TIPOGRAFICA AZZOGUIDI
1931 (X)

Estratto dalle *Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*
Classe di Scienze Morali - Serie III, Tomo V (1930-31)

Sommario: Introduzione. — I. La solidalità fra *sponsores*. — II. La solidalità fra *fidepromissores*. — III. La cessazione della solidalità fra *sponsores* e fra *fidepromissores*. — IV. La solidalità fra *fideiussores*. — V. Cessazione della solidalità fra *fideiussores*. — Conclusione.

La garanzia solidale è la specialità di garanzia la più diffusa oggidi, allorché due o più persone intervengono per garantire il debito altrui. La solidalità dev'essere stipulata espressamente. Il suo effetto è di privare i garanti dei benefici di divisione e di escussione (C. civ. francese art. 2021; C. civ. ital. art. 1907).

I garanti solidali sono così assimilati ai debitori solidali, i quali, per loro definizione, non godono di tale duplice beneficio. Quelli sono assimilati a questi anche in ciò, che colui fra loro che ha pagato l'intero ha regresso contro gli altri o contro il debitore principale per l'intero.

La garanzia solidale ha dunque per iscopo e per risultato di dare al creditore una sicurezza più forte di quella che è fornita dalle garanzie semplici, delle quali l'obbligazione si trova mitigata all'estremo in grazia dei benefici di divisione e di escussione. Essa dà al creditore la sicurezza maximum, così come gliela dà la stessa solidalità. E questa è la ragione dell'uso di essa, il quale risale in Francia e in Italia fin al XIII° secolo.

V'era in codesto uso un ritorno all'antico diritto di Roma; il quale si era ispirato al medesimo motivo, dichiarando gli *sponsores*, i *fidepromissores* e i *fideiussores* obbligati *in solidum*.

I. La solidalità fra *sponsores*.

Prima della Legge Furia, nel tempo più antico, gli *sponsores* e i *fidepromissores* erano obbligati *in solidum*, solidalmente. Gaio, *Inst.* III, 121, lo lasciava intendere parlando della riforma operata da questa legge. Gaio, III, 121 *a*, lo lascia pure supporre

a contrario, poichè, constatando che la Legge Furia si applica solo all'Italia, ne avviene, dic'egli, che *in ceteris provinciis* gli *sponsores* e i *fidepromissores* restano tenuti *in solidum*. Infine Gaio, III, 122, dichiara formalmente:

... quae lex (sc. Appuleia) ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur.

La Legge Appuleia stabilisce una specie di società fra loro per assicurare un regresso a colui che ha pagato più della propria parte: è dunque che tutti e ciascuno erano tenuti *in solidum*. Donde la questione di sapere se, dopo intervenuta la Legge Furia, il beneficio della Legge Appuleia sussiste ancora: sussiste fuor d'Italia, ciò è certo; al contrario, per quanto concerne l'Italia, i giureconsulti discutevano (Gaio, III, 122).

Sebbene le condizioni dello *sponsor* e del *fidepromissor* sian fra loro simili (Gaio, III, 118), il carattere puramente storico della presente Memoria obbliga a prenderli l'uno dopo l'altro, salvo a riunirli quando si tratterà della riforma che li ha liberati insieme dalla solidalità.

L'origine della *sponsio* è tuttora, come la sua natura primitiva e la sua data di apparizione, controversa fra i romanisti. Contro l'opinione del Mitteis che la riattaccava ai garanti del processo ⁽¹⁾, noi manteniamo la nostra ipotesi personale ⁽²⁾, alla quale aggiungeremo un complemento capitale. Questa ipotesi era che la *sponsio* era stata concepita per far promettere, da una persona, di pagare la composizione pecuniaria dovuta in seguito ad un delitto, la *poena* o legale, o volontaria. Ma noi avevamo supposto che la persona che rispondeva *spondeo* fosse il delinquente medesimo. Oggi noi pensiamo che codesta persona era, non l'interessato stesso, bensì un garante che interveniva in suo favore, poichè il primo garante romano è stato uno *sponsor*.

Così lo *sponsor*-garante sarebbe stato primitivamente in Roma un obbligato principale: idea questa che sorprenderà forse il giurista, solito a considerare sempre il garante quale un debitore accessorio, ma non lo storico comparatista. Ernesto Levy, l'ultimo autore che abbia scritto sulla garanzia in diritto romano, ammette ⁽³⁾, dietro al Mitteis, quest'idea. Ma per lui lo *sponsor*-garante si obbligava allato al debitore interessato, il quale, ne sottintende, s'era già obbligato colla forma della *sponsio*, a titolo principale naturalmente; ed è perciò ch'egli assimila tali due obbligati a due debitori solidali o *correi*. È per ciò pure che egli proclama la solidalità romana (convenzionale) come anteriore alla garanzia, la quale, per ragioni morali, si sarebbe disciolta dalla solidalità solo dopo la Legge Publilia sul regresso dello *sponsor* ⁽⁴⁾.

