

A. Giuffrè

EMILIO ALBERTARIO

PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

14-C-504/2
m

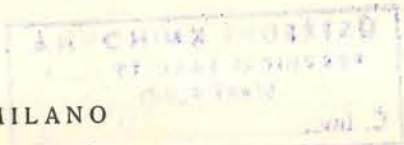
CORSO
DI
DIRITTO ROMANO

LE OBBLIGAZIONI

PARTE GENERALE

II.

Inv. n. 581
Sign: 461



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1937 - xv

RISERVATI TUTTI I DIRITTI

Alberto

Koupi od	<i>M. V. V. V.</i>
Darem od	<i>M. V. V. V.</i>
v	<i>M. V. V. V.</i> za Kčs <i>200-</i>
Inv čis:	<i>33.086</i>
Sign	

ÚSTŘEDNÍ KNİHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY ÚZP
STARÝ FOND
 Č. Inv.: *04739*

Ci occuperemo, anche quest'anno, della classificazione delle obbligazioni analizzando nella loro struttura e nella loro funzione gli altri tipi che esse possono assumere.

La diversa configurazione delle obbligazioni dipende dal diverso modo di essere o della prestazione o dei soggetti o del vincolo: cioè, di uno dei loro elementi fondamentali.

Muovendo dal diverso modo di essere della prestazione, abbiamo nello scorso anno analizzato l'obbligazione alternativa, l'obbligazione generica, l'obbligazione indivisibile.

Considerando il diverso modo di essere dei soggetti, ci accadrà ora di occuparci brevemente di un tipo di obbligazioni, che si dicono (con termine coniato dal Ferrini e ingiustamente criticato dal Pampaloni) ambulatorie o anche

reali, cioè di obbligazioni a soggetti variabili; e di occuparci poi, più lungamente, delle obbligazioni con reale o apparente pluralità di soggetti: cioè, delle obbligazioni solidali o correali, che sono veramente obbligazioni con pluralità di soggetti, delle obbligazioni parziarie e delle obbligazioni cumulative che pluralità di soggetti non hanno se non in apparenza.

Da ultimo, guarderemo al diverso modo di essere del vincolo e ci accosteremo a quella summa divisio che nel campo delle obbligazioni, senza alcuna significazione dogmatica, ma per imprecisa risonanza storica, le Istituzioni di Giustiniano fanno tra obligationes civiles e obligationes honorariae o praetoriae e porteremo la nostra attenzione sulla figura dell'obbligazione naturale e sulla distinzione tra obligatio civilis e obligatio naturalis.

LE OBBLIGAZIONI AMBULATORIE.

Abbiamo visto che secondo la definizione romano-giustiniana l'obbligazione è "vinculum juris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei": vincolo giuridico che lega uno o più soggetti a una prestazione verso un altro o verso altri soggetti. Sotto il rapporto obbligatorio fra date persone, esso per regola è destinato a rimanere, e rimane, aderente ad esse e ai loro eredi, quando sia ereditariamente trasmissibile; insomma, il rapporto obbligatorio normalmente è, come si suole dire, a soggetti fissi.

Non è necessario che i soggetti siano, anche, inizialmente determinati, purchè siano identificabili secondo un criterio di identificazione prestabilito. I vari ordinamenti giuridici, e l'ordinamento giuridico di uno stesso Stato nei vari tempi, pur consentendo l'indeterminatezza iniziale del soggetto, possono seguire criteri più restritti-

vi o più larghi circa il grado della indeterminatezza. Nel diritto romano la giurisprudenza classica seguiva un criterio assai severo: un più indulgente criterio segue invece Giustiniano. Per rendersene conto, basta confrontare il testo delle Istituzioni di Gaio e il testo parallelo delle Istituzioni di Giustiniano.

Gaio (Inst. 2, 338), dopo aver premesso che incertae personae legatum inutiliter relinquitur, come quando venga disposto un legato in questo modo: qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus X milia dato, soggiunge: sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, velut: ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei X milia heres meus dato.

Giustiniano richiama questo criterio restrittivo gaiano, o, per dir meglio, classico (è lo stesso che troviamo in Ulpiano e in Paolo), come un criterio ormai superato e travolto: Cfr. Inst. 2, 20, 25: incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat: e per il diritto giustiniano un legato così disposto: qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus X milia dato, è valido.

Ma, si segua nell'ammettere il grado di indeterminatezza un criterio più rigoroso o un criterio più blando,

un punto è certo: che l'obbligazione con soggetto inizialmente indeterminato, e soltanto determinabile secondo un prestabilito criterio, non fa eccezione alla regola che la obbligazione è a soggetti fissi, ma piuttosto all'altra regola che l'obbligazione esige normalmente (e necessariamente in alcune ipotesi) soggetti determinati individualmente fin dal momento del suo sorgere.

Infatti, nell'esempio gaiano: ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus X milia dato, o nell'esempio giustiniano che prescinde dalla limitazione gaiana (ex cognatis meis qui nunc sunt), avvenuta l'identificazione della persona del legatario, l'obbligazione, nascente dal legato, si costituisce tra erede e legatario e non può andare oltre le loro persone.

Deviazione dalla regola, che l'obbligazione è limitata ai soggetti tra i quali si costituisce, rappresentano invece le così dette obbligazioni ambulatorie o propter rem, cioè reali: obbligazioni per loro natura a soggetti variabili, in quanto che la posizione di creditore o di debitore nel rapporto obbligatorio compete a chiunque, inizialmente o successivamente, si trovi in un rapporto con una persona o con una cosa e vi compete solamente fino a quando si trovi in questo rapporto.

Si dice -e si dice bene- che dal punto di vista dogmatico l'obbligazione ambulatoria interessa per una duplice ragione. E', innanzitutto, una obbligazione di singolare natura, perchè, pur atteggiandosi come obbligazione (e ciò è dimostrato dall'azione personale che ne scaturisce), esplica la sua efficacia a vantaggio o a carico di determinati terzi, per modo che è avvicinata in parte, se non proprio assimilata, al diritto reale. E' di singolare natura, ancora, perchè si propaga successivamente a una serie di soggetti all'infuori di ogni rapporto di successione.

Il fenomeno della ambulatorietà della obbligazione non vuole essere confuso col fenomeno della successione a titolo particolare nella obbligazione: tanto vero, che il diritto romano classico ignorava una successione a titolo particolare nelle obbligazioni, e ciò nonostante ammise, sia pure in via assai eccezionale, l'ambulatorietà della obbligazione, e negli ordinamenti giuridici, come il giustiniano e il nostro, che conoscono la successione particolare nelle obbligazioni, la differenza tra l'uno e l'altro fenomeno, per quanto delicata, è pur sempre percettibile, perchè -come fu ben messo in evidenza- nelle obbligazioni ambulatorie i successivi creditori o debitori non derivano la loro posizione dai precedenti debitori o credi-

tori, come avviene nel caso di successione, ma questa posizione spetta a ciascuno in via originaria, autonoma, a cagione della relazione in cui alcuno si trova con una cosa.

Il diritto romano, nè pure il diritto romano giustiniano, ammise che la volontà privata potesse creare liberamente obbligazioni ambulatorie: i Romani concepivano l'obbligazione come un rapporto personale, fin anche esageratamente personale; e, se una simile facoltà fosse esistita, i testi non avrebbero fatto a meno di rilevarla.

Vi sono, invece, testi dai quali può indursi l'esclusione della possibilità per i privati di creare liberamente obbligazioni ambulatorie, in quanto non ammettono la possibilità di onerare un fondo (e cioè la serie dei proprietari) con prestazioni periodiche.

Uno di questi testi è D. 33, 1, 12, pr. Paulus libro tertio decimo responsorum;

Gaius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit et ita cavit: "praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia": quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit servitutem iure constitutam non videri [neque in personam neque in rem].

Queste ultime parole, neque in personam neque in rem, sono interpolate a cagione dell'allargamento del concetto di servitù nel quale rientrano, per diritto giustiniano, anche l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le opere degli animali e degli schiavi. Paolo negava che nella fattispecie sorgesse un diritto di servitù; i Giustiniani negano che sorga un diritto di servitù (*servitus in rem!*) o un diritto di usufrutto (*servitus in personam!*).

Non un diritto di servitù: perchè avrebbe implicato l'obbligo a un facere per il fondo servente; non un diritto di usufrutto, perchè non si conosce un diritto rispetto a una sola qualità e misura dei redditi di una cosa.

Non essendo possibile configurare nè una servitù prediale, nè un usufrutto, non rimane altra via che quella di assumere che la disposizione testamentaria ha fatto sorgere una obbligazione. Orbene, questa è esplicitamente limitata alla persona di colei, alla quale sono legati i fondi Potiziani.

Paolo risolve la questione solamente rispetto al soggetto attivo della obbligazione, perchè egli è chiamato a esporre il suo parere sopra un quesito concreto "an id legatum defuncta legataria extinctum sit". La sua risposta, negando l'esistenza, nella fattispecie, di una servitù, af-

ferma implicitamente l'esistenza di una obbligazione; e l'adempimento di questa spetta personalmente all'onerato o ai suoi eredi, siano essi o non siano proprietari dei fundi Lutatiani (ove la prestazione non avvenga in natura, subentrerà quella della sua aestimatio): gli acquirenti dei fondi Lutatiani (cioè i cosiddetti successori a titolo particolare) non assumono veruna obbligazione.

Un altro testo è D. 18,1,81, 1 Scaevola libro septimo Digestorum:

Lucius Titius promisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaii Seii: postea Lucius Titius vendidit fundum additis verbis his: "quo iure quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur": quaero, an emptor Gaius Seio ad praestationem frumenti sit obnoxius. respondit emptorem Gaius Seio secundum ea quae proponerentur obligatum non esse.

L'intenzione qui è quella di onerare un fondo a favore di un altro. La prestazione non doveva essere fatta a Gaius Seio ma al fondo di Gaius Seio e a carico del fondo di Lucio Tizio. Non è quindi a dubitarsi che nella *lex venditionis* "quo iure quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur", l'alienante vo-

lesse far passare l'onere all'acquirente e ai successivi proprietari: ma appunto tale effetto è senz'altro negato.

E' negata, cioè, la possibilità di costituire una obbligazione sia attivamente sia passivamente ambulatoria. Così correttamente intendono il testo di Scevola il Ferrini e recentemente C.Longo, reagendo sì l'uno che l'altro contro l'arbitrio dei traduttori del Windscheid, i quali pretenderebbero che qui l'ambulatorietà dell'obbligazione fosse negata in quanto che l'intenzione del promettente sarebbe stata quella di assumere un obbligo personale. Questa arbitraria congettura contrasta con le espressioni del testo (promisit de fundo suo - praestare praediis Gaii Sei); le quali rivelano che l'intenzione era quella di gravare un fondo verso l'altro. Che se, poi, questo contrasto non apparisse evidente, si può sempre obiettare al Fadda e al Bensa che il testo non distingue fra obbligo personale e obbligo reale; la conclusione è soltanto una, nelle due possibili ipotesi: Scevola risponde: emptorem Gaii Seio obligatum non esse.

Nel diritto romano, pertanto, le obbligazioni ambulatorie non sono create liberamente dalla volontà privata, ma sono figure eccezionali, riconosciute in un limitatissimo numero di casi, e soltanto in questi.

A nostro avviso, poi, esse sono in numero minore di quello che alla dottrina più corrente non paia, sia perchè alcune figure sono istituti di diritto pubblico che mal si fanno rientrare nelle dottrina privatistica della obbligazione; sia perchè in alcuni casi abbiamo non una obbligazione ambulatoria, ma un diritto di altra natura.

Gli esempi, forse più appariscenti, di obbligazioni ambulatorie nel diritto classico sono quello offerto dalla obbligazione sorgente a carico del paterfamilias o del dominus per il delictum (o l'atto illecito privato assimilato al delictum) commesso dalle persone in potestate, cioè dal filiusfamilias o dal servus; e quello offerto dalla obbligazione sorgente a carico del proprietario di un animale qui pauperium fecerit, che -cioè- cagionò danno ad altri contro il suo naturale comportamento.

Per l'obbligazione del filiusfamilias e del servus era proponibile l'azione nossale: un'azione, cioè, in forza della quale l'obbligato era tenuto o a prestare la pena privata o a consegnare la persona in potestate, che cagionò il danno, all'offeso: aut noxiam sarcire aut in noxam dedere. Azioni di tal genere erano l'actio furti, l'actio legis Aquiliae, l'actio iniuriarum etc.

Per questa obbligazione, infatti, e per la relativa

azione, vigeva la regola espressa dalla formula: noxam caput sequitur; noxales actiones caput sequuntur: il che voleva dire che soggetto all'azione (obbligato) non era soltanto chi aveva in potestà l'autore del delictum al momento del fatto lesivo, ma anche tutti coloro che successivamente acquistassero la potestà e si trovassero investiti di questa al momento in cui l'azione veniva istituita. Ciò esprime limpidamente Gaio (Inst. 4, 77) scrivendo:

Omnes autem noxales actiones caput sequuntur, nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio exstinguitur.

In altre parole, era il rapporto di potestà che determinava il soggetto passivo della obbligazione: questa incombeva a chi si trovava in tale rapporto, sinchè il rapporto perdurava, trasmigrando poi di volta in volta in coloro che venivano a trovarsi nello stesso rapporto. I testi avvertono espressamente che l'obbligazione di ciascuno non è dovuta a successione, ma è una obbligazione originaria, autonoma: anche l'erede risponde non come erede, ma come dominus.

Ciò ha evidente risalto, ad esempio, in D. 9, 4, 32, 2 Ulpianus libro trigesimo septimo ad edictum:

Hae actiones perpetuae sunt locumque habebunt tamdiu, quamdiu servi defendendi facultatem habemus: nec tantum nobis, verum etiam successoribus nostris competent, item ad rsus successores, sed non quasi in successores, sed iure domini. Proinde et si servus ad alium pervenisse proponatur, iure domini noxali iudicio novus dominus convenietur.

Vero è che il Biondi, staccandosi dalla dottrina generalmente seguita circa la natura dell'azione nossale, ha sostenuto che essa avrebbe carattere di azione reale (vindictio del colpevole da parte dell'offeso), di modo che la sua proponibilità contro persone diverse dall'originario responsabile non dipenderebbe dalla esistenza di una obbligazione passivamente obbligatoria, ma dalla natura reale del diritto spettante all'offeso. Ma questa tesi è stata, a nostro avviso, vittoriosamente contrastata anche recentemente da C. Longo, perchè le formule a noi note delle azioni nossali hanno la struttura delle formule delle azioni personali: sono concepite in un dare facere oportere, proprio di queste azioni. Si aggiunga che - come fu pure giustamente osservato - le azioni nossali non sono, come

la vindicatio, proponibili contro qualsiasi possessore, ma soltanto contro determinate persone: contro l'investito attuale della patria o dominica potestas.

Il secondo esempio classico di obbligazione passivamente ambulatoria è quello dell'obbligazione che sta a fondamento dell'actio de pauperie. Anche qui il proprietario dell'animale, che ha cagionato danno, è alternativamente tenuto a risarcire il danno o a consegnare l'animale.

Così leggiamo in D. 9, 1, 1, pr. Ulpianus libro octavo decimo ad edictum;

Quae lex (XII tabularum) voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.

E anche qui è tenuto colui che è proprietario dell'animale nel momento in cui l'azione viene esperita. Ulpiano nel seguito del testo ora richiamato (§ 12) avverte;

Et cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cuius fuit quadrupes, cum noceret, sed cuius nunc est.

Anche qui, finalmente, l'erede del proprietario risponde non come erede, ma come dominus. Nel successivo § 17 dello stesso testo Ulpiano ammonisce:

Hanc actionem nemo dubitaverit heredi dari [ceteri-

sque successoribus]: item adversus heredes [ceterosque] non iure successionis, sed eo iure, quo domini sint, competit.

Un forte giurista tedesco, il Bekker, ha lumeggiato il carattere ambulatorio dell'obbligazione che ha la sua base nel peculio.

Questa obbligazione non aderisce al paterfamilias o al dominus che ha costituito il peculio e neppure alla persona in potestate che ne è investita; perdura, anche se il paterfamilias o il dominus manchi (cfr. D. 15, 1, 3, pr.: etsi in nullius sit potestate servus, dari de peculio actionem, ut puta si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem); non trapassa per il semplice fatto che il dominus alieni lo schiavo, ma per il fatto che il dominus cede il peculium (cfr. D. 15, 1, 27, 2); il dominus non si può liberare dalla sua obbligazione cedendo il servo quasi per noxae deditio, si invece cedendo il peculio (cfr. D. 10, 3, 9: dominus cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putavit).

Come esempio di rapporto attivamente e passivamente ambulatorio si suole addurre il rapporto tra proprietari di fondi vicini, sanzionato dall'actio aquae pluviae arcedae, la quale nel diritto classico tendeva a ottenere

la rimozione delle opere fatte nel fondo superiore o inferiore che turbassero il naturale deflusso delle acque piovane danneggiando l'uno o l'altro di questi fondi e che nel diritto giustiniano, estendendo il suo ambito contro la sua stessa qualificazione, mira anche a ottenere che il vicino non ostacoli l'equa distribuzione tra i fondi vicini delle acque sia piovane sia sorgive, per modo che ciascun fondo ne usi fino al limite dell'utile proprio: non oltre.

L'actio aquae pluviae arcendae era azione civile antichissima (legitima actio è detta in D. 39, 3, 22, 2), e, pur avendo a sua base un rapporto obbligatorio (parliamo -e lo avvertiamo una volta per sempre- di obbligazione anche non nel senso tecnico formale classico), spettava attivamente così a chi era proprietario del fondo danneggiato al momento del fatto dannoso, come ai successivi acquirenti a titolo singolare del fondo (D. 39, 3, 6, 4) e poteva dirigersi passivamente non solo contro il proprietario che compì le opere dannose, ma anche contro i suoi aventi causa.

Ma, almeno per diritto giustiniano, non si dovrebbe dire che il rapporto è tanto attivamente quanto passivamente una obbligazione ambulatoria. Attivamente, sì: perchè
si quis prius, quam aquae pluviae arcendae agat, do-

minium ad alium transtulerit fundi (il testo genuino doveva dire: fundum mancipio dederit) desinit habere aquae pluviae arcendae actionem eaque ad eum transibit, cuius ager esse coepit: cum enim damnum futurum contineat, ad eum qui dominus erit incipiet actio pertinere, quamvis, cum alterius dominium esset, opus a vicino factum sit (D. 39, 3, 6, 4).

Ma, passivamente, non si dovrebbe dire. La responsabilità degli aventi causa da colui che compì le opere dannose è configurato nel senso che essi non sono tenuti nel diritto giustiniano (come lo erano nel diritto classico), secondo una probabile congettura del Beseler, a restituire in pristino i luoghi a proprie spese, così come era tenuto il loro autore che aveva compiuto o ordinate le opere, ma tenuti solamente a patientiam praestare, ciò è dire a tollerare che il danneggiato si recasse sul loro fondo per rimuovere le opere. Così, infatti, insegnano i seguenti testi interpolati.

D. 39, 3, 7, 1 Paulus libro octavo decimo ad edictum:

Aliud est in bonae fidei emptore: hic enim tantum patientiam praestat.

D. 39, 3, 12, Paulus libro se to decimo ad Sabinum:

Emptor..... [ceterique successores] vel restituere,

si velint, opus factum vel patientiam praestare debent.

Ora, così stando le cose, non si può parlare di una obbligazione che ambulat dall'uno all'altro soggetto, ma di obbligazione diversa, e minore, che sorge ex lege a carico dell'acquirente del fondo per il fatto dannoso del proprio autore.

Si può qualificare obbligazione attivamente e passivamente ambulatoria anche quella di prestare la cautio danni infecti e quella nascente dalla indebita continuazione dell'opera dopo la operis novi nuntiatio.

Non ci sembra che altri esempi di obbligazioni ambulatorie si possano addurre, almeno per diritto classico, al di là di questi, se si prescinde da alcuni istituti di diritto pubblico, o, quanto meno, sviluppatisi da questi, con finalità di pubblico bene.

Si adduce come esempio di obbligazione passivamente ambulatoria anche nel diritto classico quella di restituire la cosa uscita dal patrimonio di una persona in base a un negozio viziato da violenza morale, giacchè tale obbligazione, secondo i testi raccolti nelle Pandette, incombeva non soltanto all'autore della violenza, sinchè aveva la cosa, ma anche ai successivi acquirenti della cosa stessa, sia pure

a titolo singolare. I testi esprimono questo concetto dicendo che l'actio quod metus causa, benchè personale, è in rem scripta; vale a dire, la sua formula subordinava la condanna del convenuto al solo fatto che fosse intervenuta obiettivamente una violenza, senza far menzione dell'autore della violenza stessa, così che era atta a esplicitare la sua efficacia anche contro i terzi non autori della vis.

Ma oggi lo Schulz ha fondatamente impugnata la classicità di questo regime e ha, a nostro avviso, dimostrato che nel diritto classico l'actio quod metus causa era concessa solamente contro l'autore o il mandante della violenza, possessore della cosa estorta. Essi soltanto, e non i terzi acquirenti, sottostavano a una obbligazione. Contro i terzi occorreva servirsi di un altro rimedio, cioè della in integrum restitutio, accordata dal Pretore, la quale, rescindendo il negozio originario viziato da violenza, faceva ritornare la proprietà della cosa a chi la violenza aveva subito, in modo che questi poteva bensì riacquistarla da ogni possessore, ma in base al suo diritto reale e con l'azione reale (rei vindicatio), e non in base al rapporto obbligatorio e con l'azione personale. L'estensione dell'actio quod metus causa contro i terzi acquirenti sarebbe stata operata da Giustiniano per parificare la sua efficacia

a quella che aveva nella età classica la restitutio in integrum.

Accogliendo, come ci sembra di dovere accogliere, la dottrina dello Schulz, l'obbligazione, che sta a base della actio quod metus causa, è dunque ambulatoria solamente nel diritto giustiniano e vien fatto di constatare una volta ancora come la giurisprudenza classica fosse assai più riluttante di Giustiniano dal moltiplicare le applicazioni di questo tipo di obbligazione.

Si adduce da molti come esempio di obbligazione attivamente e passivamente ambulatoria anche quella di reficere parietem, cioè di restaurare la parete (o il muro o la colonna), che incombeva a chi aveva assoggettato il proprio fondo alla servitus oneris ferendi, cioè alla servitù di sostenere il peso dell'edificio del vicino.

Siccome questa obbligazione in faciendo del fondo servente contraddice alla regola servitus in faciendo consistere nequit, una dottrina largamente diffusa, anzi che considerarla come elemento integrante del contenuto della servitù, ravvisa in essa una obbligazione di facere congiunta alla servitù, e per ciò distinta da essa, e spiega il passaggio del relativo credito e debito della refectio ai successivi proprietari, anche acquirenti a titolo singolare,

del fondo dominante e del fondo servente ricorrendo al concetto della obbligazione ambulatoria.

Giustamente C. Longo osserva sembrargli impresa disperata negare ciò che i testi (D. 8, 5, 6, 2; 7; 8, pr. 2) dicono chiaramente: che, cioè, l'obbligazione del fondo servente di restaurare la parete, che sostiene l'edificio, forma parte del contenuto della servitù e quindi non è oggetto di obbligazione distinta, alla servitù annessa.

Che anzi, come a noi sembra, la giurisprudenza classica si adattò a riconoscere questa figura di servitù contro il principio generale da essa proclamato, e ancora dagli ultimi giuristi tenuto fermo, che il facere è contra regulas servitutium, in quanto che si rappresentò il facere come un modo di essere, cioè un aspetto, del pati. La giurisprudenza classica parlava di onera ferre ad eum modum qui servitute imposita comprehensus est; soltanto nel diritto giustiniano la refectio diventa una parte del contenuto della servitus oneris ferendi staccata dal pati, e allora il testo giustiniano non parla soltanto di onera ferre ad eum modum qui servitute imposita comprehensus est, ma di onera ferre et aedificia reficere ad eum modum etc. (D. 8, 5, 6, 2).

Ma, anche nel diritto giustiniano, per ottenere la

refectio è data l'azione reale:

Haec autem actio in rem magis est quam in personam
et non alii competit quam domino aedium et adversus
dominum (D. 8, 5, 6, 3).

Il dire, come fa il Windscheid, che abbiamo qui una
obbligazione assoggettata al trattamento di una servitù, e-
quivale a dire -nota esattamente C. Longo- che ha la strut-
tura di una servitù, perchè la struttura giuridica di un i-
stituto si desume appunto dalle norme che lo regolano.

Il dire, come fa il Ferrini, che l'obbligo della refec-
tio è indirettamente fatto valere con azione reale, è fare
un discorso accettabile -soggiunge il Longo- se dovesse u-
nicamente servire a rendere ragione dell'espedito proces-
suale adoperato per trasformare in reale un rapporto che,
secondo i principii, avrebbe dovuto ricevere trattamento di
rapporto obbligatorio; ma non è più accettabile, se, come
il Ferrini pensa, deve servire a giustificare la tesi che
il rapporto permane obbligatorio, giacchè, comunque il di-
ritto alla refectio sia stato fornito di azione reale, il
fatto che sia protetto da questa azione non può a meno di
farlo trasmigrare nella categoria dei diritti reali.

L'esempio, pertanto, della obbligazione di reficere
parietem nella servitus oneris ferendi non deve essere in-

cluso nel novero degli esempi di obbligazioni ambulatorie,
né nel diritto classico né nel diritto giustiniano. Nel-
l'uno e nell'altro diritto il passaggio del diritto e del-
l'obbligo alla refectio negli acquirenti a titolo singola-
re è effetto della natura reale del rapporto e non del ca-
rattere ambulatorio di una obbligazione.

Numerose obbligazioni ambulatorie nacquero sul terreno
del diritto pubblico e restano pertanto fuori della dottri-
na privatistica della obbligazione. Il concetto di obbliga-
zione impropriamente è trasportato su questo terreno. Non
dobbiamo tuttavia dimenticare che esse offrono talvolta un
punto di partenza per un successivo svolgimento sul terreno
del diritto privato, almeno nel diritto giustiniano o spe-
cialmente in questo diritto, come accade per le obbligazio-
ni dell'enfiteuta e del superficiario.

Le obbligazioni ambulatorie, che il diritto pubblico
presenta, furono indagate e lumeggiate in un pregevolissimo
studio di Alfredo Pernice.

E' da ricordare in primo luogo, l'imposta sui fondi
provinciali, sia sotto la forma di tributum, sia sotto la
forma di stipendium. Il tributum è una prestazione in na-
tura (decuma) che pesa sul fondo: il proprietario pro tem-
pore ne risponde anche per gli arretrati. Il tributum si

configura come un carico fondiario, e giuristi e non giuristi affermano che il fondo deve il tributum. Lo stipendium, originariamente una contribuzione di guerra, richiesto alla comunità, è dovuto in seguito da ciascun fondo censito e iscritto a catasto, così che viene a equipararsi al tributum, pur rimanendo la responsabilità collettiva della provincia.

Sono pur da ricordare le obbligazioni alimentari imperiali, di Nerva, di Traiano e di altri imperatori. Qui abbiamo un fondo gravato di un'annua rendita da prestarsi a scopi di beneficenza. L'obbligazione segue il fondo ed è a carico dei successivi titolari di esso: è indicata nelle fonti come obligatio praediorum. Nella tavola Bebiana, ad es., leggiamo che ob liberalitatem optimi maximi que principis i Ligures Baebiani et Corneliani "obligarunt praedia ex proposito, ut ex indulgentia eius pueri puellaeque alimenta accipiant".

Alcune istituzioni furono, sull'esempio delle imperiali, erette anche da privati; e così la Ferentina, la Riminese, la Pliniana. Nella iscrizione riminese leggiamo che L. Settimio Liberale lasciò una somma ai singoli decurioni "et vicinis vicorum septem" da pagarsi annualmente in perpetuo "et in eam rem fundos XXI obligari iussit".

Obbligazioni ambulatorie sono pur quelle a carico dei

proprietari frontisti, per i contributi dovuti per le strade, le acque, le cloache. In un testo delle Pandette (D.50, 4, 14, 2) le prestazioni in natura per la manutenzione delle strade (viarum munitiones) e le contribuzioni pecuniarie per le occorrenti riparazioni (praediorum collationes) - prestazioni e contribuzioni a cui i frontisti erano tenuti - sono dette "non personae sed locorum munera".

Lo stesso avveniva per gli acquedotti pubblici. Un testo, conservatoci nelle Pandette (D. 19, 1, 41) avverte:

In venditione super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutum nihil commemoratum est : deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit; itaque si conveniatur ob pretium ex venditio, ratio improvvisi oneris habebitur".

Anche qui abbiamo una obbligazione che passa ai successivi titolari del fondo, tanto che si dice che il compratore potrà dedurre l'ammontare di quest'onere dal prezzo che al venditore ancora deve.

Speciale interesse suscita la natura dell'obbligazione dell'enfiteuta al pagamento del canone e del superficiario al pagamento del solarium.

E' molto controverso fra gli scrittori quale sia il carattere dell'obbligazione dell'enfiteuta: se si tratti, cioè,

di onere meramente personale, o di carico che segua le sorti del fondo e trapassi con esso; in vario senso si orientarono il Mùhler e il Wächter, il Windscheid e il Pernice, il Fadda e il Bensa, il Segrè, il Ferrini, ecc.

Conviene, innanzi tutto, non trascurare le vicende storiche dei due istituti.

Il diritto nazionale romano non conobbe l'enfiteusi, ma si suol dire -e non inopportuno- che l'enfiteusi giustiniana ha un addentellato storico nella locatio degli agri vectigales, che era un istituto appartenente al campo del diritto pubblico. In Igino si parla soltanto di agri vectigales dello Stato, dei municipii e quasi con esitanza si nominano quelli del collegio delle Vestali; Gaio in un celebre passo (Inst. 3, 145) non parla che di praedia municipum e, come Gaio, più tardi ancora Paolo, in un passo conservatoci nelle Pandette (D. 6, 3, 1 pr.), parla di agri civitatum.

Questa locazione, per quanto, data l'eccezionalità della sua lunga o perpetua durata, sia stata più intensamente difesa, era fonte di un'obbligazione, non di un diritto reale e, come in ogni locazione, l'onere del corrispettivo, dovuto dal conduttore, passava agli eredi di lui, non ai successivi acquirenti del fondo.

La non ambulatorietà della obbligazione, per tanto, scaturisce dalla configurazione giuridica del rapporto che qui si ha: rapporto obbligatorio nascente da locatio conductio.

L'enfiteusi del diritto postclassico-giustiniano si distacca dalla locatio degli agri vectigales in ciò.

Primo: il concedente dell'enfiteusi è anche un privato, non più soltanto un ente pubblico; perciò Zenone nella costituzione famosa che definisce, o vorrebbe definire, questo diritto (C. 4, 66, 1) parla genericamente di dominus rei; per ciò Giustiniano, nel passo delle sue Institutiones (3, 24, 3), parallelo al passo delle Istituzioni gaiane (3, 145), che abbiamo già richiamato, sostituisce ai municipes il generico termine dominus. L'enfiteusi si delinea, così, come istituto di diritto privato.

Secondo: il contractu emphytheuseos fa nascere il diritto reale di enfiteusi (D. 6, 3, 1, 1: interpolato con altri testi che affermano la realtà di questo diritto: Peruzzi, Schilling, Beseler).

Terzo: L'obbligazione del pagamento del canone diventa un carico fondiario, come nettamente afferma un testo interpolato (D. 9, 4, 7 pr. Papius Iustus libro secundo de constitutionibus):

Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt [in vec-

tigalibus] ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis [vectigal] solvere debere eoque ex empto actionem, si ignoraverit, habituros.

Diciamo che il testo è interpolato perchè Papirio Giusto, come una serie di indizi lascia intravedere (tra questi l'accento ai possessores anzi che ai conductores), doveva riferirsi ai fondi provinciali e dire così:

Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in tributariis vel stipendiariis praediis, ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis tributum vel stipendium solvere debere, eoque ex empto actionem, si ignoraverint, habituros (cfr. per analogia, un testo già richiamato: D. 19,1, 41).

Pertanto, la disputa pandettistica deve risolversi sul terreno storico: l'obbligazione del pagamento del canone incombente all'enfiteuta è un'obbligazione ambulatoria del diritto giustiniano. Nell'istituto romano analogo all'enfiteusi giustiniana, ma con essa non confondibile, di ambulatorietà della obbligazione del conductor, cioè del vectigalista, non è possibile parlare.

L'obbligazione del superficiario ha avuto, si può dire,

le stesse vicende. La superficie nasce anch'essa nel campo del diritto pubblico. L'istituto fu poi imitato dal diritto privato, anzi assunto da questo. Ma, durante l'età classica del diritto romano, anche il diritto di superficie trae origine da una locatio conductio e l'obbligazione, che ne consegue, del pagamento del solarium quale corrispettivo per il solum locato, non ha elementi che la diversifichino strutturalmente dalla obbligazione del conductor. Deve essere solamente notato che anche qui, dato il carattere eccezionale della sua lunga o perpetua durata, il rapporto obbligatorio ha conseguito una più energica difesa. Nel diritto giustiniano il diritto di superficie si configura come un diritto reale, e allora l'obbligazione del superficiario al pagamento del solarium, smarrisce il suo originario carattere personale e diventa, come la parallela obbligazione dell'enfiteuta al pagamento del canone, una obbligazione ambulatoria. Ciò risulta da un testo interpolato (D. 7,1,7, 2 Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum):

Unde Celsus de modo sarta tectu habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere (fructuarium) non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum [vel solarium] vel alimenta

ab ea re relicta. Et ita Marcellus libro tertio decimo scribit.

L'accento al solarium è, a nostro avviso, incluso nel testo dai compilatori giustiniani o da un annotatore postclassico. Con ciò non si vuol negare che, nei rapporti interni fra titolare del diritto di superficie e usufruttuario, questi dovesse addossarsi il carico del solarium che cadeva su di lui per il principio cuus sunt commoda eius sunt incommoda, ma si vuol dire che il dominus del solum doveva rivolgersi contro il superficiario perchè, a differenza dello stipendium, del tributum, degli alimenta a re relicta, l'obbligazione al pagamento del solarium non costituiva un carico fondiario: non era, insomma, una obbligazione ambulatoria. Tale essa diventa nel diritto postclassico giustiniano: di qui l'aggiunta che equipara il solarium allo stipendium, al tributum, ecc.

L'ambulatorietà della obbligazione del pagamento del solarium sarebbe affermata, per diritto classico, da D.13, 7, 17, un testo, dal quale sembrerebbe risultare che quella obbligazione passa nel creditore pignoratizio; ma si tratta di un testo che si accoda a un altro testo alterato.

Nella redazione giustiniana i due testi ci si presentano così:

D. 13, 7, 16 Paulus libro vicesimo nono ad edictum: Etiam [vectigale] praedium pignori dari potest: [sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur].

D. 13, 7, 17 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam:

Sane, ut divi Severus et Antoninus rescripserunt, sine deminutione [mercedis soli] obligabitur.

Che le parole sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur, non siano genuine, è stato da molti scrittori sostenuto (Baviera, Beseler, Albertario, P. Krüger, Bonfante). Evidentemente, devono ritenersi non genuine anche le parole successive mercedis soli, che si richiamano alla superficie e che indicano il solarium. Ma, anche l'accento all'ager vectigalis non è classico e deriva dalla necessità in cui i compilatori si trovavano di eliminare gli accenni ai fundi tributarii e stipendiarii che nell'età postclassica non si distinguono più dai fondi italici.

Nella loro redazione originaria i due testi dovevano dire:

D. 13, 7, 16, 2 Etiam stipendiarium vel tributarium praedium pignori dari potest.

D. 13, 7, 17 Sane, ut divi Severus et Antoninus re-

scripserunt, sine diminutione stipendii vel tributii obligabitur.

Erano testi che si riferivano al pegno di fondi stipendiari e tributari, come a questo pegno si riferiscono i testi sopravvissuti genuini nelle Pandette: D. 2, 14, 42; 2, 14, 52, 2.

Conchiudendo: l'obbligazione del superficiario al pagamento del solarium diventa un'obbligazione ambulatoria nel diritto giustiniano. L'opinione del Vächter, contrastante l'opinione dominante che il solarium sia un peso inerente alle aedes superficiae, non è fondata, se la si considera di fronte al diritto giustiniano, ma lo è di fronte al diritto classico.

Se nel diritto romano giustiniano, e soprattutto nel diritto romano classico, sono rari gli esempi di obbligazioni ambulatorie connesse con la potestà di una persona o con la proprietà o altro diritto sopra una cosa, nel diritto medioevale pullularono per influenza del diritto germanico e del diritto canonico ibride figure tra il diritto reale e il diritto di obbligazione che la dottrina moderna suol configurare come obbligazioni ambulatorie o reali.

In generale, il diritto moderno non ammette tali figure che tendono a costringere i possessori dei fondi, at-

traverso infinite generazioni, a prestazioni determinate.

Si suol dire che qualche caso eccezionale di obbligazione propter rem è rimasto: così, ad esempio, l'obbligo che incombe a ciascun proprietario di contribuire alla spesa per lo stabilimento dei termini tra le proprietà contigue: (art. 441 Cod.Civ.); l'obbligo, che può incombere in forza del titolo, al proprietario del fondo servente di fare le opere necessarie per l'uso e la conservazione della servitù (art. 643 Cod.Civ.); l'obbligo, che incombe ai comproprietari, di contribuire alle spese necessarie per la cosa comune (art. 676, 549, Cod.civ.); l'obbligo, che spetta al vicino, di contribuire alle spese di costruzione o di riparazione dei muri di cinta che separano le rispettive case, i cortili e i giardini situati nelle città e nei sobborghi (art. 559 cod.Civ.); l'obbligo del proprietario, o di altro concedente dell'acqua di una fonte o di un canale, verso gli utenti a fare le opere per la derivazione e la condotta dell'acqua fino al punto in cui ne fa la consegna; a mantenere in buono stato gli edifizi; a conservare l'alveo e le sponde del canale, ecc. (art. 649 Cod.Civ.).

Ma questi esempi, che si adducono, non si possono esattamente configurare come esempi di obbligazioni ambulatorie o reali nel senso che gravano sul fondo e trapassano nei

successivi acquirenti a titolo singolare. L'art. 643 Cod. Civ. è male invocato, perchè -come si è già detto per la servitus oneris ferendi in diritto romano- qui non abbiamo una obbligazione ambulatoria congiunta al diritto di servitù, ma un facere che è parte integrante del contenuto della servitù stessa; male invocato è pure l'art. 441 Cod. Civ., perchè qui nessuna obbligazione passa dal proprietario precedente al proprietario successivo, ma vi è semplicemente un obbligo incombente sul proprietario attuale, nei confronti del quale lo stabilimento dei termini è chiesto. Anche gli articoli 676, 549, 559, 649, non configurano obbligazioni ambulatorie o reali. Gli acquirenti successivi, a titolo particolare, del fondo sono tenuti a costruire, a riparare, ecc. in base a una obbligazione che sorge in capo a essi per il fatto di esser divenuti proprietari del fondo, non in base a una obbligazione che sia trapassata in essi congiuntamente col trasferimento del fondo. Che se la costruzione, la riparazione ecc., furono anteriori al loro acquisto, le spese incombono sul precedente proprietario; e su questi soltanto.

Un esempio di obbligazioni ambulatorie può, invece, vedersi nei titoli al portatore, le cui origini, per quanto tracce ve ne siano nel mondo romano e nella vita di altri

popoli antichi, rimontano alla pratica mercantile del medio evo.

E' noto che sulla figura giuridica di questi titoli molto si discute. Secondo la più antica e si può dire più diffusa concezione, alcuni scorgono nel titolo al portatore una obligatio in incertam personam, un'obbligazione personale tra l'emittente e il primo prenditore del titolo, e quindi ravvisano nel titolo un mero documento probatorio del credito. Altri vi riconosce una obbligazione tra l'emittente e quello dei successivi possessori del titolo che lo presenterà al pagamento. Altri, ancora, ammette esservi qui una dichiarazione unilaterale di volontà, fonte essa medesima di obbligazione per chi la ha emessa, per modo che chiunque venga in possesso del titolo possa considerarsi destinatario della dichiarazione. Altri finalmente, specialmente nella dottrina tedesca, vedono nel titolo stesso incorporata la obbligazione che, quasi materializzandosi nel documento, si obbietta in esso, e di esso segue le sorti, mutando di titolare secondo che se ne sposti la detenzione.

In quest'ultima costruzione della figura giuridica del titolo al portatore, si delinea vivacemente una obbligazione ambulatoria.

OBBLIGAZIONI CON PLURALITA' DI SOGGETTI.

In relazione all'elemento soggettivo della obbligazione è da avvertire che questa può esistere tra un unico soggetto attivo e un unico soggetto passivo, oppure tra una pluralità di soggetti o da un lato o dall'altro, o da entrambi i lati: si può avere, cioè, non soltanto un debitore e un creditore, ma un debitore e più creditori, o più debitori e un creditore, o più debitori e più creditori. Così si distingue tra obbligazione a soggetti semplici e obbligazione con pluralità di soggetti.

La pluralità di soggetti può essere originaria, cioè esistere al momento della costituzione del rapporto obbligatorio: o successiva, cioè verificarsi in seguito rispetto a una obbligazione originariamente costituita con soggetti semplici: così, ad esempio, quando all'unico creditore o debitore originario, o all'uno e all'altro, succedono

più eredi.

Il fenomeno della obbligazione con pluralità di soggetti può assumere tre configurazioni: senonchè le due prime, in ultima analisi, non offrono vera singolarità, nè hanno regole speciali. Esse meritano di essere rilevate per la apparenza in cui si presentano e per meglio isolare la terza figura, la quale ha veramente una importanza fondamentale nel diritto e nella economia.

OBBLIGAZIONI PARZIARIE.

La prima configurazione è quella delle obbligazioni che si chiamano parziarie (obligationes pro parte o pro rata). Tali obbligazioni sembrano avere più soggetti o dal lato passivo o dal lato attivo e un solo oggetto: se non che, quest'unico oggetto deve essere diviso tra i vari creditori e i vari debitori, nel senso che ciascun debitore è tenuto solo a una parte, ovvero ciascun creditore ha diritto di esigere solo una parte. In realtà, quindi, si hanno in questa figura più oggetti corrispondenti ai vari subbietti e ai vari vincoli obbligatori. E' una circostanza, economicamente rilevante, che i vari oggetti siano concepiti come parte di una unità, come un dare, un facere, un praestare unico, ma dal punto di vista giuridico la unità di ciascun creditore o debitore, è la sua parte.

Se Tizio, che doveva 1.000, muore lasciando due eredi,

e muore il suo creditore, lasciando pure due eredi, si dice che i due primi eredi devono 1.000 agli altri due, e pare che si abbia una obbligazione con pluralità di soggetti dai due lati; nel fatto, però, ognuno degli eredi debitori deve 250 a ciascuno degli eredi creditori e ognuno degli eredi creditori non può che esigere 250 da ognuno degli eredi debitori.

La figura più ordinaria delle obbligazioni parziarie è che tutti i debitori siano tenuti a parti eguali: la parte uguale si dice pars virilis o quota virile. Cfr. D. 42, 1, 43 Paulus sexto decimo responsorum:

Paulus respondit eos, qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex causa iudicati conveniri et, si ex sententia adversus tres dicta Titius portionem sibi competentem exsolvit, ex persona ceterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse.

Possono tuttavia i debitori essere tenuti in parti disuguali secondo un diverso ragguglio: può, per esempio, accadere che ciascuno sia tenuto a una obbligazione o abbia un diritto di credito, in proporzione alla quota di condominio che gli spetta su di una cosa (pro portione dominica), ovvero secondo la quota che gli spetta in una eredità (pro

portione hereditaria). Anzi, la successione ereditaria è precisamente la causa tipica generatrice di questa configurazione di obbligazioni a cagione del precetto delle XII tavole che i crediti e i debiti si dividono ipso iure fra i vari coeredi.

OBBLIGAZIONI CUMULATIVE O SOLIDALI CUMULATIVE.

La seconda configurazione è quella delle obbligazioni che si dicono cumulative o solidali cumulative. Si ha l'obbligazione cumulativa o solidale cumulativa o -come si suole anche dire- multipla, quando la prestazione, dovuta in conseguenza di un rapporto obbligatorio comune a più creditori o più debitori, può essere domandata per intero al debitore dai vari creditori, tante volte quanti essi sono e deve essere pagata per intero al creditore dai vari debitori, tante volte quanti essi sono.

Anche in questa configurazione, a ben guardare, ciascuno dei vari creditori e debitori ha facoltà di esigere o deve adempiere la sua prestazione: ciò è dire: ai vari subbietti corrispondono vari oggetti ed è una pura coincidenza che i vari oggetti siano identici. Naturalmente, se oggetto sia una cosa non fungibile, quegli che sopravviene secondo tra

i creditori e i debitori, non può che esigere o prestare l'equivalente in denaro.

I Romani parlano di obbligazione in solidum per significare l'antitesi con le obbligazioni pro parte o pro rata.

Il caso tipico di obbligazioni solidali cumulative era nel diritto romano quello delle obbligazioni ex delicto (o dagli analoghi obblighi nascenti da altri atti illeciti disciplinati come il delictum), sanzionate da azioni penali private. Il colpevole, che ledeva più persone, sia pure mediante uno stesso atto, era tenuto a pagare la composizione o poena a ciascuno di essi; e viceversa la persona, lesa da più, sia pure con uno stesso atto, aveva diritto a ricevere indipendentemente la composizione da ciascuno degli offensori.

Questo regime nel diritto romano antico e classico era assai più generale di quanto appare dai testi giustiniani, come logica conseguenza del concetto, che la prestazione dovuta ex delicto aveva carattere di pura pena, a cui dunque doveva sottostare ciascun colpevole e a cui aveva diritto ciascuno degli offesi.

Ma nel diritto giustiniano la pena privata è in isfacelo; e, anche questo, assai più di quello che dai testi giustiniani non appaia. La tendenza giustiniana è quella

di trasformare le azioni dirette al conseguimento della pena privata in azioni rei persecutoriae o mixtae e, parallelamente, la tendenza giustiniana è quella di alterare la natura delle obbligazioni da delitto sottraendole al regime della pena multipla. I pochi residui, che ancora esistono nel diritto giustiniano, sono probabilmente dimenticate sopravvivenze di un regime che non è più quello di Giustiniano: che è stato, anzi, superato da Giustiniano.

La solidarietà cumulativa, attiva e passiva, si riscontrerebbe ancora nella legislazione giustiniana ammessa per i delitti di danno aquiliano, di iniuria, di furto, e per altri atti illeciti speciali. Si vedano i seguenti testi.

Per il danno aquiliano.

D. 9, 2, 11 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum:

§ 2 Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparuerit, cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenabitur; quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait, et, si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit alium non relevat, cum sit poena.

§ 4 Si plures trabem deiecerint et hominem oppreserint, aequae veteribus placet omnes lege Aquilia te-

neri.

Per l'iniuria.

D. 47, 10, 1, 9 Ulpianus quinquagesimo sexto ad edictum:

Idem ait Neratius ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est: et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere.

D. 47, 10, 34 Gaius libro tertio decimo ad edictum provinciale:

Si plures servi simul aliquem ceciderint aut convicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admissa est. immo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam facentium.

Per il furtum.

D. 47, 2, 21, 9 Paulus libro quadragesimo ad Sabinum:

Si duo pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est omnes eos furti in solidum teneri, quamvis id contrectare nec tollere solus posset, et ita utimur: neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos, sed totius

rei universos: sic fiet singulos furti teneri.

C. 4, 8, 1 Diocletianus et Maximianus Hermogeni (a. 294):

Praeses provinciae, sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, conditionis vero numerorum furti subtractorum electionem esse..... iure proferre sententiam curabit.

Per atto doloso dello schiavo liberato.

D. 47, 4, 1, 19 Ulpianus libro trigesimo octavo ad edictum:

Si plures servi libertatem acceperunt et dolo malo quid admiserint, singuli convenientur in solidum, hoc est in duplum. et cum ex delicto (dolo: Ulpianus) convenientur, exemplo furti nullus eorum liberatur, etsi unus conventus praestiterit.

Ma -ripetiamo- il valore dogmatico di questi testi nel diritto giustiniano può essere revocato in dubbio, perchè sembrerebbe avere buon fondamento la congettura che, se la obbligazione solidale cumulativa da delitto è stata trasformata (e lo vedremo) in molti testi in obbligazione semplicemente solidale, non vi è ragione per ammettere che questa trasformazione sia stata indotta dalla natura di alcuni atti illeciti e non da quella di altri. E' più ovvio pensare

che la riforma giustiniana riguardi l'atto illecito come tale e che sia avvenuto qui ciò che le cento volte avviene: ciò è dire che i compilatori non hanno adattato al loro nuovo orientamento tutti quanti i testi: cosa, del resto, difficile quando si tratta di testi numerosi, e quasi impossibile, dato il modo della compilazione e il tempo brevissimo in cui fu portata a compimento. In questo caso i testi non mutati non contengono norme vive, ma solamente un materiale storico.

Non è senza importanza il constatare che i commentatori bizantini sono impressionati della norma generale posta in C. 4, 8, 1 e si preoccupano di avvertire che, soltanto apparentemente, l'actio furti è meramente penale, ma che τῷ ἀκριβῶς σκοποῦντι, cioè a chi indagherà più sottilmente, apparirà un'actio mixta, ἐπειδὴ γὰρ ἔχει καὶ τὸν φουρτῖβον κονδικτικὸν συναναμεικτὸν ἐν αὐτῷ πράγματος ἀπαίτησιν ἔχοντα quia enim commixtam in se habet conditionem furtivam, quae res persequitur).

Il caso delle obbligazioni ex delicto non era, peraltro, il solo in cui si avesse nel diritto romano solidarietà cumulativa. Essa poteva sorgere anche da legato.

Nel diritto classico, qualora il testatore avesse le-

gato la stessa cosa a due persone diverse, occorreva distinguere tra legato di proprietà (per vindicationem) e legato di obbligazione (per damnationem o sinendi modo), a cui era parificato il fedecommesso.

Nel primo legato, comunque il testatore avesse formulato la sua disposizione, i legatari acquistavano la cosa pro parte, perchè la proprietà passava a loro direttamente e non poteva passare a ciascuno per la totalità (si opponeva il principio: duorum vel plurium in solidum dominium eisdem rei esse non potest).

Nel legato per damnationem, nel legato sinendi modo e nel fedecommesso, invece, siccome sorgeva una obbligazione dell'erede verso i legatari, si riteneva che costoro acquistassero un credito rateale (pro parte) soltanto nel caso che il testatore avesse loro lasciato la cosa coniunctim (cioè contemplandoli unitamente nella stessa disposizione; ad esempio: Titio et Seio hominem Stichum heres meus dato); nel caso, invece, in cui il testatore avesse disposto della stessa cosa a favore di due persone disiunctim, separatim (cioè in due disposizioni distinte; ad esempio: Titio hominem Stichum heres meus dato, e successivamente: Seio eundem hominem Stichum dato), sorgeva senz'altro a carico dell'erede una obbligazione solidale multipla, cioè cumulativa, nel

senso che l'erede doveva prestare all'uno dei legatari la cosa in natura, all'altro o agli altri l'equivalente in denaro.

Conviene richiamare i passi gaiani a questo proposito.

Inst. 2, 199:

Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, et omnes veneant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario ad crescere. Coniunctim autem ita legatur: Titio et Seio hominem Stichum do lego. Seio eundem hominem do lego.

Inst. 2, 205:

Est et illa differentia huius (per damnationem) et per vindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut id per vindicationem legato diximus; si vero disiunctim, singulis solida debentur; ita fit, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat; et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.

Non diverso è l'insegnamento di Ulpiano in Tituli ex

corpore Ulpiani XXIV 12, 13:

Si duobus eadem res per vindicationem legata sit sive coniunctim, veluti Titio et Seio hominem Stichum do lego, sive disiunctim, veluti Titio hominem Stichum do lego, Seio eundem hominem do lego, iure civili concursu partes fiebant, non concurrente altero pars eius alteri ad crescebat: sed post legem Papiam Poppaeam non Capientis pars caduca fit. Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur et non capientis pars iure civili in hereditate remanebat, nunc autem caduca fit; quod si disiunctim, singulis solidum debetur.

Giustiniano, avendo unificato i vari tipi di legato e fuso il legato col fidecommesso (già i glossatori sapevano che in D. 30, 1 le parole attribuite a Ulpiano per omnia exaequata sunt legata fideicommissis sono invece dei compilatori giustiniani), e avendo attribuito sempre al legato effetti obbligatori, riformò espressamente il diritto classico sul punto di cui ci stiamo occupando, e stabilì che, se una stessa cosa era legata a due o più persone, non importa con quale forma, non importa se coniunctim o disiunctim, ciascun legatario non aveva diritto che a una parte (pars virilis). Egli non ammise l'obbligazione solidale

cumulativa dell'erede se non nel caso che il testatore avesse espressamente detto che voleva fosse prestata a uno dei legatari la cosa, e all'altro o agli altri la sua aestimatio.

La riforma giustiniana si affaccia già, in occasione di altra riforma, in C. 6, 37, 23, 2 - 2a dell'a. 530):

Sed et aliam disceptationem iuris antiqui non absimilem constitutam decidere nobis humanum esse apparuit. agitabatur enim, si quis agrum Cornelianum vel forte alium vel quandam rem cuidam legaverit et postea iterum vel saepius ei eandem rem per legatum vel fideicommissum dederit, post talia autem verba testamenti Sempronio eundem agrum vel aliam rem legaverit, ut saepius quidem Titii fuisset mentio, semel autem Sempronii, quid statuendum sit, et quid iuris sit, si coniunctim an separatim eis relinquatur, sive in legato hoc consistat sive in hereditate? Huiusmodi igitur decedentes antiquam controversiam sancimus, cuicumque fuerit vel hereditas vel ager in memoratis casibus sive coniunctim sive saepius eidem relictus, aequa lance et hereditatem et agrum et aliam quamcumque rem dividi et ad dimidiam partem unumquemque vocari, nisi specialiter expresserit et

dixerit testator tantas quidem partes velle unum, tantas autem alterum habere. In omnibus enim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus.

In conseguenza di questa riforma già di scorcio affacciantesi in questa costituzione, emanata principalmente per risolvere altra controversia, i compilatori hanno interpolato vari testi delle Pandette che originariamente contenevano le stesse norme che abbiamo veduto nei passi delle Istituzioni di Gaio e nei Tituli ex corpore Ulpiani.

Particolarmente evidente è l'interpolazione in D. 30, 33; ma interpolati sono pure altri testi che or ora vedremo: la interpolazione di tutti è stata già vista e segnalata nel secolo XVI dal grande Cuiacio.

Nella redazione giustiniana D. 30, 33 (Paulus libro tertio regularum) dice così:

Si pluribus eadem res legata fuerit, [si quidem coniunctim, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is qui ex testamento aget: quod si separatim, si quidem evidentissime apparuerit ademptione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet: sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad

legatum omnes venire: scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse: tunc enim uni pretium, alii ipsa res adsignatur electione rei vel praetii servanda ei, qui prior de legato sive de fideicommisso litem contestatus est, ita tamen ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire].

Il testo classico era molto breve; si limitava a dire:

Si pluribus eadem res legata fuerit, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is qui ex testamento aget.

Tutto il resto è frutto di una vasta interpolazione. E', questo, uno dei testi che si sogliono addurre come esempio di quelli in cui la mano dei compilatori lavorò maggiormente e peggio con termini (convolare!), espressioni (ad legatum convolare; ad legatum pervenire), costruzioni (si quidem - sin autem - tunc enim; ita tamen, ut quod si) che essi prediligono, con gonfiezza di stile (si quidem evidentissime apparuerit, sin autem hoc minime apparere potest) sgrammaticature (nisi ipse testator.... manifestissimus est accipere voluisse; non habeat licentiam ad alterum transire) ecc.

L'insegnamento, pertanto, contenuto in questo testo,

secondo il quale, quando la stessa cosa è lasciata a più legatari, anche disiunctim, nasce una obbligazione parziaria, e non necessariamente cumulativa, come nasceva, invece, nel legato di obbligazione in diritto classico, a meno che non risulti manifestissima la contraria volontà del testatore, è non già insegnamento di Paolo che non si poteva distaccare dalla dottrina di Gaio e di Ulpiano, ma insegnamento nuovo, cioè giustiniano.

Altro testo interpolato è D. 32, 30 Ulpianus libro sexto fideicommissorum:

Si res mihi per fideicommissum relicta eadem tibi [legata vel] per fideicommissum relicta sit [non communicandi animo sed utrique in solidum], ambigendum non est, si alteri sit soluta, alterum nullum quidem ius in ipsam rem habere, sed actionem de pretio integram eum habere.

Anche qui abbiamo il lascito di una cosa fatto disiunctim, come risulta dalle prime parole del testo (res mihi per fideicommissum relicta -eadem tibi per fideicommissum relicta: le parole legata vel sono un'aggiunta innocua): quindi, senza ricercare quale fosse la intenzione del testatore, per il fatto del lascito fatto disiunctim, a ciascuno dei due fedecommissari era dovuto il solidum: cioè al-

l'uno la res, all'altro la sua aestimatio.

Le parole, pertanto, che riflettono la ricerca della voluntas testantis (cioè le parole: non communicandi animo, sed utrique in solidum) sono interpolate: sono conformi alla riforma giustiniana; contraddicono, invece, a quanto Ulpiano scriveva nel passo riferito in Tituli XXIV, 13. Il testo genuino doveva dire:

Si res mihi per fideicommissum relicta eadem tibi per fideicommissum relicta sit, ambigendum non est, si alteri sit soluta, alterum actionem de pretio integram habere.

Eliminiamo, insieme col Segrè, nella ricostruzione del testo genuino le parole nullum quidem ius in ipsam rem habere, sed perchè sono una sgrammaticatura (ius in rem!) e perchè soprattutto nel diritto classico dal fedecommesso non nasceva actio in rem.

Sorte uguale subì un altro testo (D. 33, 2, 14 Celsus libro octavo decimo digestorum):

Duos separatim uti frui sinere damnatus heres communiter frui passus est: quaerebatur, an utrique ex testamento teneretur. dixi teneri, [si testator utrumque solidum habere voluit :] nam ipsius onus est ut solidum singulis legatum praestaret: qua parte i-

gitur alterum uti frui sineret heres, ea parte eum non sinere alterum uti frui, ideoque per aestimationem unicuique quod deest replere debet.

Il testo riguardava un legato di obbligazione, come risulta dalle parole sinere damnatus heres: e precisamente un legato di usufrutto fatto a due persone separatim.

La risposta di Celso doveva, pertanto, conformarsi al principio classico, che ci è noto attraverso i testi di Gaiio e di Ulpiano, pervenutici fuori della compilazione giustiniana, ed essere categorica nel senso di affermare la obbligazione multipla dell'erede per il fatto che la stessa cosa era stata lasciata per fedecommesso a due distinte persone non congiuntamente, ma con disposizioni separate. Il far gravitare, invece, il cumulo delle due obbligazioni non sul fatto delle disposizioni separate, ma sulla intenzione del testatore, è decidere anche qui contrariamente ai testi genuini e conformemente alla riforma di Giustiniano. Le parole si testator utrumque solidum habere voluit, che fanno sorgere l'obbligazione cumulativa non necessariamente dall'essere la stessa cosa lasciata per fedecommesso a due distinte persone, ma, eventualmente, dalla intenzione del testatore, qualora fosse risultata in questo senso, sono interpolate. La critica moderna (Gradenwitz, P. Krueger, Be-

seler, Messina-Vitrano) pensa il testo anche più largamente interpolato; ma ciò non ha importanza nella questione che ci occupa.

Testo interpolato è, finalmente, D. 31, 13, 1 Pomponius libro septimo ex Plautio:

Si quis, qui unum reum habebat, quod is sibi deberet duobus [in solidum] separatim legasset, oneratur heres duobus satisfacere uni actionem cedendo alteri pecuniam solvendo.

Si fa in questo testo l'ipotesi che un testatore leghi un proprio credito separatim a due distinte persone. Il giurista rispondeva: l'erede è tenuto, dato che lo stesso credito è legato in due separate disposizioni, a prestarlo a entrambe, naturalmente cedendo l'actio per esigere il credito all'una, dando l'equivalente in denaro all'altra. I compilatori inseriscono le parole in solidum per far comprendere che ciò deve avvenire non in virtù delle due disposizioni separate, ma in virtù della intenzione del testatore che ha voluto che l'erede fosse tenuto in solido: che se queste parole, rivelatrici della sua intenzione, nel testamento non v'erano, si doveva intendere, nonostante che lo stesso credito fosse lasciato a due legatari separatim, che ognuno di essi non potesse conseguire che la metà.

Insomma, in mancanza di esplicita dichiarazione del testatore nel senso di volere che l'obbligazione dell'erede dovesse essere cumulativa, sorgeva l'obbligazione parziaria.

Diciamo che le parole in solidum sono inserite dai compilatori, perchè contrastano con la dottrina classica risultante dai testi genuini di Gaio e di Ulpiano.

