
LA FIDEIUSSIONE NELL' EGITTO GRECO-ROMANO

1. Nell'Egitto, già depositario di una vetusta civiltà, si trovarono di fronte in quel periodo della sua storia, in cui fu ambita provincia dei Cesari, il diritto e le costumanze indigene, diritto e costumi greci, importati dalla fastosa dinastia dei Lagidí, il diritto romano, che anche là tendeva l'artiglio della sua originaria possanza. Onde quando s'impresenda lo studio di un istituto, che v'abbia avuto vita, conviene tener presenti gli istituti simili del diritto greco, al quale lo sviluppo giuridico egizio è per molti punti legato in ragione di genesi, e del diritto di Roma: e ciò, mentre da un lato rende possibile di determinarne la reciproca azione modificativa, quando nel corso del loro sviluppo palesino identità sostanziali, dà fede di una comune coscienza giuridica.

Dopo che la pubblicazione dei materiali papirologici ha allargato il campo delle fonti, su le quali la critica ricostruisce il processo evolutivo del diritto romano, negli istituti giuridici dell'Egitto si sono rintracciati, a ragione o a torto, principî a mano a mano accolti dall'autorità imperiale e divenuti di diritto comune nella legislazione giustiniana: a torto, ogni volta che le conclusioni furono suggerite più dal desiderio di risolvere problemi insoluti, che da cauta obiettività d'esegesi.

Fu affermato dal Brassloff ¹⁾ che il beneficio di escussione, concesso da Giustiniano ai fideiussori, abbia sua origine - che risalirebbe al II secolo d. C. - nella prassi giuridica egizia; onde avrebbesi una risoluzione della controversia dibattuta fra i romanisti su l'esistenza o meno di quel *παλαιός νόμος*, che Giustiniano ricorda nel

¹⁾ *Zur Kenntniss des Volksrechts in den romanisirten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches* (Weimar, 1902), pp. 22-26, 65-69.

proemio della Novella 4 come concedente, nell'antico diritto, il *beneficium* ch'egli legifera.

Tale affermazione sembra a noi che - quando siansi esaminati tutti i documenti papirologici riferentisi a vera e propria ἐγγύη, e siasi tenuta in conto anche la comparazione con i diritti greco e romano - non possa nè debba accettarsi.

2. Nel diritto greco ¹⁾ il sistema delle garanzie personali (ἐγγύη) ebbe sì largo sviluppo, che diede perfino motivo a quell'arguto osservatore che fu Teofrasto, di sorridere quasi dell'usanza, quando descrive il suo ἄπιστος come un tale che, se dà a lavar la sua tunica, non sceglie il migliore operaio ma chi può fornire un garante solvibile ²⁾.

La ἐγγύη, mantenendo inalterati i propri caratteri sia che intervenisse in rapporti con lo Stato, sia in contrattazioni private, accadeva ad ogni sorta di contratti: appalti d'imposte, imprese di lavori pubblici, locazioni di fondi, vendite (nel qual caso assumeva un nome speciale, βεβαίωσις), mutui. L'obbligazione del garante aveva carattere accessorio, dacchè è sicura l'opinione che l'ἐγγυητής non fu parte essenziale all'esistenza giuridica del contratto, nel quale interveniva. Se poteva, al caso, variare la misura dell'assunta garanzia, per la sua natura accessoria essa invece non poteva necessariamente avere per oggetto una prestazione diversa da quella garantita, ma identica nel contenuto.

Non però al carattere di accessorieta andò congiunto l'altro della sussidiarietà: alla scadenza era in arbitrio del creditore escutere, per la soluzione del suo credito, e il debitore con le azioni che gli competessero e il garante con la δίκη ἐγγυητός ³⁾. Di più la mancanza di

¹⁾ Cfr. CAILLEMER, *Le contrat de dépôt, le mandat et la commission, le cautionnement sistendi causa*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1876, p. 508 segg.; LÉCRIVAIN, *Le cautionnement dans droit grec classique*, in *Mémoires de l'Académie des sciences, inscriptions et belles lettres de Toulouse*, 1894, p. 200 segg.; CAILLEMER in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v. *eggys*; BEASLEY, *Le cautionnement dans l'ancien droit grec*, Paris, 1902 (*Bibliothèque des hautes études*, fasc. 143); BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la république athénienne* (Paris, 1897) IV, 460-486.

²⁾ *Charact.* XVIII, 6-7. Καὶ τὸ ἑμπόσιον οἱ ἐκδοῦναι πλῆναι, οὐχ ὅς βέλτιστα ἐργάσεται, ἀλλ' ὅταν ἢ ἄξιον ἐγγυητῆς τοῦ κναφέως.

³⁾ BEASLEY, op. cit., pp. 6-10; BEAUCHET, op. cit., pp. 472-74; MEIER - SCHÖEMANN - LIPSIVS, *Der attische Prozess* (Berlin, 1883-87), p. 707.

Alcuni contratti sembrano però contenere clausole, nelle quali potrebbesi rav-

qualsiasi effetto consuntivo della contestazione di lite permetteva che o all'uno o all'altro, secondo l'azione prima esperita, si rivolgesse poi il creditore per ottenere quanto non avesse conseguito con l'esperimento della prima azione.

visare la prassi di un *beneficium excussionis*. Così in una legge efesia, che regola la sorte dei debiti ipotecari in tempo di guerra, si limita la responsabilità dei garanti al pagamento di quanto non si fosse ottenuto dalla distrazione delle cose ipotecate (cfr. DARESTE - HAUSSOULIER - REINACH, *Réueil d'inscriptions juridiques grecques* (Paris, 1891), p. 34, l. 43-53). Tanto gli editori quanto il BEAUCHET, op. cit., IV, 483, pensano che qui s'abbia un beneficio di guerra, il quale consisterebbe appunto nella limitazione della responsabilità alla somma rimasta insoluta dopo l'alienazione dei beni ipotecati. Anche ammettendo questa spiegazione, bisogna pur sempre dichiarare eccezionali certe disposizioni che si rinvencono in un decreto regolante l'impiego del denaro donato a Delfo dal re Attalo II, quando vi si stabilisce che la restituzione delle somme prestate da parte dei mutuantii avverrà entro cinque anni; e che, in mancanza di puntuale soddisfacimento, gli immobili ipotecati dai debitori saranno venduti, e per gli eventuali reliquati si escuteranno i beni del debitore e de' suoi garanti [... εἰ δὲ κα μὴ ἀποδῶντι κατῶς γέγραπται, τὰ ἐνέχυρα αὐτῶν τᾶς πόλιν εἶστω καὶ οἱ ἐπιμηληταὶ ἀεὶ οἱ ἐγθανεῖζοντες κύριον εἶστωσαν πωλείοντες· εἰ δὲ πωλειμένα τὰ ἐνέχυρα μὴ εὐρίσκει τὸ ἀργυρίου ποσὸν ὃ ὑπέκειτο τῆι πόλει, πράκτιμοι εἶστωσαν τοῖς ἐπιμηληταῖς ἀεὶ τοῖς ἐνάροχαι τοῦ ἑλλείποντος ἀργυρίου αὐτὸς τε ὁ δανεισάμενος καὶ οἱ γενόμενοι ἔγγυοι, τρόπων ὡς δῖλοιεν πράσσειν, κατῶς καὶ τῆλ[λ]α θραμόσια καὶ ποσειρα πράσσονται. Cfr. *Bulletin de correspond. hellénique* V, 157 segg. = DITTENBERGER, *Sylogae inscriptionum graecarum* (Leipzig, 1898-1900), 306, l. 68 segg.].

Queste disposizioni possono anche considerarsi come stipulazioni di favore per gli ἔγγυται, se a darci, a mio avviso, il vero significato della clausola obbligatoria non stesse la dichiarazione che per lo ἑλλείπων sono obbligati non solo gli ἔγγυται ma ancora il mutuante (πράκτιμοι εἶστωσαν... τοῦ ἑλλείποντος ἀργυρίου αὐτὸς τε ὁ δανεισάμενος καὶ οἱ γενόμενοι ἔγγυοι). Ciò fa pensare che non si tratti semplicemente di stipulazione di favore, ma di un più profondo ed intimo significato connesso con i principi regolanti la costituzione dell'ipoteca greca. La quale, sviluppatasi dalla πράξις ἐπὶ λύσει (cfr. HIRTZIG, *Das griech. Pfandrecht* (München, 1895), pp. 105, 108; BEAUCHET, op. cit., III, 272, 276-277) attribuiva, per la sua stessa natura giuridica, quasi di *datio in solutum* tacitamente preconvenuta, al creditore il diritto di alienare la cosa ipotecata, qualora alla scadenza non fossero state adempiute le assunte obbligazioni. Nel contratto riportato, la preventiva alienazione delle cose ipotecate è quindi conforme all'indole dell'istituto [onde si potrebbe affermare che non sia il caso di un trattamento di favore, ma di ciò che avveniva normalmente quando fossero costituite speciali ipoteche. Cfr. Ps. DEM. c. *Lacrit.* 12, dove (non accedono al contratto garanti però) la πράξις κατὰ πρὸς ἐκ δίκης è concessa al creditore per ottenere quanto non avesse ricavato dalla vendita delle cose specialmente a lui ipotecate a garanzia del credito. Il che non toglie che il creditore potesse invece esperire prima le azioni personali quando ciò, rappresentando d'altro lato minori inconvenienti e danni per il debitore, gli fosse stato più utile]. Ad ogni modo l'azione sui beni dati in garanzia reale lasciava aperto il campo alle altre azioni contro la massa dei beni e del

Quanto alla misura dell'assunta garanzia, essa restava determinata dai termini del contratto ¹⁾: poteva essere *pro parte* e *in solidum*; e, quando più garanti vi accedessero, le loro rispettive responsabilità erano fissate o *in solidum* o *pro parte* o ancora per alcuni *pro rata* e per gli altri in solido per il resto ²⁾.