Per noi, lo *sponsor*-garante è bene un obbligato principale, ma lo è egli solo; il debitore interessato non si sarebbe punto obbligato egli stesso per *sponsio*.

⁽¹⁾ Cfr. *contra* P. F. GIRARD, *Man. élém. de droit rom.* (8ème éd. par M. F. Senn), Paris, 1929, p. 521, n. 1.

⁽²⁾ P. COLLINET, *Le rôle primitif de la stipulation*, nelle *Mél. Gérardin*, Paris, 1907, p. 75-87.

⁽³⁾ E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*, Berlin, 1907, p. 40.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, p. 74-77.

Ecco gli argomenti in appoggio della nostra tesi.

1°. Il Diritto antico comparato mostra che è stato così in alcune legislazioni: il diritto egiziano ⁽¹⁾, il diritto greco ⁽²⁾, il diritto della Persia ⁽³⁾, il diritto germanico ⁽⁴⁾ ed altresì il diritto francese medievale ⁽⁵⁾.

2°. Certe regole della *sponsio* e della *fidepromissio* non possono guari comprendersi se non che in funzione del carattere principale di tali figure ⁽⁶⁾.

3°. La solidalità, a cui pensa il Levy, è la solidalità convenzionale. Ora, codesta suppone, in diritto romano così come in diritto moderno, che i debitori che si obbligino solidalmente abbiano un interesse comune nel debito. E tale non è il caso del garante e del debitore principale: il criterio di distinzione fra il garante e il debitore solidale è precisamente che il secondo è interessato al debito e il primo non lo è affatto. Il Levy fa risalire troppo indietro nel passato l'origine della solidalità convenzionale, la quale invece è stata creata soltanto, a nostro avviso, allorchè la *sponsio*, essendo uscita dalla sua funzione primitiva e ristretta, è divenuta uno 'stampo per contratti', allorchè essa ha servito di forma a tutti quegli atti per credito (*fenus*, compera), ai quali siano interessate in comune più persone (*consortes*, associati, comunisti), e questa fase della storia romana è ben posteriore alla fase delle origini, qualunque sia la data della *sponsio*.

D'altra parte, il Levy evidentemente non ha pensato, con un'anticipazione sua, se non che ai casi in cui il debitore interessato voleva obbligarsi anch'egli onde compiere uno di quegli atti per credito ai quali si è alluso testè. Ma vi è un altro caso da considerare, ed è l'unico caso da scorgere nel mondo primitivo romano: è il caso in cui l'interessato è obbligato pel suo delitto, il caso in cui egli è un colpevole.

Allora tutto si schiarisce. Lo *sponsor*-garante può essere l'unica persona che si obbliga volontariamente, l'unica che risponde *spondeo* all'interrogazione della vittima del delitto per « rispondere » (la parola è oggi ancora corrente) del debito del colpevole risolvendosi nella *poena* legale o convenzionale. Il colpevole è tenuto al di fuori di questa *sponsio* e ciò per una ragione morale semplicissima: la *sponsio* è un atto di fiducia (*fides*); la vittima ha fiducia nello *sponsor*-garante ch'essa accetta perch'egli è un onest'uomo e solvibile; essa non potrebbe aver fiducia nel colpevole, un ladro, ad esempio; un'obbligazione di costui per *sponsio* non troverebbe alcuna base nella *fides*. È puntualmente la situazione descritta da Omero: *Odissea* VIII, 344 e seg.: Nettuno si porta garante del pagamento della taglia dovuta a Vulcano da Marte sorpreso in flagrante delitto d'adulterio ⁽⁷⁾.

(1) R. DARESTE. *Études d'hist. du droit*. Paris. 1889. p. 48.

(2) L. BEAUCHEU. *Hist. du droit privé de la République athénienne*. t. IV. Paris. 1897. p. 161-162.

(3) R. DARESTE. *op. cit.* p. 113.

(4) A. ESMEIN. *Études sur les contrats dans le très-ancien droit franc.* Paris. 1883. p. 85 (con una riserva) -87.

(5) *Ibid.* p. 130 (plègerie).

(6) P. es. GARD. III. 119.

(7) L. BEAUCHEU. *op. cit.* p. 163.