Pure interpolato è un testo di Marciano, cioè D. 30, 114, 19, libro octavo institutionum:

Interdum etiam cum lucro heredis moritur servus legatus vel per fideicommissum relictus, veluti si alienus vel licet proprius, pluribus tamen separatim [ita] relictus, [ut unusquisque in solidum capiat], scilicet si sine culpa heredis mortuus sit.

Il giurista fa un esempio di perimento dell'oggetto legato, che avviene cum lucro heredis. L'esempio fatto è quello della morte di uno schiavo legato separatim a più persone per damnationem. In questo caso, l'erede era tenuto nel diritto classico verso tutti i legatari per l'intero oggetto e, quindi, o per lo schiavo o per la sua aestimatio. Se lo schiavo perisce, egli è liberato verso tutti.

I Giustiniani non fanno dipendere questo lucrum dell'erede dal fatto di un legato separatim fatto a più perso-

ne, ma dal fatto che questo legato, separatim fatto a più persone, era fatto con espressa condizione che unusquisque in solidum capiat: chè, altrimenti, non sorgerebbe obbligazione cumulativa nell'erede e svanirebbe il suo lucrum. L'interpolazione della limitazione ita...ut unusquisque in solidum capiat, già veduta dal Cuiacio, dal Wissembach, dal Ferrini, da P. Krüger, emerge anche dall'espressione capere in solidum, così impropria, che il Ferrini, trascrivendola, la sostituisce inavvertitamente con l'espressione più propria: capere solidum.

La riforma giustiniana, già di scorcio indicata -come abbiamo visto- nella costituzione dell'a. 530, conservataci in C. 6, 37, 23, 2 - 2a - riforma, a cui sono ispirate le alterazioni dei testi or ora considerati- è fissata largamente e nettamente in una costituzione del 534 (posteriore, quindi, alla pubblicazione delle Pandette, in cui si trovano i testi interpolati, avvenuta nell'a. 533). Questa costituzione giustiniana, conservataci in C. 6, 51, 1, nel § 11 dice così:

Sin autem disiunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli soli-

dum eius rei aestimationem accipere desiderent, cum huiusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respiciendam esse existimans, nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Haec autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim dispo-
suerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei singulis in solidum praestetur.

A questo punto possiamo concludere. L'obbligazione cumulativa nasceva nel diritto romano classico dal delictum (o dall'atto illecito punito con pena privata come il delitto) commesso da più persone o in danno di più persone. La pluralità dei colpevoli o degli offesi faceva sì che l'obligatio ex delicto fosse necessariamente una obbligazione cumulativa: tutti dovevano prestare l'oggetto di questa obbligazione, che era poena, se più erano i colpevoli: a tutti doveva essere prestata la poena, se più erano gli offesi.

Smarritosi il concetto della pena privata nell'età del

Basso Impero, il diritto romano giustiniano tende a trasformare, e in molti casi trasforma, l'obbligazione solidale cumulativa, in obbligazione solidale elettiva, nel senso che, se più sono i colpevoli, uno è tenuto alla prestazione dell'intero oggetto della obbligazione, ma ne restano liberati gli altri; e se più sono gli offesi, ciascuno può pretendere l'intero oggetto dell'obbligazione, ma, se è stato prestato a uno di essi, non può più essere chiesto dagli altri.

L'obbligazione cumulativa nasceva, anche, nel diritto romano classico ogni qual volta lo stesso credito a carico dell'erede fosse stato lasciato per legato o per fidecommesso a più persone disgiuntamente.

Il diritto giustiniano rinnovò profondamente la dottrina classica, ammettendo che anche in questo caso l'obbligazione dell'erede non è cumulativa ma parziale: l'essere lo stesso credito lasciato a più persone congiuntamente o disgiuntamente non induce più alcuna differenza. Perché cumulo vi sia, occorre che non soltanto sia stato disposto del credito separatim, cioè con due separate disposizioni, ma che vi sia l'intenzione apertissima (C. 6, 51, 1, 11), manifestissima (D. 30, 33), di volere far conseguire a ciascuna persona l'intero lascito. Di modo che la cumulatività dell'obbligazione, quando esiste (e raramente esiste), è

conseguenza non del modo di essere della disposizione (fatta separatim, anziché coniunctim), ma della volontà del testatore.

Ognuno vede in quali angusti confini l'obbligazione cumulativa nel diritto giustiniano è ridotta.

Obbligazioni solidali o solidali elettive.

La terza configurazione di obbligazione con pluralità di soggetti è la fondamentale e la vera. Questa configurazione si può adeguatamente indicare così. Si ha una pluralità di soggetti o dal lato attivo o dal lato passivo e la obbligazione è intera in ciascuno di essi; ciò è dire, ciascuno dei vari titolari del diritto è creditore per l'intero, non però cumulativamente, bensì elettivamente, in guisa che il credito o il debito di ciascuno si può estinguere in una sola volta per tutti: in altre parole uno solo dei creditori esige, e si fa ragione per tutti; uno solo dei debitori paga, e paga per tutti.

Anche in questa obbligazione i Romani dicono che ciascuno dei creditori è creditore in solidum e ciascuno dei debitori è debitore in solidum: cioè, per l'intero; ma è manifesto che l'obbligazione assume un carattere profonda-

mente diverso dalla configurazione precedente, cioè dalla configurazione della obbligazione cumulativa. In questa terza configurazione l'obbligazione ha veramente un oggetto identico e unico; ed è per ciò che la prestazione non può essere chiesta o eseguita più di una volta.

Per indicare il fondamento di questa configurazione si ricorre da taluni al concetto della rappresentanza: si dice, cioè, che i singoli creditori e debitori si rappresentano reciprocamente. Ma è stato giustamente obiettato, che, se con ciò si intende riferirsi alla rappresentanza in senso tecnico, il richiamo a un simile concetto non quadra in nessun modo, nè dal punto di vista astratto, nè dal punto di vista del diritto romano. Non dal primo punto di vista, perchè la rappresentanza presuppone l'agire o il rispondere per conto e in nome di altri, mentre in questa obbligazione ciascun creditore agisce in forza di un diritto proprio, per conto e in nome proprio, e ciascun debitore risponde in virtù di un obbligo proprio e in nome proprio. Non dal secondo punto di vista, perchè -come è noto- i Romani non ammettevano l'istituto della rappresentanza, che riuscì a fissarsi nel sistema soltanto tardi attraverso una serie di eccezioni alla regola che lo negava. Se poi il concetto di rappresentanza è richiamato come una semplice im-

magine, adatta a colorire la reciproca posizione dei creditori e dei debitori, il richiamo è sconsigliabile, perchè facile generatore di equivoci.

Neppur richiamabile è il concetto della gestione di negozi, per il motivo che le parti geriscono un negozio interamente proprio.

Secondo altri, e più giustamente, il fondamento di questa obbligazione sta in ciò, che, agli effetti della esecuzione, l'individualità dei singoli creditori e debitori è considerata indifferente dalla volontà delle parti, del testatore o della legge: le loro persone sono riguardate come sostituibili, come fungibili, onde il creditore può scegliere quello dei debitori che meglio crede e il debitore è tenuto a rispondere verso il primo creditore che gli si presenta.

E' da avvertire, però, che alla base di questa obbligazione, quando più siano i debitori, nel diritto giustiniano spunta -come in seguito vedremo- il concetto della mutua garanzia: della obbligazione assunta ciascun soggetto passivo è debitore per la propria quota e garante per quella degli altri.

Col problema del fondamento di questa obbligazione si connette il problema, tuttora ardente, se qui abbiamo una

sola o più obbligazioni, cioè se qui abbiamo veramente, come abbiamo affermato, una obbligazione con pluralità di soggetti, oppure no.

Facendo leva su qualche testo male interpretato, è stato sostenuto che anche qui, come nella obbligazione parziaria e nella obbligazione cumulativa, vi ha una pluralità di obbligazioni, cosicchè la conseguenza sarebbe che questa figura di obbligazione non si può isolare, come si vorrebbe, dalle altre due. E si è applicata qui la dottrina che nel concetto della obbligazione ritiene scindibili, ancora nell'età classica, giustiniana e moderna, gli elementi del debitum e della obligatio, per dire che, se qui unico è il debitore, più sono le obbligazioni.

L'applicazione è fatta anche, non senza cadere in contraddizione con sè stesso, da un insigne maestro come il Bonfante. Nelle obbligazioni solidali non vi è dubbio -egli scrive- che, essendo unica la prestazione (eadem res, eadem pecunia, come dicono testi numerosissimi), il debitum è pure unico, ma la garanzia patrimoniale, la vera obligatio, è senza dubbio plurima.

Abbiamo detto: non senza cadere in contraddizione, perchè anche il Bonfante isola questa figura di obbligazione dalle altre due, insistendo sul punto che qui, e soltanto

qui, a differenza di quello che accade nella obbligazione parziaria e nella obbligazione cumulativa, abbiamo una obbligazione sola con pluralità di soggetti.

D'altra parte, non accoglibile è la tesi di chi, pur negando che nella obbligazione solidale vi sia un debitum e più responsabilità o obligationes, pur negando -cioè- che sia qui applicabile la dottrina che nel concetto della obbligazione distingue i due elementi della obligatio e del debitum, ritiene che vi siano più rapporti obbligatori presi in tutto il loro complesso. Carlo Longo, ad esempio, osserva che la dottrina, che distingue l'obbligazione solidale come una obbligazione in cui vi ha un debitum e più responsabilità o obligationes, non rispecchia certamente il pensiero della giurisprudenza classica, perchè, quando i testi classici dicono che nella obbligazione solidale vi hanno più obligationes, intendono alludere all'esistenza di più rapporti obbligatori presi in tutto il loro complesso e non considerati dal solo lato della responsabilità; essi, cioè, non usano affatto obligatio nel senso della Haf-tung tedesca.

Anche a prescindere dalle fonti e ragionando in astratto, la formula -più responsabilità o obligationes, un unico debitum- può quadrare secondo il Longo al caso della obbli-

gazione solidale passiva, dove si hanno più debitori responsabili, ma non quadra al caso della obbligazione solidale attiva, dove il debitore è uno solo e non ha senso dire che vi sono più responsabilità. La formula è, dunque, inadeguata a riassumere e caratterizzare la struttura della obbligazione solidale in tutti i suoi aspetti, e al più può valere a mettere in risalto la funzione economica della obbligazione solidale passiva, cioè la funzione della più energica garanzia che essa adempie a favore del creditore, offrendogli più patrimoni di più debitori sui quali soddisfarsi.

Sosteniamo che anche questa posizione, assunta dal Longo, non ci sembra difendibile.

Dire che nella obbligazione solidale non vi sono più obligationes, nel senso che non vi sono più responsabilità, ma aggiungere subito che in essa vi sono più rapporti obbligatori, presi in tutto il loro complesso, significa infrangere il principio che nella obbligazione solidale, a differenza della obbligazione parziaria e della obbligazione cumulativa, vi è un unico debitum, non potendo esservi rapporti obbligatori plurimi, senza che in ogni rapporto vi sia un debitum, una prestazione, cioè un elemento costitutivo del rapporto stesso. E, siccome il debitum in ogni rapporto è lo stesso, l'obbligazione solidale, secondo la con-

cezione del Longo, non sarebbe differenziata dalla obbligazione cumulativa e finirebbe per venir confusa con questa. Così, secondo questa dottrina, non sarebbe configurabile mai una obbligazione con pluralità di soggetti.

In realtà, la caratteristica fondamentale della obbligazione solidale è data dalla unità del rapporto: unica è l'obbligazione, perchè unica è la prestazione; la pluralità dei subietti non influisce su questa unità. E, di fronte alle espressioni delle fonti che dicono esservi unum debitum, idem debitum e anche, conseguentemente, una eademque obligatio, eadem actio; di fronte a queste ripetute costanti espressioni delle fonti, che non sono certo incidentali o causali, ma precisamente pensate e volute per affermare un concetto dogmatico, non hanno grande importanza alcune sporadiche locuzioni, che accennano a più obbligazioni e che hanno dato molto da pensare ad alcuni scrittori, quasi che contenessero la negazione della unità e il riconoscimento della pluralità dei rapporti obbligatori.

Si trova detto, ad esempio, in D. 45, 2, 13, che, se l'uno dei duo rei promittendi muoia, e l'altro gli succeda come erede, in persona di questo si hanno duae obligationes, allo stesso modo che, se ai due conrei stipulandi succede come erede l'altro, questo deve essere titolare di duae

species obligationis.

Parimenti in D. 45, 2, 9, 2 è scritto che, se con una stipulazione si creano due conrei debendi, obbligati entrambi a dare la prestazione a Capua, ma residenti in due luoghi diversi, si debba tener conto per la obbligazione di ciascuno del tempo necessario a ciascuno per eseguire la prestazione.

Ma fu ben detto che tutto ciò è pienamente spiegabile e non intacca il principio della unità, giacchè è ovvio che, quando si ha riguardo alle persone e si considerano singolarmente i debitori o i creditori, come diciamo che più sono i debitori o più i creditori, così possiamo pur dire, innocuamente, che più sono le obbligazioni, senza con ciò negare l'unità del rapporto, cioè l'unità del debito o del credito.

In D. 45, 2, 13 (Venuleius libro tertio stipulationum) leggiamo:

Si reus promittendi altero reo heres extiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est. Nam ubi quidem (aliqua) differentia obligationum esse possit, ut in fideiussore et reo principali, constitit alteram ab altera perimi: cum vero eiusdem duae potestatis sint, non potest reperiri qua altera potius quam

alteram consummari. ideoque et si reus stipulandi heres extiterit, duas species obligationis eum sustinere.

Nell'esempio fatto in questo testo si vuol dire semplicemente che l'essere l'uno dei debitori o creditori solidali divenuto erede dell'altro non distrugge la pluralità soggettiva, che si aveva nel momento in cui l'obbligazione sorse, giacchè l'erede è ora per doppio titolo, debitore o creditore, cioè una volta in persona propria, l'altra in funzione di rappresentante del defunto.

In D. 45, 2, 9, 2 (Papinianus libro vicesimo septimo quaestionum) leggiamo:

Cum duos reos promittendi facerem ex diversis locis, Capuae pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cuiusque ratio proprii temporis habebitur: nam et si maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cuiusque persona propria singulorum constitit obligatio.

Qui ancor più evidente è la ragione che induce a parlare di due specie di obbligazioni: rispetto a ciascuno dei debitori, perchè stanno in luoghi diversi, si dovrà tener conto di una diversa misura di tempo per la esecuzione della prestazione, ma l'unità della obbligazione non è intaccata: anzi -dice Papiniano- i due vincoli personali maxime

parem causam suscipiunt.

L'unità non è distrutta nè pure dal fatto che rispetto a ciascun subbietto il vincolo assuma un atteggiamento diverso per modalità speciali che si aggiungano alla obbligazione di ciascuno. L'uno può esser tenuto in modo puro e semplice, l'altro a termine o sotto condizione.

In D. 45, 2, 7 (Florentinus libro octavo institutionum) leggiamo:

Ex duobus rei promittendi (alius pure), alius in diem vel sub condicione obligari potest: nec enim impedimento erit dies aut condicio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.

Il debito rimane sempre unico: soltanto, uno dei subbietti non può essere costretto al soddisfacimento della obbligazione prima che si sia verificata la condizione o sia scaduto il termine: in altre parole, non si esige la perfetta uguaglianza del vincolo dal lato personale.

Terminologia romana.

Per designare questa obbligazione le fonti romane non hanno un apposito termine, ma adoperano espressioni che ren-

dono evidente la sua caratteristica struttura. Fu assunta come tipo di questa obbligazione quella derivante da stipulazione, conchiusa da due o più creditori o da due o più debitori, nei modi adatti a far sorgere in ciascuno il diritto e l'obbligo indipendente per la intera prestazione, e l'esistenza di questa obbligazione venne designata come quella in cui vi sono duo rei stipulandi, duo pluresve rei promittendi.

La frase duo rei stipulandi et promittendi, divenuta antonomastica, finì per essere adoperata anche elitticamente, cioè per ridursi alle parole duo rei. Così la rubrica del titolo del Digesto 45, 2 che è la sedes materiae, è formulata con le seguenti parole: de duobus reis constituendis. E, come tale, venne trasferita a indicare la esistenza della solidarietà elettiva fra creditori e debitori, in negozi diversi dalla stipulazione, sia -spesso- mediante l'aggiunta di un quasi o di un quodammodo, che fivela come il territorio precipuo e originario di questa obbligazione è quello della stipulazione, sia senza alcuna aggiunta.

Si vedano i seguenti testi:

D. 13, 5, 16 pr. Ulpianus libro vicesimo septimo ad edictum:

Si duo quasi duos reos constituerimus, vel cum al-

tero agi poterit in solidum.

D. 21, 1, 31, 10 Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium:

.....si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum.....

D. 13, 6, 5, 15 Ulpianus librus vicesimo octavo ad edictum:

Si duobus vehiculum commodatum sit.....simul.....
duo quodammodo rei habebuntur.....

D. 19, 2, 13, 9 Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum:

Duo rei locationis in solidum esse possunt.

D. 21, 2, 65 Papinianus libro septimo quaestionum:

.....quia non duo rei pacti proponerentur.

Un rilievo notevole non dobbiamo trascurare di fare per la terminologia giustiniana.

Mentre per i Romani i duo rei promittendi sono soltanto i debitori solidalmente tenuti a seguito di una stipulazione, e i debitori solidalmente tenuti per altri negozi sono detti duo rei o quodammodo duo rei o quasi duo rei, per i Giustiniani due debitori solidali in genere sono detti duo rei promittendi, qualunque sia il negozio da cui la solidarietà nasce. Questa larga accezione della espressione duo

rei promittendi noi la constateremo introdotta per interpolazione in D. 45, 2, 9 pr., dove debitori solidali sono due depositari o due commodatari; in D. 49, 1, 10, 3, dove i duo rei promittendi sono i debitori solidali ex quacumque causa; nella rubrica giustiniana del titolo del Codice 8, 39 (40): de duobus reis promittendi, giacchè le costituzioni ordinate sotto questo titolo riguardano casi di solidarietà anche ex mutuo; nella famosa costituzione giustiniana, conservataci in C. 8, 40 (41), 28, dove i duo rei promittendi sono i rei principales in generale e si contrappongono ad alcune figure speciali di rei (cioè mandatores e fideiussores). E' opportuno tenere presente questa più larga accezione dell'espressione duo rei promittendi, soprattutto, come vedremo, per intendere adeguatamente l'ampiezza della riforma che in materia di solidarietà Giustiniano ha introdotto con questa costituzione.

Ciò che diciamo per l'uso giustiniano della espressione duo rei promittendi, vale anche per l'espressione duo rei stipulandi. Anche questa espressione nel diritto giustiniano indica qualunque creditore solidale: cfr. la rubrica del titolo del Codice 8, 39 (40); de duobus reis stipulandi...

Una precisa documentazione del nuovo più largo significato delle espressioni duo rei promittendi, duo rei stipu-

landi, è offerta da C. 8, 39 (40, 415):

Cum quidam rei stipulandi certos habebant reos promittendi, vel unus forte creditor duos vel plures debitores habebat, vel contrario multi creditores unum debitorem, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnovissent vel per solutionem vel per alios modos, ecc.

Come appar chiaro, in questa costituzione Giustiniano scambia creditores e rei stipulandi, debitores e rei promittendi: i primi sono i creditori solidali; i secondo, i debitori solidali ex quocumque contractu; cioè, come testualmente dice la costituzione, i creditori e i debitori nel caso in cui ex una stirpe unaque fonte unus effluxit contractus vel debiti causa ex eadem causa apparuit.

Accanto a queste espressioni per designare questo tipo di obbligazioni, ve ne sono altre che si riferiscono alla identità della prestazione dovuta integralmente una sola volta a uno dei creditori o da uno dei debitori.

Così troviamo le espressioni seguenti,

D. 5, 2, 12, 3 Modestinus libro singulari de praescriptionibus:

Filius testatoris, qui cum Titio eiusdem pecuniae reus fuerat.....

D. 46, 1, 71 Paulus libro quarto quaestionum:

.....igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari.....

D. 26, 7, 45 Paulus libro septimo quaestionum:

sed haec in magistratibus tractavi, quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo.....

D. 26, 7, 38 pr. Papinianus libro duodecimo quaestionum:

.....electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem ?

D. 2, 14, 21, 5 Paulus libro tertio ad edictum:

In his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur.

D. 45, 2, 19 Pomponius libro trigesimo septimo ad Quintum Mucium:

Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis determinatione exemptus est obligatione, alter non liberatur.

D. 45, 2, 2 Javolenus libro tertio ex Plautio:

Cum duo eandem pecuniam.....stipulati sunt, ipso iure..... singuli debent.

D. 46, 1, 52, 3 Papinianus libro undecimo responsorum:

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores.

Terminologia moderna.

Nel linguaggio moderno questa obbligazione, dalla terminologia romana, relativa alla pluralità dei soggetti (duo rei o confei: questo termine si trova una volta sola in D. 34, 3, 3, 3), è detta obbligazione correale; dalla terminologia romana, relativa all'oggetto, è detta obbligazione in solidum o solidale. Il termine di obbligazione solidale è il più popolare; ed è abbastanza degno di nota come, passando a designare questo tipo di obbligazione con pluralità di soggetti, il cui lato caratteristico è, quando più siano i debitori, la responsabilità dell'uno per tutti, il termine "solidale" e il linguaggio, che su questo termine s'impenna (esser solidali, mostrarsi solidali, solidarietà), abbia finito col non esprimere più nel diritto e nel linguaggio moderno l'integrità, la totalità della prestazione, conformemente al senso della parola.

I testi romani usano solidum nel senso di intero, e quindi parlano di obligatio in solidum, anche quando si riferiscono alla obbligazione cumulativa; ma la dottrina ro-

manistica ha attribuito per eccellenza il titolo di obbligazione solidale a questa obbligazione, in cui è tenuto al soddisfacimento ciascuno dei debitori e può chiederlo ciascuno dei creditori con l'effetto, sì nel primo caso che nel secondo, di estinguere il rapporto obbligatorio, nei riguardi di tutti, debitori o creditori.

Per rendere più adeguatamente la terminologia romana, si parla di obbligazione solidale cumulativa, quando il solidum è dovuto da tutti i debitori e a tutti i creditori, senza che la prestazione fatta da uno o a uno solo di essi estingua il rapporto obbligatorio; si parla di obbligazione solidale elettiva, quando la prestazione dell'uno o all'uno lo estingue.

In ciascuna delle varie parti della compilazione Giustiniana è dedicato a questa figura di obbligazioni un titolo speciale (Inst. 3, 16; Dig. 45, 2; Cod. 8, 39 (40)). È uno dei temi in cui la letteratura è più complessa; ed è, e soprattutto è stato, uno dei più controversi.

REQUISITI DELL'OBBLIGAZIONE SOLIDALE.

I requisiti necessari per l'esistenza della obbligazione solidale sono:

1°) La pluralità dei soggetti attivi o passivi.

Quando si hanno più creditori e un solo debitore, vi ha l'obbligazione solidale attiva; quando si hanno più debitori e un solo creditore, l'obbligazione solidale passiva.

2°) L'identità dell'oggetto: idem debitum.

Questo requisito è rilevato espressamente nella formula diretta a costituire la solidarietà per stipulazione.

Inst. 3, 16 pr.:

"Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes"?

D. 45, 3, 29 (Paulus):

"Decem illi domino, eadem decem alteri dare spondes"?

Rilevata è pure espressamente l'identità dell'oggetto

nella formula in cui si impegnava il fideiussore.

D. 45, 1, 75, 6 (Ulpianus):

"Id fide tua esse iubes"?

Essa, poi, risulta dalla terminologia adoperata per indicare la solidarietà in riferimento all'oggetto: rei eiusdem pecuniae, rei eiusdem debiti.

Per decidere concretamente se la prestazione promessa dai vari debitori o ai vari creditori possa dirsi identica, o no, e quindi possa, o non, sorgere l'obbligazione solidale, fu bene osservato che non bisogna arrestarsi alle apparenze esteriori, ma applicare criteri giuridici di valutazione.

Papiniano in D. 45, 2, 9, 1 presenta il caso di due depositari della stessa cosa, in cui l'uno si è impegnato a rispondere soltanto per il dolo (cioè, entro i limiti della normale responsabilità del depositario), l'altro anche per colpa.

Qui apparentemente è promessa la stessa prestazione (idem debitum), cioè la custodia e la restituzione del deposito; ma la disparità del grado di responsabilità assunta configura diversamente il debito di ciascuno: impar suscepta est obligatio, dice Papiniano, ed esclude per questo la solidarietà.

Ciò nel diritto classico importa che, se il deponente contesta la lite col depositario, responsabile solamente per il dolo, ed è respinto perchè la cosa è perita senza dolo del depositario, non perde il diritto di agire contro l'altro, che deve rispondere anche del perimento semplicemente colposo; mentre lo perderebbe, se si trattasse di obbligazione in solidum.

Un caso interessante è quello presentato da Gaio nella seconda parte di D. 45, 2, 15:

Idem (Julianus) ait, et si Titius et Seius decem aut Stichum, qui Titii sit, stipulati fuerint, non videri eos duos reos stipulandi, cum Titio decem tantum, Seio Stichus aut decem debeantur; quae sententia eo pertinet, ut, quamvis vel huic vel illi decem solverit vel Seio Stichum, nihilominus alteri obligatus manet. [Sed dicendum est, ut, si decem alteri solverit, ab altero liberetur].

Qui il debitore aveva apparentemente promesso ai due creditori -Tizio e Seio- una identica prestazione (decem aut Stichum); ma, in realtà, siccome Stico apparteneva già a Tizio, la obbligazione per questi sorgeva solo per dieci, mentre rispetto all'altro sorgeva come obbligazione alternativa (o dieci o Stico). Data la diversità intrinseca del-

Le due prestazioni, non quindi stipulazione solidale ma due distinte stipulazioni. E così decide Giuliano traendone la logica conseguenza che, se il debitore paga uno dei creditori, non resta liberato di fronte all'altro.

La decisione di Giuliano è turbata, per verità, dall'ultimo periodo, nel quale Gaio sembrerebbe bruscamente dissentire dal grande maestro con l'avvertenza:

Sed dicendum est, ut, si decem alteri solverit, ab altero liberetur.

Ma queste parole non derivano certamente da Gaio, come ha già veduto il Fabro e come generalmente la dottrina romanistica ritiene, se si eccettua l'isolata opinione dello Czyhlarz.

Pur prescindendo dal notare che questo brusco modo di andare contro corrente non è nello stile gaiano, nessun giurista avrebbe potuto manifestare il suo dissenso in modo così reciso, (sed dicendum est), senza motivarlo. In secondo luogo, e soprattutto, la interpolazione del breve periodo, oltre che certa, è anche maldestra, perchè i compilatori ammettono qui le conseguenze della solidarietà (l'efficacia liberatoria del pagamento fatto a uno dei creditori) senza preoccuparsi che questa soluzione stonava con la precedente negazione della solidarietà (non videri eos duos reos sti-

pulandi); e ben fu detta, anche, interpolazione cerebrina, perchè, se si voleva ammettere l'efficacia liberatoria del pagamento, non vi era ragione di ammetterla nel solo caso che fossero pagati i decem a uno qualsiasi degli stipulanti, ma si doveva ammetterla anche nel caso che fosse prestato Stico a quello degli stipulanti a cui era validamente dovuto.

Un criterio generale di valutazione della identità, o meno, della prestazione è offerto poi da Gaio nella prima parte dello stesso testo:

Si id quod ego et Titius stipulamur, in singulis personis proprium intellegatur, non poterimus duo rei stipulandi constitui, veluti cum usumfructum dari stipulemur.

Il testo riguarda esplicitamente la solidarietà attiva, ma implicitamente concerne la solidarietà passiva, e stabilisce la massima che, se la personalità dei vari creditori imprime per necessità giuridica alla prestazione, da ciascuno di essi convenuta, un carattere individuale e differenziale, la solidarietà non può costituirsi. L'esempio fatto nel testo è che sia stato promesso l'usufrutto a Tizio e a Caio: il giurista nega che la solidarietà possa sorgere, perchè l'usufrutto è necessariamente individualizzato dal-

la persona dell'usufruttuario.

Le persone non possono essere qui considerate indifferenti; e manca, per questo, la base della solidarietà.

Ma viene giustamente rilevato che, se nessuna necessità giuridica si oppone, anche nei casi, in cui la prestazione è individualizzata dalla personalità dei singoli debitori, come nelle obbligazioni di fare, le parti possono considerare indifferente per il loro rapporto concreto, agli effetti della esecuzione, le persone dei debitori; e, quindi, la solidarietà può costituirsi sulla base dell'identità della prestazione.

Ne abbiamo un esempio in D. 45, 2, 5 (Julianus libro vicesimo secundo digestorum):

Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse et fideiussorem adhiberi in ea obligatione. Et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui [vel promittendi], sicuti si ab eodem fabro duo rei stipulandi easdem operas stipulentur: et e contrario duo fabri eiusdem peritiae easdem operas promittere intelleguntur et duo rei promittendi fieri.

Giuliano fa l'ipotesi di duo fabri eiusdem peritiae (cioè, di due fabbri che il creditore considera indifferenti, perchè li considera di pari abilità), che abbiano pro-

nesso determinate opere allo stesso stipulante e le dichiara duo rei promittendi, cioè debitori solidali, perchè easdem operas promittere intelleguntur.

L'identità della prestazione, che non può andare scompagnata dalla fungibilità delle persone dei vari debitori e dei vari creditori, e la circostanza che, secondo lo scopo della parti e della legge, essa non può esigersi nè deve farsi che una volta sola, portano alla conseguenza che nell'obbligazione solidale l'oggetto è in realtà unico. Di qui le espressioni delle fonti, che accentuano esservi in questa obbligazione unum debitum (D. 2, 14, 2 pr.), una summa (D. 45, 2, 3, 1).

3°) L'unità dell'atto: unitas actus.

Questo requisito, dichiarato necessario in particolare per la solidarietà contrattuale, non era sempre richiesto nè nel diritto classico nè nel diritto giustiniano.

Per il diritto classico si può affermare questo: che per la costituzione della solidarietà contrattuale, a favore di più creditori, ugualmente principali o a carico di più debitori, ugualmente principali, l'unità dell'atto era sempre necessaria.

Vi era peraltro un campo, quello della fideiussione, in cui la unità dell'atto non era necessaria, perchè il ga-

rante restava solidalmente obbligato pur prestando la sua garanzia con atto separato e anche posteriore al negozio dal quale era sorta l'obbligazione del debitore.

Fuori del campo della fideiussione, è stato ben notato come, anche trattandosi di contratti non formali, non si comprende in qual modo nell'età classica un nuovo debitore o creditore in solidum avrebbe potuto posteriormente accedere a una obbligazione antecedentemente sorta senza trovare ostacolo nel principio che ex nudo pacto obligatio non nascitur.

E, per ciò, nelle fonti una simile eventualità non è mai considerata: che anzi, in esse si presuppone sempre, per la costituzione della solidarietà, un atto unitario con pluralità di soggetti: così si parla di comodato conchiuso simul con più persone (D. 13, 6, 5, 15); di deposito fatto pari ter presso due persone (D. 45, 2, 9, 1); di vendita conchiusa simultaneamente con più compratori (D. 19, 2, 47); di constitutum solidale conchiuso da due debitori simultaneamente (D. 13, 5, 13 pr.).

Per la costituzione della solidarietà mediante il contratto formale è attestato direttamente che per la stipulazione classica era richiesto imprescindibilmente un atto collettivo da compiersi con un rigore di certa origine cau-

telare e giurisprudenziale, che ci viene ancora ricordato nella sedes materiae delle Istituzioni giustinianee (D. 3, 16).

Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat "spondeo", ut puta, cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat "utri- que vestrum dare spondeo": nam si prius Titio sponde- rit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque a- lia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse.

Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: "Maevi, quin- que aureos dare spondes? Sei, eosdam quinque aureos dare spondes"? respondeant singuli separatim "spondeo".

Per la solidarietà attiva -dunque- dovevano precedere le interrogazioni dei vari creditori. Domanda del primo cre- ditore: "decem dare spondes"? Domanda del secondo credito- re: "eadem decem dare spondes"? , alle quali l'unico debito- re, che fino a quel momento aveva taciuto, dava una rispo- sta comune: utrique vestrum dare spondeo.

Per la solidarietà passiva dovevano pur precedere le interrogazioni dell'unico creditore ai singoli debitori e soltanto dopo l'ultima interrogazione i debitori risponde-

vano ciascuno "spondeo", ovvero insieme "spondemus" (D.45, 2, 4).

Lo scopo di un blocco di domande fatte all'unico debitore da parte dei creditori, prima che il debitore risponda, o di un blocco di risposte da parte dei debitori, dopo l'esaurimento delle interrogazioni fatte a ciascuno di essi dall'unico creditore, era manifestamente quello di evitare la conclusione di stipulazioni separate e di costruire invece, con un solo dialogo, un'unica stipulazione con identica prestazione integrale, che poteva essere chiesta per tutti, da uno solo degli stipulanti, o doveva essere fatta, per tutti, da uno solo dei promittenti.

Tale espediente era, nel diritto classico, una giuridica necessità: senza questo espediente, da due stipulazioni separate, egualmente principali e concernenti lo stesso oggetto, poteva derivare, a seconda della formulazione della stipulazione posteriore o della sua interpretazione, o il cumulo di due obbligazioni, o l'estinzione della obbligazione precedente per la nascita della nuova obbligazione, cioè la novazione: non poteva derivare in nessun caso l'obbligazione solidale.

L'imprescindibilità della unità dell'atto per la costituzione della solidarietà da stipulazione, e la conseguente

impossibilità di costituirla mediante stipulazioni separate, oltre che attestata dal passo delle Istituzioni giustiniane che abbiamo riferito più sopra, è confermata da altri numerosi testi.

Basterà richiamare i seguenti:

D. 45, 3, 28, 2 Gaius libro tertio de verborum obligationibus

Si ipsi domini singuli eadem decem servo communi dari fuerint stipulati et semel responsum secutum fuerit, duo rei stipulandi erunt, cum placeat dominum servo dari stipulari posse.

D. 45, 3, 29 Paulus libro septuagesimo secundo ad edictum

Si communis servus sic stipulatus sit: decem illi domino, eadem decem alteri dare spondes? dicemus duos reos esse stipulandi.

D. 46, 1, 43 Pomponius libro septimo ex variis lectionibus

Si a Titio stipulatus fideiussore te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus, alium fideiussorem accipiam, confideiussores non erunt, quia diversarum stipulationum fideiussores sunt.

L'unità dell'atto, invece, non è più un requisito es-

senziale della stipulazione giustiniana, tanto nel caso che sia stata conclusa con un solo promittente, quanto nel caso che sia stata conclusa con più.

Ciò risulta dalla dichiarazione di numerosi testi.

Il primo caso è contemplato in D. 45, 1, 137 pr. Venuleius libro primo stipulationum:

Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet [ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit] et communis responderi stipulanti oportet. [Ceterum si post, interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset].

L'interpolazione delle parole ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit è evidente per il luogo nel quale il temperamento giustiniano è inserito nel testo classico sì da rivelarsi un elemento eterogeneo del testo stesso; evidente anche per la forma ut tamen, usata per inserirlo: forma sospetta come l'altra analoga: sic tamen.

Le parole ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit, che distruggono il principio classico della unità della stipulazione, sono già state dichiarate interpolate dal Perozzi, dal Riccobono, dal Beseler, dal Kerr Wylie, dal De Gautard. Anche il periodo ceterum etc. è compilatorio: il verbo acceperit è senza soggetto; le parole eadem

die, come vide anche il De Gautard, sono troppo chiaramente allusive alla costituzione giustiniana, nella quale è stabilito che l'unico modo per infirmare la fede del documento, in cui la stipulazione è contenuta, è la prova patente che durante l'intero giorno indicato la parte o le parti non erano sul luogo.

Un testo interpolato, da cui risulta che l'unità dell'atto non è requisito della solidarietà nella stipulazione giustiniana, è D. 45, 2, 6, 3 (Julianus libro quinquagesimo secundo digestorum);

Duo rei sine dubio ita constitui possunt ut et temporis ratio habeatur inter quod uterque respondeat:

[modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit quo minus duo rei sunt]. Fideiussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa, si responderit, [potest videri non] impedire obligationem reorum, [quia nec longum spatium interponitur, nec is actus, qui contrarius sit obligationis].

Anche qui la interpolazione delle parole modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit quo minus duo rei sunt, è resa evidente dal modo infelice col quale è legata

alla parte genuina del testo e dalla eccezione espressa con l'avversativa tamen: è resa evidente anche dalla sgrammaticatura: nihil impedit quominus sunt.

La interpolazione delle parole quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi, è dimostrata dalla comparazione con un testo genuino di Pomponio, in cui si dice precisamente l'opposto: in cui si dice, cioè, che la stipulazione di un fideiussore conclusa in mezzo a due stipulazioni, intervenute con due debitori principali, impedisce il sorgere di una obbligazione solidale di queste.

Il testo di Pomponio ci è conservato in D. 46, 1, 43 (libro septimo ex variis lectionibus):

Si a Titio stipulatus fideiussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fideiussorem accipiam, confideiussores non erunt, quia diversarum stipulationum fideiussores sunt.

E' sempre il caso, poi, di avvertire che queste interpolazioni, per cui il modicum intervallum temporis tra la domanda e la risposta è tollerabile nella stipulazione senza che ciò pregiudichi l'unità dell'atto, e il modicum intervallum temporis tra una risposta e l'altra, data da più debitori allo stipulante, non pregiudica la nascita della

obbligazione solidale da stipulazione, sono un chiaro riflesso di quell'empirismo che è dominante nella legislazione giustiniana, la quale non aderisce spesso a soluzioni giuridicamente rigorose, quando esse producano conseguenze che alla mentalità poco giuridica e molto retorica dei Bizantini sembrano troppo gravi; sono un chiaro riflesso di quell'empirismo che si commuove per la sproporzione tra effetto e causa e ripugna ad ammettere che un piccolo spazio di tempo -cioè una piccola causa- sia capace di così imponente effetto, quale è quello di far considerare per ciò venuto meno il negozio o la modalità del negozio che le parti hanno voluto.

Testo più gravemente interpolato è D. 45, 2, 3 pr. Ulpianus libro quadragesimo septimo ad Sabinum:

In duobus reis promittendi [frustra timetur novatio: nam, licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare et sequentem accedere]. Et parvi refert, simul spondeant an separatim promittant, [cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituentur: neque ulla novatio fiet].

La maggior parte degli scrittori (Eisele, Binder, Levy, Segrè) eliminano come spurie in questo testo le parole:

- 98 -

nam, licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere, pristinam obligationem durare et sequentem accedere.

Il Binder e il Longo appuntano come giustinianeae anche le parole finali:

cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur: neque ulla novatio fiet.

Altri (Perozzi, De Gautard, Kerr Willie) dichiarano il testo interpolato senza precisamente fissare l'ampiezza della interpolazione.

A nostro avviso, il testo dalle parole frustra timetur in poi è tutto un rimaneggiamento giustiniano, salvo le parole centrali et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant.

Il testo nella redazione giustiniana dice che, per aversi obbligazione solidale passiva da stipulazione, non è necessario che la risposta in coro o le risposte singole dei vari debitori seguano immediatamente dopo l'esaurimento delle interrogazioni del creditore, ma che le risposte possono essere date ex intervallo separatamente a ciascuna domanda, senza timore che la seconda stipulazione ponga in essere una obbligazione novativa della precedente, dato che non c'è novazione senza animus novandi.

Affermazione e motivazione non possono essere classiche.

Il giureconsulto doveva scrivere precisamente l'opposto: che, cioè, in questo caso si faceva luogo, anziché a una obbligazione solidale, a una novazione, se i debitori avessero risposto ex intervallo ciascuno separatamente a ciascuna interrogazione, piuttosto che tutti insieme in coro o quanto meno tutti di seguito dopo avvenute tutte le interrogazioni.

La dottrina classica è conservata nel successivo testo di Pomponio (D. 45, 2, 4 libro vicesimo quarto ad Sabinum):

Duo rei promittendi sive ita interrogati "spondetis"? respondeant "spondeo" aut "spondemus", sive ita interrogati "spondes"? respondissent "spondemus", recte obligantur.

In maniera conforme, il giurista Ulpiano, a cui il testo interpolato è attribuito, si limitava evidentemente a dire che, anzi che rispondere tutti i debitori in coro "spondemus", poteva ciascuno separatamente, ma senza interruzione, rispondere "spondeo"; ciò emerge dalle poche parole genuine sopravvissute nel testo:

et parvi referti simul spondeant an separatim promittant.

L'interpolazione è evidente per ragioni formali e sostanziali. Per ragioni formali: perchè licet e etsi non possono così stare insieme. Per ragioni sostanziali: perchè, dopo licet, etsi, sollevanti una difficoltà, è illogico dire consequens est, senza avere eliminato l'obiezione; perchè le parole pristinam obligationem durare et sequentem accedere, che ripetono quasi letteralmente le disposizioni della costituzione giustiniana riformatrice della novazione, esprimono ciò che si ha nella obbligazione cumulativa, non ciò che avviene nella obbligazione solidale: in quella, sì, l'una obbligazione si aggiunge all'altra; in questa vi ha una sola obbligazione.

L'interpolazione è, poi, evidente, perchè il far dipendere la solidarietà dalla intenzione delle parti, anzichè dal modo con cui la stipulazione è stata compiuta, è proprio dei compilatori giustiniani che presumono nel caso di stipulazione, in cui sono intervenuti più creditori o più debitori, esservi obbligazione parziaria, salvo che i contraenti abbiano diversamente voluto e ciò risulti dal documento; e l'escludere la novazione è proprio degli stessi compilatori che esigono per questa l'animus novandi. Per Giustiniano la novazione non è da temere, quando le parti non la vogliono; per ciò può nascere solidarietà anche da

stipulazioni separate e successive, se alla obbligazione solidale, anzichè alla novazione, la intenzione delle parti è diretta.

Analogamente interpolato è D. 46, 2, 8, 5 Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum:

Si ab alio promissam tibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem sed fieri novationem placet, [si hoc actum est:] quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat? quod enim ego debeo, si alius promittat, [liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur sed altero solvante alter liberatur.] Non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur. Liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.

Qui è fatta la ipotesi di un creditore (il marito), che stipula successivamente lo stesso oggetto (la dote) prima da un terzo e poi dalla moglie; cioè, l'ipotesi di due stipulazioni separate e successive. Ulpiano dice che in tal caso non si verifica cumulo ma novazione: però, soggiungerebbe che la novazione ha luogo se tale è la volontà delle parti: che se, invece, questa non è la volontà delle parti

il terzo e la moglie sono debitori solidali e uno è liberato dal pagamento che l'altro faccia. Così la solidarietà potrebbe sorgere, benchè si abbiano separate stipulazioni e il requisito dell'unità dell'atto non è richiesto.

Ma, se si eccettua la isolata opinione del Costa e del Rutsaert, è oggi communis opinio che il testo di Ulpiano sia interpolato nel punto in cui fa dipendere la novazione dalla volontà delle parti. Nel diritto classico, in questa fattispecie, essa avveniva necessariamente.

I testi genuini ci apprendono che nel diritto classico la stipulazione successiva di un debito anteriore estingueva per novazione la precedente obbligazione.

Gaio 3, 176 ci informa:

Praeterea novatione tollitur obligatio veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim, nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.....

Soltanto Giustiniano con apposita costituzione (C.8, 41 (42), 8) ha stabilito che la novazione si verifica, o non, a seconda che le parti abbiano, o non, la volontà di novare (l'animus novandi).

Per ciò Ulpiano non doveva affermare non duplari dotem sed fieri novationem placet, si hoc actum est; ma affermare

semplicemente: non duplari dotem sed fieri novationem; non doveva motivare: quod ego enim debeo, si alius promittat, liberare me potest ecc., ma motivare semplicemente: quod ego enim debeo, si alius promittat, liberat me.

L'interpolazione è dimostrata anche dall'ultimo inciso, non modificato -come avrebbe dovuto esserlo dai compilatori-;

liberat autem me is qui quod ego debeo promittit, etiamsi nolim.

Questo inciso afferma ancora il principio classico che, se un secondo debitore promette al creditore quanto gli è già dovuto da un primo debitore (expromissio), lo libera anche se non vuole: il che vuol dire che la novazione si verifica necessariamente.

L'esegesi di questo testo consente, pertanto, di concludere che per i giuristi classici non poteva sorgere solidarietà senza unità di atto; per i Giustiniani questa unità di atto non è più un requisito della solidarietà: la solidarietà può sorgere, come questo testo interpolato ci rivela, anche da stipulazioni separate.

Così è certo che, mentre nel diritto classico l'unità di atto era un requisito della solidarietà contrattuale, richiesto ovunque all'infuori del caso della fideiussione, nel

diritto giustiniano esso non è richiesto nè per la costituzione della solidarietà accessoria nè per la costituzione della solidarietà principale, cioè nel caso di stipulazioni principali successive. L'intenzione di creare la solidarietà esclude sia il cumulo delle obbligazioni, sia l'estinzione della obbligazione precedente per novazione.

Un problema aperto è se nel diritto giustiniano, anche all'infuori del contratto verbale, l'unità di atto non era più richiesta e un nuovo creditore o debitore solidale poteva sempre successivamente accedere a una obbligazione antecedentemente costituita.

Taluni pensano che anche nel diritto giustiniano l'unità di atto fosse sempre richiesta nel territorio dei contratti reali o consensuali, il che corrisponderebbe al fatto che i testi delle Pandette e del Codice ad essi relativi non sono stati alterati come quelli concernenti la solidarietà da stipulazione. A nostro avviso, peraltro, hanno ragione quei Pandettisti che ritengono non necessario il requisito della unità di atto in qualunque contratto anche reale o consensuale.

Nella legislazione giustiniana, i testi, che sono materiale archeologico, soffocano i più rari testi in cui è espresso il diritto vivo: e in questa legislazione c'è più

diritto moderno di quello che l'impalcatura archeologica, specialmente delle Pandette, lasci intravedere. Nè c'è da meravigliarsi che i compilatori giustiniani non fissarono espressamente il nuovo principio anche per i contratti non verbali, quando si pensi allo sviluppo immenso che la dottrina della solidarietà ha nel campo della stipulazione e ai rari riferimenti, che alla solidarietà nel campo degli altri contratti si incontrano nelle fonti giustiniane.

FONTI DELLA SOLIDARIETA'.

Esse sono: il contratto, il testamento, la legge.

LA SOLIDARIETA' CONTRATTUALE

Storicamente la solidarietà contrattuale trovò la sua prima applicazione nel campo della stipulazione, che per lungo tempo dominò esclusiva nel commercio giuridico romano. Anche quando si estese ad altri contratti, il campo della stipulazione è sempre il più interessante e il più ricco.

E' controverso, e in sostanza incerto, se essa abbia potuto applicarsi in età meno antica all'altro contratto formale del diritto romano, il contratto letterale, scomparso nel diritto giustiniano. Non abbiamo testi che consentano di prendere conclusioni a questo riguardo.

Quanto agli altri contratti, si pensa da molti che la solidarietà elettiva abbia potuto esservi stabilita dal momento in cui invalse il principio che i patti aggiunti all'atto stesso del contratto fossero da ritenersi ad esso inerenti e produttivi di obbligazione.

Per verità, che nella età classica funzionasse la solidarietà nei contratti, che davano luogo a un judicium bonae fidei (e che, con singolare attrazione dal campo del diritto processuale al campo del diritto sostanziale, Giustiniano dice contractus bonae fidei), cioè nei contratti consensuali (compravendita, locazione-conduzione, società, mandato) e nei contratti reali (deposito, comodato, pegno: escluso soltanto il mutuo), non sembra possibile dubitare, perchè la troviamo applicata via via in queste figure contrattuali.

In materia di vendita più testi lo affermano.

Così D. 19, 2, 47 Marcellus libro sexto digestorum:

Cum apparebit emptorum [conductorumve] pluribus vendentem [vel locantem] singulorum in solidum intuitum personam, [ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo: quamquam fortasse iustius sit etiam, si solvendo omnes erunt,] electionem conveniendi quem velit

non auferendam actori, si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset.

Il testo è uno dei più vagliati dalla critica moderna e sospettato come interpolato già dall'acutissimo Fabro. Evidentemente, contrasta con l'affermata solidarietà (singulorum in solidum intuitum personam) l'ammettere, sia pure in forma dubitativa (quamquam fortasse iustius sit etc.), che i debitori solidali, quando sono tutti solvibili, possano eseguire la prestazione pro parte: non era certamente, questa, la decisione di Marcello; ma a noi importa il richiamo di questo testo, perchè ci pone innanzi a una obbligazione solidale da compravendita (l'accento alla locazione - conduzione è probabilmente compilatorio o, insomma, postclassico).

Può essere richiamato anche D. 21, 1, 31, 10 Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium:

Si venditori plures heredes extiterint, singulis pro portione hereditaria poterit servus redhiberi. et si servus plurium venerit, idem erit dicendum: nam si unus a pluribus vel plures ab uno vel plura mancipia ab uno emantur, verius est dicere, si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum.....

La obbligazione solidale da contratto di locazione - conduzione è pure affermata in più testi.

Ci limitiamo a richiamare D. 19, 2, 13, 9 Ulpianus libro tricesimo secundo ad edictum:

Duo rei locationis in solidum esse possunt.

Per il mandato è affermata da D. 17, 1, 60, 2 Scaevola libro primo responsorum:

Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur. respondi unumquemque pro solido conveniri debere, [dummodo ab utroque non amplius debiti exigatur].

Che se, per avventura, come a noi sembra probabile, il testo genuino non si riferiva al mandato, ma alla gestione di negozi (probabilmente mandavit sta in luogo di concessit, e mandati iudicio in luogo di negotiorum gestorum iudicio), avremmo qui un testo in cui si afferma la solidarietà dei procuratores preposti alla administratio negotiorum, cioè sempre la solidarietà contrattuale, in quanto che la negotiorum gestio era dai Romani (cfr. Gai 4, 182) annoverata fra i contractus.

Per il deposito, finalmente, abbiamo un testo assai noto, D. 45, 2, 9 pr., di cui dovremo più lungamente occupar-

ci fra breve.

Papinianus libro vicesimo septimo quaestionum:

Eandem rem apud duos pariter deposi utriusque fi-
dem in solidum secutus.....fiunt duo rei.....

Quanto al mutuo l'opinione comune, rappresentata auto-
revolmente anche in tempo recente da C. Longo, ritiene che
già nell'epoca classica la solidarietà elettiva potesse sta-
bilitarsi mediante patto aggiunto in ipso negotio e diretto
a regolare le modalità della restituzione (che, ad esempio,
nel mutuo fatto a due persone, ciascun debitore fosse tenu-
to a restituire l'intero e nel mutuo concesso da due credi-
tori, ciascuno potesse esigere l'intero).

Ma non tutti convengono nel ritenere che l'obbligazio-
ne solidale potesse sorgere nell'età classica da ogni con-
tratto.

E' da ritenere, -scrive il De Ruggiero- che in dirit-
to classico la solidarietà, in quanto volontariamente co-
stituita, derivasse principalmente da stipulazione ed ecce-
zionalmente da qualche altro contratto -ad esempio il depo-
sito- in cui sia insita per la natura stessa del contratto
l'unità della cosa e della prestazione.

Ancora più radicale è il Perozzi. Questo scrittore ri-
tiene che il diritto romano classico non conoscesse rispet-

to a nessun altro contratto, diverso dalla stipulazione, un
modo di darvi unità, intervenendo come contraenti circa lo
stesso unico e identico oggetto più creditori o più debito-
ri.

A nostro avviso, nè sono da accogliere le larghe riser-
ve del De Ruggiero, nè la dottrina del Perozzi, per quanto
le prime, e soprattutto la seconda, per la revisione di que-
sto problema non siano state infruttuose.

Secondo noi, la solidarietà contrattuale si era estesa
già nel diritto classico fuori del campo della stipulazione
a tutti i contratti che davano luogo a un iudicium bonae fi-
dei: così, a tutti i contratti consensuali; ai contratti
reali, escluso il mutuo, alla negotiorum gestio.

I testi, che affermano la solidarietà in questi nego-
zi sono -come abbiamo visto- numerosi e, per quanto riguar-
da l'affermazione della solidarietà stessa, insospettabili.

La sola eccezione è costituita dal mutuo: qui la possi-
bilità di stabilire la solidarietà con semplice patto è una
novità giustiniana. Nel mutuo l'obbligazione del debitore
non sorge che verso colui, del quale erano le cose fungibi-
li prestate e sorge in corrispondenza alla misura in cui e-
rano sue, per modo che era impossibile che alcuno restasse
tenuto verso due alla stessa somma in forza di un mutuo, co-

me era impossibile che alcuno fosse tenuto a restituire undici a Tizio, quando da Tizio aveva ricevuto dieci.

Un testo ulpiano (D. 12, 1, 11, 1 Ulpianus libro vicesimo sexto ad edictum) è esplicito a questo riguardo:

Si tibi dederò decem sic, ut novem debeas, Proculus ait et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem (in tal caso, uno si ha per donato). Sed si dederò, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.

La responsabilità solidale non poteva derivare da un patto aggiunto al contratto allo stesso modo e per la stessa ragione per cui con un semplice patto non si potevano dedurre nella obbligazione del mutuuario gli interessi (D. 19, 5, 24: pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi).

Anche la solidarietà, che caricava sul debitore la restituzione a un solo creditore di tutta la pecunia credita, cioè delle quote date anche dagli altri, doveva conformemente stabilirsi soltanto in base a una stipolazione.

Non deve dimenticarsi che l'azione, data al mutuante, è una condictio certae creditae pecuniae, certae creditae rei, e che il iudicium aperto da questa azione non è un iudicium bonae fidei (cioè, quel iudicium in cui il giudi-

ce deve esaminare quidquid dare facere oportet ex fide bona (l'un contraente verso l'altro), quale è, invece, il iudicium, a cui portano le controversie insorte sul terreno degli altri contratti reali e dei contratti consensuali, dove la solidarietà poteva essere stabilita con semplice patto.

In un caso e nell'altro, sia col pagamento del solidum a un solo creditore, sia col pagamento di una somma comprendente anche gli interessi della pecunia credita, la somma restituita avrebbe ecceduto la datio. Gli interessi potevano essere dedotti soltanto in altra obbligazione, in base a una stipulatio, il che è dire in base a un altro e diverso contratto.

Altrettanto dicasi nel caso di mutuo fatto a più persone.

I testi sembrano dar ragione al Perozzi e torto al Longo, che ha fatto una critica severa della tesi dal Perozzi sostenuta.

In D. 12, 1, 13, 2 Ulpiano (libro vicesimo septimo ad edictum) scrive:

Si servus communis decem crediderit, puto, sive administratio servo concessa est, sive non, et consumantur nummi, quinque competere actionem: nam et si communes tibi nummos credidero centum, posse ne quinquagin-

ta condicere libro octavo questionum Pomponius scribit, etiamsi singula corpora communia fuerint.

In questo frammento è detto che, se sono dati a mutuo dei nummi di cui più sono i comproprietari, questi hanno ciascuno diritto alla restituzione pro parte; non, dunque, alla restituzione in solidum.

Obbietta il Longo che, in realtà, nulla può ricavarsi dal testo contro la possibilità della solidarietà nel mutuo reale, sia perchè, nell'ipotesi che esso fa, nessun patto era stato concluso circa la restituzione dei nummi, sia perchè la ragione, che indurrebbe il giureconsulto ad accentuare il diritto parziario dei mutuanti, non sarebbe il preconcetto che non sarebbe possibile una solidarietà contrattuale (nel caso attuale, attiva) da mutuo reale, ma la preoccupazione di evitare che dal condominio, che ciascun creditore ha sui singoli nummi, si deducesse senz'altro la facoltà di ciascuno di essi di ripetere l'intero: preoccupazione, che risulterebbe espressamente dal testo.

Ma, circa questo secondo punto, dobbiamo subito soggiungere che la preoccupazione del giureconsulto era proprio quella di negare la solidarietà da mutuo reale: così già interpretavano il testo i bizantini, come ci è dato di constatare attraverso uno scolio dell'Enantiofane, il quale ri-

leva la differenza tra questa fattispecie e l'altra, in cui vi sia una società costituita fra due banchieri (argentarii socii). L'Enantiofane commenta: ἐπὶ δύο κοινωνῶν ἀργυροπρατῶν ἕκαστος τὸ ὅλον ἀπαίτει. cioè: quando vi sia una società costituita fra due banchieri, ciascuno chiede il solidum.

Circa il primo punto, poi, avvertiamo che, se era possibile costituire nel mutuo una responsabilità solidale, attiva o passiva, con semplice patto, il giurista non doveva trascurare nella sua decisione questa possibilità. Se non vi accenna, questo proprio accade, perchè la possibilità non c'era.

I testi, invece, in cui si afferma la possibilità di una responsabilità solidale derivante dal mutuo, sono certamente interpolati ed esprimono un pensiero giustiniano, non romano.

Vediamoli. Sono tre rescritti diocleziani, contenuti nel Codice giustiniano.

Il primo rescritto è in C. 4, 2, 5 pr. Diocletianus et Maximianus Aristodemo et Proculo (a. 293):

Si non singuli in solidum [accepta mutua quantitate vel] stipulanti creditoribus sponte vos obligastis, licet uni numerata sit pecunia, vel intercessionis

nomine hanc pro rea suscepistis obligationem, frustra veremini, ne eius pecuniae nomine vos convenire possit, quam alii mutuo dedit, si intra praestitutum tempus rei gestae quaestionem detulistis.

Come risulta dalle frasi pro rea (la debitrice), (pecuniam) quam alii (creditor) mutuo dedit, l'ipotesi prospettata dal rescritto è che il denaro era stato dato a mutuo a una persona sola (a una donna).

Gli interroganti temevano di essere chiamati come accollatori o garanti per essersi ingeriti nella sua concessione, forse procurando il prestito, forse assicurando al creditore che il collocamento era buono; ma gli imperatori li tranquillizzerebbero decidendo che essi non potevano essere convenuti dal creditore in giudizio per il denaro dato a mutuo alla donna, se non si fosse verificata una di queste tre ipotesi: 1°) che essi avessero assunto il mutuo insieme con la donna (accepta mutua quantitate) obbligandosi solidalmente; 2°) o che si fossero obbligati verso il mutuante con una stipulazione a parte; 3°) o che si fossero obbligati intercessionis nomine.

Ponendo la prima ipotesi, gli imperatori direbbero che l'obbligazione solidale poteva derivare anche dal mutuo, indipendentemente dalla conclusione di una apposita stipula-

zione quando questo le parti avessero voluto (si ... singuli in solidum accepta mutua quantitate vos obligastis).

Se non che il Perozzi ha ragione di dire che questa ipotesi era estranea al testo genuino. Le parole accepta mutua quantitate vel costruiscono una ipotesi compilatoria.

E la costruiscono male: anche il Longo è costretto a riconoscere che queste parole sono inserite malamente nel testo giustiniano, sì da riuscire ambigue. Presupposto della decisione è che gli interrogandi non siano entrati anch'essi come mutuatari insieme con la donna e mutuatari solidalmente obbligati con lei; invece, dalla collocazione scombinata delle parole accepta mutua quantitate sembrerebbe che gli interrogandi fossero intervenuti come mutuatari nel negozio. E ciò è escluso dal singolare che viene usato poi: pro reaalii.

Le espressioni, che troviamo nel testo del rescritto, ne eius pecuniae nomine vos convenire possit -quam alii mutuo dedit, sono espressioni che hanno un valore decisivo per fare ritenere che la solidarietà degli interrogandi poteva nascere soltanto dalla stipulazione e non anche dal mutuo reale: i verbi possit e dedit si riferiscono infatti soltanto al creditor stipulans, ricordato prima; non possono anche riferirsi a un creditor paciscens, che prima non è ricor-

dato.

Il rescritto gemino è da ricostruire così:

Si non singuli in solidum stipulanti creditori spon-
te vos obligastis, licet uni numerata sit pecunia, vel
intercessionis nomine hanc pro rea suscepistis obliga-
tione, frustra veremini etc.

Altro rescritto interpolato è in C. 4, 2, 9 Diocletia-
nus et Maximianus Alexandro (a. 293):

Cum te in Gallia cum Syntropho certum auri pondus
itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, ut Romae
solveretur, precibus adseveras, aditus competens iu-
dex, si duos reos stipulandi [vel re pro solido tibi
quaesitam actionem], sive ab heredibus Syntrophi pro-
curatorem te factum animadverterit, totum debitum a-
lioquin quod dedisti solum restitui tibi iubebit.

Secondo questo rescritto, la solidarietà attiva (diritti
di ciascuno dei due mutuanti di esigere l'intera somma
data a mutuo) può derivare oltre che da stipulazione, da u-
na clausola del contratto reale.

Se non che le parole, vel re pro solido tibi quaesi-
tam actionem, giustamente sono ritenute dal Perozzi compila-
torie. Innanzitutto, per la irregolare sequenza: si, vel,
sive, invece di si, sive, sive; poi, per l'espressione ac-

tio pro solido, invece della consueta espressione actio in
solidum, soprattutto per l'espressione actionem pro solido
quaesitam re, per intendere l'azione solidale nascente dal
patto. Diocleziano avrebbe detto pacto quaesitam; non re
quaesitam.