Quanto al modo, onde la garanzia veniva prestata, s'incontra una grande varietà: gli ἐγγυηταὶ si obbligavano *simpliciter* o con clausola esecutiva (πρᾶξις καθ'ἅπερ ἐκ δίκης) o rafforzavano la garanzia con la concessione d'ipoteche speciali su beni determinati, o, concedendo ipoteche, concedevano pure l'azione generale su tutti i loro beni ³⁾.

La soluzione del debito da parte dell'ἐγγυητής effettuava per esso la nascita di un'azione di regresso (δίκη βλάβης, ἐγγύης?) ⁴⁾ per ottenere il rimborso dal creditore.

Alla elastica e aformale costruzione della ἐγγύη greca, il rigido e severo carattere del diritto romano contrappone una serie di ga-

debitore e dei garanti; e qui, che si dovrebbe riscontrare, nel contratto in esame non v'ha traccia di *beneficium*.

Non diversamente è da interpretarsi una consimile clausola in un contratto di locazione di terreni sacri a Delo (297 a. Chr.), nella quale i locatari e loro garanti sono responsabili su la stessa linea, dopo l'alienazione di cose specialmente determinate [εἰάν δέ τι ἑλλείπει τοῦ μισθώματος πραξέντων τῶν καρπῶν ἀποδόστων πρὸς τὸ ἑλλείπον τὸς βεῦς καὶ τὰ πρόβατα καὶ τὰ ἀνδράποδα. Εἰάν δέ καὶ τούτων πραξέντων ἔτι ἑλλείπει τι τοῦ μισθώματος, ἐπιπρασσόντων τὸ ἑλλείπον ἐκ τῶν ὑπαρχόντων τοῖς μεμισθωμένοις καὶ τοῖς ἐγγυηταῖς (cfr. *Bulletin de correspondance hellénique*, XIV, 433, n. 2)].

¹⁾ Che la ἐγγύη potesse prestarsi anche *in duriorem causam* afferma il BEAUCHET (IV, 469) fondandosi su di un contratto (DITTENBERGER, *Syll.*, 388), nel quale è pattuito che se l'obbligato non adempia le condizioni del contratto (fornimento di vittime per la celebrazione dei misteri), i garanti saranno tenuti per ἑμιόλιον. Questa disposizione di carattere penale - quando vi si rapporti - senza dubbio rientra nel concetto romano della *durius causa* [cfr. 8, 7 D. XLVI, 1: Illud commune est in universis, qui pro alio obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari; in levioem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summan recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure ipse ex die vel sub condicione accipi potest, enimvero si reus sub condicione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur], a meno che il pagamento dell'ἑμιόλιον non sia sottinteso - ciò che non è inverosimile - anche per la parte principale.

²⁾ T. HOMOLLE, *Des temples détiens en l'année 279*, in *Bull. de corresp. hell.* cit. (XIV) 431; BEASLEY, op. cit., p. 5; BEAUCHET, op. cit., p. 478 segg.

³⁾ HITZIO, op. cit., pp. 145, 146; BEAUCHET, op. cit., p. 480.

⁴⁾ BEASLEY, op. cit., p. 10.

ranzie personali¹⁾, che ripetono loro forza giuridica dalla forma nella quale prestavansi; dalle più antiche *sponsio* e *fidepromissio* alla *fideiussio* più recente ed accessibile anche ai peregrini. La obbligazione nascente dalla forma della *stipulatio* onde rivestivasi la promessa di accedere a un'obbligazione altrui, è esigibile dal creditore con la stessa *actio ex stipulatu*, che gli sarebbe spettata in caso di due *correi debendi* contro ciascuno; poichè il concetto di accessorialità è più tardivo²⁾ e la originaria diversità dall'obbligazione correata sta più nella diversità del modo come avveniva la *stipulatio* (unicità e contemporaneità di risposta dei correi allo *stipulator*; dualità o pluralità senza necessaria contemporaneità nelle stipulazioni di garanzia, donde non poteva sorgere, come nel primo caso, un'intima unità di vincolo obbligatorio), che nel grado dell'obbligazione contratta, essendo evidente che la differenza del grado resta appunto determinata dal concetto di accessorialità.

Premesso che, per attenuare il rigore degli effetti derivanti dalla *fideiussio* stipulata, come mancanza di azione di regresso da parte del fideiussore escusso contro il *reus* o i confideiussori, in causa dell'effetto consuntivo della contestazione di lite (Paul. R. S. II, 17, 15 (16); 16 C. VIII, 40 (41)), e per rendere, d'altra parte, possibile il negozio di garanzia anche fra assenti, l'acume dei giureconsulti riconobbe la cessione delle azioni del creditore al fideiussore, che le compera, per

¹⁾ Le garanzie personali, anche nel diritto di Roma, furono, almeno fino alla fine della Repubblica, di maggior uso che le garanzie reali. Ne danno fede:

VARRO. *De ling. lat.*, VI, 74: 'consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret'; *Lex Malac.* 60: 'si de ea re is praedibus minus cautum esse videbitur, praedia subsignato', donde si desume che si preferivano, di regola, i *praedes*, e non si ricorreva ai *praedia* se non in caso di presunta insufficienza di quelli; LABEO in l. 14 D. XX, 6: 'cum colono tibi convenit ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset; deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse'; l. 6 § 2, D. XX, 6, che riporta il parere di Atilicino: 'Atilicini sententia qui putabat, si satisdetur, alicui certae pecuniae recedere eum a pignoribus debere'; dai quali due passi è facile conchiudere che spesso il pegno non si considerava se non come un espediente d'attesa della garanzia personale.

La preferenza si spiega quando si pensi che, oltre all'essere di per sé una garanzia morale il fatto del godere fiducia, il pericolo, al quale si esponeva il garante suggeriva un'attenta vigilanza sul debitore, onde, anche per ciò, in certo modo, maggiore sicurezza ne derivava al creditore.

²⁾ Cfr. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte* (Jena, 1850), p. 6.

sottile finzione, con l'atto del pagamento (36 D. XLVI, 1); limitò nella *fideiussio indemnitalis* (116 D. XLV, 1) la responsabilità del garante a quanto il creditore non avesse conseguito dal *reus*; e riconobbe valore giuridico al *mandatum pecuniae credendae* - nel quale il mandante diventa debitore accessorio del mandatario che ha il suo debitore principale in colui al quale ha fatto credito - e al *constitutum debiti alieni*; prescindendo dai caratteri formali della *stipulatio*, nei quali s'incentra la forza costitutiva del *vinculum iuris*; per ciò che riguarda l'obbligazione e i rapporti che ne sorgono, i principi che per il lungo corso del diritto romano ne regolarono la vita, sino alle innovazioni giustiniane dell'abolizione dell'effetto consuntivo della contestazione di lite (28 C. VIII, 40 (41)) e della concessione del *beneficium excussionis* ai fideiussori, mandanti e costituenti (Nov. 4), si possono riassumere brevemente nel seguente schema:

I. al creditore è libera la scelta di ripetere il credito tanto dal debitore principale quanto dal debitore accessorio (51, 3, D. XLVI, 1; 56 pr. D. XVII, 1; 2, 3, 5, 19, 20, 21, 23 C. VIII, 40 (41));

II. al fideiussore non spetta azione di regresso contro il debitore o i confideiussori (36, 39 D. XLVI, 1; I. III, 20, 4); fu riconosciuta invece la *cessio actionum* (17 D. XLVI, 1); d'altra parte al fideiussore spettavano le azioni che nascessero da eventuale rapporto intercorrente con il debitore (a. e. di mandato contraria ogni volta che avesse agito in veste di mandatario (20 § 1 D. XVII, 1), di gestione di negozi (ib.); o con i confideiussori. Al *mandator pecuniae credendae* spetta pure la cessione delle azioni del creditore (13 D. XLVI, 1; 6 § 2, D. XVII, 1; 41 § 1 D. XLVI, 1);

III. solo con l'epistola adrianea, non *ipso iure* ma *ope exceptionis* (26 D. XLVI, 1) il fideiussore convenuto potè chiedere che l'azione fosse divisa tra i confideiussori solvibili al tempo della *litis-contestatio* (51 pr. §§ 1-5 D. XLVI, 1; 3 § 2, 10, 16 C. VIII, 40 (41); Inst. III, 20, 4 (Gai. III, 121; Paul. R. S. I. 20, 1);

IV. Per ciò che attiene al concorso di garanzie reali e personali, come la mancanza di *beneficium ordinis* lascia al creditore la scelta della persona alla quale rivolgersi e delle azioni da esperirsi contro il *reus* e il *fideiussor* (51 § 3 D. XLVI, 1; 2, 9, 17, 25 C. VIII, 40 (41)); il diritto di scelta nè pure è limitato - nel rapporto tra creditore e fideiussore - da preferenza dell'azione personale alla ipote-

caria, che competesse al creditore per la concessione d'ipoteche fatta dal garante.

La vita dell'ἔγγυη greco-egizia si è quindi svolta sotto l'impero di questi principî regolanti l'istituto nel diritto dei dominatori. E specialmente interessa al nostro assunto la constatazione certa che il senso giuridico della giurisprudenza romana non concepì, come possibile carattere normale interno della fideiussione, un *beneficium excussionis*, il quale avrebbe contraddetto al rigoroso principio dell'effetto consuntivo della contestazione di lite e all'altro - connesso con la nascita di una doppia obbligazione derivante dall'originaria forma della promessa d'accedere a un'obbligazione altrui - della libera scelta del creditore. Ciò toglie la possibilità di un'azione positiva, in rispetto al riconoscimento del *beneficium*, del diritto romano sul diritto provinciale. Il quale, se l'avesse riconosciuto ai garanti, avrebbe o attinto alle fonti greche o ad un'indigena costruzione dell'istituto di garanzia. Che non possa ricondursi al diritto greco è legittimo affermare perchè in esso, come si disse, il *beneficium* fu ignoto. Non resterebbe che l'ultima alternativa: e siccome non è impossibile una risposta negativa¹⁾, dovrebbe aversi fondata presunzione d'inesistenza.