Il colpevole è tenuto al di fuori della *sponsio* che ha luogo fra la vittima ed il terzo-garante. Quegli non è punto per ciò liberato dal suo debito. Egli rimane tenuto o legalmente o in virtù dell'accomodamento a cui sia venuto colla vittima. Tale accomodamento non è affatto conglobato entro una *sponsio*; e la prova ne è che la Legge delle XII Tavole (VIII, 2: *membrum ruptum*) ne parla come d' un patto, d' una convenzione nuda e senza forme, *ni cum eo pacit*. V'è ivi ancora un argomento di più contro l'idea che il colpevole si sarebbe obbligato originariamente, anch'egli, per *sponsio*. Il garante solo, ripetiamolo, si obbliga così. Egli è un debitore principale o, più precisamente, il solo debitore convenzionale.

In pratica, a Roma, la vittima, per essere più fortemente assicurata, esigerà parecchi rispondenti, parecchi *sponsores*, i quali saranno tenuti *in solidum*. Il metodo ed il suo risultato s'incontrano in altre legislazioni antiche: il diritto greco ⁽¹⁾, il diritto dell'India (secondo Vichnou ⁽²⁾, Yajñavalkya ⁽³⁾ e Narâda ⁽⁴⁾), il diritto francese medievale e posteriore al Medio-Evo ⁽⁵⁾, e presso i Khevsures del Caucaso ⁽⁶⁾.

Una questione si presenta in diritto romano al proposito di essi: la solidarietà doveva essere stipulata espressamente a carico degli *sponsores* (e più tardi dei *fidepromissores* o dei *fideiussores*) che rispondevano alla domanda del creditore, o, al contrario, era essa di diritto? La risposta sembra facile. Nel diritto romano sviluppato, l'*adpromissio* o garanzia e la solidarietà si costituiscono con dei meccanismi totalmente differenti. Allorché il creditore vuol fare obbligare una persona quale garante, gli domanda: *id(em) dari spondes? o idem fidepromittis? o id fide tua esse iubes?* (Gaio, III, 116). Allorché il creditore vuol ottenere più debitori solidali, egli a loro domanda, a tutti successivamente: *Maevi, quinque (aureos) 'milia sestertium' dare spondes? Sei, eosdem quinque (aureos) 'milia sestertium' dare spondes?* e ciascuno risponde separatamente: *spondeo* (Just., *Inst.* III, 16, *de duobus reis*, pr.). Nulla di codesto nell'obbligarsi di più garanti: ciascuno risponderà subito dopo ch'è posta a lui la domanda: per lo meno Gaio non rivela verun cambiamento nella forma ordinaria della stipulazione pel caso di pluralità di garanti, caso ch'egli contempla peraltro espressamente (Gaio, III, 117). Dunque è probabile che la solidarietà fra essi fosse di diritto: Gaio lo conferma colla nettezza del suo dire... *quo tempore in solidum obligabantur* (III, 122). Il medesimo era nel diritto ateniese quando il contratto era muto circa la divisione della responsabilità fra i garanti ⁽⁷⁾.

Tale conclusione si giustifica, a nostro avviso, con l'origine stessa della solidarietà fra *sponsores*, la quale si ricollega all'origine stessa della *sponsio*, di cui si è parlato di sopra.

(1) L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 478-480.

(2) R. DARESTE, *op. cit.*, p. 77.

(3) *Ibid.*, p. 90 (i garanti solidali, dice Yajñavalkya, « sono proceduti tutti sotto la medesima ombra »).

(4) *Ibid.*, p. 95.

(5) A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 134; P. VIOLLET, *Hist. du droit civil franç.*, Paris, 1905, p. 635; J. BRISSAUD, *Man. d'hist. du droit franç.*, Paris, 1904, p. 1482.

(6) R. DARESTE, *Nouv. études d'hist. du droit*, Paris, 1902, p. 249.

(7) L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 480.

Per garantire il suo debito, il colpevole (proseguiamo sempre la nostra ipotesi) si rivolge a persone, le quali, senza esservi interessate giuridicamente, vi prenderanno ugualmente interesse, senza di che esse non gli renderebbero certo un servizio che può ad esse costar caro.

Gli *sponsors* non saranno dunque certo i primi venuti fra i cittadini. Saranno logicamente dei membri della sua famiglia o della sua *gens*, i quali tengano a risparmiare al colpevole, in caso di non pagamento della *poena*, la terribile esecuzione che minaccia il di lui stesso corpo e la di lui libertà. All'epoca remota nella quale incomincia la *sponsio*, la famiglia e la *gens* posseggono ancora una coesione fortissima. Un identico intervento dei membri della famiglia o della *gens* s'incontra in Persia ⁽¹⁾ e presso i Khevsures ⁽²⁾.