Finalmente, queste parole inserite ne hanno fatto eli-
minare altre che vi erano e che dovrebbero esserci. Anche
il Longo è costretto a riconoscere che il costrutto si duos
reos stipulandi iudex animadverterit, esigerebbe un
participio (ad es., constitutos), senza il quale non lega
col verbo animadvertere. Evidentemente, il legame c'era
nella redazione originaria del rescritto, ma è caduto ma-
lamente quando sono state inserite le parole vel re pro so-
lido tibi quaesitam actionem.

Non va poi taciuto che, se Diocleziano avesse già ri-
conosciuta la possibilità di far derivare la solidarietà
da un semplice patto nel mutuo, non avrebbe adoperato tut-
ta la frase vel re pro solido tibi quaesitam actionem, ma
accanto ai due rei stipulandi avrebbe semplicemente ricor-
dato i due rei credendi così:

si duos reos stipulandi vel credendi.....sive ab
heredibus Syntrophi ecc.

Il rescritto diocleziano può essere nella sua redazio-

ne originaria ricostruito nel seguente modo:

.....aditus competens iudex, si duos reos stipulandi vos constitutos sive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit, totum debitum, alioquin quod dedit solum, restitui tibi iubebit.

Finalmente è interpolato anche un rescritto di Diocleziano in C. 4, 2, 12 (a. 294):

Si in rem communem cum Jone mutuum sumpsisti pecuniam, [nec re] nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum et post integrum solvisti, de restituenda tibi parte contra Jonem experiri, ut debitum posceres, iudice cognoscente potes.

Le parole nec re sono interpolate. E' da avvertire, anche qui, l'improprio uso di res per indicare il pactum; nec re in vece di nec pacto. In secondo luogo, se già Diocleziano riconosceva al patto efficacia di far nascere la solidarietà da mutuo, evidentemente non aveva bisogno di dire nec re nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum, ma poteva più semplicemente dire nec vos obligastis in solidum. Diocleziano scriveva nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum: i Giustinianei, per menzionare accanto alla stipulatio il patto, aggiungono nec re.

Due di questi rescritti (C. 4, 2, 9 e 4, 2, 12) sono interpolati in modo uniforme.

C. 4, 2, 9:aditus competens iudex, si duos reos stipulandi vel re pro solido tibi quesitam actionem animadverterit.....

C. 4, 2, 12:..... nec re nec solemnitate verborum vos obligastis.

Vi ha, poi, un testo sfuggito alla critica del Longo e pur molto importante al fine di dimostrare che la giurisprudenza classica non ammetteva che dal mutuo reale nascesse solidarietà mediante semplice patto.

E' D. 46, 1, 71 Paulus libro quarto quaestionum:

Granius Antoninus pro Iunio Pollione et Iulio Ruffo pecuniam mutuum accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fideiussorem, ita et mandatorum liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principali debitorum mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori,

veluti solutionis iure sublata obligationem etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione.

Si fa qui il caso di un mutuo concesso a due persone, per modo che esse diventino duo rei eiusdem pecuniae, per modo, cioè, che si obblighino solidalmente. Come sorge questa solidarietà? Mediante stipulazione. Il testo, in seguito, dice che i duo rei eiusdem pecuniae sono duo rei promittendi, e siccome i duo rei promittendi nel diritto classico sono soltanto i due debitori tenuti solidalmente ex stipulatu, questo vuol dire che due persone non possono pecuniam mutuam accipere ita ut duo rei eiusdem pecuniae sint, cioè che due mutuatari non possono essere debitori solidali, se non mediante stipulazione.

Questa conclusione è inevitabile.

Nè vale richiamare, come il Longo richiama, un rescritto dell'a. 227 (C. 2, 3, 10 = 5, 14, 1), dove è stabilito:

Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet. Nec obesse tibi potuit, quod dici so-

let ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc iure utimur, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio.

Il Longo osserva che il Perozzi avrebbe potuto risparmiarsi la sua tesi, se avesse tenuto conto di questo rescritto. Ma questo testo, anche se genuino, per verità, contro la tesi del Perozzi non prova nulla, perchè riguarda una costituzione di dote (datio dotis) e il patto aggiunto a questo negozio; non il mutuo e un patto aggiunto al negozio di mutuo.

Esclusa la possibilità che nel diritto classico potesse sorgere obbligazione solidale dal mutuo reale, non può essere genuino un testo delle Pandette in cui si parla di duo rei credendi vel debendi.

Esso è D. 4, 8, 34 Paulis libro tertio dedimo ad edictum:

Si duo rei sunt [aut credendi aut debendi] et unus compromiserit, isque vetitus sit petere [aut ne ab eo petatur], videndum est an si alius petat [vel ab alio petatur], poena committatur.

Il testo, come vedremo meglio in seguito, è stato malamente interpolato. Qui importa dire che, in vece dei

duo rei credendi aut debendi, doveva parlare dei duo rei stipulandi.

Se, tuttavia, col Perozzi riteniamo che la responsabilità solidale da mutuo non può essere stabilita nel diritto classico mediante semplice patto, ma doveva risultare da apposita stipulazione, non così riteniamo che ciò accadesse anche negli altri contratti reali e nei contratti consensuali. I testi, da noi richiamati, gli sono contrari. Il suo tentativo di sbarazzarsi di un testo famoso (D. 45, 2, 9) non è riuscito. Ecco il testo:

pr. Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, [vel eandem rem duobus similiter commodavi :] fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: "Titius et Maevius Sempronio decem dato"].

§ 1. Sed et si quis in deponendo penes duos paciscatur ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum cum duo culpam quoque promisiissent, si alteri postea pacto culpa remissa

sit, quia posterior conventio, quae in alterius personam intercessit, statum [et naturam] obligationis quae duos initio reos fecit, mutare non potest.

Il Perozzi afferma che il principio di questo testo alludeva a una stipulazione solidale di restituzione del deposito conclusa tra il deponente e due depositari e che nel § 1 il termine paciscatur è usato in luogo di stipuletur o interpolato in vece di stipuletur.

Ma fu giustamente obiettato che queste osservazioni non sono concludenti. Se Papiniano avesse supposto l'esistenza della stipulazione, così come la fattispecie viene configurata dal Perozzi, avrebbe sentito il bisogno di dire quando con la stipulazione i depositari fiunt duo rei. La frase, inoltre, utriusque fidem in solidum secutus, è chiaramente allusiva all'esistenza di un semplice contratto reale, perchè il fidem sequi è termine caratteristico per designare questo contratto. Impossibile è poi che Papiniano abbia scambiato paciscatur per stipuletur, perchè un giureconsulto classico non confonde stipulazione e patto; inverosimile è l'interpolazione di paciscatur in luogo di stipuletur, perchè i compilatori, se volevano accennare la solidarietà da patto, non avevano bisogno di cancellare stipuletur, ma potevano aggiungere vel paciscatur. Questo

paciscatur deve restare al suo posto.

Contro ciò che afferma il Perozzi, il testo ribadisce nel modo più chiaro che i depositari possono duo rei fieri, cioè essere solidalmente obbligati per semplice patto. Nel

§ 1 la obbligazione solidale dei depositari è una volta affermata e l'altra no, non perchè il patto sia una volta, e l'altra volta non sia, operativo della solidarietà, ma perchè una volta l'obbligazione di ciascun depositario ha per oggetto l'eadem res dell'altro, un'altra volta non l'ha.

Con ciò non vogliamo dire che il testo sia immune da alterazioni. No. Ma sono interpolazioni che non rilevano, o poco rilevano, sul terreno di questa discussione. A una estensione esemplificativa giustiniana è dovuto l'accostamento del comodato al deposito, veduto dal De Ruggiero (vel eandem rem duobus similiter commodavi). Papiniano non poteva scrivere che i depositari fiunt duo rei promittendi, perchè questi sono soltanto i debitori tenuti solidalmente in forza di una stipulazione: doveva limitarsi a dire: fiunt duo rei, sempre che la stipulazione si conchiuda nel modo indicato in Inst. 3, 16. Tutto il brano quia non tantum -dato non è certo genuino. Tra verba stipulationis e ceteri contractus non vi è congruenza: la congruenza c'è tra stipulatio e ceteri contractus. La proposizione, che comin-

cia col quia, è senza verbo; cioè, non conchiude. La generalizzazione ceteri contractus è in tarde fonti o in fonti interpolate: non dice, poi, cosa vera, perchè nel contratto di mutuo non abbiamo, come si è visto, responsabilità solidale nascente da semplice patto. Il dire che nel deposito si può essere solidalmente tenuti perchè anche dal deposito sorge una obbligazione solidale, è una grave petizione di principio. Il testamento è stupidamente annoverato fra i contractus.

Si tratta di mende del testo, e anche di mende gravi; ma di mende che non lo intaccano nella materia che qui ci interessa, cioè nella materia concernente l'estensione della solidarietà contrattuale fuori del campo della stipulazione.

La solidarietà contrattuale poteva nascere -ripetiamo- dalla stipulazione e da quei contratti, diversi dalla stipulazione, che portavano, in caso di controversia, a un iudicium bonae fidei: cioè, dai contratti consensuali e dai contratti reali, escluso il mutuo.

La solidarietà contrattuale poteva essere convenuta nel conchiudere il patto pretorio di constitutum (D. 13, 5, 16 pr.: due debitori pro rata promettono che ciascuno pagherà l'intero).

Sorgeva, infine, dalla fideiussione.

La solidarietà da testamento.

Nel diritto classico la solidarietà poteva essere stabilita da una disposizione testamentaria in caso di legato di credito (legatum per damnationem) e soltanto in questo caso, perchè il legato di proprietà (legatum per vindicationem) non faceva sorgere obbligazione tra erede e legatario.

Nel diritto giustiniano, avvenuta la exaequatio fra i vari tipi di legato, la solidarietà può essere ordinata in qualsiasi legato: il legato giustiniano è unico e genera sempre obbligazione, qualunque sia la formula adoperata dal testatore.

Nel diritto classico, poi, la solidarietà passiva sorgeva necessariamente dal legato, se il testatore avesse imposto una stessa prestazione a due eredi menzionandoli alternativamente: ad esempio, "Titius heres meus aut Maevius heres meus X Seio dato".

Vedansi i seguenti testi.

D. 30, 8, 1 Pomponius libro secundum ad Sabinum:

Si ita scriptum sit: "Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato", cum utro velit Seius aget, ut si cum uno actum sit....., alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.

D. 32, 1, 1 pr. Paulus libro primo ad Neratium:

"Ille aut ille heres Seio centum dato": potest Seius ab utro velit petere.

E sorgeva necessariamente la solidarietà attiva, se il testatore avesse imposto all'erede una stessa prestazione a favore di due legatari, menzionandoli alternativamente: "Titio aut Seio heres meus X dato".

Cfr. D. 31, 16 Celsus libro sexto decimo digestorum:

Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur: si neutri dat, uterque perinde petere potest atque si ipsi soli legatum foret: nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

Giustiniano ha mantenuto la regola classica nei riguardi della solidarietà passiva (due eredi obbligati verso un legatario). Invece, nei riguardi della solidarietà attiva (legato a favore di due legatari) una apposita sua costi-

tuzione dispose che nella formula "Titio aut Seio" l'aut dovesse interpretarsi nel senso di et e quindi i legatari non fossero più da considerare creditori solidali, ma creditori parziari (ciascuno avente diritto ad una quota virile dell'oggetto legato). La costituzione ci è conservata in C. 6, 38, 4:

..... Melius itaque nobis visum est omni huiusmodi verborum explosa coniunctionem aut pro et accipi ut videatur copulativo modo esse prolata.....

Pertanto, nel diritto giustiniano la solidarietà attiva da legato non può costituirsi se non quando il testatore l'abbia disposta altrimenti, ma in modo non ambiguo.

La riforma giustiniana dell'a. 529 non è stata tenuta presente dai compilatori delle Pandette: per ciò, la regola classica contenuta in qualche testo, e così in D. 31, 16, non è stata mutata. Ma l'interprete del Corpus iuris - è noto - deve ricostruire il diritto vigente nell'età della compilazione quale risulta dalle costituzioni dell'imperatore Giustiniano e dalle interpolazioni eseguite nei testi classici: i testi classici genuini, ma discordanti dai testi interpolati o dalle costituzioni giustiniane, hanno, nel sistema della compilazione, un valore semplicemente storico.

La solidarietà ex lege.

Questa solidarietà si aveva specialmente nel diritto classico per la indivisibilità della prestazione. L'obbligazione indivisibile era da quel diritto trattata come una obligatio in solidum, benchè fosse una obligatio pro parte. Il diritto giustiniano, come è noto, ha eliminato molte conseguenze della solidarietà, ponendo alcune norme eccezionali a questo regime che sono passate nelle legislazioni moderne, e così nella italiana.

La solidarietà ex lege nel diritto giustiniano si ha specialmente per la trasformazione, che i Giustiniani fanno, di molte azioni penali del diritto classico in azioni reipersecutorie o miste. Quando l'obbligazione derivante da un delitto commesso da più persone, o contro più persone, non ha più per oggetto la prestazione di una poena, ma il risarcimento del danno o anche il risarcimento del danno, cessa per i Giustiniani di essere cumulativa e viene trasformata in obbligazione solidale. Una lunga serie di testi è interpolata per operare - come vedremo - questa trasformazione.

**Sulla prevalenza della solidarietà e della parziarietà
nella obbligazione con pluralità di soggetti.**

Un problema importante, concernente la solidarietà, è il seguente. Quando vi siano più soggetti in un rapporto obbligatorio o dal lato attivo o dal lato passivo, l'obbligazione solidale rappresenta un regime di eccezione di fronte alla obbligazione parziaria, o invece l'obbligazione solidale rappresenta la figura normale, e l'obbligazione parziaria rappresenta l'eccezione ?

Secondo l'opinione sin qui dominante, la solidarietà costituirebbe l'eccezione; la parziarietà, la regola. Su tale principio si fonderebbe l'aforisma pratico che la obbligazione solidale non si presume, ma deve essere espressamente dichiarata.

Contro questa dominante dottrina ha cercato di reagire il Bonfante.

L'insigne romanista non disconosce che il principio è riconosciuto apertamente in D. 45, 2, 11, 1-2 Papinianus

libro undecimo responsorum:

Cum tabulis esset comprehensum: "illum et illum centum aureos stipulatos" neque adiectum "ut duo rei stipulandi essent", virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: "tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpo, spondimus ego Antoninus Achilleus, et Cornelius Dius", partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

Se non che - osserva il Bonfante - nella serie dei casi particolari questa espressa pattuizione non risulta, e la solidarietà è senz'altro asserita sulla base dell'unico oggetto dedotto nella obbligazione dei vari subbietti.

In taluni casi, in cui l'interpretazione della volontà poteva esser contraria a quella che si desumeva dalla struttura del rapporto, si discuteva dai classici (così nella ipotesi di contratto concluso con lo schiavo di più armatori), ma il principio della solidarietà nella interpretazione prevaleva.

Il Bonfante richiama un testo di Ulpiano (D. 14, 5, 13, 2, libro vicesimo octavo ad edictum) in cui si dice:

Si duo pluresve tabernam exercent et servum, quem

ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro aequalibus, an pro portione mercis, an vero in solidum, Iulianus quaerit, et verius esse ait exemplo exercitorum in solidum unumquemque conveniri posse.

In alcune ipotesi -soggiunge il Bonfante- è prevalsa bensì l'interpretazione per la parziarietà, ma è notevole che la parziarietà è stabilita sempre da disposizioni positive, sicchè parrebbe essa costituire il regime di eccezione; e (quello che è ancora più notevole) questo regime positivo si afferma nel corso della storia del diritto romano e diviene vivace specialmente nel diritto giustiniano.

Così è certo che tra più eredi la divisione dei debiti e dei crediti fu stabilita dalla legge decemvirale (C. 8, 31 (32) 1), ed è soltanto in forza delle abitudini mentali diverse dal nostro spirito che questa norma decemvirale si è potuta raffigurare come una norma logica. In realtà essa non è logica come non è equa per i creditori.

La divisione dell'azione tra più sponsors fu stabilita dalla lex Furia (Gai 3, 121, 122); la divisione tra più fideiussores e mandatores dal beneficium Hadriani (Gai 3, 121) mediante il regime della exceptio e resa di diritto

soltanto da Giustiniano con la Nov. 99; la divisione tra più costituenti di debito altrui, da Giustiniano (C. 4, 18, 3).

Nei legati è Giustiniano che ha introdotto questa interpretazione contro le decisioni classiche.

Dove poi si incontra la decisione in pro della divisibilità nelle Pandette, fra più tutori, tra più condomini nell'*actio aquae pluviae arcendae* ecc., il testo sarebbe sempre sospetto di interpolazione.

A nostro avviso, questa reazione del Bonfante contro la dottrina dominante contiene molta parte di vero; ma è eccessiva.

Per ciò che concerne il campo, originariamente unico e poi, nel corso del tempo, il più caratteristico e il più frequente della solidarietà, quello della stipulazione, si può dire che, quando come stipulanti o come promittenti intervenivano più soggetti, la configurazione della obbligazione come obbligazione solidale dipendeva -come abbiamo visto- dal modo con cui funzionava il congegno della stipulazione.

Se la promessa era fatta a più creditori da un solo debitore, o da più debitori a un solo creditore, dopo esaurite le interrogazioni, e in risposta ad esse, nasceva una obbligazione solidale attiva, nel primo caso; una obbligazio-

ne solidale passiva, nel secondo: si avevano duo rei stipulandi o duo rei promittendi.

Se la promessa, invece, era fatta separatamente in risposta alla domanda di ciascun creditore dall'unico debitore, o all'unico creditore dopo la domanda rivolta a ciascun debitore, nasceva nel primo caso una obbligazione cumulativa dal lato attivo, cioè una moltiplicazione di creditori e anche di crediti (alia atque alia erit obligatio: Inst. 3, 16 pr.); nel secondo caso, una estinzione della precedente obbligazione per novazione (come appare anche dalla ricostruzione della redazione originaria di D. 46, 2, 8, 5 e di D. 45, 2, 3 pr.).

Vi erano, dunque, tre possibilità, quando la stipulazione fosse compiuta tra più creditori e un debitore o tra più debitori e un creditore: la pluralità dei soggetti o attivi o passivi del rapporto generava, secondo i casi, o solidarietà o cumulatività o estinzione della obbligazione precedente col sostituirsi della seconda obbligazione alla prima.

La possibilità esclusa era proprio quella della parziarietà.

Ma, se questo accadeva nel campo della stipulazione, non dobbiamo credere che la parziarietà fosse altrettanto

esclusa nel campo dei contratti consensuali. Quando in uno di questi contratti intervengono più soggetti o come creditori o come debitori, la parziarietà è la regola; la solidarietà è l'eccezione. Se la solidarietà non è stabilita con patto aggiunto al contratto, l'obbligazione solidale non nasce per il solo fatto che nel contratto intervengono più soggetti.

Ciò traspare con evidenza dai quei testi che accentuano il carattere eccezionale della solidarietà in materia di compravendita e di locazione-conduzione.

D. 19, 2, 47 Marcellus libro sexto digestorum.

Cum apparebit emptorum....pluribus vendentem....singulorum in solidum intuitum personam,electionem conveniendi quem velit non auferendam actori.

D. 21, 1, 31, 10 Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium:

..... si unus a pluribus vel plures ab uno vel plura mancipia ab uno emantur, verius est dicere, si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum.

D. 19, 2, 13, 9 Ulpianus libro tricesimo secundo ad edictum

Duo rei locationis in solidum esse possunt.

Dunque, è chiaro: nella compravendita, soltanto quando risulti che i compratori o i venditori si sono solidalmente obbligati, l'obbligazione non si divide pro parte tra i compratori o tra i venditori: il che vuol dire che la figura normale di obbligazione, quando più compratori o più venditori vi siano, è l'obbligazione parziaria.

Nella locazione -conduzione duo rei locationis in solidum esse possunt: cioè, anche qui la parziarietà è la regola: la solidarietà, l'eccezione: possunt.

Nel contratto reale di deposito la responsabilità solidale di più depositari nasce pure non dal semplice fatto del deposito eseguito presso più depositari, ma da una clausola del negozio che tiene esplicitamente i depositari solidalmente tenuti. Il testo papiniano, conservatoci in D. 45, 2, 9, e già richiamato altre volte, è esplicito in questo senso:

Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidei in solidum secutus.....fiunt duo rei.....

La solidarietà nasce, perchè così il deponente ha voluto e stabilito con apposita clausola contrattuale: utriusque fidei in solidum secutus.

Interessante in questa materia è un testo concernente il comodato, cioè D. 13, 6, 5, 15, Ulpianus libro vicesimo

octavo ad edictum:

Si duobus vehiculum commodatum sit [vel locatum] simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium [vel possessionem] esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo comodato [vel locato] pro parte [quidem effectu] me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneamsed esse verius ait et dolum et culpam [et diligentiam] et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et [si] alter conventus [praestiterit ,] liberabit alterum et ambobus competit furti actio.

Testo interessante, abbiamo detto, perchè in un contratto, come questo, in cui l'uso della cosa comodata può farsi integralmente da più persone (neque minus me uti quod et alius uteretur), e in cui per ciò l'obbligazione dei comodatari deve essere in solidum, si affaccia la possibilità,

sia pur per escluderla, che vi sia obbligazione pro parte, quando l'uso -come nel caso del comodato di un veicolo- può farsi pro parte (quia non omnia loca vehiculi teneam).

E' necessario, dunque, distinguere tra la stipulazione da un lato e gli altri contratti dall'altro.

Mentre nella stipulazione, in cui intervengono più creditori o più debitori, la parziarietà non è ipotizzabile mai, perchè a seconda dei casi vi sarà obbligazione solidale, o cumulativa, o obbligazione nuova sostitutiva dell'obbligazione precedente, negli altri contratti la solidarietà appare l'eccezione; la parziarietà, la regola. S'intende che nel comodato, per il fatto che esso consiste nel concedere l'uso di una cosa, e quest'uso può essere dall'uno dei comodatari fatto contemporaneamente con l'altro, si abbia obbligazione solidale e non parziaria.

Soltanto quando vi erano più persone investite della administratio (più tutori, più procuratori), o più condomini (più deponenti, più tenuti con l'actio aquae pluviae arcendae), l'azione (e col linguaggio giustiniano possiamo dire: l'obbligazione) era nel diritto classico in solidum. Ciò risultava da numerosi testi, che i compilatori giustiniani -come subito vedremo- interpolarono.

Tale, il regime classico. Nel diritto giustiniano una

potente tendenza si sviluppa nel senso di far prevalere la parziarietà sulla solidarietà: ciò è dire, nel diritto giustiniano, quando vi siano più creditori o debitori in un rapporto obbligatorio, la parziarietà è la regola; la solidarietà, l'eccezione.

Mentre nella stipulazione del diritto classico, la presenza di più stipulanti o di più promittenti non faceva mai sorgere una obbligazione parziaria, ma poneva in essere una obbligazione o solidale, o cumulativa, o una nuova obbligazione estintiva dell'antica, secondo i vari casi, nella stipulazione del diritto giustiniano, in cui l'antica solennità verbale è sparita, e la presenza delle parti una finzione; nella stipulazione del diritto giustiniano, in cui il documento, che l'attesta intervenuta, non è più soltanto, come per l'innanzi era, mezzo probatorio del negozio, ma elemento costitutivo del negozio stesso, quando più creditori o debitori vi siano, l'obbligazione nasce come obbligazione parziaria, a meno che dal documento espressamente risulti che gli uni o gli altri si siano voluti obbligare in solidum.

Il testo delle Pandette (D. 45, 2, 11; 1-2), che si suol richiamare dalla dottrina a dimostrazione della prevalenza della parziarietà sulla solidarietà anche nel diritto

to classico, è un testo che, per la stipulazione del diritto classico, non ha senso, e che si può intendere solo, se riferito alla stipulazione del diritto giustiniano: cioè, se lo si ammette interpolato.

Esso dice, come abbiamo visto:

Cum tabulis esset comprehensum: "illum et illum centum aureos stipulatos", neque adiectum "ita ut duo rei stipulandi essent", virilem partem singuli stipulati videbantur.

Et e contrario cum ita cautum inveniretur: "tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spondimus ego Antonius Achilleus et Cornelius Dius", partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

L'interpolazione risulta, oltre che dalla menzione degli aurei (la moneta giustiniana sostituita ai sesterzi), dai nomi greci delle persone, congiunti a prenomi romani; ma è dimostrata soprattutto dalla menzione delle scritto a proposito della stipulazione: il testo ci presenta la stipulazione scritta, che presuppone per ciò necessariamente l'esistenza di un documento che nel diritto classico poteva esservi come mezzo di prova della stipulazione inter-

venuta, ma di questa non era necessario presupposto.

Il regime giustiniano della stipulazione in cui vi siano più creditori o più debitori è, pertanto, profondamente diverso dal regime classico: dalla parziarietà esclusa si passa alla parziarietà sempre presunta, a meno che sia esplicitamente aggiunto nel documento che i contraenti si sono obbligati in solidum.

Ma -ripetiamo- il diritto giustiniano tende, ovunque vi siano più creditori o più debitori, ad affermare la parziarietà dell'obbligazione come la regola.

Un primo esempio di questa manifesta tendenza lo abbiamo nel caso di deposito fatto da più persone.

A questo riguardo possiamo richiamare i seguenti testi delle Pandette, tutti nella sedes materiae del deposito, cioè nel titolo D. 16, 3.

D. 16, 3, 1, 31 Ulpianus libro trigesimo ad edictum:

Si duorum servus sit qui deposuit, unicuique dominorum [in partem] competit depositi.

D. 16, 3, 1, 44:

Sed si duo deposuerint et ambo agant, [si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere: sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est in partem condemnationem

faciendam .]

D. 16, 3, 17 Florentinus libro septimo institutionum:

[Licet deponere tam plures quam unus possunt, at-
tamen apud sequestrem non nisi plures deponere pos-
sunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam
deducitur. itaque hoc casu, in solidum unusquisque vi-
detur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem
plures deponunt.]

Sono tre testi interpolati.

Il primo doveva dire precisamente l'opposto:

Si duorum servus sit qui deposuit, unicuique domi-
norum in solidum competit depositi actio.

Che la redazione originaria fosse questa, risulta dal-
le parole in partem, sostituite meccanicamente alle parole
in solidum, senza avvertire che i giuristi classici, mentre
dicono azione in solidum, non dicono azione in partem ma
pro parte.

Che il testo sia alterato, risulta anche dal modo gre-
co di indicare l'azione: depositi competit, omettendo actio.

I bizantini, ad esempio, scrivono ἡ vi honorum raptorum,
in vece di ἡ ἀγῶνι vi honorum raptorum; ἡ in rem,
in vece di ἡ ἀγῶνι in rem ecc.: il Collinet ha fatto
da tempo questa giusta segnalazione.

Il secondo testo è variamente ricostruito nella sua re-
dazione originaria, ma, della origine compilatoria del te-
sto, dalle parole si quidem in poi, sono sostenitori l'Eise-
le, il Binder, il Redenti, il Riccobono, il Kerr Wylie. La
costruzione si quidem - sin vero, l'espressione tollere to-
tum, il verbo tollere per indicare la facoltà di chiedere
la restituzione della cosa locata, sono indizi notevoli per
affermare l'alterazione del testo.

Quanto al terzo testo di Fiorentino, il suo rifacimen-
to compilatorio è dimostrato dalla costruzione licet - attamen
(Ferrini), dal licet costruito sgrammaticatamente con
l'indicativo, oltre che dalla interpolazione dei due testi
che precedono.

Un secondo esempio della tendenza giustiniana a so-
stituire la parziarietà alla solidarietà l'abbiamo in mate-
ria di comodato.

Un testo di Africano (D. 13, 6, 21, 1, libro octavo
quaestionum) nella redazione giustiniana dice:

In exercitu contubernalibus vasa utenda communi pe-
riculo dedi ac deinde meus servus subreptis his ad
hostes profugit et postea sine vasis receptus est.
habituum me commodati actionem cum contubernalibus
constat [pro cuiusque parte]: sed et illi mecum fur-

ti servi nomine agere possunt.....

Si fa in questo testo il caso di un soldato che durante una spedizione guerresca (in exercitu) dà in uso ai suoi commilitoni di tenda alcune scodelle, che poi il suo schiavo ruba fuggendo presso il nemico. Secondo la redazione giustiniana del testo, i commodatari sarebbero tenuti pro cuiusque parte, quindi non in solidum. Ma giustamente il Sorrentino, il De Ruggiero, il Levy, hanno ritenuto questa limitata responsabilità pro parte di origine giustiniana e interpolate, per ciò, le parole pro cuiusque parte: infatti, non si comprende come dalla assunzione del comodato communi periculo possa nascere un'azione soltanto pro parte. Africano, come Celso in D. 13, 6, 1, 15 doveva ammettere la responsabilità in solidum.

Un terzo esempio della tendenza giustiniana di trasportare il regime della parziarietà, là dove il regime classico era quello della solidarietà, l'abbiamo in materia di tutela.

Un testo di Ulpiano (D. 27, 3, 1, 10, libro trigesimo sexto ad edictum) nella redazione giustiniana dice:

Nunc tractemus, si plures tutelam pupilli administraverint, [pro qua quisque eorum parte conveniendus sit.
et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes

solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum. Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt dividitur actio.]

E' un testo, la cui interpolazione può dirsi ammessa da una communis opinio. Tale la ritennero l'Eisele, il Binder, il Bonfante, il Betti, per ricordare soltanto alcuni nomi. La costruzione si quidem - sed et si; la scorretta sequenza: si administraverint - si gesserunt et solvendo sunt - si non omnes solvendo sint, con un alternarsi capriccioso di congiuntivo e indicativo: la parziarietà fatta dipendere dalla solvibilità dei tutori, e radicata su un principio di equità (aequissimum erit), sono tutte constatazioni che inducono a ritenere l'alterazione del testo. La quale è soprattutto dimostrata da quei testi classici che affermarono la responsabilità solidale di più amministratori: ad esempio, da D. 17, 1, 60, 2:

Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque in solidum teneatur. respondi unumquemque pro solido conveniri debere

Un quarto esempio della tendenza giustiniana a sostituire l'obbligazione parziaria alla obbligazione solidale

si ha in materia di condomini attori o convenuti con l'actio aquae pluviae arcendae.

Qui interessano i seguenti testi:

D. 39, 3, 6, 1-3 Ulpianus libro quinquagesimo tertio ad edictum:

§ 1 Si ex plurium fundo decurrens aqua noceat vel si plurium fundo noceatur, placuit eoque iure utimur ut, sive plurium fundus sit, singuli [in partem] experiantur et condemnatio [in partem] fiat, sive cum pluribus agatur, singuli [in partem] conveniantur et [in partem] fiat condemnatio.

§ 2 Inde quaeritur, si communi agro meo et tuo ex proprio agro tuo aqua noceat, an agi possit aquae pluviae arcendae: et putem agendum, [sic tamen, ut pars damni praestetur].

§ 3 Versa quoque vice si communis ager sit, qui nocet proprio, poterit aquae pluviae arcendae agi, ut quis damnum consequatur, [sed in partem].

E' un testo, la cui interpolazione è già largamente riconosciuta.

Esso nella redazione giustiniana direbbe, che, se più sono i condomini del fondo danneggiato, singuli in partem experiantur; se più sono i condomini del fondo danneggian-

te, singuli in partem conveniuntur, e sì nell'uno che nell'altro caso la condemnatio è fatta in partem.

Invece, un testo di Paolo, in questo stesso titolo (D. 39, 3, 11, 1) applica al caso in cui vi siano più legittimati attivamente o passivamente all'actio aquae pluviae arcendae il regime della solidarietà:

si unus egerit, cioè uno dei condomini del fondo danneggiato, ceterorum actionem evanescere; si cum uno actum sit, cioè contro uno dei condomini del fondo danneggiante, ceteros liberari:

ciò è dire, si applica il regime della solidarietà.

La interpolazione dei §§ 2 e 3 del testo ulpiano è dimostrata anche altrimenti: le parole del § 2, sic tamen, ut pars damni praestetur, e del § 3, sed in partem, si rivelano anche formalmente come tarde appiccicature.

Un esempio, finalmente, della tendenza giustiniana di sostituire l'obbligazione parziaria alla obbligazione solidale quando sianvi più creditori o più debitori nel rapporto obbligatorio, l'abbiamo nel caso in cui vi siano più condannati nell'actio iudicati.

I testi, i quali affermano che ciascun condannato è tenuto pro virili portione, sono dalla recente critica riconosciuti interpolati.

Essi sono i seguenti.

D. 49, 1, 10, 3 Ulpianus libro octavo disputationum:

Quotiens autem plures in unam summam condemnantur, utrum una sententia est et quasi plures in unam summam rei sint promittendi, ut unusquisque eorum in solidum teneatur, an vero scinditur in personas sententia, quaeritur. et Papinianus respondit [scindi sententiam in personas atque ideo] eos qui condemnati sunt [viriles partes] debere.

D. 42, 1, 43 Paulus libro sexto decimo responsorum:

Paulus respondit eos, qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt [pro portione virili] ex causa iudicati conveniri, [et si ex sententia adversus tres dicta Titius portionem sibi competentem exsolvit, ex persona ceterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse].

D. 17, 1, 59, 3 Paulus libro quarto responsorum:

Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: [post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere].

Quanto a quest'ultimo testo, l'interpolazione delle pa-

role post condemnationem autem etc. è stata rilevata dal Biondi e, in realtà, mal si lega con la parte genuina che precede.

Quanto al secondo testo, D. 42, 1, 43, l'interpolazione della parte finale et si ex sententia adversus tres dicta ecc., affermata dal Gradenwitz e ora si può dire universalmente ritenuta, induce a pensare che, correlativamente a questa interpolazione i compilatori giustiniani abbiano nella parte precedente sostituito le parole pro portione virili alle parole in solidum: le due interpolazioni sono intimamente connesse.

Quanto al primo testo, D. 49, 1, 10, 3, il suo rimaneggiamento da parte dei compilatori è fuori di dubbio: sia per la sconcordanza utrum est.... et quasi sint an vero scinditur; sia per la sciocca contrapposizione tra la una sententia e la sententia quae scinditur in personas, come se qui si avessero più sententiae; sia per l'espressione due volte ripetuta, sententia scinditur in personas, scindi sententiam in personas, indicante il frazionarsi della sentenza corrispondentemente al numero delle persone condannate al pagamento. Al quesito posto, se vi era solidarietà o meno, Papiniano doveva rispondere affermativamente, come negli altri testi rispondeva Paolo: eos qui

condemnati sunt solidum deberi. I compilatori sostituiscono a solidum le parole viriles partes.

Da questa larga serie di testi interpolati risulta chiaro che non è improprio parlare di una vera tendenza della legislazione giustinianea a far prevalere la parziarietà sulla solidarietà; a stabilire che, quando vi sono più creditori o più debitori, essi per solito hanno diritto a una quota o sono debitori di una quota, a meno che non abbiano diversamente pattuito. Questo orientamento giustiniano, illogico e antieconomico, maturato in un tempo in cui la pietà per il debitore prevaleva sugli interessi del credito e del commercio, conservatosi nell'epoca medioevale ovunque la legislazione di Giustiniano sotto forma di diritto romano comune fu ricevuta, ha fatto prevalere nelle legislazioni moderne la presunzione della parziarietà (Cfr. Cod. civ. it. art. 1188). Tuttavia nel diritto commerciale, sotto la pressione dei bisogni del commercio e per la regolare esclusione della parziarietà con clausola espressa nei contratti, la presunzione di solidarietà riacquistò per consuetudine il sopravvento che è trapassato nelle leggi commerciali (Cfr. Cod. comm. it. art. 40). E non dovrebbe esser vano il desiderio, espresso da alti studiosi, che questa norma venisse estesa, con le debite eccezioni positive

già sancite (come quella tra coeredi), anche ai contratti civili, ripristinando l'unità dei rapporti civili e commerciali, e uniformandosi alla vita economica moderna quale è stata configurata dal sorgere della grande industria.

L'INCONSISTENZA DELLA DISTINZIONE TRA SOLIDARIETÀ
E CORREALITÀ.

Abbiamo già detto che l'obbligazione, in cui uno dei debitori è tenuto a pagare per tutti, uno dei creditori può esigere per tutti, è detta correale, avuto riguardo alla pluralità dei soggetti (conrei, duo rei); solidale, avuto riguardo all'oggetto dovuto per intero (solidum) da ciascun debitore a ciascun creditore.

Ma fino a pochi anni or sono la dottrina romanistica, falsando la dottrina romana, distingueva tra obbligazione correale e obbligazione solidale. Il maggiore dei Pandettisti, Bernardo Windscheid, poneva la distinzione nei termini seguenti.

"L'obbligazione correale è una obbligazione con pluralità di relazioni soggettive (subjektive Beziehungen). Ciò vuol dire che, data una pluralità di creditori, per il precetto giuridico contenuto nell'obbligazione è regolatrice

la volontà di ogni singolo creditore, come se egli fosse l'unico creditore, e che in caso di una pluralità di debitori, il precetto giuridico contenuto nell'obbligazione è rivolto ad ogni debitore, come se egli fosse l'unico debitore. Quindi ogni creditore può riscuotere il credito, senza abbisognare della cooperazione del concreditore, e ogni condebitore può essere costretto a pagare il credito, senza che egli possa invocare l'esistenza di un condebitore. Ma una volta che è stata fatta la prestazione, ogni creditore è tolto di mezzo e ogni debitore è liberato".

L'obbligazione solidale è definita quella obbligazione in cui "ogni creditore può esigere il tutto e ogni debitore deve il tutto; anche qui, mediante prestazione una volta tanto, si tolgono di mezzo tutti i creditori e si liberano tutti i debitori, ma per ogni creditore e ogni debitore ha luogo un diritto di credito particolare. La conseguenza di ciò è che un fatto estintivo, che si verifica nella persona di un creditore o debitore, in quanto non sia adempimento o equiparato all'adempimento, è indifferente per gli altri creditori e debitori".

E in nota il Windscheid soggiunge: "E così secondo il diritto romano specialmente la litis contestatio era indifferente per gli altri creditori e debitori".

Questa distinzione -diciamo subito- è il triste frutto di una colossale illusione ed è anche il più famoso esempio delle difficoltà inestricabili e delle cavillose e torturanti sottigliezze, in cui può smarrirsi la dottrina giuridica non illuminata dalla ricostruzione storica degli istituti e dei concetti.

Donde nacque questa distinzione tra solidarietà e cor-realtà ?

La base testuale, sulla quale questa dottrina si è venuta edificando, e dalla quale essa è partita per poi ammettere conseguentemente una serie di diversità di regime tra le due figure di obbligazione non direttamente attestate dalle fonti, è questa.

Vi è una serie di testi, relativi a taluni rapporti obbligatori solidali, dai quali emerge che nell'età classica la contestazione della lite, operata dal creditore in confronto di uno dei debitori ovvero da uno dei creditori in confronto del comune debitore, aveva effetto estintivo, liberatorio anche per gli altri debitori e in confronto degli altri creditori; mentre un'altra, più cospicua, serie di testi, riferibili ad altri rapporti obbligatori solidali, afferma che soltanto il pagamento effettivo da parte del debitore escusso libera gli altri, o il pagamento al credito-

re che ha prevenuto gli altri estingue in questi il loro diritto di credito.

Appartengono alla prima serie i testi seguenti.

D. 11, 1, 8 Paulus vicesimo secundo ad edictum:

Si quis interrogatus de servo qui damnum dedit, respondit suum esse servum, tenebitur lege Aquilia quasi dominus et, si cum eo actum sit qui respondit, dominus ex actione liberatur.

D. 11, 1, 20 Paulus libro secundo quaestionum:

Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat.....

D. 14, 1, 1, 24 Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum.

Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum sit, cum altero agi non potest.

D. 21, 2, 51, 4 Ulpianus libro octogesimo ad edictum:

Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur, deinde post evictionem cum uno fuero expertus, si agam cum ceteris, exceptione me esse repellendum La-beo ait.

D. 44, 2, 21, 4 Pomponius libro trigesimo primo ad Sabinum:

Si pro servo meo fideiusseris, et mecum de pecunia actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est.....

D. 45, 1, 116 Papinianus libro quarto quaestionum:
Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus Paulus notat: non enim sunt duo rei Titius et Maevius eiusdem obligationis.....

D. 46, 1, 5 Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum:

..... est autem species talis. si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet: item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas obligationes sustinebit. plane si ex altera earum agerit utramque consumet...

D. 45, 2, 2 Javolenus libro tertio ex Plautio:

Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singulis in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

D. 45, 2, 16 Gaius libro tertio de verborum obligatio-

nibus:

Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit.

D. 46, 2, 31, 1 Veneleius libro tertio stipulationum:

Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur et quid iuris unusquisque sibi adquisierit. fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione peremi ceterisque obligationem.

Tutti questi testi ammettono l'efficacia estintiva della contestazione della lite sulla obbligazione solidale; nè deve suscitare dubbi la terminologia adoperata per indicare la contestazione della lite (petitio, petere; agere, experiri, convenire). I testi classici designano questo momento del processo o con l'antico termine di litis contestatio o con le espressioni accipere o suscipere iudicium (da parte del convenuto); ordinare iudicium o causam, rem in iudicium deducere (da parte dell'attore): espressioni tutte, che designano il passaggio dallo stadio in iure allo stadio in iudicio, oppure -e ciò è particolarmente interessante per la questione che ci riguarda- con termini ed espressioni che a prima vista sembrano indicare nient'altro che la messa in

movimento, per impulso dell'attore, del meccanismo processuale, ma in realtà alludono alla avvenuta litis contestatio: tali actionem o litem inchoare, o anche soltanto petere - petitio, intendere - intentio, agere, convenire.

Una prova del reale tecnico significato di questa fraseologia si ha in Gaio, 3, 181:

Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desit".

Al secondo gruppo appartengono testi più numerosi, che affermano non avere efficacia liberatoria la contestazione della lite, ma avere tale efficacia soltanto l'avvenuto pagamento. Il fatto di aver contestato la lite con un debitore non libera gli altri; questi sono liberati dal pagamento che quel debitore faccia. Sono testi che noi dovremo considerare ad uno ad uno: qui basterà richiamarne solo alcuni, perchè subito abbia rilievo il contrasto fra essi e i testi precedentemente riferiti.

D. 26, 7, 18, 1 Julianus libro vicesimo primo digestorum:

Ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit alter non liberabitur.

D. 30, 8, 1, Pomponius libro secundo ad Sabinum;

Si ita scriptum sit: "Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato", cum utro velit Seius aget, ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberatur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.

D. 13, 6, 5, 15 Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum:

.....duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum.

Questa divergenza in ordine alla litis contestatio ha messo in imbarazzo sin dal tempo antico gli scrittori, e generato diverse spiegazioni, finchè la disputa nel secolo scorso assunse un carattere così grave da imporre alla scienza romanistica come uno dei più ardui problemi la questione della solidarietà.

La spiegazione i Glossatori credettero di trovarla immaginando che, dove i testi affermano l'efficacia estintiva della litis contestatio nel rapporto obbligatorio solidale, il processo avesse prodotto le sue pratiche conseguenze, cioè è a dire la litis contestatio fosse stata seguita dal concreto effetto del pagamento (litis contestatio cum effectu); dove invece la negano, questa pratica conseguenza sarebbe

mancata. Congettura anche abile, dal punto di vista della necessità di conciliare testi contrari, considerati come precetti di un unico corpo di leggi vigenti; ma assolutamente inattendibile di fronte al diritto classico e insostenibile per la decisa e contrapposta significazione dei testi. Essendo tuttavia non assurda dal punto di vista del diritto giustiniano, si comprende come lo spirito pratico dei Glossatori e dei Commentatori potesse appagarsene.

Il Cuiacio avanzò, in diversi tempi, diverse spiegazioni. Egli suppose che tra i giureconsulti romani vi fosse disputa circa l'efficacia estintiva della litis contestatio in materia di obbligazione solidale. Questa spiegazione, dal punto di vista storico, non può soddisfare: la scoperta delle Istituzioni di Gaio ha messo in luce la distinzione tra l'effetto ipso iure e l'effetto ope exceptio- nis della litis contestatio secondo la natura del giudizio (Gai 3, 183); ma dell'efficacia estintiva della litis contestatio, nessun giurista classico può mai aver dubitato.

Il grande giureconsulto, invece, intravvide in un secondo tempo la ragione vera del contrasto e affacciò quella spiegazione che trionfò, poi, come vedremo, nell'età nostra. Egli pensò che il contrasto fra i testi rappresentasse un contrasto fra il diritto classico e il diritto giustiniano:

fra il diritto classico che ammetteva, e il diritto giustiniano che negava, l'efficacia estintiva della litis contestatio sul rapporto obbligatorio solidale. Non sfuggiva al Cuiacio la costituzione giustiniana, inserita in C. 8, 40, 28, in cui si riconosceva efficacia estintiva dell'obbligazione solidale non alla contestatio litis, non alla electio, ma al pagamento; e, pur senza insistere nel determinare e specificare le interpolazioni dai compilatori eseguite, ma limitandosi a segnalare l'aggiunta delle parole et solutum in D. 30, 8, ammoniva: "Ex lege ult. C. de fid. (C. 8, 40, 28), ad quam tamen inflexi sunt quidam loci Digestorum, hodie electione unius ex reis non liberatur alter, sed exactione demum ac solutione; non litis contestatione, sed perceptione etc.

L' Aretino, a spiegare la diversa efficacia della litis contestatio, distinse due categorie di obbligazioni solidali: di stretto diritto e di buona fede, e questa spiegazione incontrò l'adesione del Duareno.

Il Fabro poi distinse due categorie, nell'una delle quali si avrebbe una sola obbligazione (una eademque obligatio), nell'altra più obbligazioni (plures obligationes). Questa dottrina distintiva del Fabro risorse nel secolo scorso e conquistò tutta, si può dire, la scienza romani-

stica. Fu enunciata dal Kellef, poi ampiamente sviluppata dal Ribbentrop, e quindi accolta universalmente, pur tra qualche contrasto e molte dispute, sorte non già per negarla ma per stabilire con maggior precisione il concetto dottrinario della differenza, per enumerare le specie singole dell'una e dell'altra categoria, per eliminare altre e nuove difficoltà che affioravano.

Le obbligazioni con pluralità di soggetti -si disse- possono assumere due configurazioni.

Nell'una l'obbligazione, non ostante la molteplicità dei soggetti, è veramente unica, e l'unità non si spezza per la presenza di più creditori autorizzati a ricevere il pagamento, o di più debitori al pagamento tenuti. Trattandosi di obbligazione unica, è ovvio che non si possa dedurla in giudizio da uno o contro uno senza consumarla anche in confronto degli altri; questa obbligazione unica sorge, per solito, da stipulazione o da legato; ed è l'obbligazione correa.

Nell'altra configurazione, invece, alla pluralità dei soggetti non corrisponde una unità sostanziale: le obbligazioni sono in realtà molteplici, tante quante i soggetti, sebbene tutte s'incontrino nell'oggetto, il quale, soddisfatto da uno o ad uno, non è più dovuto dagli altri o agli

altri. Per ciò si comprende che, dedotta in giudizio l'obbligazione di un debitore o di un creditore, non si debbano ritenere consumate le singole obbligazioni degli altri; ed è questa l'obbligazione solidale, che per solito nasce dal delitto commesso da più, dal deposito, dal comodato, e da altri simili negozi.

La dottrina fu seguita largamente, quantunque la nozione dell'obbligazione solidale sia oscura, e la diversità tra l'obbligazione correa e l'obbligazione solidale, così definita, sfugga.

La difficoltà maggiore sta nell'intendere che cosa voglia dire l'espressione "incontrarsi nell'oggetto", che sarebbe il segno distintivo delle due categorie: attorno a questo punto maggiormente lottarono gli oppositori e i difensori della distinzione.

Se nelle correa l'obbligazione è unica e unico l'oggetto, si disse, identica per tutti dev'essere la prestazione; nelle solidali, invece, questa identità dell'oggetto manca, ma non v'è neppure una pluralità di oggetti, che altrimenti si avrebbe l'obbligazione cumulativa: vi è, dunque, un fenomeno intermedio e questo consisterebbe nell'essere l'oggetto uguale, simile, per ciascun soggetto. Vi sarebbero tanti oggetti quanti sono i debitori o i creditori,

quindi una particolare azione di credito per ciascun soggetto attivo, un particolare debito di ciascun soggetto passivo, ma l'oggetto dovuto dall'uno è uguale a quello dovuto dall'altro e, poichè è uguale, è dovuto una volta sola.

Infatti, quando uno dei debitori ha adempiuto la sua particolare obbligazione, il diritto del creditore resta privo di oggetto, cade di fronte a tutti gli altri per esser venuto meno il suo scopo. Ciò sarebbe manifesto specialmente nelle obbligazioni derivanti da delitto o da qualsiasi altro comportamento illecito, che determinino risarcimento di danno a carico di più persone. Se più ne sono compartecipi, ciascuno è colpevole e deve per l'intero il risarcimento indipendentemente dagli altri corresponsabili. Quando, ad esempio, due persone uccidono insieme l'animale, o due tutori insieme compiono malversazioni sul patrimonio pupillare, il danno può dirsi prodotto dall'azione di ciascuno indipendentemente da quella dell'altro, e ciascuno è dunque da solo e integralmente responsabile del risarcimento. Per quanto il fatto sia comune a più autori, e sia anzi il medesimo fatto per tutti, ciò non ostante esso è interamente imputato a ciascuno, e la responsabilità di ciascuno non deve essere diminuita dalla concorrente responsabilità degli altri. Ma a sua volta il danneggiato non deve conse-

guire ripetutamente il risarcimento, perchè ciò andrebbe al di là dello scopo a cui la norma tende: si avrebbe un ingiusto arricchimento, perchè la ragione creditoria del leso è costituita soltanto dal quod interest; di qui la conseguenza che, pagato il risarcimento, nulla è più dovuto dagli altri.

L'essere, pertanto, le prestazioni tra loro simili e uguali produce un effetto economico che non differisce da quello prodotto dalla obbligazione correale, ma all'uguaglianza dell'effetto non corrisponde una uguaglianza nella struttura giuridica dei rapporti obbligatori che sono sostanzialmente differenti.

Se non che fu bene osservato che, nonostante ogni sforzo dialettico per rendere percettibile la contrapposizione tra identità e uguaglianza dell'oggetto, questa rimane sempre inafferrabile. Se è già cosa ardua costruire dommaticamente l'idea dell'unità dell'obbligazione con pluralità di relazioni subbiettive, che sta a base della obbligazione correale, è assolutamente insuperabile la difficoltà di concepire un quid medium tra l'identità dell'oggetto e la pluralità; di costituire -cioè- un rapporto, conformato in guisa che non si abbia nè unità di obbligazione nè pluralità di obbligazioni indipendenti.

Il concetto dell'obbligo correaire ha preoccupato gravemente gli scrittori per l'intrinseca difficoltà di conciliare l'unità dell'obbligazione con la pluralità delle relazioni soggettive. Chi parlò di una pluralità formale delle obbligazioni per i singoli creditori o debitori (Fritz); chi di una pluralità di obbligazioni con unica sostanza patrimoniale, cioè con unità o identità di contenuto (Kuntze); chi di una unità dell'obbligazione con pluralità di azioni o di unità della ragione con pluralità di azioni (Bekker); chi di pluralità di azioni per i singoli creditori o debitori, ma unica obbligazione per la loro totalità, cioè una obbligazione complessa che abbraccia in sé tutte le altre particolari dei singoli soggetti (Baron); chi di diverse obbligazioni compendiate a unità (Unger); chi di obbligazioni riunite in rapporto giuridico (Dernburg). Per chiarire il fenomeno, si è fatto ricorso alla alternatività (Fitting): come nella obbligazione alternativa le prestazioni sono più, ma una sola è dovuta e vien scelta tra le varie in precedenza determinate, così nella obbligazione correaire più sono i soggetti attivi o passivi, ma uno solo è in via definitiva il creditore o il debitore, determinato con la scelta; si è fatto anche ricorso alla mutua rappresentanza dei vari soggetti fra loro, per la quale ciascun creditore o debito-

re funge da rappresentante degli altri di fronte al comune debitore o creditore⁸ (Brinz). In tanta varietà di formulazioni, osservava il Windscheid, non era nessuna prospettiva che una conciliazione delle opinioni fosse per raggiunger-si.

Prescindendo dalle diverse formulazioni dogmatiche, se l'unità dell'obbligazione correaire si lascia cogliere attraverso l'idea dell'unità dell'oggetto o del contenuto, il concetto della obbligazione solidale come rapporto nettamente diverso dalla correaire non s'intende, poichè non si comprende che cosa sia una pluralità di oggetti tra loro uguali: nulla impedirebbe, infatti, di dire che anche nelle correaire l'oggetto è ripetuto tante volte quante sono i soggetti: che cioè, per ciascun debitore o creditore la prestazione è uguale a quella degli altri.

Nè il ricorso, che dagli scrittori si è fatto, ad altre ragioni per illuminare la pretesa contrapposizione tra le due categorie, è riuscito a chiarirla.

Le prove, poi, addotte per documentarla esistente nelle fonti, sono fallite.

Si è detto da alcuni che la correaire nasceva dai contratti e la solidarietà dai delitti; che alla correaire corrispondevano le azioni di stretto diritto, alla solida-

rietà quelle di buona fede.

Si è sostenuto da molti che non solo rispetto alla litis contestatio ma anche rispetto ad altre cause estintive, le obbligazioni solidali si sarebbero comportate diversamente dalle obbligazioni correali. Solo il pagamento -secondo alcuni- avrebbe avuto efficacia uguale nelle due categorie, mentre le altre cause, che nelle correali estinguono per tutti l'obbligazione, sebbene verificatesi in confronto di un solo debitore o di un solo creditore, non avrebbero operato con efficacia generale nelle solidali. Ovvero -secondo altri- col pagamento, anche la novazione, l'accettazione, il pactum de non petendo, ma non tutte le altre cause estintive.

Anche rispetto al diritto di regresso, alla responsabilità conseguente alla mora, al perimento per colpa, si sarebbero avute diversità notevoli fra le due categorie.

Insomma, quella diversità di effetti della contestatio litis, che le fonti della compilazione in realtà attestano, dopo aver fatto sorgere la teoria della doppia specie di obbligazioni, spingeva gli scrittori a cercarne il fondamento in una diversità dell'intima loro struttura e a scoprirne la conferma anche in altri campi o momenti diversi dalla consumazione processuale.

Messa su una falsa strada, la dottrina romanistica nel secolo XIX non fece che accumulare errori su errori.

Era una dottrina completamente disorientata: tanto disorientata, che non si avvedeva che il contrasto dei testi in ordine alla efficacia della litis contestatio sulla obbligazione solidale non è contrasto fra testi che ammettono l'efficacia generale della litis contestatio (estinzione del rapporto obbligatorio anche nei riguardi dei debitori non convenuti in giudizio), e testi che ne ammettono l'efficacia estintiva parziale (cioè estinzione del rapporto obbligatorio soltanto nei riguardi del debitore col quale la litis contestatio è intervenuta), ma contrasto fra testi che ammettono e testi che negano la efficacia estintiva della contestatio litis.

Una nuova fase nel problema delle obbligazioni solidali si iniziò con lo studio dell'Ascoli nel 1890, che rappresentava un felice ritorno alla tesi del Cuiacio, secondo la quale la controversia poteva e doveva esser risolta sul terreno storico, non doveva essere portata sul terreno dogmatico.

Per apprezzare il fondamento infrangibile della dottrina cuiaciana, sviluppata dall'Ascoli, dall'Eisele, dal Binder, dal Bonfante nell'età contemporanea, occorre aprire u-

na parentesi per seguire le sorti della litis contestatio nel processo civile romano-classico e nel processo giustiniano.

Nel processo civile classico la contestatio litis segnava il termine della fase in iure e costituiva un atto solenne con cui le parti, di comune accordo, si obbligavano a sottomettere la lite al giudice e a sottostare alla sua decisione.

Nel processo per legis actiones sembra che questa formale attestazione fosse giurata avanti a testimoni. Nel processo per formulas pare che consistesse nella comunicazione della formula fatta dall'attore al convenuto (edere, dictare formulam sive iudicium) e nella accettazione da parte di questi (accipere iudicium).

In questo obbligo assunto dalle parti era il significato vero della litis contestatio e la radice della sua efficacia. Essa è assimilata a un contratto (iudicio contrahi), e aveva per effetto di eliminare il rapporto che prima esisteva fra le parti e di generarne uno nuovo, che è appunto dato dall'obbligo di sottostare al giudizio e alla sentenza.

Da quel momento, l'azione originaria era consumata e non si sarebbe più potuto tornare a esperirla validamente.

Questa consumazione aveva luogo ora ipso iure, ora ope

exceptionis: aveva luogo ipso iure nei giudizi legittimi e quando si fosse agito con un'azione personale in ius concepta; aveva luogo ope exceptionis nei giudizi che avevano base soltanto nell'imperium del magistrato (giudizi, che con barbara espressione Gaio dice: iudicia imperio contentia) e nei giudizi legittimi, quando si fosse agito con una actio in rem o con formula in factum. E l'eccezione era l'exceptio rei in iudicium deductae.

Nell'età antica delle legis actiones, questa distinzione non si faceva: l'azione era sempre consumata ipso iure.

La consumazione processuale dipendeva dalla applicabilità del principio che non erano ammissibili due processi per lo stesso oggetto (bis de eadem re ne sit actio) e quindi essa non poteva a meno di intervenire tutte le volte che, contestata la lite su un rapporto controverso, si proponesse una nuova azione, per la quale si doveva dire che trattavasi di eadem res.

L'eadem res c'era anche nel caso delle obbligazioni solidali, in cui si ha una obbligazione con pluralità di soggetti. Qui pure l'azione spettante a ciascun creditore contro l'unico debitore o al creditore contro ciascun debitore era de eadem re: per ciò nella solidarietà passiva la lite contestata con un debitore consumava l'azione rispetto a tut-

ti (altero convento, alterum liberari) e nelle solidali attive la lite contestata da uno dei creditori consumava l'azione degli altri creditori (petitione unius tota solvitur obligatio). Vi era, bensì, in questa ipotesi la circostanza che nei successivi giudizi interveniva una persona diversa (un creditore diverso dal primo nelle solidali attive, un debitore diverso dal primo nelle solidali passive), ma ciò non poteva costituire ostacolo ad ammettere l'eadem res per la natura stessa della solidarietà che rende indifferenti le persone dei creditori e dei debitori; tanto più che nè la massima bis de eadem re ne sit actio, nè l'eccezione che, dove occorreva, serviva di strumento alla consumazione, cioè la exceptio rei in iudicium deductae, esigevano il requisito della identità personale.

A ogni modo, l'applicazione del principio della consumazione processuale è dichiarata per il nostro caso in modo esplicito dalle fonti. Un passo delle Istituzioni giustiniane (3, 16, 1) avverte che nella ipotesi di duo rei stipulandi vel promittendi, cioè nell'esempio tipico della solidarietà, una res vertitur; un passo di Venuleio (D. 46, 2, 31), sempre in materia di solidarietà, conchiude: unum (creditorem) petentem totam rem in iudicium deducere, e un passo di Ulpiano (D. 46, 1, 5) decide che, esperita l'azione

da un creditore, è consumata per gli altri: cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.

Tanto nel caso di concorso di azioni, quanto nel caso della solidarietà, i giuristi romani ricollegano talora la consumazione processuale alla electio di un creditore (altera electa, alteram consumi) o di un debitore (unius electione alterum liberari); ma, dipendendo in realtà la consumazione dalla contestazione della lite, la scelta come tale non poteva avere effetto per i classici e questo termine va inteso, come il petere, l'agere, etc., nel suo significato pregno, cioè di scelta consacrata definitivamente dalla contestazione della lite. Lo stesso Giustiniano in C. 8 40, 28, riferendosi al diritto classico, equipara electio e litis contestatio.

Pertanto la contestatio litis, in qualunque modo avvenisse, era annoverata fra le cause di estinzione della obbligazione (Gai 3, 180, 181) e messa alla pari con la novazione e col pagamento.

Nel diritto postclassico, sparita la distinzione tra fase del processo in iure e fase del processo in iudicio, la contestazione della lite non ha più una funzione novatoria; non esercita più influenza sul rapporto preesistente tra le parti e sull'azione, ma è contrassegnata da quel mo-

mento in cui l'attore e il convenuto si scambiano le reciproche pretese e contropretese (C. 3, 9, 1 interpolato: lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit).

La consumazione dell'azione si ricollega oramai alla cosa giudicata, non alla contestazione della lite: e il principio, bis de eadem re agi non potest, è messo oramai in correlazione con la cosa giudicata. Di qui, frequenti alterazioni nelle fonti giustiniane.

Così in D. 44, 2, 21, 4 Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum:

Si pro servo meo fideiusseris, et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est [de re iudicata].

Il testo genuino doveva dire: exceptiendum est de re in iudicium deducta.