Se non che il diritto, che sorge dalla realtà dei rapporti, nel corso del suo progressivo sviluppo forma e consolida la norma dalla consuetudine, nella quale è in fondo la determinante di ogni legislazione positiva: onde appunto meglio deve attendersi la risoluzione del problema dall'indagine esegetica dei documenti papirologici, che sono la viva, diretta e reale espressione delle costumanze giuridiche di quei tempi.



Dalla serie dei documenti, a dir vero, non ricca²⁾, che riguardano negozi di garanzia, i caratteri dell'ἔγγυη greco-egizia si presentano simili a quelli ch'essa ha nel diritto greco.

¹⁾ Vedi pp. 299-300.

²⁾ *Zois P.*; *Rev. L.* 34*, 2 segg., 56, 14 segg.; *Par.* 62 [1] 13 - [3] 16...; *Petr.* 46 (200 a. C.); *Wien. Stud.* V, pp. 3-5 (487 d. C.): i quali riguardano contratti di assunzione d'imposte o assunzione di λειτουργία. *BGU.* III, 981 (78-79 d. C.); I, 244 (260-68 d. C.); *Oxy.* I, 32 (metà del III secolo d. C.); *Oxy.* I, 125 (560 d. C.) si rife-

I) Si contraeva e α) per semplice ἐμολογία o dichiarazione scritta e sottoscritta dall'ἐγγυητής di assumere l'adempimento delle obbligazioni del debitore - dichiarazione che poteva farsi o in un documento a sè stante¹⁾ o nell'atto stesso che determinava il contenuto del contratto, a cui accedeva il garante²⁾; e β) con ἐμολογία contenente la clausola della stipulazione nella solita forma stereotipa ἐπερωταθε(ντες) ἐς ὁμολόγησα(μεν).

Ciò tanto nel caso che il contratto intervenisse fra privati, quanto se uno dei contraenti fosse lo Stato³⁾.

riscono a ἐγγύαι in favore di persone che aspirano a cariche o impieghi. *Oxy.* II, 270* (94 d. C.); III, 308* (102 d. C.); *Lond.* II, 311* (149 d. C.); *Oxy.* I, 136* (583 d. C.) offrono, all'esegesi, sufficienti notizie sulla natura della garanzia nei rapporti privati.

Si possono aggiungere questi altri documenti, in cui, peraltro, v'ha solo una fuggevole menzione di ἐγγύη. *Grenf.* II, 17 (136 a. C.) lin. 7. ἐγγυος Θαῆαις προεβουτέρα Πόρτιτος τῶν προκειμένων πάντων; *BGU.* III, 831 (201 d. C.) l. 19. ἐργαφα ὑ[πί]ρ τε αὐτοῦ καὶ τοῦ ἐγγυητοῦ | [T]ε[σιν]ε[σιν] ὕστερος ἀγραμμάτων; *Grenf.* II, 86 (595 d. C.) Αὐρήλιος Φοιβάμων υἱὸς Ἰωάννου ἐκ μητρὸς Τρωβλακοτῆ | γεωργὸς ἀπὸ ἐποικίου Τρουκίης τοῦ Ἑρμουπολίτου νομοῦ μετὰ ἐγγυητοῦ τοῦ καὶ ἐγγεομένου καὶ ἀποδεχομένου με εἰς τὴν | ἀπόδοσιν τοῦ ἐξῆς ὀφεισμένου | χρέους ἰδίου αὐτοῦ κινδύνῳ καὶ πόρῳ | τῆς αὐτοῦ παντοίας ὑποστάσεως.

¹⁾ *Es. Petr.* 46; *BGU.* III, 981; *Oxy.* III, 508; *BGU.* I, 244.

²⁾ *Lond.* II, 311; *Oxy.* I, 136. Altre volte la dichiarazione di accedere come garante è incorporata nel contesto del documento, senza espressa omologia. *Es. P. Grenf.* II, 17; II, 86.

³⁾ Cade qui in acconcio di avvertire che la indagine propostaci non verte che sulle caratteristiche giuridiche dell'ἐγγύη greco-egizia considerata sotto il punto di vista del diritto privato, cioè come garanzia a favore di un terzo obbligato ad una prestazione in via principale. Ne esulano per tal modo: a) le garanzie procedurali (*adestiones iudicio sistendi causa* o *παραστάσις*); b) le garanzie d'evizione nei contratti di vendita (*βεβιωσεις*). Le prime, oltre che presentare caratteri speciali e speciale configurazione, hanno formato il tema di una piena e compiuta trattazione di L. WENGER (*Gestellungsburgschaften in den Papyri*, in *Rechtshistorische Papyrusstudien*), anche in rapporto al *vindex* romano; pure le seconde presentano un particolare svolgimento storico e un carattere peculiare si strettamente connesso con l'istituto della compravendita, che anche a questa dovrebbe allargarsi l'indagine, oltrepassandosi così i più modesti confini di queste ricerche.

Per quanto riguarda le garanzie prestate in contratti pubblici ne esula la speciale determinazione delle forme e dello sviluppo storico. Però è da notarsi che i documenti, i quali ne trattano, possono adibirsi insieme con altri a riprovare ad es. la mancanza del carattere sussidiario dell'ἐγγύη greco-egizia: 1°) perchè nel sistema dei contratti di garanzia di ordine pubblico, dal fatto che intercede anche fra il garante e lo Stato un contratto speciale, si ricava la presunzione che non havvi differenza, nell'intima configurazione dell'istituto e nella sua essen-

In due papiri *Wien. Stud.* V, pag. 4, lin. 18-19, *Oxy.* I, 136 l. 41, si trova la clausola della stipulazione, il significato della quale il Mitteis ebbe a riconoscere in ciò, che dopo la costituzione antonina, servì a dare colore di romanità agli atti giuridici provinciali ¹⁾, ed ottenerne il riconoscimento dal diritto ufficiale o imperiale. Della formalità romana, in cui era la forza giuridica della *stipulatio*, non si comprese il significato; e dal 250 d. C. la clausola, che la designa, si adoperò in ogni sorta di atti, perfino quelli che più vi ripugna-

zialità, dai contratti intercedenti fra privati; ²⁾ perchè, in riguardo al rapporto nascente dall'essere uno dei subbietti del contratto, in cui interviene per il debitore un garante, lo Stato, questione potrebbe nascere qualora si volesse determinare se la ἐγγύη si presentasse o meno come un *munus* imposto con atto d'impero dallo Stato (a questo proposito contro il GRENPELL (*Rev. L.* p. 113 segg.), che fa della ἐγγύη in caso di locazione d'imposte 'an extremely burdensome' λειτουργία, il WILCKEN, *Griech. Ostr.* I, 551, ha dimostrato che la ἐγγύη 'war vielmehr ein rein privates Geschäftsunternehmen ebenso gut wie die Theilnahme an einer Pachtgesellschaft'), non in riguardo alle caratteristiche della ἐγγύη prestata, le quali logicamente non possono mutar loro essenza - se pure mutassero certe modalità dell'obbligo assunto derivanti dalla natura di uno dei soggetti (p. es. le cautele richieste dallo Stato e i termini fissati per la presentazione dei garanti ecc.) - da quando essa abbia luogo fra privati; l'oggettività giuridica dell'istituto per nulla essendo influenzata dal variare dei soggetti tra cui esso prenda vita.

Secondo le conclusioni del WILCKEN (*Griech. Ostr.* I, 548 segg.), maestro nella conoscenza delle organizzazioni amministrative dell'Egitto, tratte di su *P. Zois, Rev. L.*, sono da distinguersi nel contratto di locazione d'imposte tre rapporti: I) tra l'assuntore (debitore) e lo Stato (creditore). Quegli è obbligato a presentare i garanti entro trenta giorni; in mancanza di che l'aggiudicazione non avviene (cfr. *P. Par.* 62 [1], 13 - II, 1; *Rev. L.* 34, 2 segg., 54 segg.); II) tra il locatore e il garante (3), i quali in un contratto stabiliscono i rispettivi utili (dacchè il WILCKEN pensa ad una partecipazione agli utili del garante) e responsabilità; III) tra il garante e lo Stato, in un σύμβολον particolare (cfr. *Petr.* II, 46; e a p. 286), sono dichiarati direttamente dall'ἐγγυητής gli obblighi assunti.

Variava il numero dei garanti e variava pure la misura dell'assunta garanzia, sì che n'era resa possibile la partecipazione del piccolo capitale (cfr. WILCKEN, op. cit., p. 551; e il largo e diligente commento del GRENPELL a p. 113 di *Rev. L.*).

Tali norme, che si ricavano da documenti dell'epoca tolemaica, si mantennero invariate durante l'impero (cfr. *Grenf.* II, 41 (46 d. C.), e ancora *Wien. Stud.* V, 3-5). È da notarsi, per ultimo, che nei papiri contenenti simili contratti, si trova sempre il giuramento dell'obligato per *genium principis* (*Petr.* II, 46 a; *BGU.* I, 244; *Wien. Stud.* V, p. 4, lin. 7; *Oxy.* I, 125), ciò che affidava maggiormente dell'adempimento degli obblighi, poichè lo spergiuro su la fortuna dell'imperatore era passibile di pena come *crimen maiestatis* (Cfr. REVILLOUT, *Précis de droit égyptien* (Paris, 1903), I, 773; L. WENGER, *Der Eid in den Griechischen Papyrusurkunden* in *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgesch.* XXIII (Rom. Abth.), pp. 229-230.

¹⁾ MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* (Leipzig, 1891), p. 485 segg.

vano per loro natura, come testamenti e manumissioni! Il che dimostra che l'elemento costitutivo dell'obbligazione non era la menzione dell'avvenuta interrogazione, ma lo scritto. Che però la forma ufficiale, nei contratti di garanzia, richiedesse la clausola si potrebbe pensare di su *Wien. Stud.* V, 3-5, dove un certo Sambas assume una ἐγγύη per un αἰτομέτρης di fronte ad un'autorità, che rappresenta lo Stato: nel qual caso, appunto per trattarsi di un contratto ufficiale, la presunzione dell'esistenza necessaria alla validità dell'atto è particolarmente fondata.