Si comprende allora perchè gli *sponsors* multipli sono obbligati *in solidum*. In uno stadio anteriore della civilizzazione, presso i Greci dei tempi arcaici, come presso tanti popoli primitivi ⁽³⁾, la solidarietà familiare era legale. I Latini, e i Romani *a fortiori*, hanno sorpassato tale stadio della civilizzazione. Essi non conoscevano più la solidarietà familiare, quella che funziona di pieno diritto, in caso di delitto di un membro della famiglia. Ma essi ne comprendono ognora l'utilità, e, quando quella ha cessato d'esser legale, essi la sostituiscono colla solidarietà convenzionale, quella che risulta da un impegno formalistico (la *sponsio*) fra i membri della famiglia o taluni di loro che prima sarebbero stati già tenuti solidalmente secondo la volontà della legge. Piuttosto che una creazione o una rigenerazione, l'obbligazione solidale degli *sponsors* ci appare dunque come un succedaneo, un séguito storico alla solidarietà familiare legale dell'epoca arcaica. Così si spiegherebbe ch'essa non ebbe bisogno d'essere stipulata, come oggi.

Nel VI° secolo di Roma, probabilmente, il diritto romano allarga il campo delle obbligazioni. La *sponsio*, la quale fin là non serviva che di modo di garanzia, divenne accessibile allo stesso interessato, il quale si obbligherà oramai colle sue parole (*verbis*) come s'egli fosse un suo proprio garante, come uno *sponsor* di sè medesimo. Trasformazione parallela a quella del debitore-*praes* di sè medesimo e identica a quella che si è prodotta nel diritto dell'Egitto ⁽⁴⁾. Trasformazione che si concepisce in quanto essa si operò su un terreno nuovo, il terreno extra-delittuale degli atti per credito (si dirà più tardi 'dei contratti'). Il caso più antico sembra essere il caso del *fenus*, prestito ad interesse, che non potrebbe contrattarsi per semplice *mutuum*, o il caso della compra a credito. A partire da tale momento, gli *sponsors*-garanti diverranno dei debitori accessori al debito di uno *sponsor*-interessato e principale. Tuttavia questa rivoluzione nell'ufficio della *sponsio* non alterò in veruna guisa la solidarietà fra gli *sponsors*-garanti.

⁽¹⁾ R. DARESTE, *Études* (citati), p. 105.

⁽²⁾ R. DARESTE, *Nouv. études* (citati), p. 249.

⁽³⁾ La bibliografia è abbondante. V. in particolare il libro classico di G. GLOTZ e su di esso l'articolo di R. DARESTE, *Nouv. études d'hist. du droit*, troisième série, Paris, 1906, p. 41 e seg.

⁽⁴⁾ R. DARESTE, *Études* (citati), p. 14.

II. La solidarietà fra *fidepromissores*.

La condizione giuridica degli *sponsores* si estese senza riserva ai *fidepromissores*, allorchè fu creata la seconda forma della garanzia, la *fidepromissio*, di cui pure l'origine è discussa.

Il Karlowa ha supposto che essa sarebbe stata concepita nei rapporti fra i Romani e i popoli d'Italia ⁽¹⁾. Noi crediamo piuttosto ch'essa sia stata, dai suoi esordii, il modo concepito pei peregrini e Gaio (III, 120) è in questo senso. Le parole *fide* o *ex fide bona* sembrano applicarsi alle relazioni internazionali, emergendo dalla competenza del pretore peregrino. La *fidepromissio* sarebbe dunque posteriore al 512/242, anno della creazione di tale pretore. Un argomento nel medesimo senso si trae dai fatti seguenti: a) la Legge Publilia assicura coll'azione *depensi* al doppio il regresso degli *sponsores* contro il debitore che non li ha rimborsati nei sei mesi (Gaio, III, 127), regresso che si esercita sotto la forma di una *manus iniectio pro iudicato* (IV, 22); b) la Legge Furia *de sponsu* dà luogo similmente ad una *manus iniectio pro iudicato* contro colui (il creditore) che avesse esatto dallo *sponsor* più della sua parte virile (IV, 22). Se tali favori sono concessi ai soli *sponsores*, e non ai *fidepromissores*, la ragione ne è che la *manus iniectio*, azione della legge, non era accessibile ai peregrini e pertanto che i *fidepromissores* erano dei peregrini.

A parte questi due punti, i *fidepromissores* sono assimilati in tutto agli *sponsores* (Gaio, III, 119, 120 ⁽²⁾, 121). Una tale assimilazione ci fa credere all'identità dello scopo assegnato ai due modi: garantire il pagamento della *poena* legale o convenzionale, dovuta in seguito a un delitto commesso, commesso nel caso di *fidepromissio* da un peregrino. Il costume trasporta ad essa dalla *sponsio* il trattamento giuridico degli *sponsores*. Così si spiegherebbe, in particolare, l'obbligazione *in solidum* dei *fidepromissores* multipli.