Così ancora in D. 45, 1, 116 Papinianus libro quarto quaestionum:

Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. Sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, [nisi iudicatum Titius fecerit].

L'interpolazione di quest'ultimo inciso nisi etc. è stata veduta dall'Eisele.

Pertanto, la contestatio litis non è più ricordata nelle Istituzioni giustiniane e nel Digesto tra le cause estintive delle obbligazioni. Illuminante è il confronto tra le Istituzioni di Gaio e le Istituzioni di Giustiniano. L'affermazione gaiana (3, 180): Tollitur autem obligatio litis contestatione....., non è più ripetuta da Giustiniano (Inst. 3, 29).

Tuttavia perdura nell'epoca postclassica in via di eccezione la massima che, nel concorso di azioni, l'attore non poteva servirsi dell'una senza perdere l'altra e, nel caso della solidarietà, la prevenzione di un creditore nell'agire contro il debitore comune precludeva la via agli altri creditori, l'azione promossa contro un debitore escludeva la possibilità di agire contro i condebitori.

Questo regime, però, non si ricollega più alla efficacia estintiva della litis contestatio, ma a un principio nuovo, che ne è, come fu ben detto, una filiazione: cioè, alla efficacia preclusiva della semplice prevenzione da parte del creditore più vigilante e della semplice scelta di un debitore, consacrata sì l'una che l'altra nella promozione dell'istanza. La prevenzione e la scelta concentra definiti-

vamente l'azione; e la situazione così creata non può essere più modificata.

Questa nuova concezione risulta dalla costituzione giustiniana (C. 8, 40, 28) che, trattando delle obbligazioni solidali passive, ci ricorda che nella prassi postclassica anteriore, per premunirsi contro l'effetto preclusivo della electio, si usava nei contratti di solidarietà accessoria (fideiussione) o di solidarietà principale, inserire una apposita clausola per cui il diritto di agire si sarebbe conservato anche quando fosse stato convenuto uno dei debitori, se l'azione non conseguiva l'effetto di dar piena soddisfazione al creditore.

Giustiniano reagisce contro l'effetto preclusivo della prevenzione e della scelta, trasformando in precetto legislativo ciò che nella prassi postclassica soleva venire inserito in apposita clausola contrattuale dalla volontà delle parti.

Reagisce in diversi tempi e non soltanto con la costituzione del 531, conservataci in C. 8, 40, 28.

Reagisce parzialmente in un primo tempo, cioè nel 529 (data dalla pubblicazione del Codex vetus) nel caso di più mandanti di credito, interpolando un rescritto diocleziano.

Questo rescritto, conservatoci in C. 8, 40, 23, nella

sua redazione genuina, diceva così:

Mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire licet.

Ma Giustiniano -come in seguito dimostreremo- così lo interpolò nel 529:

Mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire, [vel satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur], licet.

Reagisce ponendo una regola generale, riguardante in modo esplicito la solidarietà passiva, con la famosa costituzione riferita in C. 8, 40, 28:

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



Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praedictum creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare ?

Dopo questa costituzione, emanata nel 531, in cui i duo rei promittendi non sono indicati nel senso classico (due debitori solidalmente tenuti ex stipulatu) ma nel senso più largo giustiniano (due debitori solidali qualunque sia il negozio da cui la solidarietà deriva), Giustiniano interpolò una seconda volta il rescritto diocleziano inserito in questo stesso titolo (G. 8, 40, 23), quando procedette alla revisione del Codex vetus e formò il Codex repetitae praelectionis nel 534.

E la redazione giustiniana definitiva del rescritto diocleziano risultò la seguente:

[Reos principales vel] mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire, [vel satis

non faciente contra quam egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur], licet.

La costituzione riformatrice di Giustiniano nulla dispone, almeno esplicitamente, per le obbligazioni solidali attive: essa riguarda esplicitamente mandatores, fideiussores, rei principales: cioè le obbligazioni solidali passive.

E' stato, ed è per ciò controverso tra i romanisti se la norma della costituzione giustiniana si debba estendere anche alle prime.

Molti scrittori ritengono che si debba stare nei precisi termini della legge. Lo stato del diritto giustiniano sarebbe, cioè, questo. Rispetto alle obbligazioni solidali attive la prevenzione di un creditore nell'agire (se non più la lite da lui contestata) libera i debitori anche di fronte agli altri creditori; rispetto alle solidali passive, nè la contestazione della lite, nè l'electio di uno dei debitori vale a liberare gli altri, ma soltanto libera il pagamento integrale.

Si dice da questi scrittori che i testi delle Pandette che in materia di obbligazioni solidali attive ammettono le consumazioni dell'azione per il fatto della lite contestata da uno dei creditori (nel diritto giustiniano, per il fat-

to della prevenzione nell'agire da parte di uno dei creditori), non sono stati toccati dai compilatori, i quali anzi hanno conservato in D. 46, 2, 31 il principio classico che ciascun creditore solidale può perdere il debitore per il fatto del creditore più diligente che lo previene.

Uno dei più validi sostenitori di questa tesi, il Bonfante, rileva che l'estensione della costituzione giustiniana alla obbligazione solidale attiva non sarebbe giustificata.

Invero -egli dice- dal punto di vista razionale si può ben spiegare che nel diritto nuovo appaia come una iniquità grave la consumazione dell'azione per litis contestatio nelle obbligazioni solidali passive, cioè la perdita di ogni diritto quando si sia intentata l'azione contro uno dei debitori senza sortirne alcun effetto pratico, senza -vale a dire- ottenere soddisfazione. Sembra precisamente che ne verrebbe ad essere frustrato lo scopo della fideiussione e della obbligazione in solidum.

Ma quando, invece, si tratta di due creditori solidali, e l'uno di essi abbia intentato l'azione, non eccita alcuna ripugnanza che l'azione per l'altro sia estinta: ciascuno sa di poter perdere il suo diritto per il fatto del collega ed è nella stessa situazione in cui sarebbe se l'altro cre-

ditore avesse ricevuto il pagamento o fatto una accettilazione o novato il debito. E' precisamente un carattere della obbligazione solidale attiva, questo: che ciascuno abbia, come dice Venuleio, un diritto indipendente, ma possa perderlo per il fatto del collega.

D'altra parte -si soggiunge- se i testi, in cui si conserva qualche residuo della consumazione in ordine alle obbligazioni solidali passive potevano ben sfuggire ai compilatori per essere tutti fuori di sede e per essere toccato il punto in via incidentale con parole generiche (agere, convenire) che non escludono il pagamento, i testi che mantengono l'efficacia estintiva delle obbligazioni solidali attive sono invece recisi, ragionati, parlano spesso il linguaggio della consumazione, e alcuni compaiono in sede propria.

Ma l'argomento essenziale che distrugge, secondo il Bonfante, la preoccupazione più grave in pro della dottrina estintiva è il seguente: il fondamento dell'estinzione non è più nel nuovo diritto la litis contestatio, bensì la electio, intesa come atto di volontà del creditore. Ora, eliminata la comune ragione processuale, è più agevole essere condotti a riconoscere eccessivo (specialmente dato il nuovo carattere che la solidarietà assume nel diritto giu-

stiniano), che la scelta una volta operata privi il creditore unico della sua garanzia, mentre può parere ovvio e conforme allo scopo che il creditore più diligente tolga agli altri con la prevenzione la facoltà di rivolgersi, anch'essi, dopo di lui, contro l'unico debitore.

Noi riteniamo -e crediamo di poter dimostrare- che questi scrittori sono su una falsa strada.

A chi, come il Longo, invoca il testo di Venuleio (D. 46, 2, 31), in cui si dice: et unum iudicio petentem totam rem in litem deducere, si può obiettare che la petitio qui è termine usato dal giurista in senso pregno, nel senso di petitio seguita dalla contestatio litis: e, se non è stato alterato dai compilatori, ciò accadde perchè anche a proposito delle obbligazioni solidali attive ci fu qualche svista, come ci fu a proposito delle obbligazioni solidali passive.

Le considerazioni del Bonfante non nascondono lo sforzo nell'insigne maestro di giustificare la riforma giustiniana, così come traspare dal tenore letterale della costituzione.

Il voler trarre un grave argomento contro la estensione della riforma giustiniana alle solidali attive dalla constatazione che alcuni testi, che contemplano l'effica-

cia estintiva della petitio, si trovano anche nella sedes materiae (D. 45, 2), urta contro questa insuperabile difficoltà: che nella sedes materiae esiste un testo, in cui l'efficacia estintiva della petitio è riconoscente sia in ordine alle obbligazioni solidali attive sia in ordine alle obbligazioni solidali passive: che anzi, secondo quanto la critica moderna ha congetturato, il testo originariamente si riferiva alle obbligazioni solidali attive e, soltanto per essere stato interpolato, si riferisce anche alle obbligazioni solidali passive.

E' D. 45, 2, 2 Iavolenus libro tertio ex Plautio:

Cum duo eandem pecuniam [aut promiserint aut] stipulati sunt, ipso iure [et singuli in solidum debentur (!) et singuli debent:] ideoque petitione acceptatione unius tota solvitur obligatio.

Ma la dimostrazione decisiva della volontà di Giustiniano di estendere la norma, esplicitamente posta per le obbligazioni solidali passive in C. 8, 40, 28, alle obbligazioni solidali attive si ha nella sicura interpolazione di un testo delle Pandette, del quale i sostenitori della tesi che combattiamo non sembra che si siano avveduti.

Si tratta di D. 39, 3, 11, 1 Paulus libro sexagesimo nono ad edictum:

Cassius ait sive ex communi fundo sive communi aqua noceat, [vel unum cum uno agere posse vel unum separatim cum singulis vel separatim singulas cum uno vel singuli cum singulis]. Si unus egerit et restitutio operis [litisque aestimatio] facta sit, ceterorum actionem evanescere: item si cum uno actum sit [et si praestiterit], ceteros liberari, idque, quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi dividendo recuperari posse.

Della critica di questo testo ci occuperemo in seguito; ma per ora importa rilevare che nella forma più chiara e più recisa in questo testo si dice che nella obbligazione solidale attiva gli altri creditori perdono il diritto di agire, non quando unus egerit, ma quando, in seguito all'azione, restitutio operis litisque aestimatio facta sit.

La critica è concorde (Eisele, Binder, Bonfante, Redenti, Baviera, Guarneri Citati ecc.) nel ritenere che le parole et restitutio operis litisque aestimatio facta sit, sono state aggiunte dai compilatori.

Io penso che litisque sia un errore di amanuense, invece di litisve e che i Giustiniani si siano limitati a sostituire aestimatio a contestatio.

Ma, in ogni modo, ciò dimostra che essi hanno interpo-

lato non solo i testi che affermavano l'efficacia estintiva della contestatio litis nelle obbligazioni solidali passive, ma anche qualche testo, che si riferiva alle obbligazioni solidali attive.

In altre parole, la riforma giustiniana è stata, per dir così, simmetrica: benchè il tenore letterale della costituzione di Giustiniano sembri lasciar intendere che egli voleva reagire contro l'efficacia preclusiva della electio nelle obbligazioni solidali passive, in realtà egli era portato a sviluppare in ogni direzione la sua riforma. Che se questa non fosse stata ancora la sua intenzione, quando nel 531 emenava la sua costituzione, certo essa si affermò subito dopo nella revisione dei testi della giurisprudenza classica, che a questa materia si riferivano. La interpolazione di D. 39, 3, 11, 1 è la prova irrefutabile della intenzione del legislatore. Ciò che può essere discusso, insomma, è se il legislatore già nella costituzione riformatrice del 531 pensasse che si dovesse estendere alle obbligazioni attive solidali, ciò che egli espressamente stabiliva per le obbligazioni solidali passive: ciò che non può essere posto in dubbio è che, almeno in un tempo immediatamente successivo, questo proposito vi fu ed è precisamente documentato dalla interpolazione di D. 39, 3, 11, 1.

Abbiamo detto che gli scrittori, che sostengono dover-
si restringere la riforma giustiniana alle obbligazioni so-
lidali passive, non sembrano essersi avveduti di questo te-
sto che contiene la prova schiacciante della erroneità del-
la loro tesi.

Per verità, se ne avvide un acutissimo scrittore,
Carlo Longo, scrivendo: "una obiezione potrebbe farsi, co-
me mai i compilatori hanno inserito la necessità del pagamen-
to perchè il creditore perda l'azione, mentre Giustiniano,
secondo osservammo a suo tempo, non ha variato la norma del
diritto precedente per cui bastava la prevenzione dell'un
creditore ad agire per produrre tale perdita?"

Il Longo crede di poter superare l'obiezione, che
giustamente vien fatta, soggiungendo:

"Noi crediamo che nel caso attuale l'interpolazione si
spieghi col fatto che per i compilatori l'obbligazione, a
cui si riferisce l'actio aquae pluviae arcendae, è essenzial-
mente parziaria; e per ciò, pur permettendo ad uno dei cre-
ditori di agire per l'intero, non hanno creduto che ciò do-
vesse pregiudicare gli altri creditori".

Oggiun vede quanto la difesa dell'egregio romanista sia
debole e contraddittoria. Abbiamo già veduto come i compila-
tori tendano a trasformare la solidarietà in parziarietà,

e, anche in questo campo dell'actio aquae pluviae arcendae,
la loro tendenza ha lasciato visibili tracce. Ma è assur-
do pensare che in questo testo i compilatori credessero di
regolare un'obbligazione parziaria: hanno davanti un testo
classico, in cui è ipotizzata una obbligazione solidale at-
tiva e una obbligazione solidale passiva. Il testo classi-
co, nell'uno e nell'altro caso, ammetteva l'efficacia estin-
tiva della litis contestatio.

Nel primo caso: si unus egerit, et restitutio operis
litisve (contestatio) facta sit, ceterorum actionem evane-
scere.

Nel secondo caso: si cum uno actum sit, ceteros libe-
rari.

I compilatori disconoscono l'efficacia estintiva della
contestatio litis classica e della electio nel senso post-
classico.

Per ciò nel primo caso dicono:

si unus egerit et restitutio operis litisve aesti-
matio facta sit, ceterorum actionem evanescere.

Nel secondo caso:

si cum uno actum sit et si praestiterit, ceteros
liberari.

Regolano, dunque, qui l'obbligazione come obbliga-
zione solidale: non la raffigurano come obbligazio-

ne parziaria; e quale è quella obbligazione parziaria, in cui il creditore può chiedere il solidum, non la pars: e il debitore è tenuto non alla pars, ma al solidum?

Il contrasto tra D. 39, 3, 11, 1 e 39, 3, 6, 1-3; il contrasto, cioè, tra il primo testo, in cui i compilatori conservano la solidarietà classica pur facendola funzionare secondo il nuovo regime giustiniano, e il secondo, in cui sostituiscono al regime della solidarietà quello della parziarietà, potrà rendere ancora una volta pensosi sulle imperfezioni dell'opera legislativa di Giustiniano, e far aggiungere questo esempio agli altri, da cui si rileva che commissari diversi o gli stessi commissari in diversi tempi non si preoccuparono delle contraddizioni e delle anomalie, che la loro affrettata e distratta attività faceva sorgere; ma non può sopprimere la realtà di una interpolazione, dalla quale risulta che alla solidarietà attiva essi applicano la generalis norma fissata in C. 8, 40, 28 espressamente per la solidarietà passiva.

Tutto ciò ci consente di concludere che la disputa intorno alla portata della riforma giustiniana contenuta in C. 8, 40, 28 deve considerarsi chiusa e, per dir meglio, superata.

Il testo interpolato delle Pandette (D. 39, 3, 11, 1)

ci attesta che la riforma giustiniana è generale: riguarda le obbligazioni solidali passive e le obbligazioni solidali attive. Vi erano delle esigenze logiche, checchè il Bonfante ne pensi: a questa esigenze logiche Giustiniano non ha voluto, anzi non ha potuto sottrarsi.

Dopo questa ampia parentesi, siamo in grado di sorprendere il tremendo equivoco, in cui la dottrina romanistica del secolo scorso è caduta; siamo in grado di scorgere la falsa strada, su cui si era posta e sulla quale procedendo non faceva che precipitare di baratro in baratro e sprofondarsi nel buio.

La distinzione tra correalità e solidarietà, tra obbligazione correa e obbligazione solidale è nata da un colossale errore.

Dovunque eravi obbligazione solidale o correa che dir si voglia, il diritto classico affermava l'efficacia estintiva della litis contestatio; dovunque eravi obbligazione solidale o correa, che dir si voglia, il diritto giustiniano nega la efficacia estintiva della litis contestatio classica, nega la efficacia preclusiva delle electio post-classica; esige l'adempimento integrale del debitore, fra i più, che è stato convenuto in giudizio o al creditore, fra i più, che si è fatto attore, perchè nel primo caso gli altri debitori siano liberati, nel

secondo gli altri creditori non possano più chiedere. E in questo senso i compilatori giustinianeî mutarono i testi classici. Se non che, anche qui, come altrove, come quasi sempre, non li mutarono -non potevano per la mole del lavoro e per la brevità del tempo mutarli tutti-: mutati furono i piú, ma alcuni sopravvivono immutati nella compilazione giustiniana, dimenticati dalla fretta dei revisori.

Nacque cosí, nella compilazione, una vasta antinomia, la quale, anzi che chiarirsi e risolversi pianamente come un contrasto fra due regimi, il giustiniano (di cui erano espressione i testi interpolati in conformità alla costituzione giustiniana riferita in C. 8, 40, 28) e il classico (di cui eranvi ancora sopravvivenze nei testi non alterati in conformità con questa costituzione), non valutata nella sua essenza e nella sua origine, determinò quella distinzione tra correalità e solidarietà, che, dal Fabro agli ultimi Pandettisti, dominò con tanto fascino anche su eminenti intelletti, per quanto non solo dommaticamente non reggesse nessuno dei criteri adottati per differenziare le due categorie, ma esegeticamente si potesse dimostrare che in nessuna delle cause estintive (all'infuori di quella apparente nella litis contestatio) vi era una diversità di trattamento, la quale giustificasse una distinzione tra correalità e so-

solidarietà.

La critica recente poté dimostrare questa distinzione una chimera.

Ma il campo, attraverso il quale essa doveva procedere, era cosí intricato, che non arrivò, nè poteva arrivare, d'un balzo alla meta.

La felice intuizione del Cuiacio, trascurata fino ai giorni nostri, rispuntò -come già dicemmo- in valenti studiosi.

Anzitutto nell'Ascoli, ma non tutte le obbligazioni solidali (cosí dette in contrapposizione alle correali) venivano eliminate da lui. Alcuni testi parvero all'Ascoli innoppugnabili; soltanto, egli giudicò che in questi casi le obbligazioni solidali fossero cosí profondamente divergenti dalle obbligazioni correali da non potersi propriamente riavvicinare ad esse nè meno come sottospecie di un gruppo unico. Ecco come egli si esprimeva in proposito: "Le cosí dette obbligazioni puramente solidali esistono, in numero di casi assai minore, però, di quelli che la comune opinione ammette, e non rappresentano del resto alcuna particolarità nel sistema delle obbligazioni nè alcuna rassomiglianza con le correali.

Contemporaneamente all'Ascoli lavorava sullo stesso te-

ma l'Eisele, uno degli iniziatori del movimento diretto a scoprire le interpolazioni dei testi giustiniani: lo studio dell'Eisele uscì pochi mesi dopo quello dell'Ascoli.

In esso il romanista tedesco giungeva sostanzialmente alle stesse conclusioni del romanista italiano, eliminando per altro nuovi casi di obbligazioni puramente solidali (obbligazione di più tutori, di più depositari, di più comodatari), ma viceversa negando le interpolazioni supposte dall'Ascoli in ordine alle obbligazioni ex delicto.

Diciamo che l'Eisele conchiudeva sostanzialmente come l'Ascoli, perchè scriveva: "I casi, che io ho indicato col nome di solidarietà impropria non si presentano mai nelle fonti come un gruppo omogeneo.

Per le divergenze con l'Eisele, l'Ascoli scrisse un nuovo contributo sul tema, ribadendo sull'uno e sull'altro punto la propria opinione: negando, cioè, l'interpolazione nell'ipotesi di più tutori, di più depositari, di più comodatari, che erano per l'Ascoli pur sempre tutte figure di obbligazioni meramente solidali, sia pure in senso speciale, e ribadendo invece l'interpolazione dei testi, relativi alle obbligazioni ex delicto.

Finalmente il Binder, in uno studio completo e organico sulle obbligazioni correali riassumeva i risultati del-

l'Ascoli e dell'Eisele, accettando le interpolazioni ammesse da entrambi, anche quelle in cui l'uno era in contrasto con l'altro, eliminava mediante il rilievo di nuove interpolazioni nuove ipotesi, e, nell'analisi dei singoli effetti, perveniva alla conclusione che la distinzione non si potesse giustificare. Il pensiero comune con l'Ascoli e con l'Eisele era pur sempre il seguente: una distinzione vera e propria non si può costruire, e i Romani non la costruirono, perchè poco resta dall'una delle due parti (le obbligazioni puramente solidali).

Tuttavia, non ostante la posizione più decisa assunta dal Binder, sopravvivevano, dopo la sua esegesi, alcuni casi in cui egli riconosceva che l'effetto estintivo della litis contestatio non aveva luogo nè meno nel diritto classico: questi casi sarebbero quello dell'actio quod metus causa contro più autori della violenza, quello dell'actio doli, quello dell'actio in factum contro più persone che hanno impedito al convenuto di presentarsi in giudizio.

Dopo lo studio del Binder venne lo studio, veramente poderoso e supremamente chiarificatore, del Bonfante.

Non esisteva -dice il Bonfante- nel diritto classico e non esiste nel diritto giustiniano se non una sola categoria di obbligazioni o correali o solidali, che dir si vo-

gliano: i testi, in cui si afferma che la litis contestatio, operata in confronto dell'uno dei debitori o dell'uno dei creditori, non libera, ma libera invece la perceptio, cioè il pagamento, sono tutti interpolati, anche i pochi testi residui, di cui nè pure il Binder era riuscito a liberarsi.

Ma non sono tutti interpolati per quel motivo che era stato visto dal Cuiacio e che è stato dimostrato dall'Ascoli, dall'Eisele, indi dal Binder, bensì in parte per quel motivo e in parte per un altro motivo che non era ancora stato scorto, e in una forma o in un senso opposto.

Vi era nel diritto romano classico una serie di obbligazioni solidali, ma non in senso elettivo, bensì in senso cumulativo, come abbiamo veduto: più persone erano obbligate alla stessa prestazione indipendentemente l'una dall'altra e senza che nè il pagamento nè altro atto liberatorio rispetto all'una avesse efficacia rispetto all'altra; e similmente nella stessa guisa più persone potevano aver diritto alla stessa prestazione.

Di questo genere erano le obbligazioni ex delicto: e si comprende come i Romani, quando il concetto della pena era puro, trovassero incongruo e assurdo che, in un caso di delitto commesso da più persone, gli altri rei fossero assolti perchè il primo aveva soddisfatta la pena; o, in

caso di più persone lese, soltanto la prima avesse diritto alla dovuta soddisfazione, non le altre.

Questo regime dell'efficacia cumulativa della pena sembra vigere ancora nel diritto giustiniano per alcuni delitti, come l'iniuria e il dammum iniuria datum, ma in generale -come si è visto- Giustiniano nel campo dell'azione penale ha operato profonde trasformazioni, perchè ormai il concetto dell'indennizzo soffoca quello della pena.

Mentre i giureconsulti classici distinguevano l'azione per la pena e l'azione per il risarcimento, Giustiniano tende a considerare la pena, inflitta nel simplum del danno arrecato, come una rei persecutio, e a stabilire, nei casi in cui la pena consiste in un multiplo del danno (duplum - triplum - quadruplum), che una parte della soddisfazione avuta come pena debba valere come indennizzo, costituendo, così, la categoria delle azioni miste, in parte penali, in parte reipersecutorie.

Parallelamente Giustiniano operò nel nostro campo. Egli ha convertite le obbligazioni ex delicto da obbligazioni solidali cumulative in obbligazioni solidali elettive, cioè solidali, nel senso ordinario della parola; ma, operando questa conversione, egli non poteva rendere queste obbligazioni solidali se non nella forma che egli ha attribui-

to alla solidarietà; cioè, doveva ammettere bensì le altre cause estintive, ma doveva eliminare pur sempre l'effetto estintivo della litis contestatio.

In questa guisa vengono ad essere tolti di mezzo precisamente i casi residui di obbligazioni puramente solidali che lo stesso Binder mantiene: essi sono tutti casi di obbligazioni ex delicto e dovevano essere casi di obbligazioni solidali cumulative nel diritto classico.

Ma anche parecchi dei testi, in cui l'interpolazione si suppone eseguita per eliminare l'effetto estintivo della contestazione della lite, e principalmente alcuni testi, a proposito dei quali vi è dissenso fra l'Ascoli e l'Eisele nell'ammettere o nel negare l'interpolazione, sono bensì testi interpolati, ma in senso diverso da quello che ritengono l'Ascoli, l'Eisele, il Binder: non per eliminare l'effetto estintivo della contestazione della lite, bensì per eliminare l'efficacia cumulativa della obbligazione.

Come si può dire che il campo delle obbligazioni solidali fu quello in cui la dottrina giuridica, non sorretta e illuminata dall'indagine storica, fece la più misera prova, e una interminabile serie di opere, distesa specialmente su tutto il secolo XIX, sta a dimostrare quali tristi frutti produca una dottrina disorientata, così si può dire

che l'uso del buon metodo ha consentito di raggiungere in questo campo risultati che, così come sono fissati dal Bonfante, si possono considerare definitivi.

Qualche scrittore, ancora, pur avendo presente l'involuzione subita dalla contestatio litis, pur consentendo in molte interpolazioni rilevate, vorrebbe tenere ferma pur sempre una distinzione tra correalità e solidarietà.

Così, il Perozzi e l'Arangio Ruiz: ma la loro posizione, per verità, non è in alcun modo difendibile.

Il Perozzi non solo mantiene la distinzione tra obbligazioni correali e obbligazioni solidali, ma riduce le correali, come già il Fritz e il Sibenhaar, al campo della stipulazione, cioè ai duo rei stipulandi e ai duo rei promittendi; e, poichè d'altronde riconosce l'esistenza di molte interpolazioni in questa materia, egli si è indotto a separare dalle correali e dalle solidali una serie di casi, così che viene a creare una triplice partizione, che designa nel seguente modo: obblighi correali, solidali, interdipendenti.

Questa dottrina del Perozzi parte dal falso presupposto che l'espressione duo rei fosse adoperata soltanto nel campo della stipulazione, non nel campo di altri contratti: ma noi abbiamo già visto che ciò non è. Per indicare l'obbligazione

solidale o correaie, che dir si voglia, anche fuori del campo della stipulazione i Romani parlavano di duo rei o, con espressione più attenuata ma non equivoca, di quasi duo rei, quodammodo duo rei. E' vero soltanto che i Romani non parlavano, e soltanto i Giustiniani in qualche testo interpolato e nella c. 28 C. 8, 40, come abbiamo più volte avvertito, parlano di duo rei stipulandi o promittendi fuori del campo della stipulazione.

Ma quanto ai principii sostanziali, tra i duo rei stipulandi o promittendi e il regime delle altre obbligazioni in solidum non si possono, al lume delle fonti e della logica, stabilire altre differenze all'infuori di quelle che dipendono dalla forma costitutiva: è ben chiaro e naturale che l'acceptilatio non potrà estinguere se non le obbligazioni costituite o ridotte nella forma della stipulazione.

L'Arangio Ruiz scrive: "Non è da escludere che, pur avendo avuto le obbligazioni in parola (di più mandanti dello stesso mandato di credito, di più tutori, depositari, commodatari,) una struttura iniziale analoga a quella dell'obbligazione da stipulazione correaie, la giurisprudenza abbia fatto leva sopra il carattere di buona fede delle azioni relative per scalzare la regola della liberazione in seguito alla litis contestatio: regola, che si spiega per-

fettamente coi principii del processo romano, ma che tuttavia dava luogo in pratica al risultato veramente impressionante di lasciare allo scoperto il creditore per il solo fatto che aveva sventuratamente intentata la lite contro il meno solvibile fra i suoi debitori. Se così fosse, si sarebbe avuto appunto in epoca classica una distinzione fra obbligazioni solidali e correaie, e Giustiniano per il primo l'avrebbe abolita con la nota costituzione".

Di questa congettura ha fatto una giusta critica Carlo Longo.

Questi obietta che la giurisprudenza classica non avrebbe potuto raggiungere il fine supposto dall'Arangio se non consigliando al pretore di restituire in integrum il creditore mediante la rescissione della litis contestatio, da lui operata col debitore meno solvibile. Ora, che questo espediente sia stato adottato sistematicamente dai pretori nel campo delle obbligazioni solidali nascenti da negozi di buona fede, in modo da poter dire che iure pretorio, almeno in pratica, si sia avuto in età classica un gruppo di obbligazioni solidali indirettamente sottratte alle conseguenze della litis contestatio, non risulta da nessuna parte. L'Arangio Ruiz se lo immagina puramente e semplicemente. E in ogni caso sbaglia, quando ammette, come sembra, che la giurisprudenza classica avrebbe in questi casi potuto esprimersi dicendo che la

liberazione generale si aveva col solo pagamento (pecunia soluta). La giurisprudenza non poteva negare in principio l'effetto estintivo della litis contestatio.

Così, giustamente, il Longo. Ma nè pure altre considerazioni, che l'Arangio fa su questo punto, hanno maggior peso. Dire che l'interpolazione dei testi, riguardanti l'obbligazione dei tutori ex communi gesto (D. 26, 7, 18, 1), quella dei depositari (D. 16, 3, 1, 43), dei commodatari e dei conduttori (D. 13, 6, 5, 15), può essere gravemente dubbia, perchè questi testi non si trovano, come i testi analoghi in tema di stipulazione, in contraddizione con altri, da cui l'efficacia estintiva della litis contestatio sia affermata, è dire nulla, o, meglio, è dar rilievo a una circostanza meramente accidentale, di nessun valore. Del resto, abbiamo testi genuini, che attestano l'efficacia estintiva della litis contestatio sulla obbligazione solidale, nascente da causa diversa dalla stipulazione: così D. 11, 1, 8; D. 11, 1, 20; D. 14, 1, 1, 24;

Questa considerazione dell'Arangio si collega a un'altra, e precisamente a quella che ritiene adoperata ancora dalla costituzione giustiniana in C. 8, 40, 28, l'espressione duo rei promittendi nel suo significato classico; ma già avvertimmo che per i Giustiniani questa espressione ha

una più larga accezione: indica i debitori solidali, in genere.

Dobbiamo ora passare all'esegesi dei testi per controllare l'esattezza della dottrina che nega la distinzione tra obbligazioni correali e obbligazioni solidali sia nel diritto classico sia nel diritto giustiniano e sostiene interpolati sia i testi, in cui si nega l'efficacia estintiva della litis contestatio sulla obbligazione solidale in senso elettivo, sia i testi in cui si ammette l'efficacia liberatoria del pagamento sulla obbligazione solidale in senso cumulativo.

E cominceremo dai testi della prima serie, la cui interpolazione è illuminata dalla costituzione giustiniana, conservataci in C. 8, 40, 28.

DELLA OBBLIGAZIONE SOLIDALE DI PIU' COEREDI EX LEGATO.

D. 30, 8, 1 Pomponius libro secundo ad Sabinum:

Si ita scriptus sit: "Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato", cum utro velit Seius aget, ut, si cum unum actum sit [et solutum,] alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. quid ergo si ab altero partem petierit ? liberum cui erit ab altero reliquum petere. idem erit et si alter partem solvisset.

Si tratta di un legato di credito di un oggetto unico (la forma "Seio dato" rende chiaro che era nel diritto classico un legato per damnationem), a carico di due eredi (Tizio e Mevio), a scelta del legatario.

I due eredi, non potendo l'oggetto esser domandato che una sola volta, ma potendo esser domandato per intero a cia-

scuno di essi, vengono a trovarsi per volontà del testatore di fronte al legatario creditore nella posizione di debitori solidali. Il testo nella sua redazione giustiniana, a causa delle parole et solutum, costringe a concludere che non basta la contestazione della lite (si actum sit) contro uno degli eredi per liberare l'altro, ma occorre il pagamento.

E' tuttavia certo che nella redazione genuina il testo diceva: si cum uno actum sit, alter liberetur, e che le parole et solutum furono inserite dai compilatori in seguito alla nota costituzione riformatrice di Giustiniano.

E', questa, una interpolazione già riconosciuta ab antiquo: rilevata dal Cuiacio, confermata dal Savigny e dall'Alibrandi, non negata dallo stesso Ribbentrop, il maggior sostenitore della distinzione della solidarietà in due categorie. Se non chè, i fautori della estinzione, in vece di essere tratti dalla interpolazione di questo testo a sospettare gli altri, trovarono modo di accomodarsi con esso, elencando l'obbligazione di pagare il legato tra le obbligazioni della prima categoria, cioè tra le obbligazioni correali.

Et solutum è un'aggiunta sgrammaticata: il giurista avrebbe scritto: et is solverit. Inoltre, se il momento della

litis contestatio era irrilevante per liberare l'altro erede, il giurista non avrebbe scritto; si cum uno actum sit et solutum, ma avrebbe scritto invece: si unus ex his solverit.

Che Pomponio ragionasse in base alla consumazione per litis contestatio è riprovato dalla seconda parte del testo che i compilatori dimenticarono di correggere: quid ergo si ab altero partem petierit? liberum cui erit ab altero reliquum petere. Per verità, il Bonfante ritiene la risposta interpolata, osservando che il giureconsulto classico non poteva lasciare libera l'azione per il residuo una volta intentata, perchè la consumazione aveva luogo per l'intero. Ma ciò sarebbe esatto se il legatario avesse chiesto il solidum: invece chiede una pars; l'azione per l'altra pars non può quindi essere consumata. La risposta è, dunque, esatta e genuina. E dimostra anch'essa l'interpolazione delle parole et solutum. Essa vuol dire che l'aver agito per una parte (si partem petierit) consuma l'azione per questa parte, indipendentemente dal fatto che sia stata pagata, o non, la parte prima richiesta. Del trattamento analogo per il pagamento spontaneo il giurista parla poi.

I compilatori non hanno mutata la decisione classica impostata sulla semplice petitio, senza avvertire che per

il diritto giustiniano questa decisione non correva più bene. E' stato anche ben rilevato che il modo di esprimersi di Pomponio consente un sicuro argomento a contrario. Se la petitio di una parte lascia libero il creditore di chiedere l'altra parte, ne dobbiamo dedurre che la petitio dell'intero toglie la possibilità di agire una seconda volta. E questa è appunto la decisione che era contenuta nella prima parte del testo, se i compilatori non avessero ivi inserito le parole et solutum.

Della obbligazione solidale di più comodatari.

D. 13, 6, 5, 15 Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum:

Si duobus vehiculum commodatum sit [vel locatum] simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur.

Posta così la questione, dopo aver accennato alla ratio dubitandi e alle considerazioni svolte da Celso, il testo prosegue:

Sed esse verius ait et dolum et culpam [et diligentiam] et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et [si] alter conventus [praestiterit], liberabit alterum et amobus competit furti actio.

Si tratta della responsabilità di più comodatari (i compilatori soggiungono: di più conduttori); e il testo direbbe che, se uno di essi, dopo esser stato convenuto in giudizio, ha eseguito la prestazione per i danni interessi, l'altro è liberato.

Ma l'interpolazione delle parole si praestiterit fu contemporaneamente rilevata dall'Ascoli e dall'Eisele, il quale ultimo, richiamando il fr. 8 § 1 D. 30 già da noi esaminato, mise in evidenza il punto di somiglianza dei due testi e gli uguali sintomi di interpolazione in essi contenuti.

Evidentemente, se le parole si praestiterit fossero state nel testo classico, diventava inutile l'accento al conventus: una volta che si esige la prestazione, poco importa che il debitore sia stato convenuto o paghi spontaneamente. Se non che questo rilievo, dato alla chiamata in giudizio, si spiega certamente per la circostanza che era questo l'unico momento rilevato nel testo classico: le pa-

role si praestiterit sono state aggiunte dai compilatori. Il giurista classico doveva dire: et si alter conventus sit, liberabit alterum. Negando l'interpolazione si verrebbe quasi a far dire al giurista che il pagamento ha effetto obbiettivo soltanto nel caso che sia preceduto da litis contestatio. Difettoso è, anche, l'uso di praestiterit senza indicazione dell'oggetto.

Della obbligazione solidale di più depositari.

D. 16, 3, 1, 43 Ulpianus libro trigesimo ad edictum:

Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit [nec] liberabitur alter, si cum alter agatur: [non enim electione sed solutione liberantur]. proinde si ambo dolo fecerunt et alter [quod interest praestiterit], alter non convenietur exemplo duorum tutorum: [quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur; idemque et si alter dolo non fecerit et ideo sit absolutus; nam ad alium pervenietur].

Veramente nella posizione del caso si apud duos sit de-

posita res, qualche parola è caduta; il caso posto doveva essere il seguente: si apud duos in solidum sit deposita res, perchè altrimenti sarebbe nata obbligazione parziaria e non solidale: cfr. D. 45, 2, 9 pr.: eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus....fiunt duo rei.....

Ma, prescindendo da ciò, a torto questo testo è stato difeso come genuino dall'Ascoli. Giustamente l'Eisele lo reputò per primo gravemente rimaneggiato dai compilatori. Il testo genuino non doveva negare, ma affermare l'efficacia liberatoria della litis contestatio: non doveva dire; nec liberabitur alter ma: et o sed liberabitur alter; ed è interpolata dai compilatori la motivazione: non enim electione, sed solutione liberantur. Essa, anche a prescindere dal salto dal singolare al plurale senza un soggetto (ad es., utrique), asserisce cosa assurda per un classico, perchè un classico non poteva scrivere che l'electio (cioè, se la parola fosse classica, la litis contestatio) non estingue l'obbligazione rispetto a nessuno dei debitori, vale a dire nè pur rispetto a quello col quale la lite è contestata; cfr. Gai, 3, 180: tollitur autem obligatio litis contestationes. Quella motivazione s'inquadra nel diritto della compilazione giustiniana fissato dalla c. 28, C. 8, 40 e in real-

tà riassume questa costituzione, il cui contenuto si può sia concettualmente sia terminologicamente ridurre alla formula che i debitori solidali non electione sed solutione liberantur.

Conseguentemente, anche le altre parole chiuse tra parentesi, che esigono il pagamento, debbono ritenersi non genuine. Ma della interpolazione vi sono anche elementi specifici: alius in vece di alter non è di buona latinità: se negli scrittori dell'epoca argentea se ne ha qualche esempio, i giuristi sono, di regola, più corretti. Ad alium pervenire, nel senso di convenire sussidiariamente, è espressione preferita dai Giustinianeî. Improprio è dire: quod si alter vel nihil vel minus facere possit, per dire: "se l'uno non paghi o non paghi integralmente"; l'accentuazione, poi, della liberazione conseguente soltanto al pagamento integrale trova riscontro in numerose interpolazioni fatte in materia di concorso delle azioni.

Della responsabilità solidale di più mandatores eiusdem pecuniae.

Qui vengono in considerazione due testi:

D. 46, 1, 52, 3 Papinianus libro undecimo responsorum:

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolute quoque secuta [non] liberantur; [sed omnes liberantur pecunia soluta].

C. 8, 40, 23 Diocl. et Max. Antipatro (a. 294):

[Reos principales vel] mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire [vel satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur], licet.

I due testi trattano del regime della solidarietà nel caso di più mandatores, cioè di più che si son fatti mallevatori del debito contratto da un terzo non nella forma verbale della fideiussione, ma nella forma del mandato di far credito a questo terzo (mandatum pecuniae credendae).

Mentre è certo che nell'epoca anche diocleziana il confideiussore restava liberato per la lite contestata con un altro confideiussore, i due testi affermano che per i plures mandatores lo stesso effetto non si aveva che col pagamento operato da uno di essi. Nessuno ha saputo indicare una ragione plausibile del diverso trattamento fatto alle due forme di malleveria.

Chi, come l'Ascoli e L'Eisele, ha voluto spiegarla supponendo che nei testi sopra riferiti si tratti di mandati separati, non di mandato comune dato da più mandatores, ha introdotto arbitrariamente in essi una circostanza che non vi è accennata. E a ragione il Binder richiama l'eadem pecunia (plures eiusdem pecuniae credendae mandatores) del testo papiniano che costringe a pensare a un unico mandato.

In realtà, la differenza di trattamento non v'era per i classici. Nel testo delle Pandette Papiniano, dopo la frase, si unus iudicio eligatur, doveva affermare la consumazione dell'azione rispetto agli altri mandatores: ciò è dire: absolute quoque secuta liberantur. La consumazione dell'azione era di rigore, anche se l'uno dei mandatores, col quale la lite era stata contestata, era stato poi assolto in giudizio e l'attore era posto nella impossibilità assoluta di ottenere soddisfazione.

Anche qui possiamo osservare che Papiniano non poteva scrivere: omnes liberantur pecunia soluta, poichè l'obbligazione del mandator convenuto in giudizio era tolta (Gai 3, 180) litis contestatione.

Notiamo, infine, che l'ablativo assoluto in fine di periodo è evitato dai classici; "nostri ablativis absolutis non utuntur": già scriveva il Guiacio. "Pecunia soluta" è uno di questi ablativi che attesta la mano dei compilatori. Il Binder sostanzialmente concorda con questa esegesi: egli, per altro, cancella come spurie anche le parole absolutione quoque secuta e ricostruisce: si unus iudicio eligatur, ceteri liberantur.

Nel rescritto di Diocleziano vi sono interpolazioni, come già si è detto, stratificate. Il Binder ricostruisce:

Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire licet.

La ricostruzione è, per ciò che attiene al regime classico e diocleziano della solidarietà, esatta; ma Diocleziano non accennava qui ai rei principales: accennava soltanto ai mandatores.

All'imperatore era sottoposta una fatti specie concreta, un caso singolo: il rescritto decideva su questo e precisamente sulla possibilità di eligere un mandator, anzi che

convenirli ciascuno pro parte, dato che i mandatores eiusdem pecuniae credendae sono debitori solidali.

Il rescritto, decideva adunque:

Mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire licet.

I compilatori aggiunsero in un primo tempo le parole: vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur.

Indizi della interpolazione:

qui, come in D. 16, 3, 1, 43, alius in vece di alter; anche qui, ad alium reverti (in D. 16, 3, 1, 43: ad alium pervenire): anche qui, l'affermazione assurda per il diritto classico e diocleziano che non sia estinta litis contestatione almeno l'obbligazione di quell'uno che fu convenuto in giudizio (electus).

Interpolazione, dunque, sicura.

Se non che la costituzione giustiniana (C. 8, 40, 28) si apre con l'avvertenza:

Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari.

Vi era, dunque, una costituzione pregiustiniana (statutum est!), che stabiliva il principio nuovo, che soltanto il pagamento di un mandator liberava e non la sua chiamata in giudizio (electio)? e i compilatori interpolarono il rescritto diocleziano in conformità di questa costituzione emanata tra l'età di Diocleziano e l'età di Giustiniano, come pensa, ad es., il Binder?

Nessuna costituzione pregiustiniana al riguardo ci fu. Giustiniano, come mostrerebbe di conoscerla (statutum est!), così non avrebbe ommesso di riferirla. Sarebbe stata una costituzione fondamentale.

La costituzione pregiustiniana non è altro che il rescritto diocleziano interpolato dai compilatori del primo Codice, nel 529.

Statutum est: nè deve meravigliare che i compilatori non soggiungano: a nobis. Altri esempi si possono addurre di nuove norme introdotte dai Giustiniani in costituzioni imperiali e attribuite come norme nuove introdotte dall'imperatore a cui la costituzione appartiene. Il più significativo esempio è: quello offerto dalla c. 24, l. C. 5, 16 di Costantino, in cui i Giustiniani fabbricarono tutto il § 2, come dimostra il confronto col Teodosiano; diciamo: il più significativo, perchè la cancelleria imperiale, da cui

derivò la Novella 22 cap. 13, attribuisce l'innovazione non a sè stessa, ma a Costantino.

Fatto il primo passo in ordine alla solidarietà dei plures mandatores, due anni dopo, nella famosa costituzione del 531, riportata nel Codex repetitae praelectionis del 534, i compilatori estendono la loro riforma parziale del 529; ne fanno una generale riforma: generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est (non dicono evidentemente statuimus o a nobis statutum est, perchè l'innovazione è posta sotto il nome di Diocleziano e Massimiano, e non possono dirlo): riforma, che riguarda oltre che i plures mandatores, i confideiussores; oltre che i malleadori, i duo rei promittendi nella ampia accezione che questa espressione ha per Giustiniano: cioè, in genere, i debitori solidali.

E nel preparare il Codex repetitae praelectionis, non soltanto vi fu inserita questa costituzione, emanata certamente per eliminare la difficoltà sorta nei compilatori del Digesto in ordine al trattamento della solidarietà (c'era nel Codex del 529 la nuova norma per i plures mandatores: nel Digesto la norma classica per gli altri casi di solidarietà); ma, proprio nello stesso titolo in cui fu inserita, fu - come nei testi del Digesto - applicato il nuovo princi-

pio ai plures rei.

Di qui venne, nel 534, la seconda interpolazione del rescritto diocleziano, in cui furono inserite le parole: reos principales vel.

Carlo Longo, polemizzando con l'Arangio Ruiz, ha visto bene che l'atto legislativo, a cui accenna l'espressione, statutum est, di C. 8, 40, 28, non è una costituzione per noi andata perduta, come suppone il Binder, ma il rescritto diocleziano interpolato nel primo Codice del 529; erroneamente, peraltro, pensa che nel testo genuino del rescritto Diocleziano parlasse e di mandatores e di rei principales.

Scriva, infatti, il Longo: "Essa (la costituzione di Diocleziano) sottopone allo stesso regime mandatores e rei principales, ma li parifica nel non essere liberati dalla electio, sibbene dalla satisfactio. Ora, siccome quest'ultima regola è stata introdotta per i debitori principali soltanto da Giustiniano, mentre costoro nel diritto classico erano liberati dalla litis contestatio e nel postclassico dalla electio, è chiaro che la parificazione dei mandatores ai rei principales era in origine fatta dalla costituzione in questo senso e non nel senso che ora appare".

Ciò non può essere: dei rei principales il rescritto diocleziano non parlava, sia perchè l'imperatore decideva

una fattispecie concreta e non varie fattispecie astratte, e, decidendo un caso, in cui erano in giuoco più mandatores eiusdem pecuniae, non doveva decidere anche un caso che concernesse più rei principales; sia perchè nel 529 Giustiniano avrebbe dovuto interpolare il rescritto diocleziano, distinguendo nettamente tra rei principales e mandatores a proposito della electio di uno di essi, e dichiararla liberatoria per i primi, non liberatoria per i secondi. Il che non è verosimile, quando si pensi che subito, due anni dopo, trasformava la parziale riforma in riforma generale. L'interpolazione del rescritto diocleziano, che riguardava soltanto il caso di plures mandatores eiusdem pecuniae, fu il primo passo e il primo spunto di una riforma che stava maturando.

Ma, se il Longo a torto pensa che il rescritto diocleziano nella sua redazione originaria riguardasse anche i rei principales, a ragione insorge contro l'Arangio che propenderebbe a ritenere genuino questo rescritto e a riferire l'espressione statutum est della costituzione giustiniana a una innovazione di Diocleziano.

Della obbligazione solidale di più tutori.

Occorre tener presenti i seguenti testi.

D. 27, 7, 18, 1 Julianus libro vicesimo primo digesto-
rum:

Ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit, al-
ter [non] liberabitur.

D. 26, 7, 39, 15 Papinianus libro quinto responsorum:
Adulescens tutoribus conventis, a quibus totum ser-
vari non potuit adversus curatores, qui tutelam ad
se negligentia non transtulerunt, integram actionem
retinet: neque enim tutelae iudicio consumptum videtur,
quod alterius officii querellam habuit.

Il primo testo negherebbe recisamente che, quando due
tutori siano tenuti solidalmente verso il pupillo, la lite
contestata con l'uno liberi l'altro.

L'Eisele reputa interpolato il non.

Questa interpolazione è respinta dall'Ascoli. Certo
non si può dire che indizi diretti ve ne siano: l'aggiunta
o la soppressione di un non è cosa che facilmente si cela;

e, indipendentemente dalla interpolazione, è questo uno dei
casi più frequenti di errori incorsi nel manoscritto delle
Pandette.

D'altra parte, il testo è uno dei pochissimi frammen-
ti conservati del 21° libro dei Digesti di Giuliano, in cui
questo giureconsulto trattava la materia della tutela; e,
siccome la tutela dà luogo, oltre che all'actio tutelae,
ad azioni penali, non è possibile accertare a quale azio-
ne Giuliano si riferisse. E' più probabile che il testo
si riferisse all'actio tutelae, e allora il non è certamen-
te intruso; ma non si può escludere che si riferisse a una
azione penale contro il tutore, e allora il non sarebbe ge-
nuino, non già nel senso che occorresse la prestazione ef-
fettiva di un tutore per liberare l'altro, ma nel senso
che i due tutori erano indipendentemente e cumulativamente
tenuti, senza che nemmeno il pagamento dell'uno liberasse
l'altro, perchè ciò che l'uno prestava non era risarcimen-
to, ma pena.

Interpolato non è certamente, invece, il secondo te-
sto. Se si rileva che il minor venticinque annis, dopo
aver convenuti in giudizio i tutori, conserva l'azione
contro i curatori, gli è soltanto perchè tutela e cura
sono uffici diversi e le azioni contro i tutori e contro

i curatori, avendo diverso fondamento e diverso scopo, non possono dirsi de eadem re. Evidentemente, se ne deduce che nell'ambito dello stesso ufficio di tutela la consumazione si verificherebbe: perchè, se la consumazione non operasse neppure fra più tutori, qual motivo avrebbe avuto Papiniano per rilevare che non opera tra tutori e curatori?

Il giurista vuol ammonire che dall'avverarsi della consumazione rispetto agli appartenenti allo stesso ufficio non deve conchiudersi che la consumazione si avveri tra appartenenti a uffici diversi.

**Responsabilità di più condomini attori o convenuti
nell'actio aquae pluviae arcendae.**

Abbiamo visto che in questo campo i testi non furono alterati in modo uniforme. Forse lo furono in tempi diversi. In uno (D. 39, 3, 6, 1-3) al regime della solidarietà vien sostituito quello della parziarietà; invece, in D. 39, 3, 11, 1 (Paulus libro sexagesimo nono ad edictum) la solidarietà è conservata, per quanto trasformata nella solidarietà giustiniana. Ecco il testo.

Cassius ait sive ex communi fundo sive communi aqua noceat [vel unum cum uno agere posse, vel unum separatim cum singulis, vel separatim singuli cum uno, vel singulos cum singulis]. Si unus egerit et restitutio operis [litisque aestimatio] facta sit, ceterorum actionem evanescere; item si cum uno actum sit [et si praestiterit] ceteros liberari. idque quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi dividendo recipari posse.

Il testo si occupa del regime dell'actio aquae pluviae arcendae nell'ipotesi che il fondo danneggiato o il fondo danneggiato appartengano a più persone. Posta così l'ipotesi, è evidente che il giurista non poteva poi dire: vel unum cum uno, vel singuli cum singulis, perchè questi modi di agire presuppongono che ambedue i fondi, e non uno soltanto, siano in comproprietà.

I compilatori non si sono preoccupati della ipotesi concreta fatta dal giurista (sive ex communi fundo sive communi aqua noceat) e hanno enumerato tutte le possibili combinazioni di azioni.

Cassio doveva semplicemente dire, coerentemente con l'ipotesi fatta, vel unum agere vel cum uno agi posse: cioè riconoscere l'obbligazione solidale passiva, quando

più siano i condomini del fondo danneggiante; l'obbligazione solidale attiva, quando più siano i condomini del fondo danneggiato.

Ma nella redazione giustiniana del testo la liberazione dell'unico debitore di fronte a tutti i creditori, di tutti i debitori di fronte all'unico creditore, conseguirebbe alla prestazione effettiva. Et restitutio operis litisque aestimatio facta sit: si dice nel primo caso: si praestiterit; si dice nel secondo.

Già l'Ascoli e l'Eisele hanno però sostenuto che le due frasi sono interpolate.

La frase, et restitutio operis litisque aestimatio facta sit, è certo concepita in modo illogico. Essa farebbe dipendere la liberazione del debitore di fronte agli altri creditori dall'avverarsi di due condizioni: che il debitore abbia ripristinato lo stato delle cose (restitutio operis), che inoltre (que) sia stata fatta la litis aestimatio.

La somma di queste condizioni è un assurdo, perchè, essendo l'actio aquae pluviae arbitraria, non si fa luogo alla litis aestimatio se non quando il convenuto si rifiuti di restituere opus. Le due condizioni non si possono porre che in modo alternativo: o restitutio operis o litis

aestimatio.

Di questo assurdo, per altro, non sono probabilmente colpevoli i compilatori giustiniani; essi volevano scrivere: et restitutio operis litisque aestimatio facta sit; un distratto amanuense scambiò l'alternativa in una congiuntiva.

E' strana, invece, la parola aestimatio. La litis aestimatio è fatta dal giudice; e, che questi l'abbia fatta, non vuole ancora dire che il condannato l'abbia pagata. Quindi la parola, che non rende certo il regime classico della solidarietà, non rende certamente neppure il regime giustiniano.

Ma la stranezza si spiega pensando che il giurista scrivesse: et restitutio operis litisque contestatio facta sit, cioè ammettesse la liberazione degli altri debitori per il fatto della avvenuta restitutio rei (cfr. analogamente, per altre azioni arbitrarie, D. 4, 2, 14: 15; D. 4, 3, 17 pr.) o, in mancanza di questa, per il fatto della contestazione della lite col debitore convenuto in giudizio.

I compilatori, per negare efficacia liberatoria alla contestazione della lite, sostituirono aestimatio a contestatio senza avvedersi che interpolavano male e imperfet-

tamente in ordine al loro prestabilito fine.

Come è certo che i compilatori sostituirono aestimatio a contestatio, così è certo che gli stessi compilatori aggiunsero et si praestiterit nel secondo caso; cioè nel caso della obbligazione solidale passiva. Queste parole, oltre che esser poco belle nella forma e difettose nel soggetto, sono anche poco logiche: al solito, è inutile dar rilievo all'azione, se occorre invece il pagamento.

Della obbligazione solidale del proprietario dello schiavo e di colui che interrogato dal pretore se lo schiavo sia suo, afferma di esserne proprietario.

Ci si presentano tre testi.

D. 9, 4, 26, 3 Paulus libro decimo octavo ad edictum:

Si servum alienum alius in iure suum esse responderit, altero [solvente] alter liberabitur.

D. 11, 1, 8 Paulus libro vicesimo secundo ad edictum:

Si quis interrogatus de servo qui damnum dedit, respondit suum esse servum, tenebitur lege Aquilia

quasi dominus, et si cum eo actum sit qui respondit, dominus ea actione liberatur.

D. 11, 1, 20 pr. Paulus libro secundo quaestionum:

Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur.

Sono testi che concernono le azioni nossali, cioè le azioni esperibili contro il dominus per i delitti compiuti dal servus senza sua saputa. In questo caso il dominus non risponde penalmente; non è obbligato in nome proprio, ma nomine servi; per la sua qualità di dominus, e può liberarsi abbandonando il colpevole alla persona lesa (noxae deditio). A queste azioni sottostà non soltanto il dominus, ma chi all'interrogazione del pretore risponde affermandosi tale.

I tre testi appartengono tutti a Paolo, e il secondo e il terzo sono perfettamente concordanti con la dottrina classica della solidarietà. Il proprietario e chi si afferma tale sono tenuti in solidum; ma, contestata la lite con uno di essi, l'altro è liberato:

si cum eo actum sit qui respondit, dominus ea actione liberatur (D. 11, 1, 8);

altero convento alter quoque liberatur (D. 11, 1, 20 pr.).

Ciò vuol dire che Paolo nel primo testo (D. 9, 4, 26, 3) non poteva scrivere: altero solvente alter liberabitur. La parola solvente sta certamente in luogo di convento. La disattenzione dei compilatori, che mutarono un testo, non gli altri due, si consente di sorprendere l'interpolazione.

Della obbligazione solidale di più comproprietari di uno schiavo.

Viene in considerazione un testo: D. 11, 3, 14, 2 (Paulus libro nono decimo ad edictum):

.....Si servus communis extraneum corruperit, videndum est, utrum cum duobus agi debeat an et cum singulis exempto ceterarum noxarum: et magis est ut unusquisque in solidum teneatur, [altero autem solvente alterum liberari].

Qui si fa il caso che uno schiavo, appartenente a due persone, si sia reso colpevole di corruzione di uno schiavo altrui, dalla quale nasce l'actio servi corrupti.

Anche qui si presuppone l'ignoranza dei due domini: per ciò non sorge obbligazione cumulativa (cum duobus), ma obbligazione solidale (cum singulis in solidum): cioè, diritto alla noxae deditio dall'uno o dall'altro.

Evidentemente, affermata l'obbligazione solidale, Paolo non poteva trattarla diversamente da quel che è trattata nell'analogo caso di delitto aquiliano commesso a insaputa del dominus e di chi, interrogato in iure, si era dichiarato tale: altero convento alter quoque liberatur: decide in questo caso (D. 11, 1, 20) Paolo; la stessa decisione noi dovevamo trovare qui. Non: altero autem solvente alterum liberari, ma: altero autem convento alterum liberari. I Giustiniani hanno sostituito solvente (cioè, il momento del pagamento) a convento (cioè, al momento della contestazione della lite).

Della obbligazione solidale di più complici di furto convenuti con la condictio ex causa furtiva.

A questa obbligazione si riferisce C. 8, 4, 1 (Diocletianus et Maximianus Hermogeni, a. 294):

Praeses provinciae, sciens furti quidem actione

singulos quosque in solidum teneri, conditionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse [ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari], iure proferre sententiam curabit.

Il rescritto, presupponendo più complici di furto, contrappone le due azioni che dal furto nascono: l'azione penale (actio furti), l'azione reipersecutoria (condictio ex causa furtiva). E dice che la prima si può esperire cumulativamente contro ciascun complice (singulos quosque in solidum teneri); la seconda contro l'uno o l'altro, per l'intero, elettivamente; ma soggiungerebbe che la liberazione dei complici conseguirebbe soltanto al pagamento operato dal convenuto.

Se non che le parole, ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, con buon fondamento sono state ritenute interpolate dal Demangeat, dall'Ascoli e dall'Eisele.

Il rescritto, infatti, contrapponendo actio furti a condictio ex causa furtiva, rispetto a quest'ultima dice: electionem esse. Ora, Giustiniano stesso ci informa che nel diritto precedente la electio unius debitoris aveva di per sè solo efficacia liberatoria per gli altri debitori indipendentemente dall'esito del giudizio. Riferendoci,

quindi, al diritto vigente all'epoca del rescritto, è contraddittorio dire che opera l'electio e soggiungere poi che per la liberazione degli altri debitori occorre che l'electus paghi. L'aggiunta rispecchia, invece, il pensiero giustiniano, che ha spostata l'efficacia liberatoria dalla electio al pagamento.

DELLA OBBLIGAZIONE SOLIDALE DI PIU' EREDI DEL IDMINUS
CONVENUTO ENTRO L'ANNO DALLA MORTE O DALLA ALIENAZIONE O
DALLA MANOMISSIONE DEL SERVUS PECULIATUS.

Di questa obbligazione tratta un testo, celebre per le dispute che ha sollevato in epoca recente, dopo che un frammento di questo testo fu ritrovato nel 1903 nella biblioteca di Strasburgo.

Si tratta di D. 15, 1, 32 pr. Ulpianus libro secundo disputationum:

Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet

qui convenitur, condemnatur, idque ita Julianus scripsit, idemque est et si in alterius rem fuerit versum. sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii quam penes se est, condemnari debeat. sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictant iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, [ut magis eos perceptio quam intentio liberet]: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.

Per intendere il caso fatto dal giureconsulto, occorre ricordare che l'actio de peculio contro il dominus per i debiti contratti dallo schiavo fornito di peculio si può intentare anche entro l'anno dalla morte o alienazione o manomissione dello schiavo. Ora, il giureconsulto fa l'ipotesi che sia stato chiamato in giudizio soltanto uno tra più eredi del dominus o tra più usufruttuari o possessori di buona fede dello schiavo, e conchiude che l'azione intentata contro l'uno libera gli altri, unus conventus ceteros liberat; e ciò, benchè chi viene condannato non venga condannato se non nella misura del peculio che ha presso di sè.

Fin qui il testo mostra quanto i Romani fossero fermi

sul terreno della solidarietà, poichè una soluzione naturale per noi sarebbe quella di fare che il debito fosse diviso pro parte tra i vari debitori o si potesse agire contro ciascuno nella misura del peculio che ciascuno ha presso di sè.