Se non che già su la fine del II e in sul principio del III secolo anche nel diritto romano si riconosce valore giuridico a stipulazioni non avvenute nella forma verbale, ma che si consideravano come avvenute quando nell'atto scritto, in cui quindi si materiava, come a dire, l'obbligazione, era menzionata come avvenuta la *promissio*.

PAUL. R. S. V, 7. 2: « Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit in instrumento promississe aliquem perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit ».

Così pure in un caso di deposito irregolare lo stesso Paolo ammette la validità della *cautio* prestata per iscritto (*inter praesentes*) al depositante in favore del depositario.

l. 134 § 1 D. XLV, 1: « ... cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis ».

Conformi Inst. III, 19, 17; 1 C. VIII, 37 (38). Cfr. 14 pr. § 1, 2 C. eod; Inst. III, 19, 12.

Che entrambe le parti fossero o meno presenti in persona alla confezione dell'istrumento, non toglie che solo la parte obbligantesi vi figurasse con la dichiarazione dell'obbligo assunto: il chirografo, quindi, acquista, per finzione, valore giuridico obbligatorio come di stipulazione avvenuta ¹⁾.

¹⁾ Senza ricordare *instrumenta*, nei quali havvi la menzione dell'avvenuta stipulatio (cfr. BRUNS, *Fontes*⁶, p. 516 segg.; l. 40 D. XII, 1; 126, § 2, D. XLV, 1),

A noi preme di notare che questa nuova libertà di forme si estese anche alla fideiussione, della quale si riconobbe la validità quando risultasse dal chirografo del fideiussore che l'attestava avvenuta.

ULP. *libro quadragésimo ad Sabinum* 30 D, XLV, 1: « Scien- dum est generaliter quod si quis se scripserit fideiussisse videri omnia solemniter acta ».

Al qual passo corrisponde esattamente, con l'aggiunta di una inutile esplicazione introduttiva:

Inst. III, 20, 8: « In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solemniter acta ».

La condizione della *praesentia* era qui necessaria alla validità del chirografo? Si potrebbe trovare un argomento contrario nel silenzio del passo ulpiano e più specialmente nel corrispondente delle Isti-

particolare interesse presenta la l. 41, § 2, D. XXII, 1 (MODESTINUS, l. *tertio respons.*): Ab Aulo Agerio Gaius Seius mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo: 'ille scripsi me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei reddam kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos': quaero an ex eo instrumento usurae peti possint et quae. Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse'. Questo chirografo, il quale è redatto in una forma un po' diversa dagli usuali *instrumenta*, più libera e somigliante a quella del chirografo greco, non ha solo valore probatorio, ma costitutivo di obblighi contrattuali; tant'è vero che MODESTINO discute sulla esigibilità delle usure, risolvendo la questione negativamente, quando s'ia incerte e non convenute nello stesso atto.

Quanto poi alla forma della *stipulatio*, se essa nelle provincie di origine greca - dove del resto si comprende come potessero disconoscersi ed alterarsi i caratteri di un istituto spiccatamente romano d'origine - si ridusse ad una *clausula generalis* inserita nei contratti dal *συμβολαίωγραφος*, ad una vuota espressione, si può d'altra parte affermare che a mantenere la degenerazione del concetto di essa, non poco dovette influire questa corrente manifestatasi nella giurisprudenza romana della fine del II e del principio del III secolo; la quale riconosceva, fors'anco per la maggiore prontezza pratica d'attuazione, validità a stipulazioni fittizie, nelle quali la *solemnitas verborum* era ridotta alla menzione fuggevole dell'avvenuta *promissio*. Quale differenza formale dalle clausole 'ἐπερωτεσεις ὁμολόγηκα?'?

Il diritto romano, dopo aver risentito l'influenza dei diritti d'origine greca, attenuando il rigore formale di certi suoi istituti con la maggiore libertà formale di quelli, ha poi, con la forza latente propria e naturale del diritto dei dominatori, reagito su quegli stessi diritti che avevano causate le modificazioni e che naturalmente queste mantenevano e sviluppavano come quelle ch'erano più conformi alla coscienza, ond'erano promanate.

tuzioni di Giustiniano, il quale vorrebbe, come a dire, esserne un commento o una spiegazione.

Paolo esprime chiaramente che l'istrumento della *promissio* è produttivo di effetti validi, quando è avvenuta *inter praesentes* (134, D. XLVI, I; cfr. I, C. VIII, 37 (38) citati) e Giustiniano insiste in modo particolare su questa condizione e sancisce perfino nuove norme perchè ne sia bene compresa la portata e sia tolto motivo di controverse (14 pr., § 2 C. VIII, 37 (38)). Ora perchè Giustiniano, che pure aggiunge qualche cosa al passo ulpiano, e che si dimostra così scrupoloso nella determinazione delle condizioni necessarie per la validità della *promissio* scritta, non avrebbe affermata anche per la *fideiussio* la necessità della *praesentia*, tanto più ch'essa nè pure è menzionata e richiesta dal passo di Ulpiano riprodotto nel Digesto, se essa in realtà fosse stata indispensabile?

Ancora si potrebbe recare in favore: a) la grande scioltezza di forme che la fideiussione andava assumendo ai tempi dell'ultima giurisprudenza classica; tempi in cui le si avvicinavano strettamente, per gli effetti giuridico-economici, altre figure come il mandato di credito¹⁾; e si riconoscevano valide altre espressioni e in altra lingua, che non fossero le sacramentali indigene²⁾; b) il fatto che la giurisprudenza del tempo dei Severi si ispirava a considerazioni sugge-

¹⁾ Cfr. ad es. la l. 60 § 1 D. XVII, 1, nella quale Tizio scrive a Seio, a cui vuol dare in moglie Sempronia, che sa che la madre Tizia prometterà a lui la dote e aggiunge: 'quare scias quodcumque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse iussisse saluum te habiturum'. Questo modo di *adpromissio* faceva nascere a favore di Seio almeno un'atto *mandati contraria*, come si rileva dal seguito del passo.

²⁾ 8 pr. D. XLVI, 1 = Ist. III, 20, 2. Tanto la dizione del passo di Ulpiano: 'Graece fideiussor et ita accipitur', quanto quella delle istituzioni: 'Graece fideiussor perumque ita accipitur' fanno già pensare che fosse valida la fideiussione contratta in greco con altre parole che non fossero τῆ ἐμῆ πίστει κελύω, λέγω, θέλω, βούλομαι, φημί ecc.

In due luoghi del Digesto s'incontra *subscriptio fideiussionis* (68 § 1 D. 46, 1; 15 C. V. 37). Come debba intendersi *subscriptio* ha bene mostrato il BRUNS (*Kleinere Schriften*, II, 100-101): dichiarazione cioè di contenuto distinto da quello dell'istrumento al quale accede. Ma siccome la fideiussione poteva avvenire in tempo diverso da quello del contratto principale, e quindi essere redatta in istrumento a parte, ne consegue che la determinazione del BRUNS non può intendersi in senso troppo ristretto.

Dippiù che si aggiungesse anche la firma nel chirografo non ci sembra assolutamente negabile, essendo essa al principio del III secolo d'uso. PAUL. R. S.

rite dall'equità, e d'indole pratica in riconoscere validi certi negozi giuridici che lo *strictum ius* non avrebbe ammessi ¹⁾.

Ma queste considerazioni, onde si potrebbe rivestir l'opinione che volesse sviluppare l'accenno del Girard ²⁾, il quale all'affermazione recisa che la presenza delle parti era una condizione indispensabile per la *promissio* scritta, annota che si può dubitare ' si le mouvement n'a pas été plus large pour certains contracts (*fideiussio*) ou dans certaines régions, ' perdono loro consistenza di fronte all'obbiezione che si presenta spontanea e che consiste nel considerare la fideiussione come una specie di stipulazione o *promissio*, alla quale debbano quindi estendersi le norme relative a questa.

Di più si trae un argomento contrario da:

THEOPH. *Paraphr.*, III, 20, 8. ἐπὶ τῶν ἐπερωτήσεων τῶν ἐγγυητῶν
ιστέον ἔστιν ὅτι ὑπερδήποτε εἶη γεγραμμένον ὡς γενόμενον προλήψει γεγε-

V. 25, 5 e MODESTINO, 50 D. XXIX, 2 (... si *post subscriptam epistulam* tutor moriatur....). Il BRUNS (loc. cit. p. 105) osserva che, siccome si tratta di una lettera, non può esser questione di firma; ma che per sottoscrizione si deve qui assumere: ' die gewöhnliche auch damals noch allgemein übliche Unterschrift der Briefe durch Gruss und Datum '. Se non che il significato di *subscripta epistula* è dato da BGU. I, 300 (148 d. C.), un contratto di mandato fra due veterani romani. Precede l'intestazione (Γαίος Θυαλέριος Μάρκω Σεμπρώνιῳ χαίρειν); segue il contenuto del mandato in forma di lettera (συνέστησά σε κατὰ τοῦτο τὸ χειρόγραφον . . .) e alla fine di pugno di G. Valerio Cheremoniano havvi la sottoscrizione in questi termini: Γαίος Θυαλέριος συνέστησα τὸν Μάρκων Σεμπρώνιον Κλήμεντα ἐπὶ πᾶσι τοῖς προκειμένοις). Dunque non data e saluti semplicemente, ma firma e sottoscrizione nello stesso tempo.

¹⁾ AFRICANO (34 D. XVII, 1) nega la nascita di rapporto di credito dal fatto che colui, ' qui negotia Titii procurabat ', abbia notificato per lettera al mandante che teneva come ' sibi credita cum usuris semmissibus ' certa somma esatta dai debitori di lui. Quaesitum est, prosequit AFRICANO, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse (cfr. invece il passo di MODESTINO, riportato a p. 274, n. 1). Nè AFRICANO ammette interpretazione estensiva dal caso del depositario, che validamente diviene debitore trattenendosi per convenzione la somma depositata e dall'altro caso, in cui ' a debitore meo iussero te accipere pecuniam ' nel quale pure è valido il mutuo, perchè in quello havvi la traslazione diretta della proprietà necessaria per il mutuo, e perchè in questo ' benigne receptum est '.