Come i loro modelli, costoro presero in appresso il carattere di debitori accessori, quando il debitore interessato s'impegnò a titolo principale colla parola *promitto*. Forse questo movimento coincise collo sviluppo in Roma delle operazioni per credito, campo del commercio internazionale e della banca, che erano l'appannaggio dei peregrini, soprattutto dei Greci ⁽³⁾. Il carattere commerciale della *fidepromissio* evoluta non avrebbe distrutta la solidarietà fra *fidepromissores*, la quale è altrettanto utile in materia commerciale quanto in materia penale ⁽⁴⁾ e la quale persistette fino alla Legge Furia.

⁽¹⁾ O. KARLOWA, *R. B.*, t. II, p. 732. *Contra* E. LEVY, *op. cit.*, p. 132, n. 1.

⁽²⁾ Il paragrafo li assimila quanto alla intransmissibilità creditaria della loro obbligazione, salvo se la legge della città peregrina ne decidesse altrimenti.

⁽³⁾ Sopra un movimento parallelo presso i Greci (in Grecia), cfr. L. BEAUCHET, *op. cit.*, p. 463. I Greci sono andati fino ad un vero abuso della garanzia (*Ibid.*, p. 467).

⁽⁴⁾ V. la giustificazione *infra*, p. 13.

III. La cessazione della solidalità fra *sponsores* e fra *fidepromissores*.

La Legge Furia divise l'obbligazione fra *sponsores* e *fidepromissores* in parti virili, fossero i garanti solvibili o no (Gaio, III, 121). La sua data è vivamente discussa: per ultimo, il Levy la pone circa venti anni dopo la guerra d'Annibale (verso il 558/196) ⁽¹⁾.

Perchè la Legge Furia è stata votata? La risposta è nota. La Legge Furia, similmente alle altre leggi sulla garanzia, si ispira alle idee democratiche del tempo, favorevoli ai garanti, la cui sorte faceva pietà. Forse, d'altra parte, queste leggi e in particolare la Legge Furia, la quale conteneva inoltre la liberazione dei garanti dopo due anni (*biennio*) (Gaio, III, 121), hanno anche subito la reazione del mutamento indicato testè e sopraggiunto nella natura degli impegni del debitore interessato: allato ai suoi impegni illeciti per cagione di delitto (senza *sponsio*), i suoi impegni leciti per stipulazione. Posto che i garanti possono garantire oramai il pagamento di un debito non delittuale, si capirebbe che la loro obbligazione fosse addolcita e, per esempio, cessasse dopo due anni e non fosse più solidale (Legge Furia).

Nondimeno, se gli *sponsores* e i *fidepromissores* non s'impegnassero di seguito al debitore principale *uno actu*, la solidalità continuerebbe a pesare su di loro ⁽²⁾. Ed era il medesimo se i garanti s'erano impegnati, non in Italia, ma nelle provincie (Gaio, III, 121 a).

IV. La solidalità fra *fideiussores*.

Fino all'*epistula Hadriani*, i *fideiussores* furono tenuti *in solidum*, come lo erano stati lungamente i loro predecessori nel tema della garanzia. Gaio, III, 121 lo dice:

et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur.

Come intendere questa regressione, quando gli altri garanti erano stati liberati dal pesante onere della solidalità dalla Legge Furia? Per rispondere alla domanda, bisogna riprendere, un po' alla lunga, il problema della origine della *fideiussio*, riferendoci: 1° alla data della sua creazione; 2° alla ragione della sua creazione.

1°. Quanto alla data, tuttora discussa, il Levy ⁽³⁾ sarebbe disposto ad arretrarla fino al grande giureconsulto M. Antistio Labeone, il quale sarebbe stato, secondo lui, l'inventore personale della nuova maniera. Il suo argomento principale è, che Labeone è il primo a menzionarla nella sua opera. E Labeone essendo morto prima del 22 (d. C.), la *fideiussio* non sarebbe dunque apparsa che relativamente tardi nel diritto romano. La cagione di tale ritardo si scoprirebbe abbastanza facilmente se si ammettesse l'opinione formulata da alcuni autori sulla ragion d'essere della sua invenzione ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ E. LEVY, *op. cit.*, p. 66.

⁽²⁾ E. LEVY, *op. cit.*, p. 108-111.

⁽³⁾ E. LEVY, *op. cit.*, p. 121-124.

⁽⁴⁾ V. *infra*, p. 10.

Al tempo di Labeone, si direbbe, le idee sane sul credito cominciano a rinascere dopo le esagerazioni delle leggi repubblicane e i turbamenti gravi che hanno apportata la caduta del regime. Tuttavia, diremo noi, Labeone, sebbene fatto senatore da Augusto e pur avendo percorsa la carriera degli onori meno il consolato, rimase ostile all'Impero sino al punto di non tener conto dei cangiamenti che l'istituzione del Principato aveva arrecati nel diritto pubblico ⁽¹⁾. Ed essendo in tale stato di spirito, avrebb'egli pensato, egli repubblicano, a reagire contro le leggi repubblicane favorevoli ai garanti?