Ma il testo prosegue col dire che, sebbene questa sia la soluzione giuridica, tuttavia l'equità suggerisce di concedere l'azione anche contro coloro che sono liberati per un motivo formale, occasione iuris, di modo che l'efficacia liberatoria sia trasferita dall'azione al pagamento; ut magis eos perceptio quam intentio liberet. E il motivo, addotto dal giureconsulto, sarebbe che chi contrae con lo schiavo tien presente tutto il peculio, ovunque esso sia, come una sola entità patrimoniale.

Data la stridente contraddizione di questa soluzione con la liberazione precedentemente asserita, il testo, dalle parole, sed licet hoc iure contingat, etc., fu ritenuto interpolato dall'Alibrandi, dal Lusignani, dal Ferrini, dall'Ermann, dal Pacchioni.

Ma sopraggiunse nel 1903 una scoperta, la quale parve portare un grave colpo sia alla dottrina relativa alla consumazione processuale nel diritto classico, sia al metodo delle interpolazioni in generale.

In una pergamena della biblioteca di Strasburgo fu scoperto un frammento delle disputationes di Ulpiano, che conteneva per l'appunto, tra l'altro, la seconda parte di questo testo e che con le integrazioni del Lenel dice così:

(Sed et si duo sint fructuarii vel bonae fidei possessores, alterum conventum alter) um liberari (Iulianus ait) quamvis non maio (ris peculii quam) penes eum est (condemnari) debeat. (Sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat res (cissorium iudicium in (eos dari occasione iuris liberantur).

A prima vista sembra che già il diritto classico fosse giunto, per lo meno in un secondo tempo, nell'epoca di Ulpiano, e negare il valore estintivo della litis contestatio e a richiedere il pagamento effettivo.

Considerato più da vicino, il testo è, invece, una luminosa conferma della dottrina che attribuisce al diritto giustiniano l'eliminazione della efficacia liberatoria della litis contestatio e la pone su anche più solide basi.

La contraddizione tra la prima e la seconda parte del testo non c'è: questa contraddizione c'è nel testo giustiniano, ma sparisce nel testo genuino, in quanto nella prima parte si esprime l'opinione di Giuliano e nella seconda quella di Ulpiano.

E' ben grave che in un caso di così aperta iniquità, in cui non si poteva ottenere intera soddisfazione da colui che era chiamato in giudizio perchè non aveva tutto il peculio e la condanna era commisurata al peculio che era presso di lui, Giuliano ammettesse rigidamente la consumazione, e che soltanto Ulpiano, sul finire dell'epoca classica, trovasse una soluzione che veramente l'equità esigeva.

Ma è assai diversa la soluzione ulpiana nel testo genuino, conservatoci dalla pergamena di Strasburgo, dalla soluzione attribuita a Ulpiano nel testo delle Pandette.

In questo pare senz'altro che Ulpiano concedesse l'azione contro gli altri domini non tenendo conto della consumazione operatasi agendo contro uno di essi; ma, nel testo della pergamena di Strasburgo, Ulpiano diceva doversi concedere un iudicium rescissorium, cioè decideva doversi riaprire il giudizio, benchè avvenuta la consumazione, in seguito a una restitutio in integrum.

Che Ulpiano alludesse a questo estremo rimedio della restitutio in integrum poteva risultar chiaro anche da D. 15, 1, 32, 1, che si apre con le parole: in hoc autem iudicio, licet restauretur praecedens.....

Una restitutio in integrum fa sì che il giudizio si

possa riaprire anche per lo stesso oggetto. Essa non nega la consumazione; che anzi, la presuppone, perchè non si è restituiti se non contro un pregiudizio giuridico che si è già verificato.

I compilatori giustiniani, eliminando la parola re-scissorium accanto a iudicium, e soggiungendo: et magis est ut perceptio quam intentio liberet, sconvolgono il testo e una basilare regola processuale classica.

La consumazione processuale è disattesa, e la liberazione degli altri domini è fatta dipendere dall'avvenuto pagamento che abbia fatto il primo dominus convenuto in giudizio.

Insomma, nel diritto classico Ulpiano ragionava così: perchè il caso è di una evidente iniquità, il pretore deve concedere un nuovo giudizio, facendo tabula rasa del precedente mediante la restituzione in integrum. Giustiniano ragiona in modo affatto diverso: poichè non il giudizio, ma il pagamento libera, si deve concedere al creditore di agire contro gli altri domini fino a che non consegua il pagamento integrale.

Dopo la precisa e vigorosa esegesi del testo ulpiano, il Bonfante giustamente conchiude che forse nessun altro rivale, come questo, la netta opposizione tra il punto di

vista classico e il punto di vista giustiniano.

E', così, esaurita l'esegesi dei testi che riguardano casi di correalità, cioè di solidarietà, e che negano l'efficacia liberatoria della contestatio litis, affermano la necessità che tenga dietro il pagamento, s'intende il pagamento integrale.

Dove il giurista classico diceva che la contestazione della lite con un debitore liberava gli altri - come possiamo constatare ancora attraverso i testi del Corpus iuris non interpolati - e dove il giurista postclassico diceva che tale effetto liberatorio aveva la electio unius debitoris, come possiamo espressamente apprendere, almeno per ciò che concerne le obbligazioni solidali passive dalla costituzione giustiniana conservataci in C. 8, 40, 28, i compilatori giustiniani dicono che la litis contestatio non libera, ma libera soltanto il pagamento.

L'interpolazione è eseguita con una vera stereotipia: si cum uno actum sit et solutum alter liberantur - si cum uno actum sit et si praestiterit, ceteros liberari - si alter conventus praestiterit liberabit alterum - non enim electione sed solutione liberantur - ut magis perceptio quam intentio liberet - altero solvente alterum liberari - electionem esse...

si an uno satiagactum sit, ceteros liberari - si unus iudicio eligatur omnes liberantur pecunia soluta - satis non faciente..... ad alium reverti, cum nullus de his actione libefetur.

Dobbiamo passare all'esegesi dei testi che riguardano casi, che per la giurisprudenza classica non erano casi di obbligazioni correali, cioè solidali, ma casi di obbligazioni cumulative, perchè ivi l'obbligazione nasce da un delitto (nel senso ampio e non classico di atto illecito extracontrattuale), a cui partecipano più persone o commesso entro più persone.

Nel diritto giustiniano troviamo qui sostituita - come abbiamo già accennato - in molti testi il regime della solidarietà a quello del cumulo: naturalmente, il regime giustiniano della solidarietà, quello secondo il quale la litis contestatio, la electio, non ha efficacia liberatoria, ma l'ha soltanto il pagamento che ne consegua.

La ragione della sostituzione l'abbiamo anche vista: si va smarrendo nel diritto giustiniano il concetto della pena privata e la serie delle azioni penali grandemente si riduce fin quasi a sparire. Le azioni penali classiche o diventano addirittura reipersecutorie (rei persecutio-nem continent); o reipersecutorie e penali insieme (mix-

tae): penali sembrano restare assai poche, e nel linguaggio bizantino son dette mere poenales.

Ciò ha veduto in uno dei contributi critici più geniali di ogni tempo il nostro Bonfante, indicando una via nuova per seppellire definitivamente la distinzione tra correalità e solidarietà, che aveva così a lungo dominato per l'innanzi e che minaccia di sopravvivere ancora in qualche isolato, se pur valoroso scrittore.

Così gli è riuscito non solo di dimostrare interpolati alcuni testi, in cui si trasferisce l'efficacia liberatoria dal momento della litis contestatio al momento del pagamento: testi, la cui interpolazione sfuggiva alla quasi contemporanea indagine dell'Ascoli e dell'Eisele e a quella più recente del Binder, ma gli è riuscito soprattutto di ricostruire esattamente il testo classico che stabiliva non già, in questi casi, l'efficacia liberatoria della litis contestatio, ma negava sia l'efficacia liberatoria di questa, sia l'efficacia liberatoria del pagamento.

Esaminiamo i testi.

Della obbligazione cumulativa di più tutori.

Della responsabilità non penale di più tutori abbiamo già detto.

Qui dobbiamo considerare due testi, in cui i tutori sono chiamati a rispondere per atti perseguibili penalmente. I testi sono i seguenti:

D. 26, 7, 55, 1 Triphoninus libro quarto decimo disputationum:

Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est. [Sed tutores post admissam administrationem, non tam invito domino contractare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie condic-

tionis aut ipsam rem aut eius aestimationem .]

D. 27, 3; 15 Ulpianus libro primo disputationum:

Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ab dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat. [quod si conventus alter praestitisset, proficiet id quod praestitit ei qui conventus non est; licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus quibus res commodata est vel deposita quibusque mandatam est .]

Il primo testo ci consente di provare nel modo più limpido la sua interpolazione e la ragione dell'interpolazione.

Esso parla del furto di più tutori: si ipsi tutores rem pupilli furati sunt in aliis furibus.

Come emerge dalla discussione stessa, il giurista si domandava se l'actio de rationibus distrahendis fosse esperibile contro i singoli tutori, colpevoli di furto, cumulativamente, come l'actio furti era esperibile cumulativamente contro gli altri ladri.

Essendo l'actio de rationibus distrahendis azione penale (cfr. D. 27, 3, 1, 23: poenalis est), la risposta doveva essere affermativa. Non v'era alcuna ragione di fare

al furto dei tutori un diverso trattamento.

La risposta, invece, nella redazione giustiniana del testo, benchè non esplicitamente data, risulta implicitamente negativa.

Ma il periodo finale, sed tutores propter admissam administrationem etc., è un'aggiunta giustiniana. Per più ragioni.

E' contraddittorio dire che non si può paragonare il caso di più tutori malversatori del patrimonio pupillare al caso di più ladri, in quanto più che furto (contractatio invito domino), vi sarebbe mala amministrazione e perfidia (perfide agere), e nel tempo stesso ammettere che i tutori avevano rubato (ipsi tutores rem pupilli furati sunt) e considerarli ladri (in aliis furibus). La contraddizione si elimina soltanto se non si attribuisce al giurista il periodo finale.

Del resto, a dimostrare l'interpolazione si aggiungono altre considerazioni di logica e di forma. L'admissa administratio non esclude il furto; la frase contractare eam, mentre deve essere necessariamente riferita a res pupilli, sembra riferirsi, invece, all'administratio che è vicina, non alla res pupilli ricordata lontano, in principio del testo; il denique presuppone una soluzione diret-

ta del quesito, che invece manca: il praestare, che segue, dovrebbe essere praestare debere; l'avvertenza, nemo denique dicet, è formulata alla greca: καὶ μήτις λέγεται

Anche il secondo testo si riferiva alla responsabilità penale dei tutori (cum unusquisque doli sui poenam sufferat) e all'actio de rationibus di strahendis.

Nel primo periodo la ragione, per cui è negato che la transazione fatta da un tutore, malgrado si tratti di dolo comune, giovi all'altro, è questa: che ciascuno deve pagare la pena del proprio dolo. In altre parole, sorge, nel caso, una obbligazione solidale cumulativa.

Invece, il secondo periodo ammette che il pagamento operato da un tutore, anzi che non giovare all'altro, come non giova la transazione, lo libererebbe: ciò è dire, che dal dolo penalmente perseguibile nascerebbe, anzi che obbligazione cumulativa, obbligazione solidale.

Ma l'Eisele ha per primo dimostrato fondatamente l'alterazione di questo testo. Il dire che il pagamento fatto dal tutore giova all'altro, cioè libera l'altro, perchè basta che uno paghi; è cadere in una banale petizione di principio; la frase sufficit unum satisfacere è più greca che latina.

Collocare sullo stesso piano il dolo dei tutori

dolo dei depositari e dei comodatari non ha senso, perchè il dolo dei tutori, nell'ipotesi fatta dal giurista, era perseguibile penalmente con l'*actio de rationibus distrahendis*; il dolo dei depositanti e dei comodatari, invece, è nel quadro della responsabilità contrattuale, non penale. L'origine compilatoria dell'erroneo paragone è dimostrata anche dalla scorrettezza grammaticale, che fa dipendere dal pronome relativo quibus anche vel deposita. Si può dire: quibus res commodata est; ma non si può dire; quibus res deposita est. Si sarebbe dovuto dire apud quos res deposita est.

Soltanto è da avvertire che il testo è interpolato non nel senso, supposto dall'Eisele e da altri, che la liberazione di un tutore è fatta dipendere dal pagamento, mentre nel diritto classico doveva dipendere dal momento anteriore della litis contestatio, ma nel senso che nè la lite contestata con un tutore, nè il pagamento fatto da un tutore, liberava l'altro, per il motivo, espresso nella parte genuina, a spiegare come la transazione conclusa con un tutore non profittava all'altro: cum unus usque doli sui poenam sufferat.

E si comprende perchè i compilatori giustiniani alterarono i due testi sostituendo alla obbligazione cumula-

tiva dei tutori, discendente dalla loro responsabilità penale, la obbligazione solidale, per modo che -secondo il regime giustiniano di questa obbligazione - il pagamento fatto da uno liberava l'altro.

La ragione è facile trovarla in D. 27, 3, 2, 2 (Paulus libro octavo ad Sabinum):

Haec actio (sc. de rationibus distrahendis), licet in duplum sit, in simple rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.

Questo passo è notoriamente interpolato. Orbene: se nei testi, più sopra esaminati, la classica obbligazione cumulativa è stata sostituita dalla giustiniana obbligazione solidale, ciò deriva dal fatto che i Giustiniani non annoverano più l'actio de rationibus distrahendis tra le azioni penali: essa è divenuta un'actio mixta, cioè penale e reipersecutoria insieme; e, si può dire, nell'actio mixta prevale la funzione reipersecutoria sulla funzione penale. Per ciò, quando più sono convenuti con questa azione nel diritto giustiniano, la loro responsabilità è solidale, non cumulativa.

Della responsabilità cumulativa dell'esecutore di un atto penalmente illegittimo e del suo mandante.

Dobbiamo a questo proposito considerare i seguenti testi.

D. 43, 24, 6 Paulus libro sexagesimo septimo ad edictum:

Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii, non potest videri meo iussu factum: teneberis ergo tu et ille: an et ego tenear, videamus. et magis est et me, qui initium rei praestiterim teneri: [sed uno ex his satisfaciente ceteri liberantur.]

D. 43, 16,1, 13, 14 Ulpianus libro sexagesimo nono ad edictum:

Quotiens [verus] procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine [alteri] eximi, [sic tamen si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita:] non enim excu-

satus est qui iussu alterius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit: cum autem [falsus] est procurator, cum ipso tantum procuratore interdicti debere. Sabini sententia vera est. Sed et si quod [alius] deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem [mandato] comparant, me videri deiecisse interdictoque [isto] teneri; et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem [mandato] comparari.

Il primo testo non è stato considerato nè dall'Ascoli nè dall'Eisele, nè dal Binder, ma per la prima volta dal Bonfante.

Questi rileva che l'ultima frase, sed uno ex his satisfaciente ceteri liberantur, statuente la responsabilità solidale e la liberazione generale col pagamento, è interpolata. Ablativo assoluto in fondo al periodo; mancanza di coordinamento sintattico (dopo aver detto et me, si doveva scrivere ex nobis, non ex his: ciò tradisce l'annotazione a uno scritto altrui). Eliminata la frase interpolata, il testo asserisce esservi obbligazione solidale cumulativa (tu et ille; et me) conformemente al carattere penale che l'interdictum quod vi aut clam aveva.

Il secondo testo è più gravemente alterato.

Esso si riferisce all'interdictum de vi, dato per lo spossessamento violento, e tratta del regolamento della responsabilità del dominus che ha ordinato e del procurator che materialmente ha eseguito lo spoglio.

Prescindendo dalle interpolazioni che consistono nel chiamare verus procurator il procurator qui negotiis gerendis praepositus est; falsus procurator, il procurator qui se ultro negotiis alienis offert, e nel chiamare mandatum quello che era per i classici una praepositio, occorre considerare il modo; col quale è regolata la responsabilità collettiva del dominus e del procurator.

Secondo il testo, che riferisce il responso di Sabino, l'elezione dell'uno libera l'altro (alteri eximi è, per altro, frase sgrammaticata che dovrebbe correggersi così: alterum eximi), ma a condizione che il convenuto abbia prestato la litis aestimatio (dice infatti il testo: sic tamen si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita).

Quest'aggiunta è talmente stonata, talmente in contraddizione con l'asserita liberazione (cum utrolibet agi posse et alterius nomine alteri eximi), che l'Ascoli e l'Eisele concordano nel ritenerla interpolata.

Ma giustamente il Bonfante osservò che non si deve sol-

tanto eliminare dal testo questa parte, ma deve anche esser restituita la negazione. L'interdictum de vi ha carattere penale, e non è possibile che l'azione contro l'uno liberasse l'altro: il mandante di un furto è considerato come coautore, e la pena del mandante non esime il mandatario.

Non è improbabile che la scorrettezza, alteri eximi, derivi per l'appunto dall'alterazione eseguita dai compilatori: l'eximere si riferisce alla poena e il testo doveva dire: nec alterius nomine alterum poena eximi.

L'osservazione incidentale (sic tamen etc.), poi, che ora mal collima con quanto precede (cum utrolibet eorum - agi posse), rende manifesto che Sabino non doveva punto asserire che, agendo contro l'uno, l'altro è liberato. Egli infatti ripone il motivo del decidere nella seguente considerazione: non deve essere scusato chi ha operato la espulsione per ordine altrui, più di quel che sia scusato chi ha ucciso per ordine altrui; il che se ha senso di fronte alla responsabilità cumulativa, è insensato di fronte alla responsabilità solidale.

**Della obbligazione cumulativa di più persone
che hanno ammassato terra in un sepolcro altrui.**

Dobbiamo esaminare a questo proposito un testo, che ha dato immenso travaglio alla critica.

E' D. 43, 24, 15, 2 (Ulpianus libro septuagesimo primo ad edictum):

Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo, agendum est quod vi aut clam mecum Labeo scribit. Et si communi consilio plurium id factum sit, licere [vel cum uno vel] cum singulis experiri: opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. Si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, [scilicet in solidum :] itaque alter conventus alterum non liberabit, [quin immo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat .] Praeterea sepulchri quoque violati agi potest.

Si è cercato in varia guisa di correggere questo testo.

Lo Schmidt, il Mommsen, l'Eisele, il Binder suppongono che sia caduto il nec davanti a perceptio e che si debba restituire nel testo delle Pandette, perchè così esige il senso e anche la grammatica.

La critica interpolazionistica ha creduto di aver qui poco da dire, perchè nella sua struttura formale il testo sembra che ci conservi il diritto classico genuino. Nell'uno dei due casi, infatti, si afferma l'efficacia estintiva della litis contestatio, il che può far credere a una sopravvivenza classica. Ma ciò non è.

L'ipotesi fatta è quella di un ammasso di terra, forse di macerie o rifiuti, fatto in un sepolcro altrui, per il quale atto il titolare del ius sepulchri, o chiunque vi abbia interesse, può esercitare l'interdictum quod vi aut clam o anche l'actio violati sepulchri che è popularis.

Si fanno al riguardo tre distinti casi.

Il primo è che altri abbia compiuto l'atto per ordine mio e per questo caso Labeone risponde che io solo devo essere responsabile.

Il responso è in contraddizione con quello di Sabino in D. 43, 16, 1, 13 ora considerato; e a questa divergenza di vedute si riferisce, forse, l'insistente motivazione di Sabino: che non deve esser scusato chi ha operato

l'espulsione, sia pure per ordine altrui. L'interdictum quod vi aut clam deve esser regolato come interdictum de vi, e quindi i due responsi sono in conflitto. La divergenza si spiega, per altro, benissimo avuto riguardo alla opposta tendenza di Labeone e di Sabino, e alle loro opposte scuole.

Restano gli altri due casi: che l'atto sia compiuto collettivamente e d'accordo fra tutti: o che sia stato compiuto da ciascuno dei vicini, indipendentemente: per esempio, ciascuno dei vicini ha per conto suo considerato il sepolcro come un immondezzaio.

Ora, cadendo quest'atto sotto la sanzione dell'interdictum quod vi aut clam (interdetto penale) o dell'actio sepulchri violati (azione penale), il Bonfante ha ragione di rilevare che la soluzione diveniva analoga a quella che i Romani davano in materia di damnum iniuria. Se uno schiavo è ferito contemporaneamente da più persone e non si riesce a stabilire quale è il colpo che lo ha ucciso, tutti i partecipanti all'atto sono collettivamente e cumulativamente responsabili. Se è ferito mortalmente da più persone successivamente, Celso e Ulpiano fanno giustamente il primo responsabile di ferimento, il secondo dell'uccisione. In ogni modo, la responsabilità dell'uno non elimina quella dell'altro; soltanto quando è possibile distinguere, si com-

misura la responsabilità all'atto che ciascuno ha compiuto.

Ora, lo stesso deve dirsi qui. Se non si riesce a distinguere l'opera di ciascuno, la responsabilità sarà intera ed uguale per tutti (responsabilità cumulativa); se si riesce a distinguere, si avranno più azioni delittuose indipendenti; per ciò ciascuno dei rei dovrà rispondere per proprio conto e nella misura di quel che ha fatto.

Secondo il testo, invece, nel caso in cui ciascuno abbia agito indipendentemente proprio consilio, cioè nell'ultimo caso, il danneggiato agisce contro tutti in solidum, e l'azione intentata contro l'uno non libera gli altri, ma ben libera il pagamento, la perceptio. Ma questa soluzione è erronea. Il testo non poteva dire: cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum, perchè la responsabilità cumulativa si ha quando vi sono più partecipanti allo stesso atto delittuoso; in questo caso, invece, si hanno più azioni delittuose indipendenti: per tanto, nel testo originale alle parole, cum omnibus agendum, seguiva certo il rilievo della responsabilità indipendente e diversa, nella misura di ciascuno degli autori della violazione, che avevano agito proprio consilio.

Conseguentemente non può esser classica la frase, che segue: quin immo perceptio ab altero. Essa appartiene ai

compilatori, che hanno trattato allo stesso modo il caso in cui vi sono più azioni delittuose indipendenti e una sola azione delittuosa a cui partecipano più: per ciò hanno collocato anche il primo caso nel quadro della responsabilità solidale, aggiungendo le parole in solidum dopo le altre cum omnibus agendum, e hanno fatto funzionare questa solidarietà secondo la loro regola che il pagamento soltanto libera, non la electio, soggiungendo dopo le parole, non liberabit, le parole sgrammaticate quin imo perceptio ab altero.

Restituito il testo nella sua redazione classica, esso esprime una soluzione logica: il danneggiato deve agire con azioni diverse per delitti diversi; è illogico parlare, in questo caso, di responsabilità solidale cumulativa o di responsabilità solidale elettiva. I compilatori sanciscono la solidarietà elettiva con una statuizione illogica, che non merita certo la lode del Bonfante, che propende a giudicarla non praticamente condannabile.

Nel secondo caso, in cui l'opera è stata fatta in comune, il testo dichiara che i singoli sono obbligati in solidum e, riferendosi a questo caso, si dice da ultimo che la chiamata in giudizio dell'uno libera gli altri: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat.

Queste parole, benchè sembrino risuscitare la regola classica, sono certamente interpolate. Superiore casu è espressione che non ha sapore classico: conventio, nel senso di chiamata in giudizio, non s'incontra che quest'unica volta nei testi classici, è invece frequente nei testi dei bassi tempi: nel linguaggio classico conventio significa solamente la convenzione, l'accordo.

Questa interpolazione non risuscita del resto, come potrebbe sembrare, il diritto classico. Essa si riallaccia ad altra precedente interpolazione; dove il giurista scriveva: licere (in solidum) cum singulis experiri (e doveva scrivere così, perchè in seguito leggiamo: singulos in solidum obligare), i compilatori interpolano vel cum uno vel cum singulis: cioè, trasformando la responsabilità cumulativa in responsabilità solidale, ammettono che il danneggiato potesse agire contro l'uno per l'intero, contro ciascuno pro parte.

Ecco, perchè, in questa seconda ipotesi che essi soprattutto rilevano, i compilatori possono poi soggiungere: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. Lo soggiungono per significare che agendo cum singulis pro parte, non si può chiedere al secondo ciò che è stato chiesto al primo. Il testo classico, invece, qui ammetto-

va esservi cumulo, e per ciò non liberazione degli altri nè per la lite contestata con uno nè per il pagamento fatto da uno.

Della obbligazione cumulativa di più condomini scienti del delitto commesso dallo schiavo.

La dottrina classica è ancora conservata in D. 9, 4, 5 pr. (Ulpianus libro tertio ad edictum):

Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus noxale iudicium in quemvis dabitur; sed si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur detracta noxae deditio, quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur. Sed si alter scit, alter ignoravit, qui scit detracta noxae deditio convenitur, qui nescit, cum noxae deditio.

Il testo fa le tre ipotesi possibili relativamente alla responsabilità dello schiavo delinquente.

Prima. I condomini sono tutti ignari del delitto commesso dallo schiavo comune. In questo caso essi non sono tenuti penalmente, ma soltanto come domini col iudicium noxa-

le, solidalmente ed elettivamente nel senso classico (altero convento alter quoque liberatur: D. 11, 1, 20).

Seconda. I condomini sono tutti scienti del delitto commesso dallo schiavo comune. Quando il dominus dello schiavo è consapevole del delitto che lo schiavo commette, è tenuto personalmente, ob scientiam, e penalmente, come se egli stesso avesse commesso il delitto (cfr. D. 9, 4, 2 pr.: si servus sciente domino occidit..... ipse videtur dominus occidisse: D. 9, 4, 9: sui facti nomine poenam meruit).

Conseguentemente, il testo decide che se i proprietari sono più, e sono tutti scienti, sono tenuti come correi nè l'azione contro l'uno libera l'altro: nec altero convento alter liberabitur. La frase, quemadmodum si plures deliquissent, indica nel modo più manifesto che i condomini devono essere trattati come correi e i correi devono tutti prestare la poena.

A torto, quindi, sia l'Ascoli sia il Perozzi hanno ritenuto che i condomini scienti fossero responsabili solidalmente in senso elettivo e che nei loro riguardi operasse la consumazione processuale, giungendo a congetturare che, per abolire questa, il nec sarebbe stato sostituito a una congiunzione et o sed nella frase: nec altero convento alter liberabitur.

Il nec sta bene al suo posto: il giurista disciplinava l'obbligazione come multipla: era, pertanto, ovvio che la contestazione della lite contro uno dei correi non liberasse l'altro. E non liberava nè pure il pagamento operato da uno, perchè la pena doveva esser pagata da tutti.

Terza. Dei condomini l'uno è sciente, l'altro ignaro, del delitto commesso dallo schiavo comune. Il testo dice che il primo è perseguibile come responsabile diretto (de tracta noxae deditio), il secondo come proprietario (cum noxae deditio), e ne deriva per implicito che, non avendo le due azioni per oggetto l'eadem res, si potevano cumulare: si poteva, cioè, agire penalmente contro il dominus sciens, con l'actio noxalis contro il dominus ignarus.

Mentre questo testo espone nelle tre ipotesi la dottrina classica, un testo di Paolo espone, in vece, nella terza ipotesi la dottrina giustiniana.

E' D. 9, 4, 9 (Paulus libro trigesimo nono ad edictum):

Si communis familia vel communis servus furtum fecerit altero ex dominis sciente, is qui scit [omnium] nomine tenebitur et conventus alterum [quoque liberat] nec a socio quicquam debet consequi: sui enim facti nomine poenam meruit.

Questo testo, ammettendo che il dominus sciens, se

convenuto, libera l'altro, ammette implicitamente che fra i due vi è solidarietà, non cumulo. Ma acutamente Carlo Longo ne ha rilevato le alterazioni. E' assurdo che lo sciens, il quale -come sappiamo- è tenuto anzitutto penalmente e in suo nome, sia detto responsabile omnium nomine, quando gli altri non sono tenuti perchè ignari: nè ha senso il dire che il dominus sciens può liberare gli altri, quando questi non sono tenuti allo stesso titolo. E' poi contraddittorio dire che lo sciens risponde omnium nomine, quando in seguito si dice che risponde sui facti nomine.

Per ciò con buon fondamento il Longo assume che il testo è stato rimaneggiato per sostituire alla responsabilità cumulativa dei due proprietari la responsabilità solidale, in base alle stesse idee che in D. 9, 4, 4, 2-3 hanno fatto convertire il concorso cumulativo delle azioni contro lo sciens, unico padrone, in concorso elettivo.

In quest'ultimo testo Paolo ammetteva che l'unico proprietario sciente potesse essere perseguito tanto ob scientiam quanto come proprietario (cum noxae deditio); i compilatori, in vece, hanno interpolato nel senso che egli potesse essere perseguito esclusivamente o all'uno o all'altro titolo.

Ciò non si spiega se non con la considerazione che i due titoli di responsabilità dovevano, per i

compilatori, intendersi livellati e l'oggetto delle azioni identificato: la responsabilità del proprietario ob scientiam non è più penale in senso rigoroso: ciò, a cui egli è tenuto, è una pena in funzione di risarcimento. Data questa confusione dei titoli di responsabilità e questa confusione dei concetti di pena e di risarcimento, s'illumina anche l'interpolazione in D. 9, 4, 9, che tratta il caso analogo, in cui la responsabilità ob scientiam e la responsabilità servi nomine si trovino non più congiunte nella persona di un proprietario unico, ma distribuite fra due condomini.

Anche in questo testo Paolo doveva in realtà dire che il domino, sciente del furto commesso dal servo comune, era tenuto non omnium nomine, come i compilatori scrivono, ma cumulativamente: suo nomine (ob scientiam) e servi nomine (noxali actione). E doveva soggiungere che conventus noxali actione alterum quoque liberat (conformemente ai principi classici); ma che l'azione nossale non doveva impedire che lo si potesse convenire ancora penalmente ob scientiam e che, se aveva pagato la pena, non poteva agire contro il condomino: sui enim facti nomine poenam meruit.

Per i compilatori è indifferente il titolo, per il quale il condomino sciente è convenuto (è indifferente se sia

convenuto ob scientiam o noxali nomine) e stabiliscono in ogni caso la sua responsabilità solidale col condomino ignaro. E, se il condomino sciente è privato della facoltà di rivolgersi contro il condomino ignaro per conseguire la metà di ciò ch'egli ha pagato, ciò deriva da una sbadataggine dei compilatori che non hanno qui ricavato tutte le conseguenze che dovevano derivare dal fatto che sostituivano la responsabilità solidale elettiva alla responsabilità solidale cumulativa.

L'alterazione di D. 9, 4, 9 è confermata dall'alterazione di frammento successivo, anch'esso del giurista Paolo (libro vicesimo secondo ad edictum); cioè, di D. 9, 4, 17 pr.:

Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante, servus deliquit, si antea cum altero qui nesciebat actum sit et noxae dederit servum, [iniquum est vilissimi hominis deditioe alterum quoque liberari: igitur agetur et cum altero, et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti. ipsi tamen inter se sic debent pensare communi dividendo iudicium, ut, si ille quo sciente fecit praestiterit, non totius partem ferat, sed partem eius, quanti servus est: sic et si

alter aliquid praestiterit, eius partem fieri]. Il-
lud iniquum est eum, qui iussit servum facere, con-
sequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum pa-
tiatur.

Anche questo testo fa l'ipotesi che, dei due condomini dello schiavo delinquente, l'uno sia sciente del delitto, l'altro lo ignori, e presuppone che il leso abbia agito contro il condomino ignaro.

Paolo deciderebbe che vi è responsabilità solidale dei due condomini e che per ciò la noxae deditio fatta dal condomino ignaro libera il condomino sciente, a meno che si tratti di uno schiavo di vilissimo prezzo (vilissimus homo), nel qual caso il leso potrà rivolgersi contro il condomino sciente per ottenere quod amplius est in damni persecutione. Tra i condomini vi sarebbe poi regresso reciproco da regolarsi in modo che, se ha pagato prima il condomino sciente, deve conseguire la metà del prezzo dello schiavo delinquente; se ha pagato il condomino ignorante, deve consegnare la metà di ciò che ha prestato.

L'interpolazione di questo testo è già stata veduta dall'Alibrandi.

Tutto il passo, chiuso tra le parentesi, non può essere di Paolo.

Non può esserlo per ragioni formali: al verbo impersonale agetur segue un deponente consequetur che evidentemente è preso come passivo; in vece di iudicium dovrebbe stare iudicio; fecit è senza soggetto (dovrebbe essere servus); sic è stonato; partem fieri sono parole che non si sa che cosa vogliano dire.

Ma non può esserlo soprattutto per ragioni sostanziali. Le parole, iniquum est vilissimi hominis deditio alterum quoque liberari, lasciano intendere che, se lo schiavo non fosse stato vilissimus, il condomino sciente sarebbe stato liberato a seguito della noxae deditio fatta dal condomino ignaro: conclusione contraddicente coi testi classici che affermano essere il condomino sciente tenuto personalmente, il nome proprio e a titolo penale; contraddicente con quanto lo stesso Paolo scrive in D. 9, 4, 9, già esaminato: sui facti nomine poenam meruit.

Le parole, igitur agetur et cum altero et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti, non possono essere di Paolo, sia perchè l'azione contro il condomino sciente era nel diritto classico penale e non poteva per ciò esser qualificata come un'azione avente per oggetto la damni persecutio (aveva per oggetto la poena !), sia perchè l'azione

doveva conseguire l'intera poena e non l'ammontare del danno, con deduzione dell'importo del valore dello schiavo (computato pretio hominis noxae dediti).

Si aggiunga, poi, che nella parte interpolata del testo si presuppone che sia stato convenuto o prima il condomino sciente (si ille quo sciente fecit praestiterit) o prima il condomino ignorante (sic et si alter aliquid praestiterit), mentre il presupposto di fatto, da cui muove il testo nella prima parte genuina, è soltanto che sia stato convenuto per primo il condomino ignaro.

Si aggiunga, finalmente, che vien concesso il regresso al condomino sciente (ipsi tamen inter se sic debent pensare communi dividundo iudicium ut si ille quo sciente fecit praestiterit, non totius partem ferat sed partem eius quanti servus est): regresso, che nell'altro testo di Paolo, già esaminato (D. 9, 4, 9), viene apertamente negato: nec a socio quicumque debet consequi; sui enim facti nomine poenam meruit.

Se non che l'interpolazione segnalata avrebbe avuto, secondo i più, lo scopo di cancellare l'effetto della consumazione processuale: mentre Paolo avrebbe detto che l'azione esperita contro il condomino ignorante liberava il condomino sciente solidalmente tenuto, i Giustiniani a-

vrebbero statuito che la liberazione del secondo consegue soltanto al pagamento integrale.

Invece, giustamente il Bonfante ha ritenuto che Paolo affermava la responsabilità perdurante del condomino sciente, malgrado l'azione promossa contro il condomino ignorante, essendovi in questo caso obbligazione solidale cumulativa e non solidale elettiva.

Che Paolo considerasse la responsabilità del condomino sciente come responsabilità penale, risulta dalle parole che sono nell'ultima parte, genuina, del testo: cum ex suo damnum patiatur.

Dato il diverso fondamento e il diverso oggetto delle due azioni, la consumazione processuale non poteva verificarsi.

L'azione promossa contro il condomino ignorante liberava il condomino sciente per quanto riguardava la sua responsabilità come proprietario (noxae deditio), ma lo lasciava indipendentemente responsabile per quanto concerneva la sua responsabilità penale ob scientiam.

L'interpolazione giustiniana ha trasformata l'obbligazione cumulativa classica nella obbligazione solidale del tipo giustiniano.

**Della responsabilità cumulativa di più colpevoli
di dolo extracontrattuale o processuale.**

Viene da considerare, innanzi tutto, D. 4, 3, 17 Ulpianus libro undecimo ad edictum:

Si plures dolo fecerint, et unus restituerit, omnes liberantur; quod si unus quanti ea res est praestiterit, [puto adhuc ceteros liberari].

Contro l'atto illecito del dolo il pretore concedeva un'azione, che era penale e arbitraria.

Quest'ultima qualità faceva sì che al giudizio non si veniva, se non quando il colpevole si fosse rifiutato di ottemperare all'ordine di restituire. La qualità di azione penale infamante, faceva sì che, se più erano i colpevoli di dolo, tutti quanti fossero tenuti alla prestazione della poena.

Il carattere penale dell'azione nel diritto giustiniano si offusca: in quanto che i compilatori considerano l'oggetto dell'azione, che consisteva in una poena equivalente al danno arrecato (quanti ea res), non come poena

ma come indennizzo. Offuscandosi il carattere penale dell'azione, se il dolo è commesso da più, sorge una obbligazione non più cumulativa, come nel diritto classico doveva sorgere, ma solidale, naturalmente del tipo giustiniano, per cui la liberazione degli altri colpevoli, non convenuti in giudizio, avviene soltanto per il pagamento integrale dell'indennizzo che faceva il colpevole convenuto e condannato, non per la lite contestata con lui.

Ricostruire il testo nella sua redazione originaria non è facile: ma è certo che negava la liberazione degli altri colpevoli sia guardando al momento della contestatio litis, sia guardando al momento della satisfactio.

Più evidente, se pure così può dirsi, è la interpolazione di un altro testo in materia di dolo processuale, cioè di D. 2, 10, 1, 4 (Ulpianus libro septimo ad edictum):

Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: [sed] si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, [cum nihil intersit].

Il testo riguarda la responsabilità di colui che dolosamente ha impedito al convenuto di ottemperare al vadimonio (vadimonium sistere) nel processo classico, di presentarsi in giudizio (in iudicio sistere) nel processo giustiniano, conformemente alla promessa fatta all'attore.

Contro l'autore di questo atto illecito il pretore concedeva un'azione in factum, il cui carattere penale risulta da D. 48, 10, 25, cioè da un altro testo ricavato dallo stesso libro 7° di Ulpiano ad edictum, dove il giurista illustrava con esempi che cosa si dovesse intendere per dolo malo factum.

Il carattere penale, del resto, dell'azione data in D. 2, 10, 1, 4 risulta dall'oggetto dell'azione stessa: si unus praestiterit poenam.

E' ovvio, per tanto, che qui la responsabilità degli autori dell'atto illecito fosse una responsabilità cumulativa. Per ciò il testo o doveva limitarsi a dire:

Si plures dolo fecerint, omnes tenentur,

o, se accennava alla prestazione della poena fatta da uno dei colpevoli, doveva concludere:

nec si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur.

Giova, a ribadire l'interpolazione di questo testo, richiamare il trattamento di un dolo processuale analogo; cioè, del dolo di colui che album corruperit.

Esso emerge dai seguenti testi:

D. 2, 1, 7, 5 Ulpianus libro tertio ad edictum.

.....si uterque dolo fecerit, ambo tenebuntur:

nam et si plures fecerint vel corruperint vel man-

daverint, omnes tenebuntur,

D. 2, 1, 8 Gaius libro primo ad edictum provinciale:

adeo quidem, ut non sufficiat unum eorum poenam luere.

Il testo ulpiano afferma la responsabilità cumulativa: omnes tenebuntur; il testo gaiano accentua e, per dir così, colorisce questa responsabilità soggiungendo che la prestazione della pena fatta da un colpevole non libera gli altri.

L'interpolazione, dunque, è anche dimostrata attraverso questa significativa comparazione. Evidentemente, anche qui, i compilatori giustiniani avrebbero dovuto trasformare la responsabilità cumulativa nella responsabilità solidale del loro tipo: non lo fecero, e la loro svista consente a noi di constatare con assoluta certezza quello che doveva essere il trattamento classico del dolo processuale in D. 2, 10, 1, 4.

L'interpolazione è, anche, dimostrata dal confronto con un altro testo di Ulpiano, pure sfuggito all'attenzione dei compilatori, e riguardante pur esso un caso di dolo processuale; cioè, il caso di colui che vi eximit eum qui in ius vocatus est.

Ecco, infatti, ciò che si legge in D. 2, 7, 5, 3 Ul-

pianus libro quinto ad edictum:

Hoc iudicium id factum est: et si plures deliquerint, in singulos dabitur, et nihilo minus manet qui exemptus est obligatus.

Tutti sono tenuti singolarmente, ciascuno per sè, perchè c'è atto illecito (deliquerint!) e l'oggetto dell'azione è una poena (cfr. D. 5, 7, 1 pr.: Hoc edictum praetor proposuit, ut metu poenae, compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt; D. 5, 7, 6: Is, qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit).

Anche qui i compilatori non si sono preoccupati di trasformare la responsabilità cumulativa in responsabilità solidale, soggiungendo che la prestazione della poena fatta da uno dei colpevoli liberava gli altri.

Del resto, e finalmente, l'interpolazione di D. 2, 10, 1, 4 è illuminata dalla motivazione stessa adottata per spiegare come, prestata la pena da un colpevole, non debba più esser prestata dagli altri compartecipi dell'atto illecito. La motivazione dice: cum nihil intersit. Evidentemente, questa motivazione non si può attribuire a Ulpiano, che assegna all'azione una funzione di poena e non di risarcimento: essa, invece, si spiega chiaramente, se attribuita ai compilatori, perchè questi ravvisano la poena là dove c'è un

multiplo del danno patito (nella misura 1 duplum, o del tripulum, o del quadruplum), non dove -come qui- c'è un semplice indennizzo.

**Della responsabilità cumulativa
di più autori della violenza.**

Dobbiamo a questo riguardo esaminare D. 4, 2, 14, 15 e D. 4, 2, 15: due testi, l'uno di Ulpiano, l'altro di Paolo, costituenti come un testo solo.

D. 4, 2, 14, 15 Ulpianus libro undecimo ad edictum:
Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, si quidem sponte rem [ante sententiam] restituerit, omnes liberati sunt: sed [et] si id non fecerit, [sed ex sententia quadruplum restituerit, verum est etiam sic peremi adversus ceteros metus causa actionem .]

D. 4, 2, 2, 15 Paulus libro undecimo ad edictum.
[Aut in id] dabitur adversus ceteros actio, [quod minus ab illo exactum sit .]

Questi due testi sono interpolati. Contro chi aveva

compresso l'atto illecito, che noi configuriamo come vizio del consenso e chiamiamo violenza morale (i Romani lo indicavano col termine metus), il pretore dava un'actio in factum, l'actio quod metus causa, che era penale e arbitraria.

Quest'ultima qualità faceva sì che il colpevole incorreva nella poena del quadruplum solamente quando non ottemperava all'ordine di restituire.

Le due caratteristiche dell'azione sono nettamente espresse da Ulpiano nel § 1 del primo testo: satis clementer cum eo praetor agit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare .

Per tanto, nella sua prima parte il testo ulpiano (se si eccettuano le parole ante sententiam, interpolate perchè nel diritto giustiniano la facultas restituendi è accordata fino a questo momento), esprime la norma del diritto classico.

Poichè al giudizio non si viena, se non quando il convenuto si rifiuti di restituire, è ovvio che la restitutio rei, fatta da uno dei colpevoli, supera la questione della responsabilità penale: questa è eliminata sia nel confronto del colpevole convenuto, sia nel confronto dei coautori della violenza.

La norma del diritto classico è, invece, rovesciata

nella seconda parte del testo di Ulpiano e nel testo di Paolo, in cui si avverte che il pagamento integrale del quadruplum, fatto, in seguito al rifiuto di restituire, da uno dei colpevoli, libera gli altri. Essendo l'actio quod metus causa azione penale, e l'oggetto di questa azione una poena nella misura del quadruplum del valore della res, quando del metus fossero stati più gli autori, la responsabilità doveva essere cumulativa.

L'interpolazione è evidente per una ragione logica e per ragioni formali. Per una ragione logica: perchè, se la liberazione di tutti gli autori della violenza avveniva sia nel caso che uno di essi avesse restituito, sia nel caso che si fosse rifiutato di restituire e avesse prestato la poena, il giurista non avrebbe distinto le due ipotesi, ma avrebbe più brevemente detto che tutti gli altri colpevoli restavano liberati quando l'uno di essi o rem restituerit o poenam praestiterit. Le parole si quidem fanno attendere un contrapposto, espresso con le parole si vero, o si autem, che manca: in vece della contrapposizione, abbiamo una sovrapposizione fatta con le parole sed etsi.

L'interpolazione è evidente anche per ragioni formali: quadruplum restituere, per indicare il pagamento della poe-

na del quadruplum, è espressione quanto mai impropria; etiam sic, per indicare: anche in questo caso; sono una costruzione greca, familiare in compilatori, che sono Greci: καὶ οὕτως.

Naturalmente anche le parole, aut in id quod minus ab illo exactum sit, nel testo successivo sono interpolate.

Il pagamento libera -come altra volta i compilatori ribadiscono- se è integrale: quando il pagamento è soltanto parziale, l'azione è fatta salva contro i coobbligati solidali per il residuo: cfr. D. 16, 3, 1, 43 (testo anch'esso interpolato, come abbiamo veduto): quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur.

L'interpolazione di D. 5, 2, 14, 15 e di D. 4, 2, 15 trasforma, dunque, l'obbligazione cumulativa classica nella obbligazione solidale del tipo giustiniano.

E' facile, anche, comprendere perchè questa trasformazione avvenga. Essa ha una sua ragion d'essere, e l'ha precisamente nel fatto che l'actio quod metus causa nel diritto giustiniano non è più azione penale, ma -come i Giustiniani dicono- è un'actio mixta, penale e reipersecutoria insieme.

Sono i Giustiniani, infatti, a porre il nuovo principio che il quadruplum, che si consegue con questa azione,

continet rem et eius restitutionem: che non tutto il quadruplum è poena. Un passo notoriamente alterato dello stesso testo di Ulpiano (D. 4, 2, 14, 10) ammonisce:

Quatenus autem diximus quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quadrupli res quidem contineatur et eius restitutio fiat, poenae autem usque ad triplum stetur.

Della responsabilità cumulativa di più agrimensori.

A questo proposito è da esaminare un solo testo.

D. 11, 5, 3, pr. Ulpianus libro vicesimo quarto ad edictum:

Si duobus mandavero et ambo dolose fecerint, adversus singulos in solidum agi poterit, [sed] altero convento, [si satisfecerit,] in alterum actionem denegari non oportebit.

L'agrimensore, che dolosamente falsum modum renuntiaverit, incorreva in una actio in factum data dal pretore: in un'actio in factum, perchè l'opera del ensor non si rite-

neva oggetto possibile di locazione e non poteva per ciò il suo dolo essere perseguibile civilmente ex contractu.

Quest'azione in factum, benchè nessuno testo espressamente lo rilevi, era un'azione penale: non passava contro gli eredi; era nossale, se l'agrimensore era uno schiavo: aveva, insomma, le caratteristiche fondamentali dell'azione penale. Per ciò più agrimensori colpevoli, perchè dolosamente falsum modum renuntiaverint, erano obbligati cumulativamente, non solidalmente.

In questo testo l'Ascoli ha rilevato l'interpolazione delle parole si satisfecerit, per l'ovvia ragione che non ha senso rilevare la chiamata in giudizio (altero convento) se occorre il pagamento per la liberazione degli altri mensores.

E' stato anche osservato che stilisticamente l'ablativo assoluto (altero convento) col nominativo (satisfecerit) non combina e rivela una mano maldestra.

Ma l'interpolazione non è limitata alle parole si satisfecerit. Anche il sed è stato sostituito a un originario nec. Cosicchè il testo nella redazione originaria doveva dire:

Si duobus mandavero et ambo dolose fecerint, adversus singulos in solidum agi poterit, nec altero con-

vento in alterum actionem denegari oportebit.

E' anche facile vedere perchè la responsabilità cumulativa classica è stata trasformata nella responsabilità solidale del tipo giustiniano.

Per i compilatori giustiniani il carattere penale dell'azione contro il ensor qui falsum modum dixerit, si snatura, tanto vero che in un testo, ripetutamente dichiarato interpolato (D. 11, 6, 6), si dice che, nel caso che ensor sia uno schiavo, compete l'actio de peculio contro il dominus; tanto vero, ancora, che i Bizantini, i quali dicono -scostandosi dalle fonti classiche- che l'azione contro il ensor qui falsum modum dixerit è in duplum, vedono in questo duplum non solamente la pena, ma la pena e il risarcimento insieme, onde sono indotti a considerare e a indicare questa azione non più come azione penale, ma come actio mixta (Bas. 60; 9, 1, sc. 3).



**Della responsabilità cumulativa
dei falsi tutori.**

A questo riguardo ci si presentano due testi, strettamente collegati fra loro.

D. 27, 6, 7, 4 Ulpianus libro decimo secundo ad edictum:

Si plures sint qui auctores fuerunt (perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione):

D. 27, 6, 8 Paulus libro duodecimo ad edictum:
et ideo [si nihil aut non totum servatum sit,] in reliquos non denegandam [in id quod deest] Sabinus scribit.

I testi concernono la responsabilità di più falsi tutori che abbiano dolosamente interposto la loro auctoritas. In questo caso il pretore concedeva un'actio in factum, che era un'azione penale, essendo l'illecito, perseguito con questa azione, una figura particolare di dolo.

Essa -come risulta da un testo, che segue immediatamente i due testi riferiti (D. 27, 6, 9, 1) -appartiene a

un gruppo di azioni, tutte qualificate come penali: si dice che non passano contro gli eredi quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur, e che sono nossali.

Se poi in D. 27, 6, 7, 2 l'oggetto di questa azione non è considerato come poena, è facile avvertire -come, del resto, Carlo Longo ha già segnalato -che ci troviamo di fronte a una affermazione giustiniana.

Ulpiano direbbe in questo testo:

Quod ait praetor "quanti ea res erit" magis puto non poenam sed veritatem his verbis contineri.

La contrapposizione tra poena e veritas è veramente strana e, in un giurista classico, incredibile.

In essa si riflette, per altro, il costante pensiero giustiniano che scorge una poena in quelle azioni dirette a conseguire un multiplo del danno, non in quelle che -come l'azione data contro il falso tutore - fa conseguire il semplice indennizzo (quanti ea res erit): in essa si riflette, insomma, il pensiero giustiniano, che, per determinare se un'azione è, o non, penale, non guarda alla natura del fatto che vi ha dato origine, ma all'oggetto della azione stessa e non considera poena se non ciò che si consegue oltre l'indennizzo.

Dato ciò, i testi di Ulpiano e di Paolo (D. 27, 6, 7,

4 e D. 27, 6, 8) dovevano affermare la responsabilità cumulativa dei falsi tutori, e sono stati alterati dai Giustiniani non già -come pensavano l'Alibrandi e l'Eisele- per abolire l'effetto estintivo della litis contestatio, ma per trasformare in obbligazione solidale del tipo giustiniano l'obbligazione cumulativa classica.

L'interpolazione era conseguenza della squalificazione dell'azione come penale: non poenam, sed veritatem his verbis contineri !

Sembra, poi, inutile insistere sugli indizi formali che la rivelano: così in D. 27, 6, 7, 4, la contrapposizione tra perceptio (senza oggetto) e electio: l'espressione perceptione ab uno facta, in quanto che colui che fa la perceptio è il creditore, non il debitore; le parole non electione, anzi che non electione unius.

Indizi gravi rivelano anche l'interpolazione di D. 27, 6, 8.

La possibilità di convenire gli altri debitori solidali, quando non si è potuto ottenere tutto dal primo debitore convenuto, è un motivo che ritorna in altri testi interpolati. Il collegamento et ideo, allacciante questo testo di Paolo al precedente di Ulpiano, è certamente compilatorio, perchè due testi di autori diversi non potevano così

perfettamente completarsi tra loro. Le due frasi, si nihil aut non totum servatum sit e in id quod deest, tra loro logicamente connesse, portano -come fu ben detto- lo stampo del modo sbadato di scrivere dei compilatori giustiniani, poiché, se si può parlare di deesse quando non totum servatum sit, non si può parlare di deesse quando nihil servatum sit: finalmente, il verbo (non denegandam) è senza soggetto.

Della responsabilità cumulativa di più abitatori della stessa casa per l'effusum et deiectum.

Abbiamo qui un gruppetto di testi, di Ulpiano, di Gaius, di Paolo, formanti come un testo solo.

D. 9, 3, 1, 10 Ulpianus libro vicesimo tertio ad edictum:

Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quamvis haec actio dabitur,

D. 9, 3, 2 Gaius libro sexto ad edictum provinciale:
cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel

effudisset,

D. 9, 3, 3 Ulpianus libro vicesimo tertio ad edictum:
et quidem in solidum: [sed] si cum uno fuerit actum,
ceteri liberantur.

D. 9, 3, 4 Paulus libro nono decimo ad edictum:
[perceptione non litis contestatione, praestaturi
partem damni societatis iudicio vel utili actione ei
qui solvit .] "

Se si prescindere da quest'ultimo testo di Paolo, i testi ulpiani direbbero che, se più sono gli autori dello effusum et deiectionum, sorge una responsabilità solidale, e che, contestata la lite con uno di essi, gli altri sono liberati:

in solidum: sed, si cum uno fuerit actum, ceteri liberantur.

Cioè, i testi ulpiani rifletterebero esattamente il regime dell'obbligazione solidale elettiva nel diritto classico.

Soltanto il successivo testo di Paolo, condizionando la liberazione degli altri autori dell'effusum et deiectionum al fatto del pagamento, anzi che a quello della contestazione della lite (perceptione non litis contestatione), non rifletterebero questo regime e rifletterebero, in ve-

ce, quello giustiniano.

Movendo dalla considerazione che nel diritto classico sorgesse tra più autori dell'effusum et deiectionum obbligazione solidale elettiva e non obbligazione solidale cumulativa, l'Alibrandi e l'Ascoli ritennero interpolate le parole perceptione non nel testo di Paolo, ma genuini i testi ulpiani.

In vece, l'alterazione è più vasta. Essa non si limita alle parole perceptione non nel testo di Paolo, e si estende anche al testo di Ulpiano, in cui si dice che, si cum uno fuerit actum, ceteri liberantur.

Il Bonfante ha fatto giustamente rilevare che la responsabilità di più autori dell'effusum et deiectionum non poteva non essere, nel diritto romano classico, cumulativa. L'azione de effuso et deiectione è penale: non compete contro gli eredi, è nossale. Per ciò Ulpiano non doveva scrivere:

sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberantur,
ma scrivere invece:

nec si cum uno fuerit actum, ceteri liberantur.

E Paolo non doveva soggiungere:

praestaturi partem damni societatis iudicio vel
utili actione ei qui solvit,

perchè ciascuno degli autori dell'effusum et delectum risponde integralmente, essendo ciò, che da ciascuno viene prestato, la poena per l'illecito penale che ha commesso.

E' chiaro, in vece, il motivo per cui i Giustiniani, allacciando insieme questi piccoli frammenti di Ulpiano, di Gaio e di Paolo, in un sol tutto, e alterandoli, sostituiscono la responsabilità solidale del tipo giustiniano alla responsabilità cumulativa classica. L'azione de effuso et delecto per i Giustiniani non è più un'azione penale pura: deriva non da un delictum, ma da un quasi delictum, ha per base non il dolo, ma la colpa; è azione, in cui la funzione del risarcimento del danno predomina. Per ciò scrivono che gli altri autori dell'effusum et delectum devono praestare partem damni..... ei qui solvit.

Giunti a questo punto possiamo concludere che non vi ha un testo della compilazione giustiniana, in cui la negata efficacia estintiva della contestazione della lite sulla obbligazione solidale si possa far risalire al diritto romano classico.

Si tratti di obbligazione già solidale per i Romani e ancora solidale per i Giustiniani, o di obbligazione già

cumulativa per i Romani e solidale soltanto per i Giustiniani, quando viene affermato che la lite contestata, intervenuta con un debitore non libera gli altri, ma questi sono liberati soltanto dal pagamento che il debitore convenuto in giudizio faccia al creditore, sappiamo ora di trovarci di fronte a una vasta alterazione dei testi della giurisprudenza romana e dei rescritti imperiali, fatta per adattarli e rescritti alla riforma giustiniana contenuta in C.8, 40, 28.

Pur troppo l'alterazione, per quanto vasta, non riuscì organica; cioè, non tutti i testi, che dovevano essere mutati conformemente alla costituzione giustiniana, in realtà lo furono. Purtroppo, diciamo, da un punto di vista legislativo, perchè la codificazione giustiniana presenta qui una delle più stridenti antinomie; pur troppo, soggiungiamo anche da un punto di vista dottrinale, perchè l'imperfetta e scomposta opera legislativa generò un'ampia discussione, rinnovantesi nei secoli, e pur sempre più sterile e sempre più pericolosa: ammonitrice per altro, nel cumulo di rovine a cui la critica moderna ha saputo ridurla, della impossibilità di costruire solidamente sul terreno dogmatico del diritto romano giustiniano, se prima la critica storica non ha portato quella luce che è in grado di dare.

Modi di estinzione della obbligazione solidale.

Abbiamo già visto che la contestazione della lite era, nel diritto classico, un modo di estinzione della obbligazione solidale; contestata la lite con un debitore della obbligazione solidale passiva, o da un creditore nella obbligazione solidale attiva, nel primo caso gli altri debitori erano liberati, nel secondo gli altri creditori non potevano più giudizialmente agire.

Dobbiamo ora vedere quali sono, nel diritto classico, gli altri modi di estinzione della obbligazione solidale; quali sono i modi della sua estinzione nel diritto giustiniano.

Le cause di estinzione della obbligazione non operano tutte nello stesso modo sulla obbligazione solidale; per ciò, la necessità di distinguere tra le varie cause di estinzione è il problema preliminare della solidarietà.

Si può formulare la regola seguente: poichè l'oggetto è uno solo, uno solo il debitum, estinguono l'obbligazione per tutti, cioè hanno efficacia generale, quelle cause che

si riferiscano all'oggetto, al debitum, che sono le cause fondamentali di estinzione della obbligazione. Poichè i soggetti sono vari, estinguono l'obbligazione soltanto in ordine a un determinato soggetto, cioè hanno efficacia particolare, le cause che concernono i soggetti.

Nel primo caso debitum solvitur, nel secondo eximitur o liberatur persona.

Espressa quest'antitesi in termini pratici, si può dire che estinguono l'obbligazione per tutti il pagamento e le cause che possono assimilarsi al pagamento; ogni altra causa ha efficacia particolare. Il modo di funzionare delle varie cause estintive, sia con efficacia generale, sia con efficacia particolare, è uniforme in tutti i casi di solidarietà, coerentemente all'unità del concetto della solidarietà stessa.

Cominciamo dal considerare le cause estintive aventi efficacia generale. Della litis contestatio nel diritto classico, della electio o della prevenzione nella prassi processuale postclassica, abbiamo già detto. Dobbiamo ora considerare le altre.

1.- PERIMENTO PER CASO FORTUITO DELLA COSA DOVUTA.

Ove si tratti di una cosa individua, cioè non determinata solamente nel genere, l'efficacia generale di questo fatto giuridico estintivo dell'obbligazione solidale è ovvia. Che questo fatto giuridico debba operare in ogni caso con efficacia generale, non è nè pur messo in dubbio da coloro che erroneamente distinguono tra correalità e solidarietà.

2.- PAGAMENTO (SOLUTIO).

Questo modo di estinzione dell'obbligazione solidale ha un rilievo nel diritto giustiniano che non aveva nel diritto classico. In questo diritto il pagamento aveva rilievo come causa estintiva generale dell'obbligazione solidale soltanto nella figura -del resto, la normale- di pagamento volontario, cioè stragiudiziale; il pagamento coattivo, conseguente a condanna, non poteva in vece avere alcun giuridico rilievo, perchè l'obbligazione solidale era estinta in un momento anteriore, da un fatto giuridico precedente, cioè dalla contestazione della lite intervenuta fra il creditore

e un debitore (nella obbligazione solidale passiva) o fra un creditore e il debitore comune (nella obbligazione solidale attiva).

Al pagamento volontario alludono, pertanto, i testi genuini, come i seguenti:

D. 45, 2, 3, 1 Ulpianus libro quadragesimo septimo ad Sabinum:

.....utique enim cum una sit obligatio, una et summa est, ut si[ve] unus solvat, omnes liberantur, [sive solvatur, ab altero, liberatio contingat].

Qui i compilatori con le parole chiuse tra parentesi aggiungono all'effetto del pagamento nelle obbligazioni solidali passive l'effetto del pagamento nelle solidali attive: l'interpolazione è evidente, perchè dovremmo leggere: sive unus debitor solvat, omnes liberantur, sive uni creditori solvatur, a ceteris liberatio contingat. Ma è interpolazione che completa malamente, non è interpolazione che dica qualcosa di nuovo.

D. 12, 6, 25 Ulpianus libro quadragesimo septimo ad Sabinum:

Cum duo pro reo fideiusserint decem, deinde reus tria solvisset et postea fideiussores quina, placuit eum qui posterior solvit, tria repetere posse: hoc me-

rito quia tribus a reo solutis septem sola debita supererant, [quibus persolutis tria indebita soluta sunt].

Anche qui le parole tra parentesi sono un'aggiunta al testo classico, come dimostra l'uso non classico del verbo persolvere; ma sostanzialmente non aggiungono nulla.

Nel diritto giustiniano, sia nelle obbligazioni solidali passive, sia nelle obbligazioni solidali attive -quantunque qui coloro che intendono restrittivamente la portata della estinzione giustiniana (C. 8, 40, 28) lo contestino-, anche il pagamento coattivo acquista importanza, perchè non ha più effetto liberatorio la litis contestatio come nel diritto classico; l'electio di un debitore o la prevenzione di un creditore, come nel diritto postclassico.