Per ULPIANO invece anche il caso, rispetto al quale AFRICANO ha un'opinione negativa, devesi risolvere in senso affermativo. Cfr. 15 D. XII, 1: si che viene sottintesa una doppia traslazione dal mandatario al mandante in esecuzione del mandato e da questi a quello, a titolo di credito.

²⁾ *Manuel de droit romain*³⁾, p. 484, n. 5.

νῆσθαι δοκεῖ· διὸ ὁμολόγεται· εἰ τις ἑαυτὸν ἔγραψεν ἔγγυῆσθαι δοκεῖν πάντα τὰ εἰωθότα πεπραχθαι, ὡς τὸ ἔπερωτᾶσθαι αὐτὸν ὡς ἔγγυητὴν καὶ αὐτὸν ὁμολογηκέναι ἀκολούθως.

Cfr. ead. in *Schol.* ad h. loc. in Ferrini, *Scolii inediti allo Pseudo Teofilo. Mem del R. I. Lomb. di sc. e lett.* XVIII (1891), pag. 53.

S'è vero che qui manca la particolare menzione della *praesentia*, non è men vero che essa è presupposta da ἐπὶ τῶν ἐπερωτήσεων τῶν ἔγγυητῶν (*de interrogationibus fideiussorum*). Piuttosto devesi affermare che nel chirografo greco di fideiussione, si usavano, anche ai tempi di Ulpiano, parole diverse da quelle usate *di preferenza* nella fideiussione formale e che non fossero τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω etc.; e ritenere valido il chirografo contenente la formola ὁμολογῶ ἔγγυῶσθαι, come era valido nel diritto giustiniano (cfr. il passo teofilino. e *Oxy.* I. 136).

Dissi 'di preferenza,' perchè anche la forma di risposta: 'ἐγγυῶμαι' nella fideiussione solenne faceva nascere la *obligatio verborum*, come si rileva da una costituzione di Alessandro Severo (230 d. C.), che ne afferma la incontrovertibile validità.

c. 12 C. VIII, 40 (41). *Alexander A. Theodoto.* Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod cum pro alio intervenires, ἐγγυῶμαι dixisti, cum et his verbis obligationem verborum contrahi pridem receptum est.

Cfr. ead. in *Bas.* XXVI. l. 82.

Siccome nei documenti papirologici la ἔγγυη è assunta con la formola ὁμολογῶ ἔγγυῶσθαι, se la pratica aveva ridotte le formalità alla menzione dell'avvenuta *fideiussio* nel chirografo¹⁾, non parrà soverchiamente arrischiata la ipotesi di un'azione dei diritti provinciali d'origine greca sul diritto romano, azione che si esplicò nel

¹⁾ La validità della fideiussione contratta per chirografo, sembra potersi argomentare da un luogo del libro di diritto siro-romano. Par. § 76 a (= Lond. 107; Ar. 45; Arm. 53) *Si extat chirographum debiti altcutus erga alterum summae certae pecuniae, neque ille conveniatur antequam compleantur triginta anni, non licet amplius creditori petere a debitore vel a filiis eius, quoniam transierunt triginta anni neque ille ab eo petiit. Sed neque a fideiussore vel ab hutus filiis petere potest.* (trad. FERRINI, *Beiträge zur Kenntniss des sog. röm.-syr. Rechtsbuch*, in *Zeitschrift d. Sav.-Stift.* XXIII (R. Abth.), 137.

senso di indurre la giurisprudenza ad accogliere maggiore libertà di forme e a venir sostituendo, anche in questo campo, il principio più pratico e, nello stesso tempo, più fecondo di sviluppi dommatici, del riconoscimento della volontà d'obbligarsi al rigido formalismo tradizionale.

II) Come per diritto romano (6 pr. § 2, D. XLVI, 1; Inst. III, 20, 3) la garanzia prestavasi validamente anche in tempo posteriore a quello in cui erasi contratta la obbligazione principale, quindi anche indipendentemente dall'atto costitutivo di questa (*Oxy* IV, 707 (136 d. C.), col. II, lin. 32 segg. 1).

III) La ἐγγύη poteva essere congiunta con la costituzione di ipoteche o riconoscimento dell'azione esecutiva da parte dell'ἐγγυητής. Cfr. *Petr.* II, 46 (b), l. 4 segg.; *Wien. Stud.* V, pag. 4, l. 13-14 (con πρᾶξις καθ. ἐκ δίκ.).; *Oxy.* I, 125, l. 21 segg.; 136, l. 39-40.

Al creditore spettava il diritto di escutere il fideiussore prima di distrarre i pegni concessi dal debitore principale 2);

IV) Dai documenti che si conoscono è lecito affermare - per difetto - che la ἐγγύη non prestavasi *in durio rem causam*.

V) In *Wien. Stud.* V, pag. 5, l. 20 sgg. intervengono tre testimoni, i quali dichiarano di essere stati presenti e di avere udito quanto ha detto l'obbligato (la formola è: μαρτυρῶ τῆδε τῆ ὁμολογίᾳ ὡς πρόκειται καὶ ὑπέγραψα ἀκούσας παρὰ τοῦ θεμένου Σαμβᾶ μεσίτου ὡς πρόκειται). Che non fossero necessari alla perfezione del contratto si desume dal fatto ch'essi non intervengono sempre 3).

VI) Il debitore principale, alle volte, in uno speciale atto di obbligazione, prometteva all'ἐγγυητής di indennizzarlo d'ogni danno,

1) ἐγγύη in un caso di locazione di un fondo, che forma oggetto di un complicato rapporto, che non è qui il caso di risolvere. Gli obblighi assunti dal locatore sono a un certo momento garantiti dal fratello di lui: τούτων οὕτως ἔχόντων τῷ εἰς (ἔπει) Ἀδριανοῦ Καίσαρος τοῦ κυρίου ἐγγυητής ἔγινεται τοῦ ἀδελφοῦ Φιλίππου [Ἄ]νδρῆστιος πάντων τῶν διὰ τῆς μ[ε]σῆσεως[ω]ς ἀνεληλυμ[μέ]των καὶ ἔσχε αὐτὸς τὰ συγγεγραμμένα. Mancano, per lacunosa condizione del papiro, più speciali determinazioni.

2) Cfr. p. 291, segg.

3) Un testimonio compare anche in una ἄλλη ἐγγύη in *BGU.* II, 668, l. 14 15.

Il papiro citato nel testo appartiene alla 2ª metà del v secolo; epoca nella quale il numero di tre testimoni era pure richiesto da una costituzione di Leone (469 d. C.) per il *pignus quasi publicum*. Vedi in BRUNS (*Kleinere Schriften*, II, 129) i casi in cui GIUSTINIANO richiese l'intervento di tre testimoni.

che potesse derivargli in causa del mancato pagamento da parte sua alla scadenza (Es. *Oxy.* II, 270).

VII) Nelle collezioni di papiri si trovano menzionati altri modi di garanzia, che hanno loro corrispondenti nelle fonti giuridiche romane:

a) *BGU.* I, 124 (260-268 d. C.) contiene una *fideiussio fideiussionis* per l'assuntore di una βιβλιοχία, in questi termini:

Αὐρηλίου Ἡρακλείδου στρατηγῶ Ἀρτι(νοῦτου) || Α[ὐρή]λιος Σύρος Ἐκύ[σεως] μη(τρὸς) Θερμο[ύ]θεως ἀπὸ κώμης Φ[α]νήσεως [δ.] μινύω τήν τοῦ κ[υ]ρ[ί]ου ἡμῶν || Γαλλιγοῦ Σεβαστοῦ τύχην ἐ[κ]ο[υ]σίως καὶ ἀθά-
 ρέτως ἐγγυᾷ || σθ[α] Αὐρηλίον Σαρα[πί]ωνα Νεμε[σί]ωνος μη(τρὸς) Τανέσβεως ἀπὸ || τοῦ Ἀφροδείτοπ[ολε]ῖτου γεν[ό.] μενον καὶ [α]ὐτὸν ἐγγυητή(ν) || Α[ὐ]ρηλίου Ἐκύ[σε]ως Σάϊτος μη(τρὸς) || Τελλῶτος ἀπὸ κώμης Θεα[λε]-
 φείας ἀναξ[ε]χόμενον εἰς βιβλιοχίαν.....

Cfr. 8 § 12 D. XLVI, 1.

Il diritto romano, a cui si può far risalire questa forma di garanzia, della quale non esistono esempi nel diritto greco, non ammetteva la divisione dell'obbligazione tra il *fideiussor principalis* ed il suo fideiussore.

L. 27 § 4 D. XLVI, 1: « Si fideiussor fuerit principalis et fideiussor fideiussoris, non poterit desiderare fideiussor ut inter se et eum fideiussorem, qui pro se fideiussit dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare ut inter se et fideiussor dividatur obligatio »;

b) Più interessante è *Oxy.* III. 508 (102 d. C.) che nel suo insieme costituisce una stipulazione di garanzia in favore di due debitori, ma che richiama - unico esempio ¹⁾ - un altro istituto, il quale ebbe largo sviluppo e largo uso nella prassi giuridica dell'impero, e la cui natura formò, tra i giureconsulti, oggetto di vive discussioni: il *mandatum pecuniae credendae*.

¹⁾ L'erudita cortesia del prof. B. P. GRENFELL, interpellata da noi, ci fornì benignamente, onde vanno rese qui grazie, sui documenti di ἐγγύη in genere, e su quelli simili al papiro in questione, in ispecie, le seguenti notizie: ' Tebtunis II (which will not appear till 1906) has neither like P. Oxy. 508, nor is there any document of particular importance for ἐγγύη '.