Noi dunque pensiamo piuttosto, con P. F. Girard ⁽²⁾, che la *fideiussio* sia stata creata un po' prima di lui, all'estremo della Repubblica, prima della Legge Cornelia che ad essa si applica così come alla *sponsio* e alla *fidepromissio* e che il Levy stenta a porre in disparte, cioè a dire fra il principio dell'VIII° secolo di Roma e l'avvento d'Augusto (54-27 av. C.).

2°. Quanto alla ragione della sua creazione, gli autori ⁽³⁾ vi ravvisano d'ordinario una reazione del costume (dei Prudenti) operante sotto l'influenza e nell'interesse dei creditori romani, che le leggi democratiche avevano sacrificati eccessivamente. Tale influenza dei creditori romani si può essa capire? Se si fosse trattato veramente di salvaguardare il loro interesse, una creazione così originale qual'è la *fideiussio* sembra che sarebbe stata inutile. Una riforma delle anteriori leggi, un ritorno al passato in via legislativa, sarebbero bastati, perchè se i cittadini romani creditori avessero avuto tanto d'influenza quanto si lascia intendere, i progetti di legge ch'essi avessero suggeriti ai magistrati avrebbero ottenuto agevolmente nei comizi la maggioranza.

Il ristabilimento della situazione in vantaggio dei creditori e a detrimento dei *fideiussores* sembra determinato da un'altra influenza. Sono occorse senz'alcun dubbio considerazioni ben imperiose perchè i Prudenti abbian fatto accogliere dal consenso tacito del popolo, dal costume ⁽⁴⁾, un siffatto rinnegamento totale delle leggi anteriori che favorivano tanto i garanti.

Codesta influenza si trova in un campo, per così dire, esterno alla politica romana, nel campo del commercio.

Per noi, la *fideiussio* è d'origine commerciale o, più nettamente ancora, essa è il frutto dei bisogni del commercio internazionale. Il Karlowa ⁽⁵⁾ era già d'avviso ch'essa fosse stata inventata nelle relazioni fra i Romani ed i peregrini. Ecco ora alcuni argomenti nello stesso senso.

a) La *fideiussio*, non solo è accessibile ai peregrini, come la *fidepromissio*, ma può aggiungersi a tutte le obbligazioni contratte *verbis, litteris, re, consensu* (Gaio, III, 119 a) (non parliamo delle obbligazioni naturali, tuttora sconosciute). Il suo campo è

(1) AULO-GELLIO, 13, 12; cfr. P. KRUEGER, *Hist. des sources du droit rom.*, trad. BRISSAUD, p. 180.

(2) P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 800, n. 1.

(3) Citiamo solamente: C. ACCARIAS, *Précis de droit rom.*, t. II, 4ème ed., Paris, 1891, p. 169; ED. CUQ, *Man. des instit. jurid. des Rom.*, 2ème ed., Paris, 1928, p. 645; P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 799.

(4) Tale è la nozione della consuetudine, secondo GAIO, III, 82.

(5) O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 732. *Contra* E. LEVY, *op. cit.*, p. 132, n. 4.

dunque infinitamente più vasto che quello della garanzia antica. Ed esso è formato per la maggior parte dal gruppo esteso degli atti del *Ius gentium* (*mutuum*, vendita, locazione, società etc...), i quali servono per le operazioni commerciali.

b) La parola *fide* (*iubeo*) svela pure l'origine internazionale della maniera (4).

c) Il verbo adoperato *id fide tua esse iubes?* (Gaio, III, 116) non sembra esso al tutto fornire un appoggio alla tesi?

Iubere « comandare », o meglio « consentire a (un atto) », non è il verbo che s'incontra nei due atti giuridici della vita commerciale, il *iussus* o *iussum* dato dal *paterfamilias* alle operazioni particolari degli *alieni iuris* della sua casa (in relazione coll'azione *quod iussu*), ed il *iussus* o *iussum* che dà base alla delegazione, atto del campo commerciale per eccellenza? Quando i Prudenti han avuto da battezzare la nuova istituzione, non hanno trovato che codesta parola quale potesse accordarsi con essa: *spondeo* era impossibile; *fidepromitto* era già in vigore; gli altri verbi della stipulazione *dabo*, *faciam*, sollevavano la controversia (Gaio, III, 116) e d'altronde non s'accomodavano punto colla parola tecnica necessaria *fide*. *Fide iubere* era, del resto, ben scelto. Esso marcava esattamente che l'impegno del *fideiussor* era un impegno accessorio (2), il che quadra anche colla regola che la *fideiussio* può aggiungersi ad ogni specie di obbligazione.