La liberazione generale dei debitori avviene col pagamento integrale da parte del debitore convenuto; se questi è parzialmente insolvente, il creditore può per il residuo rivolgersi contro gli altri a sua scelta; cfr. ad es.,

D. 27, 6, 8:

[et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest Sabinus scribit.]

L'efficacia estintiva generale del pagamento corrisponde al concetto e allo scopo della solidarietà, che consente

a ciascun creditore di riscuotere e a ciascun debitore imporre di pagare l'intero (solidum), ma consente di riscuotere e imporre di pagare una volta sola, uno essendo l'oggetto dell'obbligazione.

Coloro, che distinguono tra correalità e solidarietà, non negano, per solito, l'uniforme funzionamento del pagamento. Alcuni soltanto, partendo dalla erronea distinzione, hanno sostenuto che il pagamento operasse diversamente nella correalità e nella solidarietà. Tra questi scrittori è da ricordare principalmente l'Unger, l'insigne civilista austriaco, per il quale nelle obbligazioni correali, in virtù della unificazione, il pagamento effettuato da un debitore o a un creditore avrebbe avuto efficacia estintiva diretta, avrebbe operato -cioè- ipso iure la estinzione; mentre nelle solidali, non unificate, avrebbe avuto efficacia estintiva soltanto indiretta, avrebbe operato -cioè- ope exceptionis in base alla massima che bona fides non patitur ut bis idem exigatur.

Nelle fonti non vi ha un testo che possa dare qualche base a questa affermazione. Esse dicono che il pagamento ha efficacia estintiva generale, senza fare alcuna distinzione. Abbiamo, così, una distinzione fantastica costruita su una distinzione fantastica.

L'Eisele e il Geib hanno espresso un concetto analogo sotto forma diversa. Nelle correali, dove si avrebbero obbligazioni unificate, il pagamento avrebbe avuto efficacia estintiva diretta nel senso che sarebbero state considerate estinte per pagamento non soltanto l'obbligazione soddisfatta, ma anche le altre; nelle solidali le altre obbligazioni sarebbero state estinte per mancanza di scopo. Distinzione assurda; l'obbligazione correale o solidale che dir si voglia, è una sola: più sono tenuti all'adempimento, più hanno diritto di pretenderlo, secondo che è passiva o attiva. Il pagamento di un debitore o a un creditore la estingue rispetto a tutti. Le fonti non dicono che il pagamento di un debitore estingue le obbligazioni degli altri, ma dicono che libera gli altri; che estingue l'obbligazione che è una per tutti. Basterà richiamare

D. 45, 2, 3, 1:

cum una sit obligatio, una et summa est, ut si unus solvat, omnes liberentur.

Inst. 3, 16, 1:

alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat.

Come il pagamento, opera indubbiamente anche la dazione in pagamento (datio in solutum).

3.- OFFERTA REALE E DEPOSITO.

Era fino a poco tempo fa pacifico nella dottrina romanistica che al pagamento si poteva equiparare il deposito della cosa dovuta, fatta dal debitore in luogo pubblico (in aede sacra, in publico).

Recentemente il Solazzi ha persuasivamente sostenuto che nel diritto classico questo deposito era importante ad altri effetti (costituzione in mora del creditore, decorrenza degli interessi ecc.), non produceva liberazione del debitore, e quindi non era equiparato al pagamento, perchè nessuna azione era data al creditore per ritirare la cosa così depositata. Dato ciò, il deposito in luogo pubblico della cosa dovuta, fatto da un debitore solidale, non poteva esercitare influenza liberatoria per i condebitori. E anche nel diritto giustiniano, che dà un'azione utile al creditore per ritirare il deposito, le cose sostanzialmente non mutano, poichè il debitore ha sempre la facoltà di ritirarlo. Il deposito può avere nel diritto giustiniano efficacia liberatoria uguale a quella del pagamento soltanto nel caso che il debitore non lo revochi e il creditore lo preleva agendo per il suo ritiro.

4.- ACCEPILAZIONE.

E' -com'è noto- un atto formale, che estingue l'obbligazione nata da contratto verbale.

Consiste in una interrogazione e in una risposta: il debitore interroga il creditore se ha ricevuto il pagamento (quod ego tibi promisi habesne acceptum ?) e il creditore risponde che sì (habeo). Ciò posto, essa ha l'efficacia stessa del pagamento e questa efficacia è riconosciuta espressamente in testi numerosi. Gaio (3, 169) la qualifica come una imaginaria solutio; Ulpiano scrive (D. 34, 3, 7, 1) che acceptilatio solutioni comparatur e nega che possa all'acceptilazione porsi un termine motivando: quia solutionis exemplo acceptilatio solet liberare (D. 46, 4, 5).

Coerentemente, gli effetti della acceptilatio sulla obbligazione solidale sono gli stessi del pagamento: intervenuta l'acceptilatio fra un creditore e il debitore, o fra il creditore e un debitore, l'obbligazione è estinta nei riguardi di tutti.

Per le obbligazioni solidali attive dichiara Venuleio (D. 46, 2, 31, 1 libro tertio stipulationum):

fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius

acceptilatione perami utriusque obligationem.....

E Ulpiano (D. 46, 4, 10, 12 libro quinquagesimo ad Sabinum):

Ex pluribus reis stipulandi si unus acceptum fecerit, liberatio contingit in solidum.

E Giavoleno (D. 45, 2, 2 libro tertio ex Plautio):

Cum duo eandem pecuniam..... stipulati sunt..... petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

Per le obbligazioni passive basterà richiamare:

D. 46, 4, 16 pr. (Ulpianus libro septimo disputationum):

Si ex pluribus [obligatis] uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi qui secum obligantur: [nam cum ex duobus pluribusve eiusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed] quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est.

Il testo nelle parti chiuse tra parentesi con molta probabilità non è genuino: Ulpiano non doveva parlare dei plures obligati, dei plures eiusdem obligationis participes, ma dei plures rei promittendi; ma sostanzialmente il testo esprime il pensiero ulpiano nell'ammettere che l'acceptila-

zione conclusa fra il creditore e un debitore ha un'efficacia estintiva generale quoniam velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est.

Vedansi anche D. 30, 82, 5; D. 5, 2, 12, 3; D. 34, 3, 3, 3.

Può parere strano che la accettillazione, la quale nel diritto classico e giustiniano ha la funzione di rimettere il debito, sia trattata non conformemente a questa funzione, ma analogamente al pagamento, cioè alla sua sopravvivamente struttura. Ma la spiegazione è agevole e dev'essere ricercata sul terreno storico.

Nel più antico diritto romano l'obbligo omni (che era da contratto verbale) non poteva estinguersi col semplice fatto del pagamento, ma occorreva che il pagamento fosse accompagnato dalle solenni parole sopra riferite. L'obbligazione doveva estinguersi attraverso i verba, come attraverso i verba nasceva. Alla stipulatio che fa sorgere l'antica obbligazione, si contrappone l'acceptilatio che la fa cadere. Stipulatio e acceptilatio sono riti formali e contrari l'uno all'altro. In epoca antica, l'acceptilatio non era un sostituto del pagamento, ma era il pagamento. Quando in epoca successiva il fatto del pagamento, come tale, fu considerato valido mezzo di estinzione dell'obbligazione, la

accettillazione avrebbe potuto comparire. Restò, invece, per adempiere sostanzialmente una nuova funzione, pur continuando ad essere considerata come un pagamento. Non divenne atto di liberazione, in genere, del debitore, che si prestasse alla ricerca dell'intenzione con cui il creditore lo faceva; era atto con cui il creditore riconosceva formalmente di aver ricevuto ciò che gli era dovuto (acceptum habeo) e veniva, per ciò, a sottoporsi a tutte le conseguenze del pagamento.

La maggior parte degli scrittori che distinguono tra correalità e solidarietà sostengono che l'accettillazione avesse effetto estintivo generale nelle obbligazioni correali, a causa dell'unità dell'obbligazione, e non l'avesse nelle obbligazioni solidali, dove si avrebbero più obbligazioni.

Essi sembrano dimenticare che l'accettillazione, presupponendo una obbligazione nata da contratto verbale ed essendo soltanto a questa applicabile, non poteva funzionare come causa estintiva generale delle altre obbligazioni. Non funzionava come causa estintiva generale neppure di quelle obbligazioni che, pur essendo catalogate fra le correali, non erano nate verbis.

L'accettillazione funzionava in un ristretto campo del-

le obbligazioni solidali, non per la pretesa distinzione che sarebbe a farsi tra correalità e solidarietà, ma per il solo motivo che l'acceptilatio era un modo proprio di estinzione delle sole obbligazioni verbali. Nelle obbligazioni solidali non verbali l'accrettilazione non operava in alcun modo: nè con efficacia generale, nè con efficacia particolare.

Si vuol dire che l'acceptilatio poteva funzionare anche per le obbligazioni solidali nascenti da contratti diversi dal contratto verbale, nel senso che potevano essere dedotte in stipulazione e poi accrettilate. Ma bisogna supporre che venisse dedotta in stipulazione la primitiva obbligazione in confronto di tutti i debitori o di tutti i creditori, perchè, se fosse stata operata da uno dei debitori o in confronto di uno dei creditori, la deduzione stessa avrebbe prodotto novazione della obbligazione, cosicchè l'effetto estintivo generale sarebbe stato dovuto alla novazione e non già alla accrettilazione successiva.

5.- NOVAZIONE.

La novazione deve essere bene appresa nella sua natura per comprendere l'efficacia estintiva concreta che essa ha

sulla obbligazione solidale e che si ricollega più all'essenza classica della novazione che alla sua configurazione nel diritto giustiniano.

La novazione classica non significa remissione dell'antica obbligazione eseguita mercè la costituzione di una nuova; non esige per tanto una volontà espressa di rimettere l'antica obbligazione. Essa è la costituzione di una nuova obbligazione che rende incompatibile con essa l'antica, indipendentemente dalla volontà delle parti. L'estinzione dell'antica obbligazione deriva dall'idem debitum, cioè dalla circostanza che nella nuova obbligazione conclusa mediante stipulazione (la novazione non si può compiere se non in forma solenne come l'acceptilatio) è dedotto lo stesso debitum dall'antica. E due stipulazioni successive aventi per oggetto l'idem debitum erano nel diritto romano impossibili, per lo meno senza espressa riserva.

E' stato ben visto che ciò si ricollega all'essenza primitiva della obbligazione romana, quando l'obligatus, il nexus, cioè colui che era in ostaggio presso il creditore fino al pagamento della somma stabilita come poena per il delitto commesso o fino al pagamento del debitum per il contratto concluso, poteva esser liberato da altri che intervenisse o per la prestazione della poena, del debitum,

o per sostituirsi all'obligatus, al nexus.

Dato ciò, si comprende come la novazione venga considerata un sostituto del pagamento e assimilata, come l'acceptilatio, al pagamento. E ciò, qualunque sia la figura della novazione, sia la novazione per antonomasia in cui la nuova obbligazione con idem debitum è conclusa tra le stesse parti; sia la figura della expromissio, in cui un nuovo debitore interviene e si assume di pagare il debito liberando l'antico debitore; sia quella che prende il nome di delegatio, in cui il creditore ordina al debitore di pagare a un'altra persona la stessa prestazione a lui dovuta.

Nel diritto giustiniano e nel diritto moderno la natura dell'istituto è mutata. La incompatibilità tra due obbligazioni successive aventi per oggetto idem debitum non è più compresa, e -come già si è visto- Giustiniano in una celebre costituzione (C. 8, 41, 8) esige, perchè la nuova obbligazione produca l'estinzione dell'antica, la volontà di estinguerla, cioè di rimetterla. A questa volontà di rimettere l'obbligazione antica a condizione di costituirne una nuova egli dà il nome di intenzione novativa (animus novandi). Se questa intenzione novativa non è espressamente dichiarata, le due obbligazioni si cumulano.

E' stato giustamente osservato che in questa nuova fi-

gura l'essenza della novazione sta nella volontà delle parti, la quale in ultima analisi mette in essere una remissione del debito: la nuova obbligazione si potrebbe configurare come la condizione di questa volontaria remissione.

Data questa trasformazione l'efficacia generale obbiettiva della novazione sulla obbligazione solidale poco si comprende. Tuttavia, ancor nel diritto giustiniano essa risulta da una serie di testi sia concernenti le obbligazioni solidali attive, sia concernenti le obbligazioni solidali passive (D. 46, 2, 31, 1; D. 46, 1, 8, 11 e 20; D. 2, 14, 27 pr., D. 14, 3, 13, 1).

Fra questi testi, per altro, ve ne ha uno che sembra far nascere qualche difficoltà, almeno apparente, per ciò che concerne l'efficacia generale liberatoria della novazione nelle obbligazioni solidali attive. Che uno dei creditori possa novare l'obbligazione con effetto che si ripercuote sui creditori rimasti alla novazione estranei, risulta da

D. 46, 2, 31, 1 Venuleius libro tertio disputationum:

Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur et quid iuris unusquisque sibi adquisierit. Fere autem convenit et uni recte solvi et unum

iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perem utriusque obligationem: ex quibus colligitur unumquemque sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab altero stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, [cum id specialiter agit], eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum iusserit doti promittere (Ven: dicere) viro vel nuptura ipsi doti eum promiserit (Ven: dixerit)? nam debitor ab utroque liberabitur.

Invece, un altro testo (D. 2, 14, 27, pr. Paulus libro tertio ad edictum) dice così:

Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atlicinus nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum ut solidum alter petere possit, idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei

recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint, quod est verum. [idemque in duobus reis stipulandi dicendum est].

Anche questo testo non nega, come qualcuno a torto ha affermato, l'efficacia generale della novazione, ma esamina e decide la questione ben diversa se uno dei creditori solidali possa novare da solo. Il fatto stesso, che la questione è proposta, presuppone l'effetto generale della novazione, giacchè, se fosse limitata al creditore che la fa e non pregiudicasse gli altri creditori, la questione non avrebbe senso.

Il testo nega al creditore singolo la facoltà di novare e sembrerebbe richiedere un'azione collettiva dei creditori perchè la novazione di una obbligazione solidale possa aver luogo.

Come conciliare l'antinomia nel diritto classico e nel diritto giustiniano?

Il Bonfante e, dietro lui, C. Longo hanno ritenuto di poterla eliminare, almeno nel diritto classico, facendo presente che la facoltà di novare nel testo di Paolo era negata soltanto nel caso di due argentarii socii, cioè nel caso

che i due creditori solidali fossero due banchieri costituiti in società. Rispetto a questi la non facoltà di novare sarebbe giustificata dalla frase: tantum enim constitutum est solidum alter petere possit.

La parola constitutum si riferisce al rapporto che legava fra loro i banchieri: rapporto che, pur autorizzandoli a riscuotere, doveva privarli della facoltà di disporre indipendentemente dal credito. I richiami ad altri esempi di persone che, per la loro particolare condizione sono privi della stessa facoltà di disposizione (persone in potestate), confermano questa interpretazione.

La quale è molto persuasiva, tanto più quando si tengano presenti altre norme particolari introdotte nel diritto classico per disciplinare l'obbligazione solidale di più banchieri costituiti in società, e delle quali ci dovremo occupare fra breve.

La generalizzazione della norma vigente in ordine all'obbligazione solidale attiva di due argentarii socii sembra esser fatta poi con le parole che chiudono il testo:

idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Queste parole, per altro, sono senza dubbio un'aggiunta al testo di Paolo.

Se questo giurista pensava che, ciò che valeva per la

obbligazione solidale attiva di due argentarii socii valesse in generale per ogni creditore solidale, non avrebbe cominciato a porre la fattispecie.

si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit etc.

per poi concludere:

idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Avrebbe senz'altro scritto:

si unus ex duobus reis stipulandi cum debitore pactus sit etc.

Per diritto classico, adunque, l'antinomia fra i due testi non esiste; la norma generale è che ognuno dei creditori solidali ha la facoltà di novare; la norma particolare, che deroga a questa, vige soltanto in ordine a più banchieri costituiti in società, a cagione del rapporto che li legava (constitutum) e soprattutto della posizione di favore di cui godevano.

Ma l'antinomia sembra stridente nel diritto giustiniano, in cui abbiamo l'aggiunta al testo di Paolo:

idemque in duobus reis stipulandi dicendum est,

la quale sembra sottrarre a qualunque creditore solidale (come abbiamo visto, l'espressione dei rei stipulandi indi-

ca nel linguaggio giustiniano due creditori solidali in genere, anche se l'obbligazione non deriva da stipulazione) la facoltà di novare.

Come si concilia nel diritto giustiniano questo testo col testo di Venuleio e con gli altri, dai quali discorda?

E' stato detto che l'aggiunta al testo di Paolo:

idemque in duobus reis stipulandi dicendum est,

è, per quanto riguarda la novazione, un'aggiunta sbadata. I compilatori, che avevano accolto nelle Pandette il testo di Venuleio e, inoltre, i molti testi in cui la novazione è paragonata, per la sua efficacia estintiva, al pagamento (D. 33, 1, 21, 3; D. 39, 5, 19; 4; D. 16, 1, 8, 3-5; D. 38, 1, 37, 4; D. 46, 1, 18; D. 17, 1, 36; D. 12, 1, 32), non volevano, certo, negare anche in questo testo la facoltà del creditore singolo di novare l'obbligazione solidale. La cosa può spiegarsi, riflettendo che il testo di Paolo riguardava principalmente l'efficacia del pactum de non petendo sulla obbligazione in solidum: la novazione entra nel testo in via affatto incidentale. Le parole

idemque in duobus reis stipulandi dicendum est

sono state aggiunte in ordine al pactum de non petendo, e vedremo perchè; i compilatori non si accorsero, dato l'accento incidentale alla novazione, che dovevano necessaria-

mente riguardare anche questa.

Per questa via, e per questa non intricata via, si elimina l'antinomia anche nel diritto giustiniano. Nel quale, se contraddizione fra testo e testo vi fosse, occorrerebbe dar la prevalenza al testo di Venuleio, collocato nella sedes materiae e trattante la questione direttamente, non incidentalmente come il testo di Paolo fa.

Alla efficacia generale estintiva della novazione sulla obbligazione solidale si sono volute porre alcune limitazioni.

Innanzitutto il Ribbentrop e alcuni seguaci della dottrina Ribbentropiana hanno voluto sostenere l'efficacia generale della novazione sulle obbligazioni correali, l'efficacia particolare sulle solidali. Affermazione e distinzione arbitrarie, inconciliabili con le fonti, come ha veduto il Windscheid, che è pure uno dei più insigni Pandettisti che aderì alla dottrina distintiva tra correalità e solidarietà. Dato che le fonti paragonano la novazione al pagamento, essa non può a meno di funzionare, come il pagamento, con efficacia generale, in qualsiasi caso: il fatto che intervenga in questo o quel rapporto solidale non può mutare la sua natura.

Recentemente ha tentato di dimostrare che non sempre

opera con efficacia estintiva generale la novazione il Binder: uno studioso, che pur rinnega la dottrina che distingue tra correalità e solidarietà. Il Binder ritiene che operasse con effetto generale la novazione con cambiamento di creditore (delegatio) o di debitore (expromissio), ma non la novazione propria.

La tesi è stata giustamente respinta dal Bonfante e da C. Longo.

Non è esatto, innanzitutto, dire che i testi assimilino al pagamento soltanto la novazione che si ha con cambiamento di creditore o di debitore. In D. 33, 1, 21, 3 si è osservato che non c'è bisogno di supporre necessariamente un mutamento di debitore, quando il testo parla di *summae quae per numerationem vel novationem solutae sunt*, o di *nomina quae neque solverunt rei publicae neque novatione abscesserunt a pristina obligatione*. Si potrebbe ipotizzare che il testo trattava di debitori da mutuo reale che hanno novato la loro obbligazione deducendola in stipulazione.

I testi, poi, che il Binder adduce per la sua tesi non sono probanti.

Cominciamo dal considerare D. 14, 3, 13, 1 Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum.

Meminisse autem oportebit institoria dominum ita

demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore vel ab alio [novandi animo] stipulando.

Dominus e institor sono debitori solidali. Secondo la interpretazione comune, questo testo dice che la responsabilità del dominus cessa se l'obbligazione dell'institor viene novata, sia che il creditore stipuli dall'institore (novazione propria) sia che stipuli da un terzo (cambiamento di debitore). Il Binder obietta che questa interpretazione è erronea, perchè la parola quis non può alludere al creditore, ma deve necessariamente alludere a un terzo. Per ciò corregge il testo, facendogli dire che la liberazione avviene solamente si novaverit quis ab institore vel creditor ab alio stipulando, cioè nel solo caso di delegazione o di espromissione. C. Longo protesta contro l'arbitrarietà della correzione, sostenendo che il passo contiene un'osservazione al passo precedente dello stesso testo e che il quis si riferisce al creditor nominato poco prima.

Per verità, questa interpretazione del Longo è sforzata; ma è certamente arbitraria la correzione del Binder, fatta in modo da ipotizzare soltanto una novazione con cambiamento di creditore o di debitore. Secondo noi, è questo un testo che non può essere invocato dal Binder o contro il

Binder, perchè trattasi di un testo certamente sunteggiato dai compilatori, come dimostrano il termine obligatio riferito anche al dominus, che è tenuto solo iure praetorio, e l'ablativo che suggella il periodo.

Altro testo, richiamato dal Binder, è il celebre testo di Venuleio (D. 46, 2, 31, 1) dove -come già abbiamo veduto- si dice:

secundum quae si unus (cioè il creditore) ab aliquo (cioè da un terzo) stipuletur, novationem quoque liberare eum ab altero poterit.

Il richiamo è fatto poco a proposito. Il testo afferma l'efficacia della expromissio, ma non dalla sola expromissio.

Fu ben detto che da una esemplificazione non si può dedurre la esclusione dei casi non esemplificati, tanto più che vi è un facile modo di spiegare perchè il testo parli di expromissio e, subito dopo, di delegatio, senza accennare alla novazione propria. Gli è che esso ipotizza creditori solidali da stipulazione e la novazione propria di creditori derivanti da stipulazione (cioè la stipulazione di ciò che era stato oggetto di precedente stipulazione) doveva essere poco comune.

6.- COMPENSAZIONE.

Com'è noto, la compensazione è l'imputazione in pagamento di ciò che il creditore deve a sua volta al debitore. La sua equiparazione al pagamento risalta in D. 20, 4, 4:

nihil interest solverit quis an pensaverit.

Nel diritto classico, data l'efficacia estintiva della contestatio litis, come non veniva in considerazione il pagamento coattivo, così non veniva in considerazione la compensazione coattiva. In questo diritto non poteva avere importanza che la compensazione volontaria.

La compensazione coattiva ha rilievo nel diritto giustiniano, in cui non ha più efficacia estintiva la contestatio litis.

Come a estinguere l'obbligazione solidale si esige il pagamento integrale, così si esige la integrale compensazione: se la compensazione non estingue l'intero credito dell'attore, questi potrà rivolgersi contro gli altri debitori per il residuo.

L'unica questione pratica che in diritto classico poteva sorgere, e sorgeva, era se il debitore solidale, col quale era stata contestata la lite, potesse liberare se stesso opponendo in compensazione al creditore attore un controcre-

dito spettante non a lui, ma a un altro condebitore. Poteva sorgere, e sorgeva, per altro, soltanto per quelle obbligazioni solidali che, inadempite, davano luogo a un iudicium che non era bonae fidei (a un actio stricti iuris, come dice Giustiniano), dove erano opponibili in compensazione crediti ex dispari causa. Essa è presentata in tre testi.

D. 16, 2, 4 Paulus libro tertio ad Sabinum.

Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem [ex omni contractu] debere, quod ex compensatione reus retinere potest:..... fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.

D. 16, 2, 5 Gaius libro nono ad edictum provinciale.

Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensari malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

D. 45, 2, 10 Papinianus libro trigesimo septimo quaestionum:

Si duo [rei promittendi] socii non sint, non proderit alteri quod stipulatur alteri [reo] pecuniam debet.

La regola classica era che il debitore solidale conve-

nuto non potesse opporre in compensazione un credito spettante a un altro condebitore. E si spiega, anche nel caso in cui il condebitore fosse consenziente, per il fatto che la compensazione, là dove aveva luogo, non operava ipso iure, ma doveva essere opposta, e opposta dal titolare del contro-credito. Nel caso poi, che poteva considerarsi il normale, in cui il condebitore fosse dissenziente, il debitore solidale convenuto non poteva opporre in compensazione un credito spettante all'altro condebitore, perchè ogni debitore solidale è tenuto in proprio e non deve, pertanto, potersi servire dei crediti dei propri condebitori per pagare il suo debito.

A questa regola si faceva eccezione -come i due primi testi dimostrano- nel caso del fideiussore, perchè qui entra in gioco un altro principio: il garante non può mai essere tenuto in misura maggiore del debitore garantito e quindi deve potersi valere delle eccezioni che spettano a quest'ultimo.

Si faceva poi, probabilmente, eccezione alla regola nel diritto classico, non quando vi fossero due condebitori solidali costituiti in società, ma quando la società fosse costituita fra due banchieri. Verosimilmente D. 45, 2, 10 era un testo redatto originariamente così:

Si (argentarii) socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri (argentario) pecuniam debet.

La posizione privilegiata delle società bancarie ha potuto indurre questa, come ha indotte altre speciali norme, in favore delle società predette; ma non è probabile che già nel diritto classico l'eccezione avesse una così vasta portata, quale risulta da D. 45, 2, 10.

La grave e generale eccezione alla regola classica, contenuta in questo testo, per cui può opporre il credito del proprio condebitore non soltanto l'agentarius socius, ma, in genere, il debitore solidale costituito in società con gli altri condebitori, è, probabilmente, giustiniana.

Diciamo: il debitore solidale, perchè -come abbiamo più volte avvertito- l'espressione duo rei promittendi allude nel significato giustiniano ai debitori solidali da qualunque causa, e non soltanto da stipulazione.

Il sovvertimento della regola classica avvenne quando Giustiniano ammise che la compensazione avesse luogo ex dispari causa in tutte le azioni. E l'estensione, così come è formulata, non esprime, forse, interamente la riforma giustiniana. I compilatori si limitarono a sostituire duo rei promittendi a duo argentarii: ma, in realtà, nel nuovo di-

ritto non ha più importanza l'esistenza, o meno, di un rapporto sociale fra i condebitori, per quanto solitamente vi sia.

7.- GIURAMENTO DECISORIO.

L'efficacia generale obbiettiva del giuramento decisorio risulta espressamente dalle fonti sia per le obbligazioni solidali attive, sia per le obbligazioni solidali passive.

D. 12, 2, 28 libro octavo decimo ad edictum:

pr. In duobus reis stipulandi ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.

§ 3 Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debet.

Ciò avviene perchè il giuramento è in modo esplicito paragonato al pagamento.

La parificazione al pagamento aveva, nel caso che il giuramento fosse coattivo, il suo fondamento nelle parole dell'editto pretorio: solvere aut iurare cogam (D. 12, 2, 34, 6).

Giova ricordare che nel processo civile romano il giuramento ha una funzione più grave che nel processo civile

moderno. Nel diritto classico si distingueva il iusiurandum in iure, che poneva alla parte avversaria, in alcune determinate azioni, l'alternativa solvere aut iurare e troncava la lite senz'altro, e il iusiurandum in iudicio, che aveva soltanto un'efficacia probatoria. Giustiniano ha generalizzato ad ogni azione la possibilità del giuramento coattivo.

Questo era, poi, un atto processuale avente la efficacia della contestazione della lite. Cfr. D. 5, 1, 28, 2, Paulus libro septimo decimo ad Plautium:

Ex quibus autem causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.

Esplicitamente è parificato al pagamento anche il giuramento convenzionale, come si può rilevare attraverso i testi che ora richiameremo, e che nella loro originaria redazione si riferivano esclusivamente ad esso.

D. 12, 2, 27 Gaius libro quinto ad edictum provinciale:
le:

Iusiurandum etiam loco solutionis cedit.

D. 12, 2, 28, 1 Paulus libro octavo decimo ad edictum:

Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo Cas-

sius et Iulianus aiunt: nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est.

L'efficacia generale obbiettiva del giuramento è anche ribadita da quei testi, in cui esso è posto sulla stessa linea con la novazione (D. 12, 2, 20 e 21: D. 12, 2, 26, 2), che ha -come abbiamo veduto- la stessa efficacia generale del pagamento.

Il senso di questa parificazione -si è osservato- è che il creditore, quando affida al giuramento le sorti del debitum, ne dispone definitivamente allo stesso modo di quando accetta il pagamento, nova il debitum, lo deduce in giudizio: il diniego giurato del debitum lo fa venir meno rispetto a tutti i soggetti dell'obbligazione solidale.

Vi sono, per altro, testi che distinguono tra una efficacia generale del giuramento (in rem) e una efficacia particolare alla persona che giura (in personam).

E' stato acutamente rilevato dal Segrè che questa distinzione tra giuramento in rem e giuramento in personam è giustiniana, ed è riconducibile a quella tendenza che fa distinguere ai compilatori -come vedremo- un pactum de non petendo in rem da un pactum de non petendo in personam.

I testi interpolati, in cui si distingue in ordine all'efficacia del giuramento prestato dal fideiussore, sono

i seguenti.

D. 12, 2, 42, 1 Pomponius libro octavo decimo epistularum:

Si fideiussor iuraverit se dare non oportere, exceptione iuris iurandi reus promittendi tutus est: [atquin, si quasi omnino idem non fideiussisset, iuravit, non debet hoc iusiurandum reo promittendi prodesse].

D. 12, 1, 28, 1 Paulus libro octavo decimo ad edictum:

Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo Cassius et Julianus aiunt; nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est: [si modo ideo interpositum est iusiurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur].

D. 44, 5, 1, 3 Ulpianus libro septuagesimo sexto ad edictum:

Si fideiussor iuravit, [si quidem de sua persona tantum iuravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit: si vero in rem iuravit, dabitur exceptio reo quoque].

In che differiva -si domanda il Segrè- il giuramento del fideiussore "se dare non oportere" (cfr. D. 12, 2 42,1) dal giuramento "quasi non esset obligatus" (cfr. D. 44, 5,

1, 3) ?

La teoria distintiva tra correalità e solidarietà ha voluto anche per il giuramento sostenere che esso avesse efficacia generale nelle correali, particolare nelle solidali. L'affermazione è insostenibile, perchè, se il giuramento è equiparato al pagamento, deve funzionare con efficacia generale in ogni caso di solidarietà, come funziona il pagamento: del resto, nessuna base nelle fonti può trovare questa dottrina.

8.- CONSTITUTUM DEBITI.

Il constitutum debiti è un patto col quale si promette di pagare a un dato termine una prestazione già dovuta (di cose fungibili nel diritto classico; di cose di qualsiasi natura nel diritto giustiniano). Il constitutum può intervenire fra gli stessi soggetti della precedente obbligazione (constitutum debiti proprii), o tra il creditore e un nuovo debitore costituente o tra il debitore e un nuovo creditore (constitutum debiti alieni). Il constitutum debiti proprii è analogo alla novazione propria; il constitutum debiti alieni, alla expromissio o alla delegatio. Il constitutum consente di ottenere iure praetorio con semplice patto

ciò che iure civili avrebbe richiesto l'uso di una stipulazione novatoria.

Come semplice patto, il constitutum non avrebbe dovuto avere efficacia oltre le persone che lo hanno concluso. Specialmente per quanto riguarda l'obbligazione solidale attiva, lo stipulante, che non è intervenuto nel patto, dovrebbe conservare intatta l'azione. Tutto il contrario è detto, invece, in D. 13, 5, 10 (Paulus libro vicesimo nono ad edictum). I testi di Paolo (fr. 8) e Papiniano (fr. 9), che precedono questo testo di Paolo, trattando di rapporti estranei alla solidarietà, decidono che, se un debitore può pagare per la precedente obbligazione a Tizio e a Caio e s'impegna poi con un constitutum di pagare al solo Tizio, può ripetere come indebitum quanto pagasse eventualmente a Caio. Il fr. 10 prosegue così:

Idem est, et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is cui constituitur.

Poichè il frammento si attacca ai precedenti con idem est, vuol dire che anche nell'ipotesi di solidarietà attiva il debitore può ripetere come indebito ciò che ha pagato al creditore estraneo al constitutum. Ciò vuol dire ancora che,

in seguito al constitutum con un creditore, il debitore resta liberato verso l'altro creditore non costituente, come sarebbe liberato da una novazione.

E' a credere che il pretore, per munire il patto del constitutum di apposita azione (actio pecuniae constitutae), partisse da un concetto penalistico di punire (il venir meno alla parola data: grave est fidem fallere). Certo è che, dal constitutum, munito di azione, sorse un debitum pretorii, da cui si era in pratica tenuti, come se fosse stata conclusa una stipulazione novatoria.

E il parallelismo tra constitutum e novazione ha indotto la giurisprudenza romana ad attribuire al primo la stessa efficacia estintiva della obbligazione solidale che era propria della seconda.

Abbiamo esaminato fin qui le cause estintive dell'obbligazione che operano sulla obbligazione solidale con efficacia generale: cioè, oltre la contestazione della lite nel diritto classico (e l'electio di un debitore o la prevenzione di un creditore nel diritto postclassico), il perimento

dell'oggetto per caso fortuito, il pagamento, il deposito (in qualche caso) nel diritto giustiniano, l'accettazione, la novazione, la compensazione, il giuramento decisorio, il constitutum debiti.

Dobbiamo ora esaminare le cause estintive della obbligazione che hanno efficacia liberatoria particolare, cioè che agiscono soltanto rispetto a un determinato soggetto dell'obbligazione solidale; cioè dire, quelle cause estintive quae personam eximunt.

1.- CONFUSIONE.

La confusione si verifica quando in una sola persona vengono a riunirsi le qualità di creditore e debitore.

Il caso più frequente di confusione è determinato dalla successione ereditaria tra creditore e debitore. Nelle obbligazioni solidali non ha importanza la successione del creditore al collega concreditore (il creditore superstite continua a restare creditore iure proprio e diventa creditore iure hereditario), ovvero la successione del debitore al collega condebitore (il condebitore superstite continua a restare debitore iure proprio e diventa debitore iure hereditario): in un caso e nell'altro l'obbligazione solidale

non subisce modificazioni.

Importanza ha, invece, la successione tra uno dei creditori e il debitore comune, ovvero tra il creditore e uno dei condebitori. Nel primo caso vien meno un soggetto attivo della obbligazione solidale; nel secondo, un soggetto passivo.

Della confusione operantesi in materia di obbligazione solidale si occupa un notissimo testo, D. 46, 1, 71 pr. (Paulus libro quarto quaestionum):

Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Ruffo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit: Julii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditorum fiscus successerat. mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditorum quam debitorum successerat. et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principali debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. sed cum duo rei promittendi sint

et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione. et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam: sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alias non possunt ita nec remaneant. igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatore[m] eius.

Come appare da questo testo, la giurisprudenza romana è stata, sulla efficacia della confusione, alquanto oscillante. Paolo ci avverte che al riguardo vi era stata iusta dubitatio, nel senso che alcuni giuristi, paragonando la confusione al pagamento, volevano vedere nella confusione un modo di estinzione dell'obbligazione solidale avente efficacia generale; mentre l'opinione prevalsa, seguita da Paolo e accolta da Giustiniano, ammette l'efficacia particolare della confusione: puto aditione hereditatis confusa obligatione eximi personam.

E' questa, del resto, la dottrina più logica.

L'estinzione della obbligazione per confusione non sta nel fatto che la confusione equivalga a pagamento, ma nel

fatto che nessuno può essere creditore e debitore di se stesso: l'obbligazione viene a trovarsi in una situazione in cui non avrebbe potuto sorgere. Ora, nella obbligazione solidale, l'estinzione della obbligazione non si può estendere ai soggetti per i quali la confusione non si verifica.

2.- CAPITIS DEMINUTIO.

La stessa efficacia particolare ha la capitis deminutio di un debitore. Nelle nostre fonti si asserisce che vi ha profonda differenza tra l'adempimento della obbligazione, la solutio, e la liberazione della persona. La capitis deminutio di un debitore eximit questo debitore dal rapporto obbligatorio solidale, non estingue il rapporto.

Ciò è espresso vivamente nella prima parte di un testo di Pomponio (D. 45, 2, 19, libro trigesimo septimo ad Quintum Mucium):

Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur; multum enim interest, utrum res ipsa solvatur an persona liberetur.

Se non che, questo testo nella seconda parte è redatta in modo da generare qualche difficoltà. Il testo continua

avvertendo:

cum persona liberatur manente obligatione, alter
durat obligatus: et ideo si aqua et igni interdic-
tum est alicui, fideiussor [postea ab eo datus]
tenetur.

La conclusione: et ideo etc. non può certo rappresen-
tare il pensiero di Pomponio. Essa esprime un principio con-
trario alle fonti classiche, cioè che si possa costituire
validamente un fideiussore per l'obbligazione del deportato
dopo l'irrogazione della pena. Questa chiusa del testo di
Pomponio contrasta con quanto troviamo scritto in D. 46, 1
47 pr. (Papinianus libro nono quaestionum):

Si debitori deportatio irrogata est, non posse pro
eo fideiussorem accipi scribit Julianus, quasi tota
obligatio contra eum extincta sit.

Il Mommsen inserisce un non innanzi a postea e mette,
con questa arbitraria aggiunta, il testo d'accordo con gli
altri. Il Landucci e Paolo Krueger ritengono un glossema
le parole si aqua et igni interdictum est alicui, per modo
che il testo genuino avrebbe detto soltanto: et ideo fide-
iussor postea ab eo (cioè dal debitore non liberato) datus
tenetur. Ma anche qui si cade nell'arbitrio: un glossatore
postclassico non poteva accennare all'aqua et igni interdi-

ctio, sostituita nell'età del Basso Impero dalla deportazio-
ne; d'altra parte il testo non direbbe, anche così, cosa pre-
cisa, perchè lascerebbe intendere che è valida una fideius-
sione prestata dopo che si è operata la confusione, quasi
che non restasse in piedi la fideiussione prestata anterior-
mente. Il Ferrini ritiene interpolata tutta la chiusa et i-
deo etc.; ma, pur prescindendo dalla constatazione che la
difficoltà, eliminata per il diritto classico, sopravviverebbe
per il diritto giustiniano, non si può a meno di os-
servare contro di lui quanto abbiamo osservato contro il
Landucci e il Krueger, che l'allusione all'istituto dell'a-
qua et igni interdictio non è comprensibile in un'epoca in
cui l'istituto fu abolito e sostituito dalla deportazione.
Altri ha pensato ad eliminare le parole postea ab eo datus:
così il Bonfante, il quale -secondo noi- ha anche intuito
esattamente la ragione di questa male eseguita interpola-
zione. I Giustiniani hanno inserito le parole postea ab eo
datus per affermare un principio nuovo, cioè per dire che
l'obbligazione del deportato, estinta come obbligazione iur-
e civili, sopravvive come obbligazione iure naturali.

La trasformazione dell'obligatio del capite deminutus
in obbligazione naturale nel diritto giustiniano emerge da
una interpolazione eseguita nella sedes materiae della ca-

capitis deminutio, cioè in D. 4, 5, 2, 2: Hi qui capite minuuntur..... manent obligati naturaliter. E l'obbligazione naturale -com'è noto- può essere garantita da fideiussione. Per voler affermare questa sostituzione dell'obbligazione naturale alla obbligazione civile, i Giustinianeî non si sono accorti che, inserendo le parole postea ab eo datus finivano per negare la validità della fideiussione assunta per garanzia di una obbligazione solidale prima che uno dei debitori fosse liberato dalla capitis deminutio; il che è assurdo. Ciò non volevano i Giustinianeî. Essi avrebbero dovuto dire: etiam fideiussor postea ab eo datus. Se avessero fatto l'aggiunta in questa forma, avrebbero fissato il loro nuovo principio senza rinnegare l'altro principio, ovvio anche per essi, che la fideiussione, prestata a garanzia dell'obbligazione solidale, anteriormente alla liberazione di un debitore capite deminutus, resta in piedi dopo avvenuta questa capitis deminutio, perchè gli altri debitori continuano a restare obbligati.

Il testo di Pomponio, invece, che non aveva la preoccupazione compilatoria, si limitava a dire: et ideo si aqua et igni interdictum est alicui, fideiussor tenetur; afferma, cioè, che restava in piedi l'obbligazione per il debitore che non era capite deminutus, e, quindi, il rapporto fi-

deiussorio intervenuto a garanzia dell'obbligazione non estinta.

La capitis deminutio del creditore non altera il rapporto obbligatorio solidale, perchè non fa altro che generare una successione nei beni del creditore capite deminutus (per riduzione in ischiavitù, irrogazione di pena, ecc.) .

3.- RESTITUTIO IN INTEGRUM.

La restitutio in integrum opera come causa di rescissione per motivi che sono inerenti a uno dei subbietti (ad es., la sua minore età); è, quindi, naturale che la sua efficacia sia meramente relativa, cioè particolare. Nelle fonti troviamo questa ipotesi discussa in ordine alle obbligazioni delle persone alieni iuris, per cui il paterfamilias o il dominus è tenuto insieme col filius familias o col servus e in ordine all'obbligazione del fideiussore tenuto insieme col debitore principale e coi confideiussori: le fonti dicono che, operatasi la restitutio in integrum a favore del fideiussore, non è liberato il debitore principale.

D. 4, 4, 48 pr. Paulus libro primo sententiarum:

Minor se in id, quod fideiussit vel mandavit, in integrum restituendo reum principalem non liberat.

Cfr. anche D. 4, 4, 3, 4.

La ragione dell'efficacia particolare della restitutio in integrum sta -come abbiamo detto- nel fatto che essa è una rescissione dell'obbligazione decretata dal pretore per cause concernenti la persona dell'obbligato a cui si accorda, e quindi non può ripercuotersi sulle persone coobbligate rispetto alle quali queste cause non si verificano. D'altronde, l'estinzione della obbligazione per rescissione a favore di uno dei coobbligati, cioè l'ipotesi in cui l'obbligazione è per uno dei coobbligati annullabile, è analoga a quella in cui l'obbligazione è per uno dei soggetti nulla ipso iure: le fonti, in questa ipotesi di nullità che colpisce ab origine l'obbligazione relativamente a un soggetto, decidono senz'altro che l'obbligazione è valida per l'altro soggetto, per cui non sussiste la stessa causa di nullità.

La sola ovvia eccezione si ha nel riguardo del fideiussore, che resta liberato quando intervenga la restitutio in integrum del debitore principale: questo avviene, perchè la sorte della sua obbligazione è dipendente da quella del debitore principale e la caduta dell'obbligazione del debitore principale determina necessariamente la caduta dell'obbligazione del fideiussore. Perchè ciò non avvenga, perchè

questa conseguenza necessaria non si verifichi, è necessario che il fideiussore si sia fatto garante proprio per il caso di restitutio in integrum del debitore garantito.

4.- PRESCRIZIONE ESTINTIVA.

Una causa, che doveva operare con efficacia particolare sulla obbligazione solidale, era la prescrizione estintiva. Noi non abbiamo testi al riguardo, perchè questo istituto propriamente appartiene all'epoca romano-ellenica (C. 7, 39, 3). Ma non può esser dubbio che la prescrizione estintiva, introdotta dalla costituzione teodosiana, operava, nella obbligazione solidale, con efficacia limitata ai singoli soggetti. Come l'obbligazione solidale può per un soggetto essere sottoposta a una condizione o a un termine e per altri essere pura e semplice, o sottoposta a un termine diverso, così la prescrizione per un soggetto poteva avere un punto di partenza diverso da quello degli altri.

La ratio della prescrizione estintiva è l'inerzia del creditore; e questa inerzia non può giustificare che la caduta dell'obbligazione nei confronti di quel soggetto per cui l'inerzia si è verificata. Conseguentemente, l'interruzione della prescrizione operata dal creditore in confronto

di uno dei debitori non dovrebbe avere alcuna ripercussione per gli altri condebitori, cioè non dovrebbe nuocere agli altri condebitori; la interruzione operata da un creditore in confronto del debitore comune non dovrebbe giovare agli altri concreditori.

Giustiniano ha stabilito che l'interruzione della prescrizione operata dal creditore in confronto di uno dei debitori (obbligazione solidale passiva) nuoccia anche ai debitori verso i quali egli è rimasto inerte, e la interruzione, operata da uno dei creditori in confronto del debitore comune (obbligazione solidale attiva), giovi al concreditore che non si curò di interrompere la prescrizione.

La costituzione giustiniana ci è conservata in C. 8, 39, (40), 4:

Cum quidam rei stipulandi certos habebant reos promittendi, vel unus forte creditor duos vel plures debitores habebat, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos ampliavimus, vel forte ad unum creditorem quidam ex debitoribus devotionem suam ostenderunt, vel cum plures essent creditores, debitor qui solus existeret ad u-

num ex his vel quosdam debitum agnovit, et quaeretur si eis vel ei datur licentia adversus alios indevotionem suam exercere et quasi tempore emenso executionem recusare, vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus vel in iudicio pulsatis debent et alii ab omni contradictione repelli: nobis pietate suggerente videtur esse humanum semel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita omnes simul compelli ad debitum persolvendum, sive plures sint rei sive unus, sive plures creditores vel non amplius quam unus. Sancimus in omnibus casibus, quos noster sermo complexus est, aliorum devotionem vel agnitionem vel ex libelli admonitionem aliis debitoribus praeiudicare et aliis prodesse creditoribus. Sit itaque generalis devotio et nemini liceat alienam indevotionem sequi, eum ex una stirpe unaque fonte unus affluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit.

E', questa, una norma di diritto positivo anomalo e, sotto ogni aspetto, singolare, la quale è giustificata dall'imperatore con motivi di pietà (pietate suggerente) e di umanità (videtur esse humanum).

Dobbiamo ora considerare una serie di casi (patto di non chiedere, transazione, compromesso), in cui la efficacia particolare della causa estintiva dell'obbligazione è imposta dai principi generali dei negozi giuridici. Sono casi, ai quali sarebbe sempre da applicare il noto precetto: ciò che si conchiude tra le parti non deve nè giovare nè pregiudicare ai terzi; precetto, che vige nel diritto romano in modo assai più rigoroso che nel diritto odierno, in quanto che più raro, e nelle origini addirittura assente, è l'intervento della legge a creare obbligazioni o a modificarne gli effetti.

5.- PACTUM DE NON PETENDO.

Nel campo di questi casi sta il pactum de non petendo, o patto di non chiedere, istituto che -come ben fu detto- ha nel diritto romano importanza e ricchezza di applicazioni non comparabili alla nostra remissione del debito, che sarebbe l'istituto corrispondente e costituisce la princi-

pale applicazione del patto; anzi, secondo una attraente dottrina, la sua genuina efficacia.

La convenzione scevra di forma, mentre non ha efficacia costitutiva di obbligazione, se non quando abbia a sua base una di quelle cause determinate che danno nome ai contratti, può invece esser rivolta a estinguere qualunque obbligazione. L'efficacia è, per altro, garantita al patto dalla giurisdizione pretoria; quindi non si verifica ipso iure, ma mediante exceptio, e, nel diritto classico, la nullità mediante exceptio doveva essere impetrata dal magistrato e inserita nella formula: era un diritto che di volta in volta veniva accordato dal magistrato, mentre della nullità ipso iure il giudice doveva tener conto indipendentemente da qualunque ingiunzione del magistrato.

Tuttavia l'efficacia del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale presenta molte oscurità: i testi in questa materia sembrano, e sono, molto discordi.

Cominciamo da quelli che concernono la solidarietà passiva. Si possono distinguere in tre gruppi.

Vi ha un gruppo di testi, che affermano chiaramente l'efficacia particolare del pactum de non petendo, cioè relativa soltanto a quei soggetti che tra loro concludono il patto. Così:

D. 46, 3, 34, 11 Julianus libro quinquagesimo quarto digestorum:

Qui perpetua exceptione se tueri potest, solum repetit et ideo non liberatur, quare si ex duobus reis promittendi alter pepigerit, ne ab eo peteretur, quamvis solverit, nihilominus alter obligatus manebit.

Se, dopo il pagamento del debitore paciscente, l'altro resta obbligato perchè quel pagamento è ripetibile, ciò vuol dire che il patto non gli ha giovato.

Più decisivo, del resto, è un altro testo che, per mezzo di Ulpiano, ci riproduce ancora il pensiero di Giuliano.

D. 34, 3, 3, 3 (Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum):

Nunc de effectu legati videamus. Et si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere ut liberer per acceptilationem. Sed (et) si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar non ut accepto liberer [ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem] sed pacto liberabor. Sed quid si socii fuimus? videamus

ne per acceptilationem debeam liberari: [alioquin, dum a conreo meo petitur, ego inquietor], et ita Julianus libro trigesimo secundo digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilationem.

Nel caso di liberatio legata (cioè, di legato avente per oggetto la remissione di un debito) a uno fra più debitori solidali, Giuliano dichiara che essa deve avvenire per patto, affinché non giovi ad altri che non sia quello che il testatore intese liberare; se i condebitori erano soci, occorre liberarli entrambi, quindi è necessaria l'acceptilatio.

Vi ha un secondo gruppo di testi, i quali ammettono la efficacia generale obbiettiva del patto, quando vi sia tra i coobbligati un rapporto di società, in modo che l'uno dei debitori solidali abbia interesse che anche il suo debitore e socio non venga molestato, per sottrarsi al diritto di rivalsa nascente dal rapporto di società.

D. 46, 8, 1 Papinianus libro vicesimo octavo quaestionum:

Cum quis de rato stipularetur: quamvis non idem, sed alius a domino conveniretur, qui conveniri non posset, si ratum habuisset, committi stipulationem

placuit, velut si cum fideiussor aut alter ex reis promittendi, qui socius est, convenitur.

Veramente questo testo riguarda la cautio de rato, ma viene invocato per analogia.

D. 45, 2, 9, 1 Papinianus libro vicesimo septimo quaestionum:

Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio, non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius personam intercessit, statum [et naturam] obligationis, quae initio duos reos facit, mutare non potest. quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

Vi è finalmente un gruppo di testi, nei quali si distingue tra patto in personam (cioè, ne a te petam) e patto in rem (cioè, ne petam) attribuendo a questo secondo, concepito in forma obbiettiva e assoluta, una efficacia generale anche indipendentemente dalla esistenza di un rapporto di società fra i condebitori.

Quest'ultimo gruppo è anzitutto costituito da una serie

concatenata di testi.

D. 2, 14, 21, 5 Paulus libro tertio ad edictum:

In his, qui [eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel] qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit [vel noceat] pacti exceptio, quaeritur. [et in rem pacta omnibus pro sunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscabatur interfuit. itaque] debitoris conventio fideiussoribus proficiet.

D. 2, 14, 22 Ulpianus libro quarto ad edictum:

nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur: tunc enim fideiussor exceptione non utetur.

D. 2, 14, 23 Paulus libro tertio ad edictum:

Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. immo nec confideiussoribus proderit. neque enim quoque modo cuiusque interest, cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et in his qui pro reo obligati sunt.

D. 2, 14, 24 Paulus libro tertio ad Plautium:

Sed si fideiussor in rem suam spondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur.

D. 2, 14, 25 Paulus libro tertio ad edictum:

Idem in duobus [reis promittendi et duobus] argentariis sociis. [Personale] pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait. Sed quamvis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Julianus scribit,

D. 2, 14, 26 Ulpianus libro quarto ad edictum:

videlicet si hoc actum sit, ne a reo quoque petatur. idem et in confideiussoribus est.

A questa serie concatenata di testi è da aggiungere un testo che troviamo in un campo parallelo a quello del pactum de non petendo, cioè, nel campo della cautio de rato.

D. 46, 8, 14 Paulus libro tertio ad Plautium:

Si quis uni ex reis promiserit rem ratam dominum habiturum aut amplius eam non peti, dicendum est stipulationem committi, si ab eo petatur, qui [eiusdem obligationis] socius est.

Quale, di fronte a così vario contrasto dei testi, lo stato della dottrina? Colui che fu uno dei più rigorosi sostenitori della distinzione tra correalità e solidarietà,

il Keller, ha pensato di poter appianare il contrasto sostenendo che il pactum de non petendo opera con efficacia generale nelle obbligazioni correali, con efficacia particolare nelle solidali. Asserzione puramente campata in aria e contraddetta dai testi, che partono sempre dalla stessa tipica ipotesi: i duo rei promittendi, cioè da una ipotesi che per il Keller è di obbligazione correale e non solidale. L'asserzione fu ben definita un tentativo di pescar nel torbido e non ebbe eco nemmeno tra i seguaci della distinzione.

Un'opinione, un tempo largamente rappresentata, faceva dipendere il valore generale del patto dall'esistenza di un rapporto sociale e dal conseguente diritto di regresso.

Si è obiettato che essa è in contrasto con D. 2, 14, 25 e con D. 46, 8, 14.

Nel primo testo, l'epiteto socii può grammaticalmente riferirsi soltanto agli argentarii, non anche ai duo rei promittendi, non ostante il contrario avviso di un insigne Pandettista, come il Vangerow. Nel secondo, l'espressione eiusdem obligationis socius, malgrado il termine socius, non può riferirsi a un vero rapporto sociale.

Un acutissimo studio critico sul pactum de non petendo fu fatto da Giovanni Rotondi. I risultati, per quel che riguarda l'efficacia del pactum de non petendo sulla obbliga-

zione solidale, sarebbero i seguenti. La distinzione tra pactum in personam e pactum in rem è giustiniana: nel diritto classico il patto era sempre rigidamente personale e, fatta eccezione per il fideiussore che si giovava del patto concluso dal debitore principale per la dipendenza della sua obbligazione da quella di costui, non poteva opporsi dai terzi, nemmeno dall'erede del paciscente, se il patto non conteneva la mentio heredis. Giustiniano avrebbe, invece, disposto che il patto in rem (e, nel dubbio, si presume sempre in rem) possa opporsi da qualunque terzo, se il paciscente vi abbia interesse, quindi anche dai condebitori solidali, quando esista rapporto sociale e, quindi, possibilità di regresso. Per diritto giustiniano egli adotta, pur ritenendola sforzata, l'interpretazione di D. 2, 14, 25 sostenuta dal Vangerow, cioè riferisce il termine socii anche ai duo rei promittendi.

Pur accogliendo l'origine giustiniana della distinzione tra patto in rem e patto in personam, sostenuta dal Rotondi, una diversa via ha battuto il Bonfante. E' impossibile, secondo questo scrittore, che nel diritto classico non fosse riconosciuta la efficacia obbiettiva del pactum de non petendo, quando vi fosse stato rapporto sociale, e, quindi, possibilità di regresso; è sulla base del regresso

-il Bonfante soggiunge- che si fonda l'efficacia del patto, concluso dal debitore principale, anche in pro del fideiussore: il fideiussore non dev'essere molestato, perchè altrimenti ha regresso contro il debitore principale.

Il Bonfante ritiene che una riforma giustiniana vi fu, ma non quale la congettura il Rotondi. Secondo il Bonfante la riforma giustiniana sarebbe consistita nel rendere l'efficacia obbiettiva del pactum de non petendo indipendente dal rapporto sociale. Ciò spiegherebbe la divergenza dei testi. I due testi (D. 2, 14, 24 e D. 46, 8, 14), che riconoscono efficacia al patto anche in pro del condebitore, indipendentemente dal rapporto sociale, sarebbero interpolati. E si spiegherebbe d'altra parte perchè tale efficacia obbiettiva del patto sarebbe messa in correlazione col diritto di regresso. Ciò dipenderebbe da una ripercussione della riforma operata nell'età di Giustiniano relativamente a questo diritto. Il quale nel diritto classico non derivava necessariamente dal rapporto di solidarietà, ma poteva solo riconoscersi in base a un rapporto interno esistente fra i condebitori, particolarmente il rapporto di società. Giustiniano avrebbe riconosciuto in generale il diritto di regresso nelle obbligazioni solidali indipendentemente dal vincolo di società o altro rapporto interno. Ciò posto, non mera-

viglierebbe che Giustiniano sia stato indotto per logica necessità ad ammettere, sia pure ope exceptionis, l'efficacia generale del pactum de non petendo e della stipulazione ratum rem dominum habiturum. Nella sua redazione genuina il fr. 25 pr. D. 2, 14 doveva essere così concepito: In duobus reis promittendi, qui socii sint, ecc.; i compilatori avrebbero cancellato la frase qui socii sint, che si ha negli altri testi. Quanto al fr. 14 D. 46, 8 sarebbe molto probabile pensare che la strana espressione eiusdem obligationis socius derivi dalla interpolazione delle parole eiusdem obligationis. Tolta l'interpolazione di queste parole, l'apposizione non sarebbe, come è ora: qui eiusdem obligationis socius est, ma sarebbe invece, come nel fr. 1 dello stesso titolo: qui socius est.

A nostro avviso, vi è molta parte di vero nelle dottrine del Rotondi e del Bonfante: per ciò che riguarda il diritto giustiniano, possiamo soggiungere che il nuovo orientamento di questo diritto è stato più esattamente scoperto dal Bonfante che non dal Rotondi; per quanto -come vedremo- il modo non uniforme col quale i testi furono interpolati e l'ondeggiante incertezza delle fonti bizantine possano spiegare la dottrina del Rotondi; per ciò che riguarda il diritto classico, invece, l'efficacia del pactum de non pe-

tendo sulla obbligazione solidale passiva non è stata esattamente veduta nei suoi limiti precisi nè dal Bonfante nè dal Rotondi.

La dottrina del Bonfante pecca per eccesso; quella del Rotondi, per difetto. Non è vero, come il Bonfante sostiene, che già il diritto classico riconoscesse la validità obbiettiva del pactum de non petendo quando vi fosse rapporto di società e, quindi, possibilità di regresso. Se altri testi e altre considerazioni già non portassero a questa negazione, vi porterebbe fatalmente un testo, facilmente sfuggito all'attenzione dei compilatori perchè posto fuori della sedes materiae, D. 34, 3, 3, 3, in tema di liberatio legata, che abbiamo sopra riferito. Questo testo presenta, anche, l'ipotesi della remissione di debito fatta a un debitore solidale, costituito in società con gli altri condebitori: ebbene, il testo dice che la liberazione degli altri condebitori può essere prodotta soltanto dalla acceptilatio (funzionante, come abbiamo visto, come imaginaria solutio, equiparata al pagamento); non è prodotta dal semplice patto. In quest'ultimo caso gli effetti della rimessione sono limitati al condebitore paciscente.

Non si dissimula per verità l'ostacolo, che questo testo costituisce per la sua tesi, un giurista coscienzioso

come il Bonfante; ma il tentativo, da lui fatto, per superarlo non si può certo considerar riuscito. Dire che l'obbligo normale dell'erede nel legatum liberationis fatto a un debitore è di eseguire l'acceptilatio e che il pactum de non petendo, ammesso nel caso di più condebitori solidali, rappresenta una deroga, non dice nulla. Ciò che è decisivo nel testo di Ulpiano contro la tesi del Bonfante è questo: che, quando il debito viene rimesso a un condebitore socio, questi deve essere liberato per acceptilationem, perchè la rimessione giovi agli altri; chè, se fosse liberato con semplice pactum, la liberazione gioverebbe a lui solo.

D'altra parte, non ha ragione il Rotondi di dire che il pactum giovava nel diritto classico soltanto al fideiussore, data la dipendenza della sua obbligazione da quella del debitore principale. Tanto il Bonfante quanto il Rotondi non si sono resi conto del significato che ha l'accenno agli argentarii socii nel fr. 25 pr. D. 2, 14: accenno sicuramente genuino, secondo l'uno e l'altro scrittore, perchè sì per l'uno che per l'altro l'innovazione giustiniana sarebbe consistita qui nell'introdurre l'accenno ai duo rei promittendi; cioè, ai duo rei promittendi, in generale, secondo il Bonfante; ai duo rei promittendi socii, secondo il Rotondi.

Ma gli argentarii socii, di cui parlava il testo genuino, non sono presi in considerazione nè dal Bonfante nè dal Rotondi. E fu male, perchè così nè l'uno nè l'altro videro il punto di arrivo del diritto classico in materia di efficacia del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale. Ciò è dire: il diritto classico ammetteva, conformemente ai principii generali, la efficacia del patto limitatamente alla persona del debitore solidale paciscente. A questa regola poneva due eccezioni: l'una, ovvia, perfettamente logica, per il fideiussore, la cui obbligazione è organicamente dipendente da quella del debitore principale; l'altra, non ovvia, non logica, ma determinata dalla posizione di potenza e di privilegio delle società bancarie, per gli argentarii socii: una eccezione, insomma, che s'inquadra nel ius commune (quella per il fideiussore); un'eccezione, che si può qualificare soltanto come privilegium (quella per le società bancarie). Privilegium tanto più significativo, in quanto che i banchieri non erano debitori solidali se non quando erano soci.

Questo, il punto di arrivo del diritto classico. Il diritto giustiniano si portò naturalmente più innanzi, sospinto da due forze convergenti: la prima, derivante dal riconoscimento, in generale, dell'azione di regresso insita

nel nuovo concetto della solidarietà giustiniana; la seconda -e diremmo la più potente- derivante dal superamento della regola classica che le convenzioni esplicano la loro efficacia soltanto tra le parti intervenute nella loro conclusione e dall'affermazione del principio nuovo che la convenzione può giovare (prodesse) anche alle persone che vi sono rimaste estranee. E' nel diritto giustiniano, del resto, che si colloca e si afferma la figura giuridica del contratto a favore di terzi.