- Ἔτους πέμπτου Αὐτοκράτορος Καίσαρος
 Νεροῦα Τραιανοῦ Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ
 [μ]ηγὸς Καισαρείου λ, ἐν
 Ὁξυρύγχων πόλει τῆς Θηβαίδος
- 5 Ὅμολογεῖ Στέφανος ὁ καὶ Ἀμοῖς Σωσιβίου
 τοῦ Ἀπολλοφάνους μητρὸς Πτολλαροῦτος
 Χαιρήμονος τῶν ἀπ' Ὁξυρύγχων πόλεως
 Ἑρακλᾶτι Ἑρακλ(ᾶτος) τοῦ Ἀρθώνιος μητρὸς
 Δημητροῦτος ἀπὸ τῆς αὐτῆς πόλεως ἐν ἀ-
- 10 γυιᾷ γεγονέναι ἐπ' ὀνόματος τοῦ ὁμολο-
 γοῦντος Στεφάνου κατὰ πίστιν δάνεια δύο
 [.] ὧν ἐκ τοῦ ἰδίου Ἑρακλᾶς ἐδάνεισεν διὰ
 τ[ο]ῦ ἐν τῇ αὐτῇ πόλει μνημονεῖου, κατὰ
 μὲν τὸ πρῶτον τῷ Μεχείρ μηνὶ τοῦ β (ἔτους)
- 15 [Τ]ραιανοῦ Καίσαρ[ο]ς τοῦ κυρίου Ῥούφου Διο-
 [κ]λέος τοῦ Διοκλέ[ο]ς μητρὸς Διδύμης Ῥου-
 φίωνος ἀργυρίου δραχμῶν τετρακοσίων
 πεντήκοντα ἐντόκιων ἐφ' ὑποθήκη τῶν δι-
 ᾶ τοῦ αὐτοῦ δανείου δηλωθέντων τοῦ
- 20 Ῥούφου ἐνγαίων, κατὰ δὲ τὸ ἕτερον τῷ Τῦ-
 βι μηνὶ τοῦ ἐνεχομένου τρίτου ἔτους τῆ
 τοῦ Ῥούφου ὁμογενεῖα ἀδελφῶ Διοκλεῖ
 ἄλλων ἀργυρίου [δρ]αχμῶν τετρακοσίων
 δέκα ἕξ κεφα[λαίου ἐφ'] ὑποθήκη τῶν [διὰ
- 25 τοῦ αὐτοῦ δη[λωθέντων] ἐνγαίων, ἀπ[ερ]
 δάνειά ἐστ[ι] παρὰ τῷ Ἑρακλᾶ, ὃ καὶ ἐ[ξεῖ]-
 [να].

Eraclas ha prestato in nome e sulla fede di Stefano, a mezzo del μνημονεῖον di Ossirinco, a Rufo 450 dramme d'argento fruttifere (ἔντοκοι), e a Diocle, suo fratello, altre 416 dramme d'argento (non è detto se fruttifere, ma è pure probabile). I due contratti sono garantiti da ipoteche (l. 18. 24). Stefano, che aveva emesso mandato perchè il credito avvenisse (γεγονέναι ἐπ' ὀνόματος τοῦ ὁμολογοῦντος . . . δάνεια δύο), riconosce con un atto di omologia al creditore che i due mutui furono contratti sulla sua fede, e sembra pure assumere responsabilità per il pagamento. Infatti le parole alle quali, pur troppo, si

interrompe il papiro: ϕ (i. e. creditori) και ἐ[ξεί]ναι... preludono (si noti il και) a disposizioni dirette fra i contraenti, essendo già fatta menzione dei mutuatari e delle garanzie da loro concesse. Se è così Stefano avrà probabilmente concessa - in garanzia reale della obbligazione assunta come *mandator credendi* - ipoteca sui suoi beni, se non si vuol pensare ad una clausola esecutiva.

Si è affermato ¹⁾ che l'Egitto potè conoscere, ciò che è ignoto nel diritto di Roma, una rappresentanza diretta, l'agire cioè in nome e per conto del mandante, al quale direttamente si acquistano i diritti e gli obblighi nascenti dall'esecuzione del mandato. Se così fosse, l'omologia susseguente all'esecuzione del mandato - che farebbe nascere un credito a favore del mandante (!) - si presenterebbe come il mezzo più adatto a salvaguardare i diritti del mandatario, l'unico e vero creditore. Ma, dato e non concesso che nei papiri s'incontrino casi di rappresentanza diretta, in ogni caso, si opporrebbe, nella fattispecie, a questa ipotesi il fatto della concessione delle ipoteche ad Eraclas mandatario e creditore, e la dichiarazione che i contratti sono in suo possesso.

Il diritto romano già nel I secolo d. C., su l'autorità di Sabino, ebbe accettata la validità del mandato di credito, negata nell'ultimo secolo della repubblica da Servio Sulpicio, al quale sembrava presentarsi come una forma invalida di *mandatum* Cfr. Gai. *Inst.* III, 156 = *Inst.* III, 26; 6 § 6, 32 D. XVII, 1.

¹⁾ La ipotesi, che ne deriverebbe doveva prevedersi ed esaminarsi, perchè l'affermazione, su cui si costruisce, appartiene al prof. WENGER, uno dei più profondi e geniali conoscitori della papirologia giuridica (*Papyrusforschung u. Rechtswissenschaft. Ein Vortrag...* (Graz, 1903), pag. 27-28). Il papiro, su cui l'affermazione si fonda, è BGU. I, 300 a cui già si accennò a pp. 276-277, n. 2. Alla *subscriptio* del mandante Valerio Cheremoniano segue l'altra del mandatario M. Sempronio Valente (l. 22): συν[έ]σταμαι και ἔκασ[τα] ποιήσω τῶν προκειμένων κατὸς πρόσταται.

BGU. I, 300 più ch'essere un esempio di *Vollmacht* - il quale del resto sarebbe tanto più strano fra Romani del II secolo d. C. - presenta, a mio modesto avviso, la nomina di un *procurator omnium bonorum*, onde un esempio pure greco - sebbene con diversità formali - fornisce anche la l. 60, § 4, D. XVII, 1: Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita: Σείω τέκνω χαίρειν. ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω τὸ ὑπὲρ πατρός και τῶν τοῦ πατρός οὐδὲν πραγματεύεσθαι: διότι τοῦ τινὰ ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν. εἰ δὲ θεῖ και τοιούτου τινός. ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι, εἴτε πωλεῖν θέλεις εἴτε ὑποτίθεσθαι εἴτε ἀγοράζειν εἴτε ὀτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν. ἐμοῦ πάντα κύρια τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου και μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πράξιν.

L'opinione sabiniana non giudica però alla stregua delle norme proprie del mandato ordinario, ma fonda la validità della nuova forma su considerazioni d'ordine piuttosto pratico che dommatico (quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset), e la legittima solo in riguardo all'*actio contraria*¹⁾. La quale, di semplice azione sussidiaria, quasi diviene l'azione principale del contratto, in luogo della normale diretta. Quale che possa essere il risultato dell'indagine su l'esistenza o meno di quest'ultima azione, il mandante con l'*a. contraria* era tenuto alle prestazioni del debitore nella stessa linea di questi; e, sia che si pensi, come il Ferrini, che agli inizi l'*a. contraria* dovesse essere ristretta al danno che il mandatario avesse risentito dall'esecuzione del mandato (il che se faceva, nel caso in cui il terzo debitore fosse insolvente, responsabile il mandante per l'intero, gli permetteva di essere tenuto solo in quanto al mandatario non fosse soddisfatto dal debitore); sia che, invece, com'è più consona al tenore delle fonti²⁾, fosse concesso il diritto al mandatario di rivolgersi per la soluzione al mandante o al debitore, la natura stessa del mandato con le azioni nascentine, dava ai contraenti il modo di salvaguardare i propri diritti.

¹⁾ Si osserva ancora che nel mandato ordinario l'*a. contraria* ha il suo fondamento nella natura stessa e nello scopo del mandato: essa nasce *ipso iure* con l'esecuzione dell'incarico avuto, come *consequentia iuris* del fatto che la volontà del mandante è diretta a fare eseguire un *proprium negotium*, onde sorge *ex se* l'obbligo ai danni derivanti dall'esecuzione; mentre per il *mandatum pec. credendae* si vuol trovare il fondamento dell'*a. contraria* in un'espressa promessa d'indennizzo. Come può essa nascere *ipso iure* - si chiede - se mancano le condizioni perchè ciò avvenga, cioè un obbligo principale del mandatario rispetto al mandante e quindi la qualifica giuridica di 'rimborso' per le spese occorse? (Cfr. FOERSTER, *Der Kreditauftrag* (Leipzig, 1903) p. 82). Ma sembra a noi che la legittimazione dommatica del *mandatum credendi* mediante la dimostrazione dell'esistenza dell'*a. directa* in esecuzione del mandato - non solo, come si pensa (FOERSTER, op. cit. p. 47 segg.) per ottenere la cessione delle azioni dal mandatario quando sia stato escusso il mandante, in luogo del terzo a cui è stato concesso il credito - sia possibile di su vari passi del Digesto e dei Basilici, che in altra occasione verranno esaminati.

²⁾ Il FERRINI, *Manuale di Pandette* (Milano, 1900), p. 622 afferma che 'almeno nel periodo della decadenza' la prassi della *libera electio* si estese al mandato in luogo di quanto normalmente avveniva, e cita la c. 19 C. VIII, 40 (41) di Diocleziano. Ma è incontrovertibile che assai prima la scienza giuridica l'aveva affermata unanimemente. Cfr. in ordine di tempo: GIULIANO (13 D. XVII, 1), GAIO (27 § 5 D. XVII, 1), PAPINIANO (56 pr. D. XVII, 1), CERVIDIO SCEVOLA (60 pr. D. XVII, 1), PAOLO (59 § 3 D. XVII, 1).

In Egitto, per contro, sembra che questo istituto giuridico non fosse compreso nella sua effettiva virtualità; nè che le azioni proprie di esso apparissero tali al creditore da assicurarlo pienamente. Ciò senza dubbio dimostra l'atto di omologia, nel quale il mandante si obbliga direttamente, quasi come ἐγγουητής (sebbene non appaia la parola) per il pagamento dei debiti di Rufo e Diocele.