Scoprendosi così l'origine del nuovo modo nel commercio internazionale, ecco i suoi caratteri, le sue regole, il suo scopo, la sua data stessa come sembrano giustificarsi.

1°. Non ve ne sarebbe luogo a ritornare sul carattere accessorio dell'atto se non in quanto lo studio completo della *fideiussio* fosse l'oggetto del nostro esame, come non è il caso.

2°. Le regole che la reggono sono totalmente diverse dalle regole antiche. Gaio, dopo aver segnalata la dissomiglianza di condizione del *fideiussor* di fronte allo *sponsor* e al *fidepromissor* (*conditio... valde dissimilis*) (III, 118), la fa risaltare di su i suoi elementi diversi. Tutte le regole sono sfavorevoli al *fideiussor* ed in vantaggio del creditore, è cosa nota:

a) aggiunzione possibile del *fideiussor* ad ogni obbligazione civile e naturale e non solamente ad un'obbligazione *verbis* (III, 119 a);

b) trasmissibilità ereditaria del suo impegno in luogo della estinzione per la morte (III, 120);

c) perpetuità del suo impegno e non liberazione coi due anni (III, 121);

d) solidalità tra *fideiussores* in contrapposto alla divisione tra *sponsores* e *fidepromissores* (III, 121);

e) niente società tra *fideiussores*, come invece tra gli altri (III, 122);

(4) *Supra*, p. 8.

(2) Non è mai stato principale, come invece gl'impegni dei garanti antichi (E. LEVY, *op. cit.*, p. 23 e s.). Rassomiglia insomma *mutatis mutandis* a quello del *pater* che consente ad una operazione commerciale di suo figlio.

f) al contrario, la Legge Cicereia sulla *praedictio* tanto dell'oggetto della garanzia quanto del numero dei garanti, la quale non menzionava se non gli *sponsores* e i *fidepromissores*, è stata estesa in pratica ai *fideiussores* (III, 123): e l'estensione è ben fatta in favore di questi, ma non ha verun inconveniente pel creditore; sì, al contrario, essa ancora è pur a costui vantaggiosa, perchè gli amici del cliente-debitore esiteranno tanto meno a divenire *fideiussores* dacchè sapranno l'oggetto del debito ed il numero dei *fideiussores* diggià impegnati;

g) una sola misura è stata votata in favore dei *fideiussores*: il beneficio della Legge Cornelia, che limita il loro impegno a 20.000 HS in uno stesso anno, è a loro comune cogli *sponsores* e i *fidepromissores* (III, 124): è la legge che corona le misure di pietà verso i secondi ed i terzi; è una legge di reazione contro la situazione sfavorevole dei primi; essa non nuoce affatto al creditore, che, dopo essa legge, ne sarà libero di esigere o un maggior numero di *fideiussores* o dei nuovi *fideiussores*, sotto la minaccia di non trattare col cliente.

3°. L'ipotesi secondo cui la *fideiussio* è nata nell'ordine del commercio internazionale permette altresì di scorgere lo scopo della sua creazione: essa si spiega coll'idea che, in tal genere di commercio, è il creditore-peregrino che dà legge, e coll'idea (che sta a rincontro di quella) che i Romani-debitori o garanti accettano tutto sotto la necessità, alla quale sono ridotti, di rinforzare il loro credito, anima del commercio (1).

4°. Ma, si obietterà, i Romani non hanno atteso il periodo 54-27 av. C. per fare del commercio coi peregrini. Essi ne facevano da più di un secolo prima, avendo a loro disposizione la *fidepromissio* della quale i creditori si accontentavano. Perchè la *fideiussio*, se essa è realmente un prodotto dei bisogni del commercio internazionale, è essa apparsa ed è apparsa così tardi? Ogni creazione di istituzione, come ogni modificazione profonda nella natura di una istituzione esistente, è imposta da un cambiamento nello stato sociale di un popolo. Sono abbisognate (lo si è detto sopra) delle circostanze ben imperiose perchè i Prudenti lanciassero un nuovo modo di garanzia del tutto diverso dai modi antichi. Queste circostanze sono in rapporto collo stato sociale degli anni dal 54 al 27 av. C. Allora Roma e l'Italia attraversano una delle crisi più spaventose della loro storia: guerre civili, cospirazioni, rivolte, dittature, tentativi monarchici, esecuzioni capitali, confische, esilii, tutti i segni dei turbamenti politici e sociali marcano l'agonia della Repubblica, fino a che Ottavio mette, con grande sollievo di tutti, la mano su tutti i poteri.