Il punto d'arrivo del diritto giustiniano è questo: il pactum de non petendo, concluso con un debitore solidale, giova a tutti gli altri condebitori. E', dunque, quale lo indicò il Bonfante.

Ciò spiega la barocca frase, con cui il condebitore solidale è indicato in D. 46, 8, 14: socius eiusdem obligationis; ciò spiega l'interpolazione di D. 2, 14, 25 pr. Questo testo diceva originariamente:

Idem in duobus argentariis sociis.

Invece i compilatori gli fanno dire:

Idem in duobus reis promittendi et in duobus argentariis sociis,

dove l'apposizione sociis si riferisce solamente a duobus argentariis, non anche a duobus reis promittendi, contraria-

mente all'avviso del Vangerow e del Rotondi. Per rendersene persuasi, oltre la impossibilità grammaticale del secondo riferimento, basterebbe richiamare la summa del testo delle Pandette contenuta nei Basilici (Bas. 11, 1, 25, in Heimbach, 1, 596):

Ὁ εἷς τῶν δύο ἐναγομένων ἢ δύο κοινωνῶν ἀργυροπρατῶν.

(Unus ex duobus reis debendi vel ex duobus sociis argentariis)

Se la riforma giustiniana non si lascia facilmente sorprendere nella vastità della sua portata e si presta ad essere intesa, così come il Rotondi la intese, ciò è dire limitata a quei debitori solidali uniti dal vincolo di un rapporto sociale, dev'esser subito avvertito che ciò avviene perchè i compilatori giustiniani talvolta, come in D. 46, 8, 14, e in D. 2, 14, 25 pr., espressero con precise interpolazioni il loro preciso pensiero; talvolta invece, dove trovavano accenno agli argentarii socii, si limitarono a eliminare l'accenno agli argentarii, paghi che la loro riforma apparisse in quel caso di solidarietà, di gran lunga il più frequente, in cui il rapporto interno, che lega i vari condebitori fra loro, è un rapporto di società.

Così in D. 45, 2, 9, 1 non è interpolato, come il Ro-

tondi pensa, tutta la motivazione:

quare si socii sint et communis culpa intercessit,

etiam alteri pactum cum altero factum proderit;

l'interpolazione è consistita, invece, nel sopprimere argentarii prima di socii e nello scrivere quare si socii sint, anzichè quare si argentarii socii sint.

Parallelamente, nell'altro testo papiniano in materia di cautio de rato, cioè in D. 46, 8, 1, invece delle parole che oggi troviamo:

veluti si cum fideiussor, aut alter ex reis promit-

tendi, qui socius est, convenitur,

originariamente dovevano esservi le parole:

veluti si cum fideiussor, aut alter ex argentariis,

qui socius est, convenitur.

La maniera, un po' caotica, con la quale le interpolazioni furono eseguite, sconcertò l'interpretazione delle scuole bizantine, le quali a volte ammettono l'efficacia generale del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale passiva; a volte sembrano richiedere l'esistenza di un rapporto interno di società tra i condebitori solidali; a volte, ancora, distinguono tra societas omnium bonorum e societas unius rei e ammettono l'efficacia generale nel primo caso, la negano nel secondo.

Se il testo greco, poc' anzi riferito (Bas. 11, 1, 25) non lascia dubbi sulla portata generale della riforma giustiniana, uno scoliaste bizantino (Heimbach, 1, 595) annota:

- σημείωσαι τεχνολογίαν θαυμαστήν, ὅπου
- δεῖς τῶν δύο ῥέων στιπουλάνδων ἢ δυο ῥέων
- προμιττένδων γενικῶς συμφωνῶν ὠφελει
- ἢ βλάττει τὸν ἕτερον, ὅτε δηλάδη οὐχ εἰσὶ
- κοινωνοὶ τούτου βονόρου. εἰ γὰρ τοιοῦτοί
- εἴσιν, καὶ βλάττουσι καὶ ὠφελοῦσιν ἀλλήλους. εἰ δὲ
- κοινωνοὶ ὄντες ἢ οἱ στιπουλάνδοι ἢ οἱ προ-
- μιττένδοι, οὐχ ὠφελοῦσιν ἀλλήλους, οὔτε βλάτ-
- τούσι, τότε γόει τούτους μὴ τούτου βονο-
- ρουμ ὄντας κοινωνούς, ἀλλ' ἐφ' ἐνὶ καὶ μόνῳ πράγματι.

(Nota mirabilem regulam, nullum ex duobus reis stipulandi vel ex duobus reis promittendi generaliter paciscentem alteri prodesse vel nocere, quum scilicet socii omnium bonorum non sint; nam si tales sunt invicem sibi nocent et prosunt. Si vero duo rei stipulandi vel promittendi socii sint et tamen neque sibi invicem prosint, neque obsint, tunc intellegi socios non omnium bonorum, sed unius tantum rei).

E' questa, per adoperare un'espressione giustiniana, una doctrina adulterina, sia per ciò che riguarda il regime

giustiniano del pactum de non petendo sull'obbligazione solidale passiva, sia per ciò che riguarda -come subito vedremo- l'efficacia di questo pactum sulla obbligazione solidale attiva. Ma essa trova -ripetiamo- almeno in parte una sua giustificazione nello stato delle fonti giustiniane e nel modo, non sempre perspicuo e uniforme, della loro alterazione.

Riassumendo la riforma giustiniana, diremo dunque così.

Giustiniano, a proposito di pactum de non petendo, distingue tra patto in rem e patto in personam. Il patto in personam ha sempre efficacia particolare, limitata al debitore che lo ha concluso, sino al punto che vien negato al fideiussore di giovare dell'eccezione spettante al debitore principale se questi ha concluso un patto in personam. Viceversa il patto in rem, concluso da uno dei debitori e nel dubbio si presume sempre in rem- giova, nella dottrina giustiniana, ai condebitori solidali in ogni caso; quindi, non solo al fideiussore, non solo all'argentarius socius, cioè nei due casi in cui giovava nel diritto classico, ma a qualunque condebitore solidale, che baroccamente Giustiniano chiama socius eiusdem obligationis, anche se talvolta -per la ragione veduta- egli accenni soltanto ai condebitori

ri socii, cioè uniti dal vincolo interno di un rapporto di società. Nelle obbligazioni solidali passive il patto in rem è causa generale di estinzione della obbligazione solidale come tale.

Nelle obbligazioni solidali attive, invece, non ostante lo si sia sostenuto da alcuni scrittori e, non ostante l'aberrante interpretazione della dottrina giustiniana contenuta in qualche fonte greca, Giustiniano non mutò il diritto classico. Il testo fondamentale in materia è D. 2, 14, 27 pr. Paulus libro tertio ad edictum:

Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Attilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum est solidum alter petere possit. idem Labeo: [idemque in duobus reis stipulandi dicendum est].

Evidentemente, il testo classico, che non conosceva la distinzione tra patto in rem e patto in personam, doveva non già dire: nec si in rem pactus sit, alteri nocere; ma avvertire semplicemente: alteri non nocere.

Ma la sostanza del testo non muta. Così, nella parte finale del testo è certamente interpolata, checchè ne pensi il Bonfante, la generalizzazione: Idemque in duobus reis

stipulandi dicendum est. Ma anche qui l'interpolazione non introduce un principio sostanzialmente nuovo.

D. 2, 14, 27 e D. 2, 14, 25 sono estratti dalla stessa fonte (libro tertio ad edictum di Paolo). Ora, nel passo precedente, Paolo -come abbiamo veduto- ammetteva l'efficacia generale del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale passiva dei banchieri costituiti in società:

Idem in duobus argentariis sociis.

Subito dopo, avvertiva che, al contrario, il pactum de non petendo non aveva efficacia generale sulla obbligazione solidale attiva degli stessi banchieri: un privilegium non doveva risolversi in un danno per le persone privilegiate. Giustiniano ha fatto di quel privilegium -come abbiamo detto- una norma generale per tutti i debitori solidali, scrivendo nel fr. 25:

Idem in duobus reis promittendi et in duobus argentariis sociis;
cioè ammettendo a favore di tutti i debitori solidali l'efficacia generale del pactum de non petendo.

Avendo, così, interpolato il testo di Paolo in D. 2, 14, 25, e non volendo estendere l'efficacia del pactum de non petendo quando l'estensione avesse nociuto (cioè, nel caso della obbligazione solidale attiva), ha dovuto in D.

2, 14, 27 pr. aggiungere:

Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Una interpolazione va coordinata, per bene intenderla, con l'altra; e il coordinamento del fr. 27 pr. D. 2, 14 col fr. 25 D. 2, 14, estratti dallo stesso passo di Paolo, dimostra anch'esso che nel secondo di questi frammenti il giurconsulto doveva occuparsi solo degli argentarii socii. Il giurista classico non aveva bisogno di dire che in duobus reis stipulandi il pactum de non petendo non ha efficacia generale, poichè non la riconosceva in linea generale -fatta eccezione per gli argentarii socii- neppure in duobus reis promittendi.

La norma, che il pactum de non petendo non ha efficacia generale sulla obbligazione solidale attiva, è sembrata così anomala ad alcuni scrittori, che si è voluto arbitrariamente restringerla ai due argentarii socii, farne quindi una norma di diritto singolare per questa categoria di creditori solidali. Il che non è: se il testo originariamente parlava solo dei due argentarii socii, ne conosciamo anche la ragione: la chiusa idemque in duobus reis stipulandi dicendum est non è una interpolazione innovativa.

Ma è tutt'altro che ingiustificabile questa efficacia particolare del pactum de non petendo sulla obbligazione so-

lidale attiva, anche nel diritto giustiniano che ammette l'efficacia generale del pactum sulla obbligazione solidale passiva.

Nella obbligazione solidale attiva il pactum non giova, ma nuoce. E, se nei rapporti col debitore è ammissibile una lata interpretazione, nel senso che, quando il creditore si impegna a non chiedere in modo assoluto al debitore, con questo stesso patto, concepito senza riguardo alla persona, si sia impegnato a cagione del regresso a non chiedere nemmeno agli altri, è inammissibile l'interpretazione formalmente simmetrica che, se l'uno dei creditori s'impegna di non chiedere al debitore, questo solo obblighi anche gli altri a non chiedere. Fu ben detto che questa non sarebbe una interpretazione di volontà, ma una efficacia esorbitante accordata al patto, che verrebbe a vincolare la volontà dei terzi e a pregiudicare i loro diritti.

Che la volontà possa interpretarsi in un senso che implichi anche la volontà e il danno dei terzi, costituisce la più aperta violazione del principio che le convenzioni non debbono pregiudicare i diritti dei terzi. I tentativi di scalzare questo principio, logicamente ed esegeticamente fondato e chiaro, nascono da un vano desiderio di simmetria, che non riflette quanto diversa sia la posizione del-

le cose dal lato attivo e dal lato passivo.

6.- TRANSAZIONE.

Non è dubbio che anche la transazione doveva avere sulla obbligazione solidale un'efficacia limitata alle persone che la concludevano, sia nella forma semplice del pactum, sia nella forma solenne della stipulatio. Anche per la transazione vale il principio che le convenzioni private non debbono ledere il diritto dei terzi, e questo principio campeggia quasi in testa al titolo de transactionibus (2, 15) inserito nelle Pandette. Scevola (D. 2, 15, 3) riferisce un rescritto degli imperatori Antonino e Vero che si apre con queste parole: "Privatorum pactionibus (di cui la transazione è esempio) non dubium est non laedi ius ceterorum."

L'efficacia particolare della transazione è riconosciuta in un rescritto del Codice (2, 4, 1) del 211. Dice il rescritto:

Neque pactio neque transactio cum quibusdam ex curatoribus [sive tutoribus] facta auxilio ceteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt vel gerere debuerunt. cum igitur tres curatores habueris et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire

non prohiberis.

Se tra i fautori della distinzione tra correalità e solidarietà una sola voce si è levata a stabilire una differenza fra obbligazioni correali e solidali in ordine al pactum de non petendo, cioè quella del Keller, per ciò che concerne la transazione quasi tutti insistono che essa debba avere efficacia oggettiva e generale per le obbligazioni correali; il testo, che parla di efficacia particolare, dovrebbe riferirsi a casi di mera solidarietà.

Questa differenza è meramente arbitraria. Nessun testo relativo alla obbligazione derivante da stipulazione o, in genere, ai rapporti contrattuali che sogliono essere annoverati nella correalità vera e propria ci afferma che la transazione, operata in confronto di uno, abbia efficacia generale anche per gli altri. L'assimilazione della transazione al giudicato non ha importanza. Questa assimilazione non regge, come fu ben visto, proprio in quella parte in cui si vorrebbe sostenere, perchè, se il giudicato trascende talora le parti, ciò è in rapporto ai principi regolatori dell'azione e della sua consumazione, che non si possono applicare alla transazione.

E' piuttosto da notare che, mentre le fonti giustiniane riproducono esattamente in questo punto la dottrina clas-

sica, la giurisprudenza dell'età di Giustiniano sembra elevare al riguardo la sua protesta. A proposito dei tutori o curatori che non gerirono la tutela o la curatela, uno scoliaste si domanda se costoro che sono socii periculi coi tutori o curatori garanti, non debbano giovare della transazione a cui questi ultimi addivennero col pupillo. Ούκοῦν εἰ χρή- si domanda uno scoliaste (Heimbach, I, 690)- εἰ - κοινωνοί εἰσι τοῦ κινδύνου, τὸ γεγόμενον - πρὸς ἓνα σύμφωνον ὠφελεῖν καὶ τοὺς - ἄλλους;

(Nonne igitur necesse est ut, si socii periculi sint, pactum cum uno factum reliquis quoque prosit?)

7.- COMPROMESSO.

Il compromesso è una convenzione con la quale le parti si impegnano a rimettere la decisione di una loro controversia a un arbitro, invece di ricorrere alle vie giudiziali ordinarie, e di sottostare al lodo dell'arbitro.

Nel diritto romano classico il compromesso, come semplice patto, era privo di efficacia vincolativa, anche sul terreno del diritto pretorio, perchè il pretore intervenne unicamente per costringere l'arbitrio, che avesse accettato, a

pronunziare il lodo, ma non munì il patto di compromesso di alcuna difesa, neppure di quella negativa dell'eccezione.

E' per questo che le parti solevano rafforzarlo mediante una stipulatio poenae: stipulazione penale, in cui incorreva il creditore che avesse agito contrariamente al compromesso o dopo essere stato respinto dall'arbitro. Al riguardo innovazioni profonde non portò nè pure il diritto post-classico-giustiniano: soltanto in alcuni casi determinati, e quando non siavi stipulatio poenae, è concessa al debitore compromittente una exceptio che è detta veluti pacti.

Dato ciò, prescindendo dai casi sottoposti al regime del patto, il problema dell'efficacia da attribuirsi al compromesso concluso dal creditore con uno dei debitori, o da uno dei creditori col debitore comune, non può riguardare la sopravvivenza, o meno, dell'obbligazione degli altri debitori o creditori estranei al compromesso, perchè l'obbligazione non resta pregiudicata dal compromesso nè iure civili nè iure praetorio neppure tra le parti compromettenti.

Il problema si riduce a esaminare il punto seguente: se nelle obbligazioni solidali passive il creditore incorra nella penale quando agisca giudizialmente contro un debitore diverso da quello con cui ha concluso il compromesso, e se nelle solidali attive vi incorra, quando agisca giudi-

zialmente contro il debitore comune, il creditore che al compromesso è rimasto estraneo.

Sotto questo profilo, l'efficacia del compromesso tra il creditore e uno dei debitori e tra uno dei creditori e il debitore comune è trattata nelle fonti.

Il testo fondamentale in materia di solidarietà attiva e passiva è D. 4, 8, 34 pr. Paulus libro decimo tertio ad edictum:

Si duo rei sunt [aut credendi aut debendi] et unus compromiserit isque vetitus sit petere [aut ne ab eo petatur], videndum est, an si alius petat [vel ab alio petatur], poena committatur: idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt. [et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt]: alias [nec a te petitur], nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.

Questo testo è gravemente alterato. Il giureconsulto, dopo aver proposto la questione (videndum est), non vi dà in realtà una risposta, e la soluzione si deve ricavare indirettamente dalle parole finali. Cosa poco naturale, come è poco naturale che il giureconsulto scrivesse: idem in duobus argentariis, prima di avere risposto al quesito che si era fatto.

E' stato sostenuto che il testo originariamente trattasse soltanto la ipotesi della solidarietà attiva e che i compilatori lo avrebbero guastato per trattare anche la solidarietà passiva. Ciò sarebbe evidente nella frase:

si unus compromiserit, isque vetitus sit petere

aut ne ab eo petatur,

perchè la locuzione vetitus sit ne ab eo petatur è grammaticalmente e logicamente impossibile.

Per ciò l'unus, che precede, avrebbe dovuto nel testo originario alludere all'unus creditor qui vetitus sit petere, cioè avrebbe ipotizzato soltanto il caso di più creditori. Nel principio del testo non si sarebbe parlato di duo rei aut credendi aut debendi, ma di duo rei stipulandi e nel seguito non avrebbe dovuto esservi la frase vel ab alio petatur.

Assodato che l'accenno alla solidarietà passiva è opera di compilatori, sarebbero da considerare compilatorie le parole et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt e nec a te petitur, che possono concernere soltanto la solidarietà passiva: parole, la cui origine compilatoria, del resto, è tradita dallo strano modo di menzionare il caso dei fideiussori: poterimus fideiussoribus coniungere, dove l'oggetto di coniungere manca, e dalla frase:

alias nec a te petitur, che inverte repentinamente l'ordine con cui il quesito era fatto.

Il testo originario verrebbe ricostruito da Carlo Longo così:

Si duo rei sunt <stipulandi>, et unus compromiserit, isque vetitus sit petere, videndum est an si alius petat poena committatur <et puto non committi quia> nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.

Paolo, in questa ricostruzione, avrebbe deciso in modo assoluto che l'azione del creditore estraneo al compromesso non faceva mai incorrere nella pena il creditore compromittente. E la frase nec meo nomine petitur sarebbe significativo indizio che Paolo argomentava dalla posizione indipendente dal creditore estraneo al compromesso e dalla conseguente impossibilità di addossare al compromittente una responsabilità per l'azione del collega che egli non poteva impedire.

La ricostruzione del Longo è, per quanto concerne la solidarietà attiva, a mio avviso perfetta; ma bisogna pur aggiungere che Paolo, o immediatamente prima o immediatamente dopo, trattava anche del compromesso concluso dal creditore con uno dei condebitori, cioè del caso della solida-

rietà passiva. Il testo, che abbiamo in D. 4, 8, 34 pr., è riuscito malamente interpolato, perchè i compilatori hanno cercato di fondere insieme le due trattazioni che, per il giurista classico erano, e dovevano essere, distinte. A persuadere di ciò potrebbe bastare l'accenno agli argentarii quorum nomina simul eunt, cioè gli argentarii socii. Perchè dire: idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt, dopo aver parlato dei duo rei stipulandi ?

Se ci riferiamo soltanto alla solidarietà attiva, una ragione non c'è; e il Longo, nella sua acuta ricostruzione, di argentarii non parla. Ma Paolo ne doveva parlare, per un motivo che è illuminato da quanto abbiamo osservato in materia di pactum de non petendo.

Quando il compromesso fosse stato concluso dal creditore non uno dei debitori, il creditore incorreva nella penale se, oltre che agire contro il debitore compromittente, avesse agito contro il suo fideiussore o contro quel banchiere che era socio del banchiere con cui aveva concluso il compromesso. C'era anche qui, come già in materia di pactum de non petendo, una posizione di privilegio per le società bancarie.

Al principio che non incorreva nella pena il creditore che avesse agito contro un debitore diverso dal debitore

compromittente, si facevano anche qui due eccezioni; prima (ed era eccezione logica, e ovvia); che questo debitore, contro cui agiva, non fosse il fideiussore del debitore compromittente; seconda (ed era indice della potenza e del favore di cui le società bancarie godevano): che questo debitore, contro cui si agiva, non fosse l'argentarius socius.

Nel diritto giustiniano si ha una riforma parallela a quella che abbiamo rilevata in materia di pactum de non petendo: ciò è dire, il creditore incorre sempre nella penale quando agisca contro un debitore diverso da quello con cui ha concluso il compromesso: sia esso il fideiussore, sia esso un altro debitore principale, che è solitamente vincolato da un rapporto di società. Per ciò, il coniungere è ora senza il suo oggetto: l'oggetto è stato fatto cadere dai compilatori, ma nel testo genuino c'era: argentarios. Gli argentarii socii erano equiparati ai fideiussores: Giustiniano sopprime argentarios, perchè vuole che incorra nella pena il creditore compromittente che agisca contro uno qualunque dei debitori solidali, diversi da quello con cui ha concluso il compromesso: e, se parla di socii, ciò - come abbiamo veduto in materia di pactum de non petendo - dipende dal fatto che nel testo classico trovava menzione degli argentarii socii e si limitava, senza preoccuparsi di alterare mag-

giormente, a sopprimere l'accenno agli argentarii, ben sapendo che l'ipotesi in cui i condebitori sono legati insieme da un rapporto di società è l'ipotesi normale.

Data la trattazione organica del giureconsulto; ciò è dire, dato che Paolo trattava l'ipotesi della solidarietà attiva e della solidarietà passiva, è ovvio che nell'ipotesi di solidarietà attiva dovesse menzionare non soltanto genericamente i duo rei stipulandi, cioè l'esempio paradigmatico degli obbligati solidalmente, ma anche specificamente i duo argentarii socii, i duo argentarii quorum nomina simul eunt, per avvertire che quella diversità di trattamento che fra gli uni e gli altri c'era nella solidarietà passiva, non c'era nella solidarietà attiva. Anche qui il privilegium si sarebbe convertito in uno sfavore.

Il proposito di fondere insieme la trattazione concernente la solidarietà passiva con quella concernente la solidarietà attiva, congiunto con l'altro di riformare il regime classico per ciò che riguardava la prima, generò un testo impasticciato, in cui il pensiero dei Giustinianeî restò oscuro alla moderna dottrina e fu anche mal compreso dai Bizantini. Il testo è stato interpolato nel senso che il creditore compromittente incorre nella penale nel caso che fra condebitori e concreditori esista un rapporto di società (si

socii sunt). E questa massima, estesa ai due casi, ha provocato vivaci critiche, sembrando anti giuridico che nelle solidali attive il concreditore compromettente abbia a incorrere nella pena per il fatto del collega, anche se socio. Il Binder ha sentenziato che la decisione di Paolo è, per questo riguardo, contra rationem iuris.

Anche la summa greca del esto, riferita nei Basilici (7, 2, 34: Heimbach, 1, 259) contiene la stessa interpretazione:

- Ἐὰν ἐκ δύο ἐνόχων ἢ ἐπερωτώτων,
- ἢ επαγγελομένων, ἢ δύο ἀργυροπρα-
- τῶν ἅμα συγγραφεμένων ὁ εἰς σύμ-
- φωνόν αἵρετοῦ δικαστερίου ποιήσῃ, καὶ
- ὁ ἕτερος παρὰ τὴν δύναμιν τῆς ψήφου
- ἢ ἐνάγῃ, ἢ ἐνάγῃται, οὐ βεβαιούται κατὰ
- τοῦ δικασμένου ἢ ποινῆ, εἰ μὴ κοινωνοὶ εἰσι.

(Si ex duobus reis aut stipulandi aut promittendi, aut ex duobus argentariis, qui simul nomina fecerunt per scripturam mensae, unus compromissum fecerit, et alter contra tenorem sententiae aut agat aut conveniatur, poena adversus litigantem non committitur, nisi socii sint.)

Il pensiero giustiniano è veramente tradito. I Giusti-

nianci non facevano incorrere nella pena il creditore che avesse agito contro il debitore comune quando non fosse il creditore compromittente, e nessun rilievo davano all'esistenza, o meno, di un rapporto di società fra i creditori. Viceversa -come si è visto- essi, ed essi soltanto, danno rilievo a questo rapporto nella ipotesi di solidarietà passiva, trasformando in principio generale a favore di tutti i condebitori solidali un'eccezione o, meglio, un privilegium concesso nel diritto romano alla società di banchieri.

Quanto alla solidarietà passiva, il principio che l'azione del creditore contro un debitore, diverso da quello col quale ha conchiuso il compromesso, non fa incorrere nella pena, deve ricavarsi da D. 4, 8, 29 (Ulpianus libro tertio decimo ad edictum):

Adversus sententiam arbitri fit, si petatur ab eo a quo arbiter peti vetuit. quid ergo si a fideiussore eius petatur, an poena committatur? et puto committi et ita Sabinus scribit: nam τῆν δυνάμειν a reo petit. sed si cum fideiussore compromisi, et a reo petatur, [nisi intersit fideiussoris], non committetur.

Questo testo è molto importante, perchè dimostra che nelle obbligazioni solidali passive il creditore incorreva

nella pena soltanto se agiva contro il debitore col quale aveva conchiuso il compromesso o il suo fideiussore. Non dice che vi incorresse quando agiva contro il condebitore vincolato all'altro da un rapporto di società, come stabiliscono poi i compilatori di Giustiniano. Qui, è vero, non è ricordato accanto al fideiussore l'argentarius socius: ma ben si comprende che si guardasse, talvolta, solamente al caso normale, non all'eccezionale.

Dobbiamo, da ultimo, considerare quale sia sulla obbligazione solidale l'efficacia della sentenza (res iudicata), della mora, della colpa, quando la sentenza intervenga in confronto di un debitore nella solidale passiva o in confronto di un creditore nella solidale attiva; quando lo stato di mora o lo stato di colpa sia imputabile a un condebitore nel primo caso, a un concreditore nel secondo.

8.- RES IUDICATA.

Degli effetti della sentenza sulla obbligazione solidale nel diritto classico non è a parlare: infatti, prima che

la sentenza venisse, si aveva un'altra causa che estingueva con efficacia generale l'obbligazione, e questa era la litis contestatio: estinta l'obbligazione con questa, non era neppure da porre il quesito se e quali effetti producesse la sentenza ottenuta dal creditore contro uno dei debitori solidali o da un creditore solidale contro il debitore comune. La questione si pone, invece, nel diritto giustiniano, in cui nè la litis contestatio, nè l'electio di uno dei debitori, nè la prevenzione di uno dei creditori, ha efficacia liberatoria.

Importa distinguere fra sentenza di assoluzione e sentenza di condanna.

Relativamente all'efficacia della sentenza assolutoria i testi giustiniani si contraddicono.

Uno di essi, D. 12, 2, 42, 3 (Pomponius libro octavo decimo epistularum), così statuisce:

Item si reus iuravit, fideiussor tutus sit, [quia et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret].

Questo testo, la cui alterazione è resa manifesta dai due verbi al congiuntivo (sit - proficeret) non dipendenti da una proposizione principale, è ritenuto interpolato nel senso che il giureconsulto non poteva richiamarsi alla sen-

tenza, ma alla contestazione della lite, alla quale veramente il giuramento decisorio, per la sua efficacia liberatoria generale, era equivalente.

Ma l'interpolazione rivela il pensiero dei compilatori nel nuovo regime. E, siccome il testo dice che non solo la assoluzione del debitore giova al fideiussore (cosa ovvia data l'accessorietà dell'obbligazione del garante), ma anche che l'assoluzione del garante giova al debitore (res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret), bisogna dedurre che la semplice solidarietà basta a fondare l'efficacia liberatoria generale della sentenza assolutoria e che questa ha effetto liberatorio per i condebitori in ogni obbligazione solidale passiva.

Questa soluzione, per altro, è contraddetta da un altro testo, pure alterato dai Giustiniani, D. 46, 1, 52, 3 (Papinianus libro undecimo responsorum):

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, [absolutione quoque secuta non] liberantur, [sed omnes liberantur pecunia soluta].

Anche questo testo, alterato, come a suo tempo abbiamo veduto, contiene, -appunto perchè alterato- il pensiero dei compilatori. Pensiero, per altro, nettamente contraddittorio

col precedente, perchè nega che l'assoluzione di un debitore solidale (nella specie di uno di coloro che diedero mandato di credito) giovi agli altri.

Per quanto il secondo testo sia interpolato in pessimo modo (sembrerebbe dire che la sentenza assolutoria non libera neppure il debitore assolto!), non è difficile scoprire attraverso i due testi il vero pensiero dei Giustiniani.

La dottrina pandettistica ha concluso che la sentenza assolutoria del debitore convenuto giova agli altri condebitori, se è stata pronunciata per motivi obbiettivi riguardanti l'obbligazione come tale, e non per motivi personali al debitore convenuto. Nel primo caso i condebitori possono, se perseguiti dal creditore, respingerlo con l'exceptio rei iudicatae.

Questa conclusione appare tanto più ragionevole, quando si consideri che nel testo (D. 12, 2, 42), in cui si ammette l'efficacia liberatoria generale della sentenza, affermando la equivalenza di questa al giuramento decisorio, i Giustiniani distinguono, a proposito di questo, come abbiamo veduto, fra efficacia generale liberatoria del giuramento così detto da loro in rem, e efficacia particolare liberatoria del giuramento così detto da loro in personam.

La troppo ampia e scorretta espressione relativa alla

efficacia della sentenza si riduce nei suoi giusti confini quando il pensiero giustiniano, contenuto in D. 12, 2, 42, non venga spezzato ma integralmente considerato.

E', questa, del resto l'interpretazione del pensiero legislativo che troviamo nelle fonti bizantine.

Stefano (Heimbach 2, 564) annota D. 12, 2, 42, 3 con la considerazione seguente:

- σημείωσαι δὲ ἐνταῦθα, πῶς μιμεῖται δικαστήριον ὁ ὄρκος καὶ ὅτι ἀπόφασις ὑπὲρ τοῦ ῥέου ἐξενεχθεῖσα τον προτότυπον ἑλευθέρου,
- δηλονότι κατὰ τὴν εἰρημένην διάσξιν, ἔνθα ὡς μηδὲν τοῦ πρωτοτύπου χρεωστοῦτος τὸν ἔγγυετὴν ἢ τοῦ δικάζοντος ἀπόφασις ἠλευθέρωσεν.

(Nota vero hoc loco, quomodo iusiurandum iudicium imitetur, et nota, sententiam super fideiussore latam debitorem principalem liberare, scilicet secundum praedictam distinctionem, ubi qualis principalis nihil deberet, fideiussorem sententia iudicantis liberavit).

E' l'Anonimo a sua volta commenta:

- Ἐν ᾧ περὶ ἀίρεσεως τοῦ χρέους, οὐ μὴν περὶ μόνου τοῦ προσώπου τοῦ ἐγγυητοῦ ἐψηφίσθη.
- (In quantum de conditione debiti, non tamen de per-

sona tantum fideiussoris pronuntiatum est).

Il secondo testo, interpolato nel senso di negare l'efficacia liberatoria generale della sentenza assolutoria, ipotizza un caso di garanzia solidale prestata da più persone (plures mandatores eiusdem pecuniae); ed è ovvio qui sottintendere che la ragione della sentenza assolutoria sia da ricercare in una causa particolare a quello dei garanti che, convenuto in giudizio, è stato assolto.

Altro è a dire, quando la sentenza sia di condanna. È certo che questa non libera nel diritto giustiniano gli altri debitori, perchè Giustiniano attribuisce efficacia estintiva soltanto al pagamento, alla satisfactio coattiva, non ai momenti processuali che hanno preceduto il pagamento (contestazione della lite o sentenza).

Resta, per altro, a vedere se, pur partendo da questo principio Giustiniano abbia prescritto che la sentenza di condanna di uno dei debitori non solo non liberi gli altri debitori, ma abbia forza esecutiva contro di essi, nel senso che il creditore possa giovare della sentenza ottenuta per istituire senz'altro contro gli altri debitori l'actio iudicati.

Vi ha chi lo asserisce; ma è stato da altri, e così da Carlo Longo, giustamente negato. Giustiniano consente al cre-

ditore che abbia ottenuto la condanna di uno dei debitori, ma non sia riuscito a conseguire integralmente o parzialmente il soddisfacimento del credito, di rivolgersi ai condebitori; ma riconosce al creditore questa facoltà dicendo che gli rimangono integre le azioni personali e ipotecarie che gli spettavano contro tutti i debitori. Ciò significa che può agire giudizialmente contro gli altri debitori, dopo aver ottenuto la condanna del primo, ma deve riproporre il giudizio contro di loro e non può servirsi della sentenza di condanna ottenuta per procedere senz'altro alla esecuzione contro di essi. Per tanto, la sentenza non ha efficacia oltre la persona del condannato.

Alla luce della costituzione giustiniana (C. 8, 40, 28, 2) occorre interpretare le frasi, con le quali i compilatori giustiniani, in testi da loro interpolati, consentono al creditore non soddisfatto, o soddisfatto soltanto in parte, di perseguire gli altri debitori.

Testi, come D. 9, 4, 17 pr., dove leggiamo: igitur agatur et cum altero, o come D. 4, 2, 15, dove leggiamo: in id dabitur adversus ceteros actio quod minus ab eo exactum est, o come D. 27, 6, 8 dove leggiamo: in reliquos non denegandam (actionem) in id quod deest, lasciano chiaramente intendere che non possono riferirsi all'actio iudicati; ma neppur

possono richiamarsi a quest'azione testi che contengono espressioni più generiche, come D. 16, 3, 1, 43: si alter (debitorum) vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur; C. 8, 40, 23: satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti licet.

Per ciò che riguarda sia la sentenza assolutoria, sia la sentenza di condanna, una osservazione non dobbiamo omettere. Non essendovi testi che discutano l'efficacia della sentenza nelle obbligazioni solidali attive, si è voluto da questa mancanza indurre che in questa obbligazione il problema dell'efficacia della sentenza è irrilevante, in quanto che prima della sentenza interviene una causa estintiva dell'obbligazione, la prevenzione di uno dei creditori.

Dal silenzio serbato da Giustiniano sulle sorti della obbligazione solidale attiva, quando sia intervenuta una sentenza, i sostenitori della dottrina, che ritengono la riforma giustiniana, contenuta in C. 8, 40, 28, limitata solamente alle obbligazioni solidali passive, vorrebbero derivare un argomento a favore della dottrina stessa. La conclusione è precipitata ed erronea. Erronea, per le considerazioni svolte contro questa dottrina a suo luogo; precipitata, perchè, data la importanza straordinariamente più viva delle obbligazioni solidali passive, è ovvio che in materia

di obbligazioni solidali attive circa l'efficacia della sentenza non vi siano testi espliciti, adeguantisi alla riforma giustiniana, che pure le riguarda.

9.- MORA E COLPA.

La mora, cioè il ritardo che il debitore pone nell'adempimento della obbligazione, produce come effetto l'aggravamento del debito, perchè, oltre la prestazione, è dovuto il risarcimento del danno che il creditore ha subito: il che nelle prestazioni in denaro è rappresentato normalmente dagli interessi. E può produrre un altro e più grave effetto, quello cioè di perpetuare l'obbligazione, giacchè, dopo caduto in mora, il debitore non consegue la liberazione se la cosa perisca per caso fortuito: risponde, cioè, anche del caso.

Quando accada che in una obbligazione solidale passiva (l'ipotesi della solidale attiva ha molto minore importanza pratica) si verifichi la mora da parte di un debitore, quali le conseguenze sugli altri ?

Cessa di operare come causa di estinzione a favore degli altri il caso fortuito ? I testi rispondono di no: la mora di un debitore non pregiudica gli altri.

D. 22, 1, 32, 4 Marcianus libro quarto regularum:

Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora
alteri non nocet.

D. 50, 17, 173, 2 Paulus libro sexto ad Plautium:

Unicuique sua mora nocet. quod et in duobus reis
promittendi observatur.

Le eccezioni confermano -come fu giustamente osserva-
to- la regola. Il condebitore solidale accessorio subisce
il danno della mora del debitore principale; ma ciò per il
fatto che un rapporto di accessorietà si inserisce, per co-
sì dire, sul rapporto di solidarietà. Così il paterfamilias
subisce la mora del filiusfamilias nelle cosiddette azioni
addietizie; perchè vi è condebitore solidale accessorio.
Così il fideiussore risponde della mora del debitore princi-
pale.

Al riguardo basterà richiamare i seguenti testi:

D. 45, 1, 88 Paulus libro sexto ad Plautium:

Mora rei fideiussori quoque nocet.

D. 22, 1, 24, 1 Paulus libro trigesimo septimo ad e-
dictum:

Cum reus moram facit, et fideiussor tenetur.

Tutto ciò dimostra chiaramente che la giurisprudenza
romana nel risolvere questo punto si è lasciata guidare dal
criterio che operano con efficacia particolare sulle obbli-

gazioni solidali quelle cause che riguardano le persone dei
singoli debitori e non l'oggetto unico. Come l'obbligazione
solidale perde uno dei suoi soggetti se questi era obbliga-
to condizionalmente e la condizione non si verifica, conser-
vando l'altro o gli altri che si erano obbligati puramente
e semplicemente; come perde uno dei suoi soggetti, conser-
vando gli altri se quell'uno soltanto è capite deminutus, o
restitutus in integrum; come perde uno dei suoi soggetti che
può invocare la prescrizione estintiva nei suoi riguardi,
conservando gli altri che, avendo per essi l'obbligazione
un dies a quo più recente, non possono invocarla, così l'ob-
bligazione può continuare a sussistere per un soggetto a ca-
gione della mora che neutralizzi l'effetto del caso fortui-
to rispetto a lui e estinguersi per l'altro a cagione del
caso fortuito.

A questa regola non si deroga se non quando un rappor-
to di accessorietà si inserisca nel rapporto di solidarie-
tà e un soggetto sia obbligato in dipendenza dell'altro.

Gravi oscurità e difficoltà presentano i testi in mate-
ria di colpa, cioè relativamente agli effetti della colpa di
un debitore nei riguardi degli altri.

Da una serie di testi risulterebbe che la giurispruden-
za romana regolasse questo caso come quello della mora: la

colpa di un debitore non deve nuocere ai condebitori, per modo che il perimento dell'oggetto avvenuto per colpa dell'uno non osta a che l'altro rimanga liberato dall'obbligazione, in quanto che la colpa di un debitore è per i condebitori un caso fortuito.

Così decide un notissimo testo, D. 4, 3, 19 Papinianus libro trigesimo septimo quaestionum:

Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.

La colpa del fideiussore fa sì che ne risponda egli solo: risponderebbe con l'azione contrattuale, se l'obbligazione fosse assunta da due debitori principali: essendo obbligati un debitore principale e il suo fideiussore, e determinando la liberazione del debitore principale la caduta dell'obbligazione del fideiussore, debitore accessorio, questi è chiamato a rispondere con l'azione extracontrattuale di dolo.

Anche qui la regola ha l'eccezione che la conferma.

In D. 45, 1, 91, 5 (Paulus libro septimo decimo ad Plautium) il perimento dell'oggetto per fatto del filiusfamilias

nuoce al paterfamilias tenuto ex iussu, perchè questi è tenuto solidalmente, sì, ma accessoriamente. E' ovvio che il testo non darebbe rilievo al carattere di accessorieta della obbligazione del paterfamilias, se la solidarieta come tale importasse la propagazione della responsabilita per colpa da un debitore all'altro.

Contrastante con questi, ed altri testi, è invece una massima generale formulata in D. 45, 2, 18 Pomponius libro quinto ex Plautio:

Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet.

Il contrasto è irriducibile. Contrasto, non solamente con gli altri testi in materia di colpa, ma anche coi testi in materia di mora, tanto più che anche la mora può essere, ed è solitamente, colpevole, e non si capisce perchè dovrebbe essere trattata diversamente dalla colpa.

Innumerevoli tentativi furono escogitati per eliminare questo palese contrasto.

Altri hanno proposto una correzione di D. 45, 2, 18; anzi che alterius factum alteri quoque nocet, si dovrebbe leggere: alterius factum alteri nequaquam nocet, o, semplicemente, non nocet.

Secondo altri si dovrebbe correggere: ex duobus reis

promittendi factis, in: ex duobus reis promittendi sociis:
l'intervento di un rapporto interno di società basterebbe
a spiegare la deviazione dalla regola che la colpa dell'uno
non nuoce all'altro.

Qualcuno ha proposto di leggere: ex duobus reis stipu-
landi, anzi che: ex duobus reis promittendi.

Sono, per altro, tutte codeste correzioni non giustificate
se non dal desiderio di togliere una, altrimenti ir-
reparabile, antinomia.

Per qualcuno non occorrerebbe correggere il testo, ma
non leggerci ciò che non vi è contenuto. Si parla in esso
di un factum di un debitore che nuoce all'altro; ora il fac-
tum non è la colpa; è espressione generica e incolore che
con la colpa non deve identificarsi. Tentativo inane anche
esso, poichè, trattandosi di obbligazione ex stipulatu, il
factum esprime proprio la culpa in faciendo.

Più complicate spiegazioni hanno addotto altri.

Colpa e mora -si disse- hanno un comune fondamento:
l'imputabilità, ma la mora è una specie tutt'affatto partico-
lare di colpa e, come tale, ha influenza diversa sul rappor-
to obbligatorio.

La colpa tipica è l'illecita attività del debitore che
colpisce l'oggetto dell'obbligazione, rendendo impossibile

la prestazione. Se, pertanto, un debitore distrugge la cosa
dovuta o la deteriora in guisa che non possa più essere pre-
stata integra, è ragionevole che un tal fatto si ripercuota
anche sugli altri debitori: la colpa ha un effetto generale
a causa della protezione dovuta al creditore e della giuri-
dica esigenza di non peggiorare, per il comportamento illecito
di uno, il suo diritto.

La mora, invece, non è se non un indugio, sia pur colpe-
vole e produttivo di conseguenze a carico del debitore, ma
non tocca l'oggetto dell'obbligazione, si bene i rapporti
personali tra debitore e creditore. Se un debitore cade in
mora, ciò varrà a produrre una modificazione nel vincolo a
lui personale. La conferma se ne avrebbe in ciò: che, per
aversi mora, occorre la interpellazione da parte del credi-
tore e la interpellazione si deve fare personalmente al debi-
tore: essa è necessaria sempre, anche quando l'obbligazione
sia a termine. Per ciò, nelle obbligazioni solidali possono
tutti i debitori cadere in mora ed essere tenuti alle sue
conseguenze, ma dovranno tutti essere stati interpellati dal
creditore; interpellato uno solo, le conseguenze non si e-
stendono agli altri, perchè nessuna modificazione ha voluto
il creditore produrre nella posizione di questi.

Altre spiegazioni sono ancor più artificiose, ed è inu-

tile insistervi.

Carlo Longo pensa che il testo, conservatoci in D. 45, 2, 18, ci sia arrivato corrotto per cause occasionali e che in origine dovesse dire precisamente il contrario di quello che dice. Per altro, bisognerebbe soggiungere che la corruzione occasionale del testo avvenne anteriormente alla compilazione giustiniana: i Basilici (43, 2, 18 in Heimbach 4, 310) ci tramandano anch'essi la stessa massima:

- Καὶ ὅτι τὸ φάκτον τοῦ ἐνὸς τῶν δύο ἐνα-
- γομένων βλάπτει τὸν ἕτερον.

(Factum alterius ex duobus reis alteri nocet).

A nostro avviso, il contrasto è sanabile storicamente, e soltanto storicamente.

Il testo non è occasionalmente corrotto, come pensano il Longo e gli altri che propongono le correzioni che abbiamo vedute; ma è volutamente alterato dai Giustiniani.

Che la mano di questi vi sia nel testo, è indubitabile anche dalla stridente cacofonia:

ex duobus reis.....promittendi factis alterius fac-
tum.

Che, poi, il testo sia non soltanto malamente alterato nel suo aspetto formale, ma sostanzialmente alterato con la soppressione del non, risulterà da quanto in seguito diremo

circa il mutato concetto della solidarietà giustiniana rispetto alla solidarietà romana.

Quando la solidarietà si concepisce, come nel diritto giustiniano viene concepita, una mutua garanzia o corresponsabilità, la mora e la colpa di un debitore si ripercuotono necessariamente sugli altri, in quella guisa che già nel diritto classico la mora e la colpa del debitore principale si ripercuotono sul suo fideiussore, cioè sul suo garante.

La controversia, determinata dalla antinomia, non risolta -come doveva esserlo- sul terreno storico, si perpetuò nel diritto comune sino al Codice Civile francese e al Codice civile nostro, che nell'art. 1191 la risolse, sulle tracce del Pothier, statuendo che il debitore non colpevole è tenuto soltanto a pagare il prezzo della cosa perita, mentre il debitore colpevole è tenuto inoltre al risarcimento dei danni. E lo stesso criterio è stato applicato in caso di mora. Cosicchè, pur non equiparandosi perfettamente la condizione del debitore non colpevole o non moroso a quella del debitore colpevole e moroso, il principio prevalso nella legislazione nostra è quello contenuto nel testo interpolato delle Pandette (D. 45, 2, 18): e ciò, perchè la solidarietà moderna, come già la solidarietà giustiniana, poggia sul cardine della mutua garanzia o corresponsabilità fra i debi-

tori solidali.

Prima di chiudere questa trattazione sui modi di estinzione della obbligazione solidale dobbiamo fare un'avvertenza; che, quando diciamo che vi sono cause che operano con effetto particolare sia nel diritto classico sia nel diritto giustiniano, non vogliamo con ciò dire che questo effetto particolare si manifesti nello stesso modo, nell'uno e nell'altro diritto. Il modo di manifestarsi è, come vedremo, assai diverso, per quanto dai testi giustiniani non risulti; assai diverso, proprio per il mutato concetto della solidarietà giustiniana. Questo mutato concetto non è stato operativo soltanto nel caso di mora e di colpa: se qui il nuovo concetto ha trasformato la responsabilità per il fatto della mora o della colpa dell'uno nella responsabilità per tutti, negli altri casi ha pur determinato, come vedremo, una significativa innovazione.

I benefici accordati ai debitori solidali.

Il funzionamento della solidarietà passiva, per cui ciascun debitore, se richiesto, è tenuto a pagare indipendentemente dagli altri condebitori e a pagare l'intero, è in alcune ipotesi attenuato da rimedi speciali, che vennero introdotti o mediante l'interpretazione dei giuristi o per concessione benevola degli imperatori, e che a mano a mano si vennero estendendo fino a generalizzarsi nel tardo periodo postclassico e da ultimo nel diritto giustiniano.

Questi rimedi, dato il loro carattere di iura singularia, favorevoli ai debitori, sono detti beneficia. Essi sono: il beneficium excussionis o ordinis; il beneficium cendarum actionum; il beneficium divisionis. Dobbiamo considerarli partitamente.

« Beneficium excussionis » o « ordinis ».

Consiste nella facoltà concessa a un debitore solidale di far escutere, cioè perseguire giudizialmente, prima di lui

un altro condebitore, in modo da ottenere che egli sia chiamato a rispondere in seconda linea e nei limiti in cui l'altro non abbia pagato. Abbiamo, così, una deroga alla posizione di parità che hanno i debitori solidali di fronte al creditore comune, posizione di parità che esiste anche se un rapporto di accessorietà si inserisce nel rapporto di solidarietà; anche se, in altre parole, sono tenuti di fronte al creditore il debitore principale e il suo fideiussore.

Naturalmente questa deroga, grave in sé, non poteva affermarsi dapprincipio che in casi speciali, movendo dalla considerazione che in determinate circostanze la parità di posizione tra i vari condebitori si rivelava ingiusta e la sussidiarietà della responsabilità di un debitore alla responsabilità dell'altro appariva, nonostante la posizione di parità dei due debitori, più rispondente all'equità.

L'attuazione di un ordine di escussione incontrava poi nel diritto classico una difficoltà processuale, che doveva essere superata e che con qualche espediente si superò: difficoltà derivante dalla consumazione processuale, la quale faceva sì che, a rigor di principio, l'escussione del debitore principale avrebbe liberato il debitore che si voleva far rispondere in via sussidiaria, mentre il concetto della sussidiarietà per se stesso importa che il debitore sussidiario,

non ostante la escussione del debitore principale, debba rimanere condizionalmente tenuto.

Le ipotesi, in cui è ammesso il beneficium excussionis già nel diritto classico o, almeno, nel diritto giustiniano, sono le seguenti :

1.- I magistrati inferiori, a cui incombeva organizzare e sorvegliare le tutele, erano obbligati sussidiariamente verso i pupilli nel caso in cui rispondevano solidalmente coi tutori. L'origine classica del beneficium excussionis in questa ipotesi non par dubbia, perchè un rescritto diocleziano (probabilmente dall'a. 294 (C. 5, 75, 5)) la fa risalire a un senatoconsulto del tempo di Traiano, e ne parla un testo gemino, cioè un passo delle disputationes di Ulpiano conservatoci nei frammenti di Strasburgo. Il passo ulpiano ci fa anche conoscere che l'effetto estintivo della consumazione processuale fu tolto di mezzo con una rescissione della consumazione stessa: il pretore, cioè, previa causae cognitio, riapriva il giudizio concedendo un'azione che è detta utilis nei testi delle Pandette (D. 27, 8, 1, pr.; C. 5, 75, 1, 1; 5), in factum, nelle Parafrasi di Teofilo.

2.- Il tutore o curatore non gerens è tenuto, per quan-

to solidalmente, in via sussidiaria rispetto al tutore o curatore gerens. Circa l'origine classica, o giustiniana, del beneficium excussionis in questa ipotesi, fervono vive dispute.

Per quanto riguarda particolarmente il tutore non gerens occorre, a questo riguardo, distinguere fra non gestione, derivante da cessatio, e non gestione legittima. Il tutore non gerens, perchè cessans, in età antica non responsabile, fu fatto responsabile poi, nell'età classica, in via soltanto sussidiaria, dopo escusso, almeno, il tutor gerens. E all'ostacolo della consumazione processuale, che si sarebbe verificato per l'azione intentata prima contro i tutori gerenti, si ovviò in facile modo. Invece di adattare, come sarebbe potuto, la formula dell'actio tutelae in modo che contemplasse tanto il caso della gestione quanto quello della non gestione, fu dato contro il tutore non gerens un'actio utilis, la cui concessione implicava la rescissione della consumazione verificatasi a carico del pupillo (Cfr., ad es., D. 26, 7, 39, 11).

Il tutore non gerens, e perchè honoris causa datus, o perchè debitamente esonerato, nel diritto classico era esente da ogni responsabilità; nel diritto giustiniano, invece, per maggior garanzia del pupillo, è responsabile in via sus-

sidiaria.

Cosicchè una forma di solidarietà sussidiaria sorge per il tutore non gerens, perchè cessans, nel diritto classico; una forma di solidarietà sussidiaria sorge per il tutore, legittimamente non gerens, nel diritto giustiniano.

3.- I magistrati municipali e i curatori pubblici erano tenuti solidalmente, coi loro nominatores, ma in via sussidiaria, per la gestione loro affidata (cfr. D. 50, 1, 11; 12, 13; C. 11, 36, 1; 2; 3; 4 etc.). Per neutralizzare gli effetti della consumazione processuale e attuare l'ordo excussionis, si sarebbe ricorso anche qui al solito espediente dell'actio utilis (D. 50, 1, 12). Per quanto negata tra i vari debitori, se ne potrebbe indurre che di essa potesse giovare il creditore per escutere successivamente i debitori stessi.

E' dubbio, per altro, se l'origine di questa sussidiarietà sia classica, o non piuttosto giustiniana, come l'Kiesele e il Binder hanno supposto. A questo riguardo è opportuno richiamare due testi: D. 50, 1, 11 pr. e D. 50, 8, 4.

D. 50, 1, 11 pr. Papinianus libro secundo quaestionum:
Imperatore Titius Antoninus Lentulo Vero rescripsit
magistratum officium individuum ac periculum esse com-

mune. quod sic intellegi oportet, ut ita demum collegae periculum adscribatur, si neque ab ipso qui gessit neque ab his qui pro eo intervenerunt, res servari possit....

D. 50, 8, 4 Papinianus libro primo responsorum: curatores communis officii divisa pecunia, quam omnibus in solidum publice dari placuit, periculo vice mutua non liberantur. ULPIANUS : prior tamen [exemplo tutorum] conveniendus est qui gessit.

Io concordo con C. Longo e con gli altri che ritengono l'origine classica di questa solidarietà sussidiaria.

Il brano dalle parole quod sic ita intellegi oportet sino alle parole res servari possit, per quanto abbia la forma di una rettifica alla precedente proposizione di Papiniano, è scritto in troppo buon latino per potersi considerare compilatorio. Probabilmente è una nota di Ulpiano a Papiniano, proprio nel senso e nel modo coi quali Ulpiano nel secondo frammento annota il testo papiniano. E in questo secondo testo null'altro è da considerare interpolato se non le parole exemplo tutorum, perchè ciò è conforme alla dottrina giustiniana, che ammette in ogni caso la responsabilità solidale sussidiaria dei tutori non gerenti, non alla dottrina classica che esonera i tutori legittimamente non gerenti da

qualsiasi responsabilità.

4.- In tutte le ipotesi considerate (magistrati inferiori vigilanti sulle tutele, tutori e curatori non gerenti, magistrati municipali e curatori pubblici), in cui si ammise la responsabilità sussidiaria di un debitore solidale o di alcuni debitori solidali rispetto all'altro o agli altri, si hanno obbligazioni solidali ex lege. Ma il diritto classico non pensò mai a introdurre il concetto della solidarietà nell'obbligazione solidale nascente ex contractu. Qui la limitazione, posta al diritto del creditore di scegliersi il debitore migliore e più comodo, non avrebbe avuto ragioni plausibili. Così il diritto classico non ammise la sussidiarietà dell'obbligazione del fideiussore, nonostante l'accessorietà di questa obbligazione. Il fideiussore in età classica non poteva procurarsi una posizione sussidiaria se non col consenso del creditore, ad es., garantendo nella forma della cosiddetta fideiussio indemnitate (cioè garantendo soltanto quanto il creditore non potesse esigere dal debitore principale: quanto minus ab eo consecutus fuerit), che i Romani consideravano una figura completamente diversa dalla fideiussione (cfr. D. 12, 1, 42, pr.; D. 45, 1, 116). Giustiniano, invece, estese la sussidiarietà fuori dal campo delle ob-

bligazioni solidali ex lege e accordò al fideiussore il beneficium excussionis in confronto del debitore principale.

La Novella IV cap. I nella versione latina così stabilisce:

Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum mox adversus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris incersessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum qui aurum accepit debi- tumque contraxit etc.

Alcuni testi della compilazione giustiniana, relativi ai mandatores eiusdem pecuniae, erano già stati dai Giustiniani manipolati in questo senso.

« Beneficium cedendarum actionum ».

E' la facoltà concessa al debitore solidale, che soddisfa il creditore, di farsi cedere da questo l'azione per esercitare la propria rivalsa contro i condebitori.

Essa nei testi gemini era probabilmente accordata soltanto ai fideiussores (D. 46, 1, 17; 36; D. 46, 3, 76) e ai mandatores eiusdem pecuniae credendae, cioè nelle ipotesi di

solidarietà accessoria. In queste ipotesi l'azione era destinata ad essere intentata dal cessionario nella stessa direzione e con gli stessi effetti che avrebbe avuto presso il cedente.

Il carattere eccezionale di questa facoltà, che costituisce anch'essa una deroga ai principi della solidarietà, emerge dalle espressioni che i testi classici adoperano per concederla.

Questi testi dicono che fideiussoribus succurri solet (D. 46, 1, 17), che fideiussores possunt desiderare cessionem actionum (C. 8, 40, 11).

Espressioni simili rivelano che la cessione delle azioni non è normale, non funziona come organica conseguenza della solidarietà, ma è un ius singulare, applicato in particolare ipotesi, di volta in volta concesso.

Difficoltà vi erano nella pratica attuazione di questo beneficium.

Il diritto classico, naturalmente, prendeva in considerazione soltanto il pagamento volontario: non il pagamento coattivo, a seguito di condanna, perchè la contestazione della lite, in questa ipotesi, aveva già precedentemente consumata l'azione.

Ma il volontario pagamento estingueva l'azione del cre-

ditore e, per ciò, ne rendeva impossibile il trasferimento. La giurisprudenza romana, nella ricchezza dei suoi accorgimenti, superò l'ostacolo ricorrendo alla finzione che il pagamento rappresentasse il prezzo di vendita dell'azione fatta dal creditore al suo debitore. Logicamente, pertanto, esigeva che il patto di cessione dell'azione dovesse precedere, o accompagnare almeno, il pagamento (D. 46, 3, 76); è una deviazione giustiniana dalla logica classica la norma posta in D. 46, 1, 36 che ammette, anche dopo il pagamento, la possibilità del patto.

Di fronte a D. 46, 3, 76, in cui Modestino pone come presupposto della cessio actionis che questa avvenga ante solutionem o nel momento del pagamento, perchè se avvenisse dopo questo momento, "nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit", in D. 46, 1, 36, i Giustiniani non distinguono tra patto che preceda o accompagni ovvero segua il pagamento e, per ogni caso, dicono che il creditore soddisfatto "tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones".

Il diritto giustiniano prende anche in considerazione il pagamento coattivo, cioè avvenuto in seguito a condanna. Ciò ben si comprende, dato che la litis contestatio non estingue più, per Giustiniano, l'obbligazione solidale, ma l'estingue il successivo pagamento, a cui il debitore convenuto in

giudizio è stato condannato.

Per prendere in considerazione anche il pagamento coattivo numerose alterazioni sono state apportate ai testi classici. Al debitore che paga in seguito a condanna, a volte viene accordato nei testi alterati un'actio utilis, a volte si dice che egli può ricevere le azioni del creditore come actiones mandatae. I molti testi, interpolati dai compilatori per orientarli verso la riforma processuale giustiniana, sono inconciliabili - e in modo particolarmente evidente quelli appartenenti al secondo gruppo - coi principi processuali classici. Una critica vigorosa ne è stata fatta specialmente dal Beseler.

Si dice che la cessione delle azioni non è fatta organicamente dipendere dalla solidarietà neppure nel diritto giustiniano. Ma questo diritto da una parte ha oltrepassate le applicazioni classiche e le ha straordinariamente allargate; dall'altra, quando si ponga mente ad alcune interpolazioni, fa aderire la cessione delle azioni alla solidarietà come tale.

In D. 19, 2, 47 vien ritenuto più equo (iustius !) nel caso che tutti i debitori siano solvibili (presupposto assurdo per un classico !), che dei vari condebitori solidali possa essere convenuto uno solo, a condizione però che "actio-

nes suas adversus ceteros praestare non recuset".

Un rescritto interpolato nel Codice (4, 65, 13) attribuisce a un conduttore il diritto di farsi trasferire "ea quae ob conductionem obligata sunt" dagli altri conduttori solidalmente obbligati.

Un altro rescritto, pure interpolato nel Codice (8, 40, 21), dice precisamente l'opposto di quel che diceva nella sua redazione originaria, come è facile rilevare dalla scompostezza logica che ora il testo del rescritto presenta, giacchè l'affermazione, certamente classica, che il creditore ha la facoltà di convenire in giudizio il fideiussore più tosto che il debitore principale, mal si accorda con l'altra, certamente giustiniana: non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgueri.

Interpolazioni sicure e significative si hanno in C. 5, 52, 2 pr. (cessione videlicet-facienda); in C. 5, 51, 6, 1, (ita ut-transferantur); in C. 5, 52, 2, 3 (ita ut-transferat).

Il beneficium cedendarum actionum non è più nella compilazione di Giustiniano quel rimedio che i classici ammettevano nelle ipotesi di solidarietà accessoria, nel senso che poteva essere dal fideiussore o dal mandante di credito sollecitato (desiderare !); esso da un lato ha dilatato il suo campo di applicazione; dall'altro, è diventato una facul-

tas, cioè un diritto, concesso a ogni debitore solidale come tale; inerisce, dunque, veramente alla solidarietà giustiniana.

« Beneficium divisionis ».

E' la facoltà di pretendere che il creditore, invece di perseguire per l'intero uno dei debitori solidali a sua scelta, divida l'azione tra i vari debitori in viriles partes. Deroga grave alla solidarietà passiva, era, anche questa, ammessa nel diritto classico soltanto in ipotesi particolari, cioè nell'ipotesi in cui l'obbligazione fosse stata garantita da più sponsores, fidepromissores, fideiussores. Di questa deroga ci dà sicura notizia Gaio.

Gai Inst. 3, 121 - 122 :

Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur, ut quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducetur inter eos obligatio et singuli in viriles partes vocabuntur; fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere,

sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere. eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc omnia ad ceteros non pertinet, si vero ex fideiussoribus, ad ceteros quoque pertinet etc.

Una lex Furia, dunque, verso la fine della repubblica, stabilì che il creditore dovesse dividere l'azione tra gli sponsores e i fidepromissores che fossero stati viventi alla scadenza del debito. Per i fideiussores un rescritto di Adriano stabilì che il creditore, dietro loro richiesta, dovesse dividere l'azione tra i fideiussori solventi all'atto della contestazione della lite (come risulta dalle Istituzioni giustiniane - 3, 20, 4 - che ripete distrattamente la norma classica: il diritto giustiniano - C. 8. 40, 10 è un rescritto interpolato - guarda al momento della condemnatio e non a quello della contestatio litis).