Così, mentre da un lato il nostro papiro lascia supporre una recezione del diritto romano ¹⁾, dall'altro dà interessante esempio della resistenza opposta dalle consuetudini giuridiche del paese ²⁾.

VIII) L'ἐγγύη greco-egizia ebbe il carattere sussidiario? Giustiziano con la Nov. 4 (a. 535 d. C.), richiamando un'antica legge, della quale sarà questione più avanti, aggiunge alla dommatica configurazione della *fideiussio* la sussidiarietà dell'obbligazione assunta, nel caso di presenza del debitore (εἰ μὲν παρόντες αὐτῷ τύχοιεν ἀμφοτέρω, ὃ

¹⁾ Non è possibile affermare una derivazione dal diritto greco, perchè non si hanno esempi di *mandatum credendi*. Troppo arditamente invero, a mio modo di vedere il BEAUCHET (op. cit. IV, 376-377) insieme al CAILLEMER e al LÉCRIVAIN (ivi cit.) ne ravvisa un unico caso in Ps. DEM. c. Lacr. § 15. Androcle dice: ἰδάνεισα τὰ χρήματα Ἀρτήμωνι τῷ τούτου (scil. di Lacrito) ἀδελφῷ, κελεύοντος τούτου καὶ ἀναδεχομένου ἅπαντ' ἴσσειναι μοι τὰ δίκαια κατὰ τὴν συγγραφὴν. Le parole κελεύοντος ἀναδεχομένου non fanno pensare a un rapporto di mandato: κελεύειν non ha significato proprio di mandare (cfr. STEPH. Thes. La parola propria è ἐντολῆ; ἐπιτέλλειν, ἐντίλλειν. Cfr. MEIER-SCHOEMANN-LIPSIUS, op. cit. 736. κελεύειν in un contratto di garanzia richiama - coincidenza casuale! - il *tubere* romano); mentre ἀναδέχασθαι ha quello di ἐγγυᾶσθαι, con il quale si usa spessissimo. Cfr. BEKKER, *Anecd.* I. 244 (ἐγγουητής· ὁ ἀναδεχόμενος δίκην; p. 52: ἀναδέξει· εἶον ἐγγυῆσαι); HESYCH. *Etym.* (ἐγγύαι· ἀναδοχαί; ἐγγυος· ἀνάδοχος), e, per non tralasciare i papiri, cfr. *Wien. Stud.* V, 4, 8; *Oxy.* I, 125, 7; 136, 35 ed altri esempi nelle παραστάσεις raccolte nel geniale lavoro del WENGER (*Rechtshist. Papyrusstudien*, N. 1. *Gestellungsbürgschaften in den Papyri*, passim). Eppoi ἀναδέχασθαι allude più presto ad un'assunzione diretta di garanzia, come la ἐγγύη, che a una garanzia risultante da un rapporto complesso com'è il mandato. Nella fattispecie pseudo-demostenica (§ 44), LACRITO non venne in conclusione convenuto da Androcle come erede di suo fratello ARTEMONE, alla successione del quale aveva rinunciato, e neppure come *mandator*, ma come ἐγγουητής.

²⁾ Ciò non toglie che, considerando l'età a cui appartiene il papiro (principio del II secolo: 102 d. C.), non troppo lungi dai tempi in cui era fiorito MASSURIO SABINO (Tiberio-Nerone), al quale deve, per primo, la definizione della contesa su la validità giuridica del mandato di credito, e dopo il quale dovette quindi verosimilmente cominciare la elaborazione della giurisprudenza attorno all'istituto, si possa dar forma all'ipotesi che quest'uso provinciale di rivestire il mandato nelle forme dell'omologia, fosse una delle cause esterne del ravvicinamento, per certi rispetti, del *mandator pecuniae credendae* con il *fideiussor* (cfr. p. es. 6 § 2 D. XVII, 1; 32; 60 § 1 D. eod.)

τε πρωτότυπος ὁ τε ἐγγυησάμενος ἢ μανδατορεύσας ἢ ἀντιφονεύσας, ταῦτα ἐκ παντός φυλαττέσθω τρόπου); in caso di assenza al fideiussore convenuto, secondo il diritto riconosciuto al creditore, spetta la richiesta della fissazione di un termine, da parte del giudice, per fare comparire il reo, o, in caso di mancata comparizione, per sostenere la lite (ἐνδεικνύτο τῶν τὸν ἐγγυητὴν ἢ ἀντιφωνητὴν ἢ μανδάτωρα, καὶ ὄγε τῷ πράγματι καθήμενος δικαστῆς διδότω καιρὸν τῷ ἐγγυητῇ, ταῦτὸν δ' εἰπεῖν ἀντιφωνητῇ τε καὶ μανδάτωρι βουλομένοις τὸν πρωτότυπον ἀγαγεῖν, ἐφ' ᾧ τε ἐκεῖνον πρότερον ὑπομεῖναι τὴν ἐναγωγὴν, οὕτω τε αὐτοὺς ἐν καταλοίπῳ πεφυλάχθαι βουθεῖν).

Così le norme del diritto classico per il caso di concorso di garanzie reali e personali sono radicalmente mutate: si segue, nell'espere le azioni nascenti da quelle, lo stesso ordine stabilito per queste: e vi s'addivene solo dopo avere esperito le azioni personali (c. II, οὐ μὴν οὐδὲ ἐπὶ τὰ πράγματα τῶν δανεισαμένων, εἰ παρ' ἐτέρων κατέχαιτο, χωρήσει πρότερον, πρὶν ἂν διελθεῖν τὴν ἐπὶ ταῖς περσοναλίαις ὁδὸν κατὰ τε μανδατώρων).

Al Brassloff appartiene l'affermazione¹⁾ che simile *beneficium*, nelle sue linee fondamentali, abbia esistito fin dal II secolo d. C. nel diritto egizio.

Il principio della liquidità, che governa i titoli esecutivi, gli suggerisce la osservazione che la clausola esecutiva è per sua natura contraria al beneficio, onde gli si porge occasione d'indagarne - in troppo breve ambito però - la esistenza, ch'egli conchiude di su un passo di *P. Lond.* II, 311 (p. 219 segg.); facendo poi di tale sua affermazione il presupposto per ricercare in altri documenti, che furono, e a maggior ragione, riferiti da altri ad altra figura giuridica, esempi di *beneficium ordinis* in caso di assenza del debitore.

¹⁾ Op. cit. I Kap. *Executivclausel u. benef. excuss.* Afferma subito (p. 1) che 'für das durch die vierte Novelle eingeführte beneficium excussionis, bei welchen der Gedanke an ein provinzialrechtlichen Vorbild sehr nahe liegt, ist die'; ma poi s'indugia su la natura della clausola esecutiva; e solo alle pp. 22-25 si addentra nell'indagine che ci interessa e la conclude; nel 2° capitolo: *Benef. excuss. u. Gestellungsprivileg*, in cui applica il *beneficium* a spiegare le παραστάσεις dei papiri, afferma ancora: 'in Aegypten schon . . . früher gewohnheitsrechtlich anerkannten beneficium' p. 65 ('vor Papinian'! p. 69). Delle conclusioni del BRASSLOFF sembra avere dubitato il WENGER (Recens. dell'op. cit. in *Deutsche Literaturzeitung*, XXIV (1903), 612-614), sebbene egli non esprima la propria opinione.

A negare la esistenza del carattere sussidiario dell' ἐγγύη greco-egizia, prima verremo esponendo alcuni papiri, donde si traggono, a nostro modesto avviso, risultati negativi certi; poi sottoporremo a critica gli argomenti speciali addotti dal Brassloff

A) In ordine di tempo, primo si presenta un papiro del II secolo a. C.: *Petr.* II, 46 b (200 a. C.), in cui un certo Teotimo garentisce come ἐγγυητής ἰ' ἀπόμοιρα ¹⁾, assunta da certo Filippo, obbligandosi, per due talenti, somma che è parte dell' intero, a rispondere dell' opera di lui.

ὁμολογῶ ἐγγυᾶσθαι εἰς ἔκτεισιν
 Φίλιππον τὸν ἐξεληφότα τὴν ἀπόμοιραν εἰς τὸ δεύτερον ἔτος τῶν περὶ Φιλια-
 θέλφεαν
 τόπων ἀμπελώνων καὶ παραθεῖσων ταλάντων ἑνὸς καὶ δραχμῶν τρισχιλίων
 καὶ τὸν αὐτὸν εἰς τὴν ἔγκληψιν τῶν περὶ βούβαστον ἀμπελώνων καὶ παραθεῖσων
 δραχμῶν τρισχιλίων ὥστε εἶναι τὸ π[ᾶ]ν ἄλλαντα [δύο] πρὸς ἃ ὑποτίθημι τὴν
 ὑπάρχουσαν
 μοι οἰκίαν καὶ αὐλήν καὶ τὰ συνκύροντα ἐν Εὐσεργετίδι καὶ [αἰ] ἐμώμοκα [τὸν]
 γεγραμμένον ὄρκον βασιλικόν
 κατὰ τὸ σύμβολον τοῦτο.

Nella col. a) è contenuto il giuramento, nel quale l'ipoteca concessa è dichiarata καθαρά e prima di grado: [ἐμνομι] [ταύ]την τὴν ὑποθήκην ἣν ὑποθέθεικα πρὸς [ε] τ[ά]λλαντα δύο εἰς [αἰ] ἐμὴν καθαρὰν καὶ μὴ ὑποκείσθαι πρὸς ἄλλο μηθὲν ἄλλ' ἢ τὴν προγεγραμ[μέν]ην ἐγγύην.

Qui, in verità, non v' ha soltanto la costituzione di un' ipoteca per un debito altrui, perchè la ἐγγύη consiste nel fatto dell' intervento di un terzo alla garantia dell' obbligazione dell' assuntore dell' ἀπόμοιρα. La concessione dell' ipoteca rafforza la garanzia personale, avendosi per tal modo, un concorso di garanzia personale e reale, nella persona dell' ἐγγυητής, a responsabilità limitata ²⁾.