In un tale stato di perturbazione (quale oggi della Cina), che cosa diviene il commercio, che vive del credito? che cosa diviene la fiducia, che è il credito stesso (*credere* latino, « credere » e « dar credito »)? Il grande commercio si rattiene; la Banca rinchiude i suoi fondi. La non sicurezza apporta queste conseguenze, per una legge fatale. Per distornarle o ridurle, i Romani commercianti o i peregrini commercianti stabiliti a Roma, che si provvedono all'estero, debbono rinvenire il credito perduto o

(1) I commercianti peregrini dell'estero sono soprattutto dei Greci, presso i quali la garanzia è impiegata normalmente, e sin fino all'eccesso, in ragione della loro diffidenza congenita (*fides graeca*).

sminuito. Essi son pronti, in quanto futuri debitori, a sacrifici e, in particolare, a fornire dei garanti pei loro debiti futuri. I garanti esistenti, i *fidepromissores*, dei quali i commercianti si erano accontentati mentre la Repubblica era tranquilla, sono troppo protetti dalle leggi. I commercianti-peregrini futuri creditori non ne vogliono sapere; essi esigono più di sicurtà, il maximum di sicurtà. Nella loro angoscia i clienti si volgono verso i Prudenti, loro consiglieri giuridici ordinari. Essi domandano a questi di trovare una formula quale potrà soddisfare la controparte. I Prudenti sono abituati a cercare le formule; non sono essi che hanno aggiustate le formule della procedura o quelle della *stipulatio Aquiliana*? Essi trovano l'*id fide tua esse iubes?* che è perfetta, perchè con questa frase la legislazione protettrice dei garanti è tutt'intera messa fuori di causa. Con questa frase, non è più questione nè della sorte addolcita dei garanti, nè (rovescio della medaglia) dell'immolazione del creditore. Null'altro che la dura legge degli affari, il *business is business*, che ignora la pietà.

E, per tornarne al punto di partenza, ecco come e perchè la dura legge della solidarietà pesa di nuovo sui garanti, i *fideiussores*.

È abbastanza curioso il notare, che è per le stesse necessità commerciali che Paolo Viollet spiegava già la solidarietà dei *plèges* a Tolosa nel XIII° secolo (1).

V. Cessazione della solidarietà fra *fideiussores*.

I *fideiussores* restarono in tale condizione svantaggiosa fino all'*epistula Hadriani*, che concesse il beneficio di divisione, ma ai soli *fideiussores* solvibili (Gaio, III, 121). Una tal differenza col trattamento dei garanti antichi, pei quali la Legge Furia aveva riconosciuta la divisione matematica del debito, si spiega ancora col carattere essenzialmente commerciale della *fideiussio*. Il creditore non può evitare la divisione, ma egli è sicuro o all'incirca di esser pagato, poichè il solvibile risponde per l'insolvibile. Così Adriano concilia l'interesse del creditore colla pietà pei garanti.

L'*epistula Hadriani* segna la fine della garanzia solidale in diritto romano. Tuttavia, se i *fideiussores* non si impegnassero nell'atto medesimo che il debitore principale (*uno actu*), essi non godrebbero del beneficio di divisione: la loro obbligazione solidale persisterebbe (2). D'altro canto, la solidarietà persiste fino alla Nov. 99 di Giustiniano fra i *mutui fideiussores* o ἀλληλέγγυοι, che sono, in parte, dei garanti (3).

CONCLUSIONE

La solidarietà ha dominato in due riprese la garanzia romana, prima di riapparire nel Medio-Evo. Ma, a seconda che la si consideri negli *sponsors* e nei *fidepromissores*, da

(1) P. VIOLLET, *op. cit.*, p. 636.

(2) E. LEVY, *op. cit.*, p. 140 et s., 155, 157-161.

(3) P. COLLINET, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien etc...* (*Et. hist. sur le Droit de Justinien*, t. I). Paris, 1912, p. 124-144 (di cui le conclusioni sono corroborate da R. SAMTER, nel *Philologus*, t. LXXV, 1919-20, p. 414-436).

un lato, o nei *fideiussores*, nei *plèges* e nelle cauzioni moderne, dall'altro, essa ha avuto delle origini diverse. Di fronte alle cauzioni più antiche, essa è la sequela della solidarietà familiare arcaica e quindi un sotto-prodotto (si può dire) del diritto penale privato. Di fronte alle cauzioni novelle, essa non è una sequela, ma una rinnovata creazione, in quanto un sotto-prodotto dei bisogni economici. Rigettata sotto Adriano, essa riappare nel XIII° secolo. Era la sua terza prova (un « triplicato », fenomeno raro nella storia del diritto): e questa riuscì, poichè essa dura ognora.