Questo beneficium, e l'ordinamento di questo beneficium, modifica la struttura dell'obbligazione solidale passiva; ma, per altro, non la distrugge, perchè sponsores e fidepromissores devono sopportare l'onere almeno per i condebitori venuti a mancare prima della scadenza del debito e il superstiti fra essi deve prestare il solidum; perchè i fideius-

soures rispondono per i condebitori divenuti insolventi prima della litis contestatio e, se tutti gli altri sono insolventi, l'unico solvente deve anch'egli il solidum.

Inoltre, il beneficium divisionis non importa che, se uno degli obbligati resta liberato per cause a lui particolari, la sua quota si debba dedurre. Il debito resta immutato; e dev'essere diviso tra quanti restano obbligati.

Finalmente, i fideiussori almeno, devono chiedere il beneficium. Se uno di essi, interpellato dal creditore, paga l'intero senza invocare il beneficium divisionis, paga bene e non può ripetere il pagato.

Alcuni fideiussori dal beneficium sono esclusi: così i fideiussori del tutore, per garantire maggiormente il pupillo (D. 46, 6, 12); così, anche, i fideiussori che abbiano dolosamente negato il loro obbligo (D. 46, 1, 10, 1).

Le altre applicazioni del beneficium divisionis, che troviamo nel Corpus iuris, sono probabilmente tutte giustiniane.

Così, giustiniana è l'applicazione di questo beneficium fra più costituenti di debito altrui. La nuova norma è contenuta in una costituzione di Giustiniano.

C. 4, 18, 3 (a. 531) :

Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo

inter..... fideiussorqs loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est: aequitatis enim ratio diversae species actionis excludere nullo modo debet.

Giustiniana è pur da ritenere l'applicazione del beneficium divisionis fra più mandatores eiusdem pecuniae credendae, fatta in un testo papiniano.

D. 27, 7, 7 Papinianus libro tertio responsorum:

Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem [residui] dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: [nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequè dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit ?]

Dalle parole nam et si sino alla fine il testo è stato riconosciuto interpolato già dal Costa e successivamente da altri. La chiusa, infatti, ripete alla lettera le parole della costituzione giustiniana relativamente ai più costituenti di debito altrui e, siccome contiene un argomento che non può servire se non a giustificare l'esistenza, prima asseri-

ta, del beneficio a favore dei mandatores, ne consegue che tutta la parte del testo chiusa tra le parentesi è un'aggiunta compilatoria al testo papiniano. È stato, poi, esattamente rilevato che questa parte è un fuor d'opera nel testo di Papiniano, giacchè i fideiussori avevano bensì chiesto al pupillo di escutere prima il tutore ma non gli avevano dato alcun mandato, e il giurista mirava a stabilire che essi con la stipulazione "se reddituros quod ab eo servari non potuisset" si erano costituiti fideiussores indemnitas e dovevano essere trattati come fideiussori ordinari quanto al beneficio e non come fideiussori del tutore.

Nè ha alcun peso il rilievo che nella costituzione giustiniana sopra ricordata (C. 4, 18, 3) noi leggiamo:

Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituerunt necessarium est

Non ha alcun peso - diciamo - il rilievo che nella costituzione giustiniana il beneficio sembri accordato ai mandatores già dall'epistula dell'imperatore Adriano. Noi sappiamo per certo dal testo di Gaio (3, 121) che l'epistula riguardava i soli fideiussori e ai soli fideiussori riferiscono l'epistula gli altri testi che la citano (D. 46, 1, 26;

27, 1). Un successivo rescritto di Antonino Pio, che la interpreta, conservatoci in D. 46, 1, 49, 1 concerne sempre i soli fideiussori.

Le parole mandatores et non erano nella redazione originaria della costituzione dell'a. 531. Questa costituzione, richiamandosi al beneficium divisionis accordato dall'epistula Hadriani ai fideiussores, lo estendeva ai più costituenti di debito altrui. La costituzione era promulgata nel periodo di tempo in cui si preparava il Digesto. La commissione, che attendeva alla preparazione del Digesto, facendo leva su la riforma giustiniana, la sviluppò in una direzione parallela, accordando il beneficium divisionis anche ai mandatores eiusdem pecuniae credendae: ne derivò, così, l'alterazione del testo di Papiniano che sopra abbiamo veduta, motivata con le stesse parole della costituzione giustiniana. Naturalmente, nel 534, la costituzione doveva essere armonizzata con l'innovazione introdotta nel testo papiniano; per far ciò, occorre interpolare la costituzione. E questo fecero i compilatori del codice nel 534 inserendo le parole mandatores et, poco preoccupandosi - come in molti altri casi - di falsare la verità storica e di attribuire a giuristi o imperatori classici innovazioni che sono soltanto loro proprie.

Nel corpus iuris il beneficium divisionis funziona anche tra i magistrati inferiori, solidalmente responsabili verso il pupillo. Ma, per quanto l'origine giustiniana dell'applicazione del beneficium divisionis in questo campo sia più difficilmente dimostrabile e sia da autorevoli scrittori negato, noi pensiamo che essa sia, anche qui, molto probabile.

Vengono in considerazione tre testi:

D. 27, 8, 7 Celsus libro undecimo digestorum.

In magistratus qui tutorem dederunt rogo rescribas ut pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius qui pupillus fruit, cum quo potissimum agat. respondit: [si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur,] in quam vult actio ei danda in solidum est: [sin culpa dumtaxat eorum neque dolo malo id factum est, aequius esse existimo pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.]

C. 5, 75, 3 (Gordianus, a. 238)

Si tu et collega tuus, cum magistratu fungeremini, minus idoneum tutorem dedistis cautionemque idoneam non exegistis nec alias servari pupillo indemnitas potest [et utrique solvendo estis, pro virili parte] in eos actionem dari non iniuria postulabit[ur].

D. 26, 7, 45 Paulus libro quarto decimo quaestionum;

si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare, idemque dicemus in duobus magistratibus collegiis, quorum alterum dimisit, alterum res publica convenit.

[sed haec in magistratibus tractant (così Hal.: la Fiorentina ha tractavi), quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo. quod non ita est, nam si uterque idoneus est, electio locum non habet:] is autem, qui tempore liberatus est, non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfacit: habet enim quod obiciat debitori.

In quest'ultimo testo le tracce della interpolazione sono più evidenti. Tutto il brano: sed haec-locum non habet è intruso nel testo di Paolo da una diversa mano, perchè modifica e corregge quella perfetta corrispondenza tra responsabilità solidale di più tutori e responsabilità solidale di più magistrati, che Paolo aveva annunciato poco prima: responsabilità solidale, che consente di chiamare uno solo dei tutori o dei magistrati in giudizio; e che, se anche uno solo dei tutori o dei magistrati è liberato, si estingue, perchè - seguita il testo - qui liberatus est similis est ei qui satisfacit. Il brano intruso rompe la perfetta uguaglianza tra la responsabilità di più tutori e quella di

più magistrati che era nel testo di Paolo.

Conseguentemente, è molto probabile che in C. 5, 75, 3 le parole et utrique solvendo estis, pro virili parte siano state inserite dai Giustinianeî. Nella redazione originaria del rescritto si doveva dire :

in solidum in vos actionem dari non iniuria pupillus postulabit.

Non genuino è da considerare anche il testo di Celso. È poco credibile che l'acutissimo giurista classico distinguesse tra dolo e colpa, per ammettere la responsabilità solidale fra più magistrati nel primo caso, la responsabilità parziaria nel secondo. Mende formali nel testo furono trovate dal Beseler, che espunge tutto il brano sin culpa - salva res sit. Il testo, a nostro avviso, è stato più ampiamente rimaneggiato, quantunque le mende formali siano lievi, appunto per il motivo sopra esposto che Celso non poteva far dipendere la solidarietà dell'obbligazione dal dolo, la parziarietà dalla colpa.

Ritenendo, come ci sembra di dover ritenere, che il beneficium divisionis fra più magistrati ha origine giustiniana, resta da risolvere ancora il punto se, dato che il testo di Celso è stato interpolato in modo difforme dal testo di Paolo e dal rescritto di Gordiano, si debba nel diritto

giustiniano applicare la distinzione fatta nel primo testo; ovvero, no.

Noi riteniamo che sia più vicina allo spirito del diritto giustiniano la dottrina che nega doversi applicare quella distinzione. Probabilmente i testi furono alterati in tempi diversi: il testo di Celso, in un momento anteriore alla compilazione giustiniana.

Finora abbiamo veduto applicazioni del beneficium divisionis (fra più costituenti di un debito altrui, fra più mandatores, fra più magistrati) che potrebbero considerarsi uno sviluppo delle applicazioni classiche del beneficium a più sponsores, fidepromissores, fideiussores. Applicazioni limitate, potrebbero considerarsi altrettante eccezioni al regime classico della solidarietà.

Ora, invece, vedremo questo beneficium applicato, si può dir generalmente, nei testi interpolati, dove vi è un rapporto di solidarietà; in modo da poter concludere che la divisione del debito, qualora i debitori siano solvibili, spetta ad essi in ogni caso; e da poter dire, perciò, che la struttura della solidarietà romana è lacerata.

Il beneficium divisionis è ammesso fra più tutori; è ammesso anche fra più conduttori e fra più compratori quando siano tenuti solidalmente: insomma, dilaga talmente nel cam-

po della solidarietà da coprirlo tutto quanto.

Attraverso interpolazioni numerose, si affermano quel nuovo concetto e quel nuovo regime della solidarietà giustiniana che spiccano più evidenti in una celebre Novella di Giustiniano, della quale poi diremo.

Dell'applicazione del beneficium divisionis fra più tutori trattano i seguenti testi.

D. 27, 3, 1, 10 - 12 Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum.

Nunc tractemus, si plures tutelam pupilli administraverint, [pro qua quisque eorum parte conveniendus sit. Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum. Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt dividitur actio, sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri.]

D. 26, 7, 38 pr. Papinianus libro duodecimo quaestionum.

Si plures tutelam non administraverint [et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur electioni locus erit, an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi

societatem ? quod magis ratio suadet.]

Sono, entrambi, testi interpolati.

Nel primo testo Ulpiano, dopo aver trattato nei paragrafi precedenti della responsabilità del tutore unico, passa a trattare della responsabilità di più tutori dello stesso pupillo che erano - come è noto - solidalmente tenuti. Ora, è impossibile che il giurista presupponesse senz'altro che dovessero essere convenuti pro parte. Una traccia della interpolazione c'è anche nel richiamo ai fideiussori (exemplo fideiussorum), giacchè la ratio del beneficium divisionis accordato ai fideiussori stava nella loro condizione di garanti di un debito altrui, ma non poteva invocarsi nel rapporto fra più tutori, perchè codebitori in un rapporto di solidarietà non accessoria. Giustamente è stato rilevato che la lunga disquisizione poteva ridursi a questo semplice periodo: aequissimum erit dividi actionem inter eos qui solvendo sunt pro portionibus virilibus.

Nel secondo testo vi ha un'alternativa: utrum electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debent periculi societatis ?, il cui secondo membro vuol domandare se spetti il beneficium divisionis (chè altro non è la societas periculi); domanda, a cui risponde affermativamente la chiusa: quod magis ratio suadet. Ora, è stato ben

segnalato che il secondo membro dell'alternativa non può essere di Papiniano, perchè presupporrebbe che ai duo rei in generale competesse il beneficium, ciò che nell'epoca classica non era vero. Papiniano non faceva alternative, ma affermava che i tutori dovevano essere convenuti in solido (electioni locus erit). Ammessa - come deve ammettersi - l'interpolazione, non c'è bisogno di espungere col Bonfante dal testo le parole ut eiusdem pecuniae debitores. Esse stanno a dimostrare che nel concetto della solidarietà giustiniana il beneficium divisionis inerisce alla solidarietà:

ut eiusdem periculi debitores, excipere debent periculi societatem !

Oltre che a più tutori, sempre solidalmente tenuti verso il pupillo, il beneficium divisionis è stato esteso a più conduttori e a più compratori, quando si fossero obbligati in solido. Questa estensione emerge dalla interpolazione di un testo di Marcello.

D. 19, 2, 47 Marcellus libro sexto digestorum:

Cum apparebit emptorum [conductorumve] pluribus vendentem [vel locantem] singulorum in solidum intuitum personam, [ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi si constabit esse omnes solvendo: quamquam fortasse iustius sit etiam, si solvendo omnes erunt, elec-

tionem conveniendi quem velit non auferendam actori,
si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset.

Da ita demum alla fine già il Fabro ha veduto che il testo è interpolato. L'interpolazione di questo testo è, sotto un duplice aspetto, significativa. Essa dimostra la generalizzazione del beneficium divisionis, da un lato; del beneficium cedendarum actionum, come già abbiamo veduto, dall'altro. Dove c'è solidarietà, se i debitori sono solvibili o, se non tutti lo sono, fra quelli che sono solvibili, si pone come principio nuovo la divisione del debito: se uno dei debitori solidali paga l'intero, si pone come principio nuovo l'obbligo di cedere l'azione.

Il principio nuovo della divisione del debito fra più condebitori solidali è stato legislativamente formulato in tutta la sua ampiezza con la celebra Novella 99, promulgata nel 539, cinque anni dopo la pubblicazione del Codice giustiniano.

Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν μὴ προστεθείη τὸ δεῖν καὶ ἓνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, πάντας ἕξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι. εἰ δὲ καὶ τῆς τοιοῦτο προστεθείη, φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνα, οὐκ εὐθύς μέντοι τὴν ἀρχὴν

ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι, ἀλλὰ τῶς μὲν κατὰ τὴν μοῖραν καθ' ἑνὸν ἕκαστος ἐνέχεται, χωρεῖν δὲ αὐτὸν καὶ κατὰ τῶν ὑπολοίπων, εἴ γε καὶ εὐποροὶ καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι. καὶ εἰ τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη, εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι καὶ παρόντες τύχοιεν, ἐκείνους κινδυνεύειν ἐκπληρῶσαι ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν, ἕξ ὅπερ ὅλως ἔνοχοι γεγύνασι, καὶ μὴ τὸ κοινὸν χρέος ἴδιόν τινος γενέσθω βάρος. εἰ δὲ ἀπόρως ἔχοντες οἱ λοιποὶ φανεῖεν, εἴτε πάντες εἴτε τινές, εἴτε εἰς μέρος εἴτε εἰς ὁλόκληρον, ἢ καὶ ἀπόντες τύχον, καὶ εἰς ἐκεῖνο ἐνέχεσθαι ὅπερ λαβεῖν παρὰ τῶν ἄλλων οὐκ ἠδυνήθη.

Si quis enim alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adiecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere. Si vero aliquid etiam tale adiciatur, servari quidem pactum, non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi, sed interim secundum partem qua unusquisque obligatus est, cedere autem eum et contra re-

liquos, sive et idonei sunt et in eo loco. Et si hec
ita se habere videatur, si quidem idonei sunt et praesentes
inveniantur, illos periclitari complere (in)
singulos in propria parte quod sub altera promissione
creditum est, aut ex quo omnino obligati sunt, et
non commune debitum proprium cuiuspiam fieri onus.
Si vero minus idoneo se habere reliqui videantur, si-
ve omnes sive quidam, sive in partem seu in solidum,
sive absentes forte, in illud teneri quod accipere ab
aliis non potuit.

Per verità, autorevoli scrittori non concordano nel ri-
tenere che questa Novella contenga una norma applicabile a
qualunque rapporto di solidarietà.

Secondo un'opinione, difesa da due insigni Pandettisti,
il Vangerow e il Windscheid, il beneficium divisionis sareb-
be accordato ai debitori correali (nel senso della teoria
distintiva tra correalità e solidarietà) per contratto; se-
condo un'altra opinione, sarebbe accordato a quei debitori
correali che si sono resi garanti reciprocamente l'uno per
l'altro; secondo un'altra opinione, ancora, sarebbe accorda-
ta ai debitori per quota, che si sono resi garanti l'uno
per l'altro, e quindi nel complesso, cioè come debitori e
come garanti, sarebbero obbligati per l'intero. Giustamente

ha rilevato il Bonfante che queste interpretazioni della No-
vella sono da imputare alla scuola storica, che anche in que-
sta parte ha turbato e oscurato il pensiero del nuovo dirit-
to, interpretando Giustiniano coi testi classici, anzi che
trasportare nei testi classici il pensiero giustiniano.

La Novella, invece, era esattamente interpretata nel
diritto comune, nel senso che essa avrebbe esteso il bene-
ficium divisionis a tutti i debitori solidali presenti e
solventi, distruggendo sostanzialmente il concetto antico
della obbligazione in solidum.

La rubrica del titolo della Novella περὶ ἀλληλεγγύων
è resa nella versione dell'Authenticum con le parole de reis
promittendi. Nè il valore di questa traduzione può essere,
malgrado tentativi in contrario, impugnata. Vero è che la
collezione dell'Authenticum non è opera ufficiale; però le sin-
gole traduzioni delle singole Novelle emanano dalle cancel-
lerie ufficiali e seguono lo stile e i precetti di Giustinia-
no. Per modo che le parole de reis promittendi, che traduco-
no le parole περὶ ἀλληλεγγύων non solo hanno quel generale si-
gnificato di debitori solidali in genere, che già abbiamo
veduto essere proprio della cancelleria giustiniana, ma ri-
velano anche il modellarsi della solidarietà giustiniana
sulla greca ἀλληλεγγύη, che era mutua rideaussione.

Dopo tutto ciò possiamo concludere che il beneficium excussionis nel diritto giustiniano si è straordinariamente ampliato con la sua applicazione al fideiussore; gli altri due benefici, il beneficium cedendarum actionum e il beneficium divisionis hanno addirittura perduto il loro intrinseco carattere di norme di ius singulare: essi non sono più ius singulare, ma ius commune; sono inerenti alla solidarietà e della solidarietà coprono tutta quanta l'area. Già per questo, la solidarietà romana nel diritto della compilazione di Giustiniano è irricognoscibile.

Il diritto di regresso.

Un punto altrettanto discusso quanto l'essenza della solidarietà, è già dal tempo dei Glossatori discusso, è se sia ammesso nella obbligazione solidale il diritto di regresso o di rivalsa: cioè, la facoltà del debitore, che ha pagato, di rivolgersi contro i propri condebitori e la facoltà dei creditori, che non hanno riscosso, di rivolgersi contro il concreditore a cui è stato pagato l'intero.

La questione è da impostare nel modo seguente: era il regresso un elemento organico della solidarietà, cioè spettava

fra debitori solidali e creditori solidali come effetto del puro e semplice rapporto di solidarietà? Giacché è tutt'altra cosa che il regresso si potesse in pratica avverare in una sfera anche assai ampia dei rapporti solidali per effetto di situazioni giuridiche concomitanti con la solidarietà.

Si può dire che gli scrittori siano divisi in due campi quasi uguali, con questo soltanto che nell'epoca del diritto comune dominò la tendenza favorevole all'ammissione del diritto di regresso; in tempi a noi vicini, invece, prese via via a dominare la tendenza contraria. Tra i Glossatori, Irnerio e Martino erano favorevoli al regresso; Bulgaro, avverso: e, dato il temperamento diverso di Bulgaro e di Martino, non è difficile intuire sotto questo contrasto un conflitto tra lo spirito genuino della giurisprudenza romana e lo spirito nuovo del diritto giustiniano, anche se celato o male espresso.

Nel secolo scorso, ad ammettere il regresso sospingevano considerazioni equitative ed esigenze pratiche: sono notevoli in questo senso gli sforzi del Savigny, mosso com'era da una specie di ripugnanza contro l'obbligazione solidale che riguardava come un rapporto anomalo, da ricondursi fin dove era possibile negli effetti ultimi al tipo, per lui normale, della obbligazione parziaria.

La dottrina, che distingueva tra correalità e solidarietà, diede facile spinta a una opinione intermedia, che sembrava risolvere ogni difficoltà: il regresso sarebbe stato consentaneo alla natura delle obbligazioni solidali; e qui doveva essere ammesso; contrario alle obbligazioni correali, e qui doveva essere respinto. Questa dottrina, anziché semplificare, complicò; e allontanò dalla meta.

Anche questa grave disputa secolare è ora di facile soluzione; ma la soluzione va cercata sul terreno storico.

I sostenitori e i negatori del regresso hanno, sì gli uni che gli altri, torto e ragione: hanno torto i primi, nel senso che la loro dottrina non riproduce la realtà giuridica che si aveva nella obbligazione solidale classica; hanno torto i secondi, nel senso che la loro dottrina è superata dal regime nuovo dato all'obbligazione solidale nel diritto della compilazione giustiniana.

Il diritto di regresso non discendeva dal concetto della solidarietà romana; discende -invece- dal nuovo concetto della solidarietà giustiniana.

L'architettura della obbligazione solidale romana, quale si delinea nella tipica figura della obbligazione solidale derivante da stipulazione, esprime un rapporto tra i vari debitori e il creditore comune e tra i vari creditori

e il comune debitore, per cui ciascuno dei primi assume un obbligo suo e integralmente suo, come se avesse promesso da solo, e ciascuno dei secondi acquista un credito suo e integralmente suo, come se avesse stipulato da solo; ma non esprime un rapporto tra i vari debitori o i vari creditori che possa stare a base di un reglamento di contifra loro.

Sotto questo aspetto fu detto bene che l'architettura dell'istituto presenta un vuoto che solo apposite norme avrebbero potuto colmare.

Il vuoto, come dimostrano i beneficia (excussionis, cendendum actionum, divisionis) nelle loro applicazioni classiche, non fu colmato che in casi determinati e per eccezione: in linea di principio, il vuoto rimase. Ciò si rende tanto più manifesto, quando si pensi che i beneficia intervennero soltanto nella obbligazione solidale passiva, non anche nella attiva.

Del resto, contro l'esistenza del diritto di regresso nella obbligazione solidale classica già si addussero considerazioni e testi inoppugnabili.

Stanno, contro l'esistenza del regresso, innanzitutto i vari beneficia, sia per il carattere di eccezionalità che nel diritto classico conservano, sia -e soprattutto- per il modo come sono impostati: impostazione incomprensibile, se

il regresso fosse esistito.

Il beneficium excussionis può presentare una utilità anche esistendo il regresso, perchè è comodo tentare di far prima pagare il condebitore, piuttosto che pagare e poi agire in regresso. Ma è significativo che proprio questa utilità, che, se il regresso fosse esistito, sarebbe balzata davanti agli occhi del giurista, non è mai messa in evidenza nei testi e non è possibile ammettere che ciò sia dovuto a circostanze meramente occasionali.

Il beneficium divisionis può, anch'esso, presentare utilità pur esistendo il regresso, perchè è comodo al debitore pagare sin da principio una parte, piuttosto che pagar l'intero e poi agire in rivalsa contro i condebitori. Ma questo beneficium fu concepito non come una tutela migliore rispetto al regresso esistente, ma come un surrogato del regresso mancante (ai fideiussori il beneficium venne accordato, perchè privi di regresso).

Il beneficium cedendarum actionum, che sostanzialmente è diretto ad attuare nel diritto classico in qualche caso il regresso, fa porre subito la domanda: perchè in questi casi (che nel diritto classico sono quelli del fideiussor e del mandator) farsi cedere le azioni del creditore, se si ha già azione in proprio per esercitare il regresso? Una

utilità questo beneficium l'avrebbe, pur esistendo azione per il regresso, quando l'azione ceduta dal creditore fosse più proficua dell'altra. Ma di questa sua utilità i testi non parlano affatto.

Sta contro l'esistenza del regresso nel diritto classico la testimonianza di quei testi, i quali accordano al debitore adempiente di rivalersi sui condebitori soltanto perchè il rapporto di solidarietà ha a sua base un altro rapporto; e gli accordano di rivalersi non altrimenti che con l'azione nascente da questo rapporto che sta a base della solidarietà. Dal che è logico indurre che la solidarietà, come tale, non è base sufficiente del regresso e che un'azione generale di regresso nascente dalla solidarietà, come tale, nel diritto classico non c'era.

Il più frequente di questi rapporti che stanno a base della solidarietà è la società (actio pro socio), ma non può essere anche la comunione (actio communi dividundo), la co-eredità (actio familiae erciscundae), la gestione di negozi (actio negotiorum gestorum), il mandato (actio mandati).

Sommamente interessante a questo riguardo è ciò che leggiamo in D. 35, 2, 62 pr. Ulpianus libro primo ad legem Julianam et Papianam :

In lege Falcidia hoc esse servandum Julianus ait, ut,

si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint in ea re, dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent vel promisissent: quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendentibus esse, in utriusque bonis computari oporteat id quod debetur vel ex cuius bonis detrahi.

Secondo questo frammento, per determinare il quarto che la legge Falcidia vuol riservato all'erede, è necessario calcolare il patrimonio ereditario deducendo i debiti e aggiungendo i crediti. Ma, ove si tratti di crediti e debiti solidali, il giurista dice, che il calcolo deve sospendersi perchè non si sa se il debito o il credito aumenterà o diminuirà il patrimonio ereditario oppure di altro creditore o debitore solidale. Nel solo caso che i concreditori o i condebitori siano anche soci, il calcolo si può fare, perchè una parte del credito o del debito è destinata certamente ad accrescere od a diminuire il patrimonio ereditario. Una parte del credito: perchè, se gli eredi agiranno per ottenere il pagamento del solidum, saranno poi tenuti con l'actio pro socio a versare agli altri concreditori la quota ad essi spettante. Una parte del debito: perchè, se gli eredi saranno convenuti per il pagamento del solidum, agiranno poi in

rivalsa contro gli altri condebitori con la stessa actio pro socio per ottenere il pagamento della quota di debito gravante su essi.

Dal testo, dunque, si induce che, dalla solidarietà, come tale, il diritto di regresso non nasce: il credito o il debito solidale profitta o grava per intero sul patrimonio di chi riscuote o paga; nè questi deve far partecipe il creditore di quanto ha riscosso, o può pretendere rivalsa per quanto ha pagato.

Altrettanto significativo nel senso di dimostrare che il diritto classico non concedeva il regresso contro il creditore che aveva riscosso o al debitore che aveva pagato è un passo di Gaio (3, 122) che si riferisce al beneficium legis Apuleiae:

Preterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit, nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo, quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit.

Questo testo pone in evidenza che eccezionalmente come semplice beneficium, la lex Apuleia concedette il regresso ad alcuna categoria di debitori solidali (sponsores e fidepromissores). Ma è tanto vero che dalla solidarietà non nasce il diritto di regresso, che, per giustificarlo nei due

casi eccezionali in cui viene concesso, si finge che la legge abbia creato un rapporto di società tra sponsores e fidepromissores; e la legge dovette introdurre, per realizzare il regresso in questi casi, una apposita azione. I fideiussores rimasero esclusi dal beneficium: testi dell'ultima epoca classica (D. 46, 1, 39: Modestino; C. 8, 40, 11: Caracalla) negano con insistenza ancora il regresso tra confideiussores, a cui non è stato esteso il regime eccezionalmente introdotto dalla lex Apuleia per gli sponsores e per i fidepromissores, ma applicato il trattamento normale dei condebitori solidali.

Escluso, finalmente, il regresso fra debitori solidali è in un testo del Codice segnalato dal Bonfante.

C. 4, 2, 12 (Diocletianus a. 294):

Si in rem communem cum Jone mutuum sumpsisti pecuniam [nec re] nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum et post integrum solvisti, de restituenda tibi parte contra Jonem experiri, ut debitum posceres, iudice cognoscente potes.

Il rescritto dice infatti che il debitore, che ha pagato l'intero, può agire contro il condebitore per la rivalsa parziale nel solo caso in cui non sia obbligato solidalmente.

Per sostenere l'esistenza dell'azione di regresso tra

condebitori si è invocato da alcuni (Windscheid) l'arricchimento senza causa, che farebbe il creditore, a cui è pagato il solidum, se non mettesse a parte gli altri creditori di quanto ha riscosso; e si è affermato che in questo caso doveva funzionare, perciò, la condictio sine causa. Ma l'invocazione e l'affermazione non hanno alcuna base nelle nostre fonti.

Nei riguardi del regresso tra condebitori una corrente dottrinale si attaccò volentieri all'actio negotiorum gestorum, nel senso che il debitore, che paga, gerirebbe non solo un affare proprio, ma anche l'affare dei suoi condebitori. Essa adduce, un noto testo, D. 3, 5, 29, 3 (Julianus libro tertio digestorum), in cui leggiamo:

Ex facto quaerebatur: quemdam ad siliginem emendam curatorem decreto ordinis constitutum: eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse atque ita pretium siliginis, quae in publico empta erat, curatori adflictum esse: quaque actione curator cum subcuratore experiri possit et consequi id, ut si salvum esset, quod causa eius damnum cepisset. Valerius Severus respondit adversus tutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam, idem respondit, ut magistratui adversus magistratum eadem actio datur, ita

tamen, si non sit conscius fraudis. Secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est.

Ma il testo dimostra il contrario di ciò che gli si vorrebbe far dire. L'actio negotiorum gestorum è concessa in quanto, nel caso speciale, oltre la solidarietà esistono gli elementi della negotiorum gestio: il che vuol dire che la solidarietà, come tale, non è sufficiente a mettere i condebitori nella situazione reciproca di gestore e di gerito.

La mancanza di una qualsiasi base testuale esonera dall'insistere sulla difficoltà dogmatica che incontra l'applicazione, sia del concetto di gestione di negozio, sia del concetto di arricchimento senza causa, al rapporto tra condebitori e condebitori solidali: è da tenere presente ancora una volta che nell'obbligazione solidale romana ognuno dei creditori ha la facoltà di esigere il solidum, come intero suo credito proprio; ogni debitore ha il dovere di pagare il solidum, come intero suo debito proprio.

Il Savigny ha sostenuto (per la figura più pratica della solidarietà passiva) che qualunque debitore solidale adempiente avesse aderito, opponendo una exceptio doli, di farsi cedere l'azione del creditore per servirsene contro il suo condebitore allo scopo della rivalsa, e che a qualunque debitore solidale che avesse pagato senza farsi cedere l'azio-

ne, spettava il regresso in base ad una finta cessione.

Le affermazioni del Savigny per il diritto classico non reggono. Esse generalizzano in sostanza il beneficium cedendarum actionum a qualsiasi caso di solidarietà: ma questa generalizzazione, che manda all'aria il carattere intrinseco del beneficium e la sua conseguente applicabilità a casi eccezionali, è -come abbiamo rilevato- una novità del diritto postclassico giustiniano.

Certamente, attraverso i vari benefici (excussionis, cedendarum actionum, divisionis) e attraverso l'esperimento dell'azione che regola il rapporto interno tra condebitori, il risultato pratico è nel diritto romano classico quasi corrispondente a quello del diritto giustiniano e moderno. Anche in altra materia, pur partendo da principii opposti, la pratica del diritto antico e del diritto moderno finisce per coincidere. Così, nel campo dei rapporti internazionali, gli antichi riconoscono lo straniero come escluso dal diritto, ma stringono trattati di commercio con tutti i popoli civili o semicivili con cui vengono a contatto; i popoli moderni riconoscono il diritto dello straniero, ma escludono le nazioni non organizzate e selvagge.

Il diritto di regresso dipende dalla solidarietà giustiniana. La cancelleria imperiale traduce -come abbiamo

veduto - il titolo della Novella 99: περι ἀλληλεγγύων con le parole de reis promittendi, cioè rivela che nel diritto giustiniano sono concetti che si equivalgono solidarietà e ἀλληλεγγύη; cioè, ancora, rivela che su questo istituto greco si è modellata, trasformandosi, la solidarietà romana, come ha lumeggiato in magistrali studi il Bonfante.

Questa ἀλληλεγγύη, riapparente in numerosi papiri, è applicata nei più svariati contratti, di vendita, di locazione, di mutuo, con le espressioni seguenti: ἀλλήλων ἔγγυοι εἰς ἕκτισιν, ἀλληλέγγυοι εἰς ἕκτισιν (garanti l'un l'altro, garanti reciproci, per il pagamento), ἀλληλεγγύως (con garanzia reciproca), ἀλληλέγγυοι ὄντες (come garanti reciproci). Talora nel contesto si usa semplicemente ἔγγυοι, o si dice che gli stessi locatari, gli stessi mutuatari si costituiscono garanti.

Questa ἀλληλεγγύη, cioè mutua fideiussione o garanzia reciproca, soltanto da un superficiale osservatore può essere confusa con la solidarietà romana.

Alcuni effetti appariscenti sono comuni alla solidarietà romana e alla mutua fideiussione. Infatti, ciascun condebitore, che si è reso garante per il collega, benchè debitore pro parte, è obbligato al pagamento dell'intero, in solidum, in quanto è tenuto per una quota come debitore e per

le altre quote come garante dei condebitori. Ma il diritto di regresso, che non è elemento organico della solidarietà romana e, per ciò, in linea di principio è escluso, è connaturale alla mutua fideiussione, perchè chi ha pagato l'intero è certo che ha pagato in parte come garante, e quindi ha per questa parte il regresso del fideiussore verso il debitore principale.

Avvenuta questa trasformazione nel concetto della solidarietà, i Giustiniani erano portati a introdurre, con vari espedienti, il diritto di regresso nella loro compilazione. I testi, sui quali fa leva la dottrina che ritiene elemento organico della solidarietà il diritto di regresso, sono testi interpolati.

Così, interpolato è C. 8, 39 (40), 1 (Diocletianus et Maximianus a. 287):

Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit. et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum cum quo communiter mutuum pecuniam accepisti, non cuncta bitur.

Siccome il rescritto, anche nella seconda parte, non presenterebbe mende formali, qualche scrittore (come, ad es.,

C. Longo) pensa che esso non sia interpolato, ma alluda a un rimedio straordinario contro la consumazione processuale e l'effetto estintivo della electio o del pagamento con la conseguente liberazione del condebitore: il rescritto perderebbe ogni importanza per la questione generale, se pur non testimoniassero addirittura per la insistenza del regresso in via di regola.

Non è accoglibile, per altro, questa interpretazione che mirerebbe a salvare la geminità del testo, perchè non si sa quale sarebbe il rimedio straordinario che qui poteva essere concesso. All'infuori dei tre benefici, il diritto romano non conosceva altri rimedi eccezionali: si dovrebbe pensare a una applicazione del beneficium cedendarum actionum, ma abbiamo visto quale sia, nel diritto classico, il campo limitato di questo beneficium.

Meno accoglibili sono le altre soluzioni, che prescindono pure dal riconoscere l'interpolazione del testo.

Dire che qui il regresso dipende da un rapporto di società esistente fra i condebitori è -come appunto il Vangerow- inelegante (trivial), perchè l'imperatore non si sarebbe soffermato ad asserire una cosa così ovvia, che il diritto di regresso non vi è salvo che non vi sia tra i condebitori un rapporto di società.

Dire, poi, come il Vangerow dice, che il testo concederebbe un'actio in factum per l'indennizzo in quanto tutti i mutuatari hanno in comune profittato della somma, è procedere nella interpretazione del testo romano con la stessa arbitrarietà con la quale procede il Windscheid, che pensa, anzi che alla concessione di un'actio in factum, alla possibilità di esperire l'actio negotiorum gestorum. Manca la base testuale per l'una e per l'altra congettura; e manca, essendo il solidum pagato il debito proprio di ciascun condebitore, anche la base concettuale.

Non è dubbio che, con inequivoca formulazione, il rescritto riconosce l'ammissibilità dell'azione di regresso tra condebitori solidali. Ma è anche non dubbia la sua alterazione. Esso contrasta con l'altro rescritto dello stesso Diocleziano (C. 4, 2, 12), in cui l'imperatore, proprio nella stessa ipotesi (si in rem communem cum Jone mutuam sumpsisti pecuniam), ammette la possibilità per il debitore, che ha pagato il solidum, di agire contro gli altri condebitori per ottenere il rimborso della quota ad essi spettante, nel solo caso in cui la loro obbligazione non sia in solidum.

Ed è facile comprendere perchè il rescritto, che si dice interpolato, non ha mende formali. L'interpolazione è consistita in una omissione. Tra il primo ed il secondo periodo

l'imperatore doveva avvertire che nel mutuo l'obbligazione solidale sorgeva soltanto se solemnitate verborum i mutuatari si fossero obbligati in solidum. Altrimenti, sorgeva l'obbligazione pro parte. Riferendosi a questo secondo caso continuava col dire; et ideo si probaveris te conventum etc.

I compilatori -come abbiamo veduto- fanno nascere la solidarietà anche da mutuo reale: perciò omettono l'avvertenza centrale; ma non mutano il periodo finale, perchè vogliono introdurre il diritto di regresso a favore del condebitore che ha pagato il solidum, conformemente al nuovo concetto della solidarietà giustiniana.

Interpolati sono quei testi che assicurano il regresso facendo obbligo al creditore, in ogni caso di solidarietà, di cedere l'azione al debitore che paga il solidum. Così, oltre D. 19, 2, 47 che abbiamo avuto occasione di richiamare più volte, e senza discendere all'analisi di altri testi, è interpolato un rescritto del Codice.

C. 4, 65, 13 (Valerianus et Gallienus a. 259):

Si divisa conductio fuit in singulis pro partibus facta, alieno nomine conveniri vos non oportet, si autem omnes qui conducebant in solidum locatori sint obligati, ius ei competens conveniendi quem velit non debet auferri. [habetis sane vos facultatem locatori of-

ferendi debitum et, ut transferantur in vos ea, quae ob hanc conductionem ab his, quorum nomine inquietamini obligata sunt, postulandi.]

L'ultimo periodo è compilatorio. Non tanto, perchè l'obbligo del debitore di pagare il solidum diventa una facultas offerendi e perchè vi sono mende formali notevoli (a brevissima distanza ea, quae - ab his, quorum), quanto perchè noi sappiamo che il beneficium cedendarum actionum era nel diritto classico accordato solamente ai fideiussores e ai mandatores e si diceva da giuristi e imperatori che questi potevano desiderare quel beneficium; non già che fosse una facultas, cioè un diritto, inerente alla solidarietà come tale.

Il diritto di regresso si vuole, nel diritto giustiniano, assicurare in tutti i modi: o con l'obbligo fatto al creditore di cedere l'azione o, altrimenti, se la cessione non è stata chiesta, con un actio utilis. In questa direzione sono interpolati numerosi testi. A noi qui basterà richiamarne qualcuno.

In primo luogo C. 5, 58, 2 (Antoninus a. 212):

Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus adquevisti, cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actionem adversus contutores tuos mandari tibi a pupillo [desiderabis

vel utili actione uteris .]

Il rescritto, nella sua redazione originaria, doveva avvertire che qui nella fattispecie (probabilmente ritoccata anch'essa dai compilatori) si era fuori del campo di applicazione del beneficium cedendarum actionum.

Doveva perciò dire: frustra desiderabis.

I compilatori accordano alternativamente: o mandare actiones o uti actione utili !

Così, come in un testo notoriamente interpolato delle Pandette (D. 27, 3, 1, 13), sempre nel caso della obbligazione solidale di più tutori, i compilatori alternativamente parlano di actiones mandatae o di actio utilis contro il creditore (pupillo) che ha riscosso il solidum.

In secondo luogo è opportuno richiamare D. 9, 3, 1, 10 Ulpianus libro vicesimo tertio ad edictum:

Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur,

D. 9, 3, 2 Gaius libro sexto ad edictum provinciale:
cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effundisset,

D. 9, 3, 3 Ulpianus libro vicesimo tertio ad edictum:
et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur,

D. 9, 3, 4 Paulus libro decimo nono ad edictum:

[perceptione non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.]

Noi abbiamo già considerato questo gruppetto di testi e concluso che i Giustinianeî hanno trasformato l'obbligazione, in questa fattispecie, cumulativa per il diritto classico, in solidale per il loro diritto.

I Giustinianeî non si limitarono a trasformare la cumlatività classica nella solidarietà del loro tipo (per cui soltanto la perceptio, e non la litis contestatio libera), ma statuirono anche il diritto di regresso per il debitore che paga tutto l'ammontare del damnum. Anche qui, ove non siavi la possibilità di agire in base a un rapporto di società che stia a base del rapporto di solidarietà, i giustinianeî concedono l'actio utilis. L'interpolazione delle parole praestaturi partem damni etc. è dimostrato dal rilievo che l'oggetto dell'actio de effusis et deiectis non era per i Romani damnum ma poena.

L'esame dei testi, che furono interpolati per affermare il diritto di regresso a favore del debitore solidale che paga l'intero, non è, così, esaurito; ma i testi, qui particolarmente considerati, sono sufficienti per illuminare il

principio che vige nel nuovo diritto di Giustiniano. O con la cessione dell'azione imposta al creditore come condizione per poter riscuotere l'intero debito, o con una actio utilis concessa al debitore quando la cessio actionis non è stata chiesta, in ogni caso il debitore solidale, che paga l'intero, ha un'azione con la quale può agire in rivalsa contro i propri condebitori.

Che cosa è più rimasto della solidarietà romana? Da un lato il diritto giustiniano, generalizzando il beneficium divisionis, fa sì che il debito solidale si debba dividere fra i debitori presenti e solventi; dall'altro, generalizzando il beneficium cedendarum actionum, e concedendo un'utilis actio quando il debitore solidale non ha chiesto la cessione dell'azione, fa sì che il diritto di regresso diventi un elemento organico del nuovo tipo di solidarietà.

Modo di operare delle cause subiettive di estinzione nel diritto giustiniano.

Il modellarsi della solidarietà giustiniana sulla mutua fideiussione (ἀλληλεγγύη) del diritto greco è stato operativo di altre innovazioni.

Le cause subiettive, particolari di estinzione dell'ob-

bligazione, cioè quelle cause che sono relative alle persone di uno dei condebitori, mentre hanno, nella romana obbligazione in solidum, un effetto personale, lasciando sussistere l'obbligazione in solidum di fronte agli altri, hanno invece effetto di estinzione parziaria nella mutua fideiussione.

Facendo il caso tipico e semplice di due condebitori, se il creditore rimette il debito all'uno di essi o, altrimenti, l'obbligazione per uno si estingue a cagione della sua incapacità, vizio del suo consenso, od altro, nella solidarietà romana si verifica certamente la liberazione di questo debitore, ma l'altro debitore è obbligato sempre per l'intero, in solidum; nella greca mutua fideiussione, invece, liberato l'uno dei condebitori, l'obbligazione per l'altro è ridotta parziaria, poichè per una quota egli era soltanto fideiussore e l'estinzione dell'obbligazione principale si ripercuote sulla obbligazione di garanzia che è accessoria.

Questo regime diverso deriva dalla diversa funzione dei due istituti. La mutua fideiussione ha veramente funzione di garanzia; la solidarietà romana, no. Basta pensare all'eguale importanza che ha nel diritto romano classico la solidarietà attiva, nella quale il fine di garanzia è certamente

escluso.

La solidarietà romana nella legislazione giustiniana sembra modellata imperfettamente sulla mutua fideiussione.

Risulta modellata su essa per quanto soprattutto, concerne il diritto di regresso; non sembra modellata su essa per ciò che concerne la causa subbiettiva di estinzione della obbligazione solidale che, ancora nel Corpus iuris, producono estinzione particolare, non mai estinzione parziaria.

Un grande maestro, il Bonfante, osservava per altro, con quella sensibilità storico-giuridica, che possedeva in alto grado, che questo stato di cose corrisponde alla lettera, non allo spirito della legislazione giustiniana. E, per poco che il Bonfante si fosse soffermato sulle fonti bizantine, che tanto giovamento recano alla più integra comprensione del diritto giustiniano, cioè di quella parte del Corpus iuris che è veramente diritto vivo nell'età della codificazione, avrebbe potuto non soltanto acutamente intuire la realtà del diritto giustiniano, ma dimostrarla. I Bizantini, nel commentare qualche testo che contiene esempi di cause subbiettive di estinzione dell'obbligazione solidale, spiegano che esse producono estinzione parziaria.

E' pieno di significato il commento bizantino a C. 2, 4, 1 (Antoninus a. 2 11).

Questo rescritto è così redatto:

Neque pactio neque transactio cum quibusdam ex curatoribus [sive tutoribus] facta auxilio ceteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt vel gerere debuerunt, cum igitur tres curatoreshabueris et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis.

E' un testo che dimostra nel modo più limpido come il pactum, in genere, e il pactum transactionis, in specie, producono estinzione particolare, non parziaria della obbligazione in solidum.

Il pactum o la transactio con due dei curatori non est auxilio ceteris.

Gli altri curatori possono sempre essere convenuti in solidum.

Ma così non la pensano gli scoliasti bizantini, ai quali la regola posta in questo rescritto cagiona molta sorpresa. Basta confrontare lo scolio a C. 2, 4, 1, in Bas. 11, 2, 18 (Heimbach 1, 689-690), che riferiamo nella versione latina:

Licet autem constitutio dicat, transactionem cum aliis factam ei qui non transegit non prodesse, tamen prodest, quia in tantum quantum transigentes solverunt,

condemnatio eius, qui non transegit, mimitur. Verbi gratia, culpa trium tutorum pupillus damnum ducentorum aureorum passus erat : cum duobus autem, quinquaginta a singulis acceptis, transegerat, et ait constitutio, transactionem factam ei, qui non transegit, non prodesse. Sed quamvis non prosit, tamen recte pupillo obicit : reputa mihi aureos centum, quos e transactione centutorum accepisti, et in reliquis centum tibi condemnabor. Itaque transactio ei, qui non transegit, non prodest: quantitas vero soluta ab eo, qui transegit, prodest ei, qui non transegit.

In queste ultime parole, specialmente, si vede tutto lo sforzo per affermare nella fattispecie l'estinzione parziaria dell'obbligazione solidale, salvando apparentemente il testo del rescritto, che ammette l'estinzione particolare e quindi la possibilità di agire per l'intero contro coloro, coi quali, la transazione non è stata conclusa (neque pactio neque transactio cum quibusdam... facta auxilii ceteris est... tertium convenire non prohiberis). Ma, in realtà, il testo del rescritto di Antonino dalla interpretazione bizantina è svuotato del suo contenuto classico e adattato al regime della Ἀλληλεγγύη.

L'interpretazione bizantina, come ha operato intorno

a questo testo in materia di transazione, così doveva svolgersi parallelamente in ogni altro caso in cui vi è una causa subbiettiva di estinzione dell'obbligazione solidale. Per modo che le fonti giustiniane a questo riguardo non ci presentano il diritto vivo: ancora una volta è a distinguere tra legislazione giustiniana e diritto giustiniano: il diritto vivo nell'età di Giustiniano è molte volte assai diverso da quello che viene raccolto o nelle Institutiones o nelle Pandectae o nel Codex; soprattutto da quel che viene codificato nelle Pandectae.

Solidarietà romana e solidarietà moderna.

Ci siamo, così, aperta la via per comprendere la vera natura della solidarietà moderna.

Essa non è la solidarietà romana, cioè la solidarietà classica, bensì la mutua fideiussione del diritto greco (Ἀλληλεγγύη), la nuova solidarietà del tipo giustiniano.

Ciò risulta dalla definizione e dal regime della odierna solidarietà.

Nell'art. 1198 del Codice civile l'obbligazione solidale passiva, -la sola veramente pratica figura di obbligazio-

ne solidale- è presentata nel seguente modo: "l'obbligazione contratta in solido verso il creditore si divide di diritto tra i debitori; questi non sono tra loro obbligati se non ciascuno per la sua parte"

Un esame parallelo del modo, col quale si comportano, sul terreno delle cause di estinzione, da un lato le obbligazioni con mutua garanzia, escludendo il beneficio d'escussione, dall'altro le nostre obbligazioni solidali, è stato fatto egregiamente dal Bonfante. Ed è tale da illuminare l'origine della moderna solidarietà.

PAGAMENTO.- In caso di mutua fideiussione ciascuno dei coobbligati richiesto del pagamento, essendo escluso il beneficio d'escussione, è tenuto a pagare per l'intero, ma naturalmente conserva l'azione di rivalsa contro i condebitori garantiti per la porzione da ciascuno di essi dovuta rispetto alla quale egli non era che garante.

Ora, tale è senz'altro la soluzione dell'art. 1199, 1° comma del nostro Codice civile, che riconosce nel nostro sistema della solidarietà l'azione di regresso.

Nella mutua fideiussione, se uno dei condebitori è insolubile, la quota dell'insolvente si ripartisce fra tutti gli altri che si sono resi garanti per quella quota: la fi-

deiussione è costituita appunto per l'insolvenza del debitore.

Ora, di nuovo, è questa la soluzione accolta dal capoverso dell'art. 1199 del nostro Codice civile.

NOVAZIONE.- La novazione della obbligazione, eseguita per l'intera somma con uno dei debitoriche si sono resi mutuamente garanti, estingue l'obbligazione degli altri, cioè l'obbligo di ciascuno per la sua quota e l'assunzione di garanzia per le quote dei condebitori.

Ora, lo stesso principio è sancito nei rapporti fra debitori solidali: la novazione con uno di essi libera i condebitori (art. 1277, 1° comma).

REMISSIONE.- Il creditore, che in una obbligazione contratta da uno o più debitori con mutua garanzia abbia concessa la remissione a favore dell'uno di essi, non può esigere dagli altri il pagamento se non previa detrazione della quota del debitore liberato, in quanto che con la liberazione accordata al debitore per la sua quota ha liberato i suoi fideiussori (art. 1283 Cod. civ.).

Ora, è questa precisamente la soluzione che il nostro Codice civile presenta per la remissione in materia di so-

lidarietà (art. 1281). Il creditore, che ha accordato la remissione all'uno dei debitori, non può dagli altri ripetere il credito non con la detrazione della parte di colui al quale ha fatto la remissione: la quale soluzione è in diretta antitesi col principio romano che ammetteva il creditore a pretendere l'intero dai debitori non liberati, ed è, invece, in perfetta armonia con la dottrina esposta dallo scoliaste bizantino a proposito della transazione conclusa con uno dei debitori solidali.

COMPENSAZIONE.- I debitori obbligati con mutua fideiussione possono naturalmente estinguere ciascuno il debito proprio con la compensazione ex propria persona; ma possono altresì per la quota del condebitore opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al condebitore: è questo nulla altro che l'applicazione del principio sancito nell'art. 1290, 1° comma Cod. civ.

Il capoverso di questo articolo sancisce la stessa norma per ciò che concerne l'obbligazione solidale. La norma è precisamente il rovescio della norma classica, la quale non limita punto l'estinzione alla concorrenza della parte dello stesso condebitore, ma, una volta che la compensazione sia avvenuta, la riconosce per l'intero.

CONFUSIONE.- La confusione della qualità di creditore o debitore nella stessa persona in caso di mutua fideiussione mantiene l'obbligazione degli altri per la loro quota, e per la garanzia reciproca, ma estingue la garanzia per la quota di cui il creditore è divenuto debitore di se stesso, in quanto il credito medesimo si è estinto. Il credito, quindi, è ridotto di una porzione.

E' questa, precisamente, anche la norma della nostra solidarietà, sancita espressamente dal codice civile, in generale, nell'art. 1297, 3° comma e, con riguardo alla confusione ereditaria, nell'art. 1194. La solidarietà romana lascia invece intatta, cioè integrale, l'obbligazione di ciascuno: persona tantum exempta est confusa obligatione (D. 46, 1, 71).

ANNULLAMENTO E RESCISSIONE.- L'annullamento e la rescissione di una delle obbligazioni assunte da ciascuno con mutua garanzia toglie di mezzo l'obbligazione annullata e, quindi, libera gli altri dalla garanzia assunta. Ciò posto, l'obbligazione degli altri debitori è ridotta della porzione rappresentata dalla obbligazione annullata, cioè di una quota di garanzia (art. 1297 Cod. civ.).

Questo ordinamento si applica, benchè una norma espres-

sa non vi sia, alle nostre obbligazioni in solido.

Nel diritto romano classico, invece, si applica di nuovo a questi casi la massima: multum interest utrum res ipsa solvatur an persona liberetur: cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus, s'intende, per l'intero.

CONDIZIONE RISOLUTIVA.- Verificandosi la condizione risolutiva, l'una delle obbligazioni dei vari debitori mutuamente garanti è estinta, e con questo le altre obbligazioni sono ridotte della quota di garanzia corrispondente.

Non vi è dubbio che ciò si verifichi nella nostra obbligazione solidale; invece, nella obbligazione solidale classica, la obbligazione non è menomamente ridotta, ma uno degli obbligati exemptus est obligatione.

PRESCRIZIONE.- Nelle obbligazioni con mutua fideiussione è chiaro che, se il creditore ha lasciato prescrivere di fronte all'uno dei debitori e si rivolge all'altro, egli non potrà chiedere a questo se non la sua quota di debito, perchè in quanto alla quota di fideiussione il garante potrà opporgli la eccezione di prescrizione, la quale, non essendo personale, ma inerente al debito, può essere opposta anche dal fideiussore (art. 1927 Cod. civ.).

Ora, precisamente alle stesse conclusioni si giunge nel tema delle nostre obbligazioni solidali: anche qui il debitore convenuto non può più essere condannato per l'intero, se è intervenuta la prescrizione a favore del condebitore, la cui liberazione gli toglie il diritto di regresso.

L'esistenza di una sopravvivenza del regime della solidarietà romana, come la norma contenuta nell'art. 1187 Codice civile, e la mancanza del beneficio d'escussione nella solidarietà moderna non modificano - come giustamente nota il Bonfante - le conclusioni che possono trarsi da questo imponente parallelismo.

L'art. 1187, per cui l'obbligazione solidale può per i singoli condebitori essere diversa nelle modalità e l'uno essere obbligato puramente e semplicemente, l'altro sotto condizione o a termine, contiene una anomalia di carattere assolutamente secondario, sfuggita al legislatore.

Per ciò che concerne il beneficio di escussione, la rinuncia ad esso diviene quasi un elemento organico del patto di mutua fideiussione.

Piuttosto è da avvertire che il nome stesso di solida-

rietà nel diritto moderno non indica più l'obbligazione integrale, che è stata molto attemuata, ma indica la reciproca garanzia, assumendo un significato che era estraneo al diritto e alla lingua romana.

Anche la solidarietà attiva non ha più, nel diritto moderno, la struttura della solidarietà romana.

Anch'essa si comporta, rispetto alle singole cause di estinzione, come una obbligazione divisa tra i vari concreditori e ciascun concreditore è autorizzato a riceverne il pagamento, ma la remissione operata dall'uno non è che liberi il debitore da quel creditore, lasciandolo obbligato integralmente verso gli altri, bensì lo libera per una quota, cioè parzialmente, anche di fronte agli altri. Vi ha una serie di obbligazioni parziarie con mutua autorizzazione a ricevere il pagamento. Il mutuo mandato ad esigere riassume tutti i principi della cosiddetta solidarietà attiva.

Ma nella società moderna la figura della solidarietà attiva serve ben poco. E' stato ben detto dal Bonfante che condebitore è termine d'uso: concreditore è termine prevalentemente scientifico, e che i termini, solidale, solidarietà, dato il significato che le parole hanno assunto nel-

la vita moderna, sono fuori di posto per la solidarietà attiva e rappresentano anzi in quest'uso una stonatura.

Ad ogni modo, regolata la solidarietà passiva moderna nel nostro Codice civile come una mutua fideiussione; regolata la solidarietà attiva moderna come un mutuo mandato ad esigere, ognuno vede come il regime moderno della solidarietà si distacchi dal regime classico romano e si ispiri a quel regime giustiniano, che nei testi della compilazione giustiniana è ancor poco apparente, ma che emerge nei commentari bizantini i quali, più del Corpus iuris, esprimono gli spiriti del nuovo diritto.

Avvertenza.

In C. 8, 40, 23 sono certamente interpolate anche le parole vel pro parte convenire, perchè non doveva essere lecito nel processo classico di frazionare l'azione.

Bibliografia.

Ottimi corsi universitari su questa materia sono quelli di P. BONFANTE, Le obbligazioni, anno accademico 1918-1919, Roma 1919; di C. LONGO, Diritto romano, anno accademico 1931-1932, Pavia-Milano 1932; di R. DE RUGGIERO, Le obbligazioni, parte generale, anno accademico 1920-21, Napoli 1921; di G. SERRI, Le obbligazioni solidali, anno accademico 1921-22 e 1922-23, Torino 1922 e 1924: abbiamo tenuti particolarmente presenti i due primi.

Sulle obbligazioni ambulatorie vedi particolarmente la v. Obbligazione, in Enciclopedia giuridica Italiana, di C. FERRINI.

Sulle obbligazioni parziali, cumulative, e specialmente sulle obbligazioni solidali, oltre l'esposizione contenuta nei trattati di Pandette e nei Manuali-Trattati più recenti, v. RIEBENTROP, Zur Lehre von der Correalobligationen, 1831; I. ALIBRANDI, Del concorso delle azioni, in Opere giuridiche e storiche, 1, pag. 163 segg.; A. ASCOLI, Le obbli-

gazioni solidali, in Studi e documenti di storia e diritto, 11 (1890) pag. 121-208; F. EISELE, Correalität und Solidarität, in Archiv. f. die civilistische Praxis, 77, pag. 374-481; A. ASCOLI, Sulle obbligazioni solidali. A proposito di F. EISELE in Bull. ist. dir. rom. 4 (1891) pag. 287 segg.; J. BINDER, Die Correalobligation in römischen und heutigen Recht, Lipsia 1899; HRUZA, recensione dell'opera del BINDER, in Kritische Vierteljahresschrift für die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft, 1900 pag. 174-202; G. PACCHIONI, Appendice 2° alle Obbligazioni di C.F. SAVIGNY, Volume 1, Torino 1912; P. BONFANTE, Il concetto unitario della solidarietà, in Scritti giuridici, vol. 3°, pag. 209 segg.; Torino 1921; IDEM, La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili, ibidem, pag. 368 segg.; IDEM, Solidarietà o mutua fideiussione?, in Scritti giuridici, vol. 4 pag. 568 segg.; Roma 1925; G. ROTONDI, Di alcune riforme giustiniane relative al pactum de non petendo, in Scritti giuridici, vol. 2°, pag. 307 segg.; E. CUQ, Cautionnement mutuel et solidarité, in Mélanges Cornil, vol. 1°, pag. 157 segg. ecc.

Indice.

	pag.
Premessa	5
Le obbligazioni ambulatorie	7
Le obbligazioni con pluralità di oggetti	40
Le obbligazioni parziarie	42
Le obbligazioni cumulative e solidali cumulative	45
Le obbligazioni solidali o solidali elettive	66
Terminologia romana	75
Terminologia moderna	81
Requisiti dell'obbligazione solidale	83
Fonti della solidarietà	106
Sulla prevalenza della solidarietà o della parziarietà nella obbligazione con pluralità di soggetti	132
L'inconsistenza della distinzione tra correalità e solidarietà	154
Della obbligazione solidale di più coeredi ex legato	204
Della obbligazione solidale di più comodatari	207
Della obbligazione solidale di più depositari	209
Della obbligazione solidale di più <u>mandatores eiusdem pecuniae</u>	212
Della obbligazione solidale di più tutori	220
Della obbligazione solidale di più condomini attori o convenuti nell' <u>actio aquae pluviae arcendae</u>	222
Della obbligazione solidale del proprietario dello schiavo e di colui che, interrogato dal pretore se lo schiavo sia suo, afferma di esserne proprietario	226
Della obbligazione solidale di più complici di furto convenuti con la <u>condictio ex causa furtiva</u>	229
Della obbligazione solidale di più eredi del <u>dominus</u> convenuto entro l'anno dalla morte o dalla alienazione o dalla manomissione del <u>servus peculiatas</u>	231
Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) di più tutori	240

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) dell'esecutore di un atto penalmente illecito e del suo mandante 246

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) di più persone che hanno ammesso terra su un sepolcro altrui 250

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) di più condomini scienti del delitto commesso dallo schiavo 256

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) di più colpevoli di dolo extracontrattuale o processuale 266

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) di più autori della violenza 271

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) di più agrimensori 275

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) dei falsi tutori 278

Della obbligazione cumulativa classica (solidale giustiniana) di più abitatori della stessa casa per l'effusum et deiectum 281

Modi di estinzione della obbligazione solidale 286

Modi di estinzione con efficacia generale :

1° Perimento per caso fortuito della cosa dovuta 288

2° Pagamento 288

3° Offerta reale e deposito 293

4° Accettazione 294

5° Novazione 298

6° Compensazione 311

7° Giuramento decisorio 315

8° Constitutum debiti 319

Modi di estinzione con efficacia particolare :

1° Confusione 322

2° Capitis deminutio 325

3° Restitutio in integrum 329

4° Prescrizione estintiva 331

5° Pactum de non petendo 334

6° Transazione 357

7° Compromesso 359

Effetti della res iudicata 369

Effetti della mora e della colpa 377

I benefici accordati ai debitori solidali 387

Beneficium excussionis e ordinis 387

Beneficium cedendarum actionum 394

Beneficium divisionis 399

Il diritto di regresso 416

Modo di operare delle cause subiettive di estinzione nel diritto giustiniano 436

Solidarietà romana e solidarietà moderna 441

Avvertenza 450

Bibliografia 451



REV15

ÚK PrF MU



3129S04739