¹⁾ WILCKEN, *Griech. Ostr.* I, 157 segg.

²⁾ Il WENGER, *Zeitschr.* cit. p. 179-80 nota che questo σύμβολον 'privatrechtlich gesprochen keine Bürgschaftserklärung enthält sondern die Bestellung eines Pfandrechtes für eine fremde Schuld'. La costituzione dell' ipoteca ci sembra per contro doversi considerare come il modo di esplicarsi dell' ἐγγύη. Ne mancano le attestazioni nei Digesti. Cfr. 38 § 5 D. XLVI, 3. Il concedere ipoteche da parte dei garauti non costituiva un obbligarsi in 'duriores causas', chè la fideiussione sarebbe nulla *ipso iure*, ma un 'arctius se adstringere' (cfr. GIRTANNER, op. cit.

La mancata soddisfazione degli obblighi alla scadenza, da parte dell'assuntore, determina l'immediato procedimento alla vendita dei beni dell'ἐγγυητής: non v'ha alcun cenno a priorità di escussione o a necessità di preventiva citazione del debitore. Anzi nella col. c) del papiro havvi una dichiarazione che attesta come, in seguito al fallimento del locatore¹⁾, i beni del garante sono stati venduti e acquistati da certo Tolomeo. Il reliquato del debito di Filippo era d'un talento e 516 dramme e due oboli e subito il garante è stato iscritto per questa somma alla βασιλική τραπέζη di Crocodilopoli. Di più lo sventurato Teotimo ha dovuto pagare le spese della vendita forzata! Il fatto dell'obbligarsi εἰς ἔκτισιν poneva il garante nella condizione di essere subito escusso alla scadenza²⁾.

P. Reinach, 7 (141 (?) a. C.) lin. 33 segg. Un soldato mercenario, vittima, com'egli dice, di una ingiustizia eccessiva e in pericolo di diventare di libero schiavo per le azioni intentategli da certo Lisicrate, ricorre alla maestà di Tolomeo e Cleopatra, esponendo i fatti onde originarono le sue molestie. Si tratta di una vendita fattagli da Lisicrate, il quale nonostante che alla scadenza avesse ricevuto - secondo la versione del ricorrente - il pagamento di un acconto sul prezzo di vendita, ch'era da pagarsi presso la banca di Sozione, e poi, in seguito, il resto, trattenne presso di sè il chirografo rilasciatogli. Dopo qualche tempo Lisicrate convenne il ricorrente dinanzi allo stratego, negando l'avvenuto rimborso della somma, e s'è fece che

p. 33-39). Siccome le varie ipotesi di *durtior causa*, che s'incontrano nei Digesti, si possono ricondurre a un *plus re, tempore, loco e causa*, di fronte al diritto romano anche l'assunzione di una ἐγγύη sotto clausola esecutiva non avrebbe costituito che un '*arctius se adstringere*', non un *durtius se obligare*, e la fideiussione così prestata doveva considerarsi prestata validamente.

¹⁾ Vedi un esempio di escussione di fideiussori di un *conductor vectigalium* in l. 68 § 1 D. XLVI, 1.

²⁾ In *Rev. L.* col. 34. lin. 9. segg. sono contenute norme, per il caso sia di avanzo nell'esazione sia di *deficit*, che riportiamo nella fedele traduzione del GRENFELL: 'If there is a surplus left over, he shall pay to the chief tax-farmer and his associates through the royal bank the share of the surplus due to each member of the company. But if there prove to be a deficit, he shall require the tax-farmer and his associates and the sureties to pay each his share of it, the payment to be exacted within the first three months of the following year'. I garanti, in caso di *deficit*, sono tenuti per lo ἐπιβαλλον, verosimilmente, secondo me, la quota per la quale si erano obbligati nel σύμβολον. Se così è, qualora per coprire il debito non fosse stata necessaria tutta la somma stabilita da ciascuno per garanzia, è probabile che le somme stabilite da ciascuno fossero diminuite proporzionalmente.

costrinse il malcapitato a firmargli una συγγραφή in lingua egiziana, che fu segnata anche da un fratello, dalla madre e da due altri come garanti. Chiede il ricorrente che dal momento in cui a Lisicrate sia stata notificata copia del ricorso, non gli sia permesso di molestare in alcun modo nè esso nè i garanti.

μή ἐξῆ αὐτῷ κομισσάμενω τὸ [ἀ]ντίγρα[φο]ν τῆς ἐντεύξε[ε]ως ταύτης |
[μή]θεμίαν οἰκον[ο]μίαν κατ' ἐμοῦ ποιῆσθαι μηδὲ περι[σ]πᾶν με μηδὲ τοῦς
προγεγραμμένους ἑγγύους....

dove per essere i garanti nominati insieme come passibili dell'azione del creditore, risulta che rispondevano nella stessa linea. Se fosse esistito *beneficium* era inutile scrivere di sospendere l'azione contro i garanti, dal momento che essa avrebbe dovuto esercitarsi solo dopo l'esperimento dell'azione contro il debitore.

BGU. III, 981 (78-79 d. C.) presenta un ἀντίγραφον ἐνυγήσεως, prestata per un γραμματεὺς:

[Ὁ δεῖνα Πτολεμαῖ]ου Χαιρήμωνι Ἀνδρομάχ(ου)
[τοῦ καὶ Διοσκόρου τοῦ Χ]αιρήμονος Ἀγαθοδοτεῖφ
[τῆ καὶ Ἀλθαίει βασιλ(ικῆ) γ]ραμμ(ατεῖ) Διοπολείτου μικ(ροῦ)
[... χα(ίρειν). Ὁμολογῶ ἐ]νυγᾶσθαι τὸν ὀμοπάτριον
[καὶ ὀμομήτριόν μου] ἀδελφ[ε]ῖν Πτο[λ]εμα[ε]ῖον γρα-
[μματεῦσοντά σε] [.....]

Col. II. [χειρογράφῃ [ἐ]πι τῆς ἐνεστῶ[σ]ης ἡμέρας, ἐάν δὲ μή ποιῆ
ἢ [π]αραβῆ. [.] ἦτινι .. ἔγραψ[ε]. [.] ἐγὼ αὐτὸς ὑπεύθυνος
ἔσομαι.

Il garante assume di rispondere degli obblighi di suo fratello ἐάν ... μή ποιῆ ἢ [π]αραβῆ, se non farà o violerà i patti: ὑπεύθυνος indica chiaramente la responsabilità assunta per il fatto stesso della garanzia. Non è possibile rinvenire qui la più lieve traccia di sussidiarietà. Alla stessa affermazione si perviene dall'esame di un papiro dell'anno 487 d. C., pubblicato dall' Hartel in *Wiener-Studien* V, pag. 3-5:

† Μετὰ τὴν ὑπατίαν Φλς Λογγίνου τοῦ λαμπροτάτου παχῶν κβ' τέλει
τῆς δεκάτης ἰνδ. ἐπ' Ἀρσινε

Φλς Ε[ὐ]τοχίφ τῆ μεγαλοπρεπεστάτῃ καὶ ἐνδοξοτάτῃ κόμιτι τῶν
καθοσιωμένων δομειστικῶν καὶ πρωτεύοντι τῆς Ἀρσινοειτῶν πόλεως Αὐρή-
λιος Σαμβᾶς υἱὸς

ἅπα Νείλου με[σ]ίτης ἀπό [τ]ῆς αὐτῆς πόλεως ἀπό ἀμφόδου ἀλο-
πωλίων. Ὁμολογῶ τὰ ὑποτεταγμένα· προσελθὼν παρακέκληκα τὴν σὴν
μεγαλοπρέπειαν

ὥστε καταπι[στ]εῦσαι Αὐρηλίῳ Πέτρῳ υἱῷ Θεοδότου αἰτομέτρῃ ἀπὸ
τῆσδε τῆς Ἀραιοσιετῶν ὑποδέξασθαι τὸν δημόσιον σίτον κώμης Εἰκοσι-
πενταρουρῶν τῆς

5 Θε[ο]δοσιουπ[ολ]ιτικῆς ἐνορίας τῆς ἐμβολῆς τῆς εὐτυχοῦς ἐνδεκάτης
ἰνδικτιδῶνος ἢ καὶ ἄλλων ὧν ἐπιτρέψει τὸ σὸν μέγεθος, ἐμοῦ αὐτοῦ τοῦ
Σαμβᾶ ἐγγυωμένου αὐτὸν καὶ

ἀναδεχομέν[ου· κ]αὶ εἰξασα[τ]αῖς ἐμαῖς παρακλήσειν τοῦτο πεποίη-
κεν, ἐζήτησεν δὲ δι' ἐγγράφου ὁμολογίας τὸ ἀσφαλὲς παρ' ἐμοῦ δεῖξασθαι
περὶ τῆς ἀποκαταστάσεως οὗ ὑποδέχεται

ὁ προειρημέν[ος] Πέτρος δημοσίου γενήματος ἢ καὶ ἄλλου. κατὰ τοῦτο
ὁμολογῶ ἔκουσά γε γνώμη, ἐπομνύμενος Θεὸν παντοκράτορα καὶ τῆ[ν] εὐσέ-
βειαν καὶ νίκην τῆς καλλινίκου καὶ

ἀθανάτο[ο] γρα[φ]ῆς, ἐγ[γ]υᾶσθαι καὶ ἀναδεδέχθαι κινδύνῳ ἐμῷ καὶ
τῆς ἐμῆς ὑποστάσεως τὸν εἰρημένον Πέτρον ἀποπληροῦντα τὴν σὴν μεγα-
λοπρέπειαν ἢ καὶ τοὺς

παρ' αὐτῆς ἐ[πι]τρεπομένους ἐμπροθέσμως, τοῦτ' ἐστὶν ἐν καιρῷ τῆς
ἐμβολῆς ἢ καὶ ὅτε δὴ ἂν βουληθεῖη τὸ σὸν μέγεθος ὑποδέξασθαι, ἅπαν
ἐπερ φαίνεται ὑποδεξάμενος

10 με[τ]ρήσειν δημοσίου σίτου ἢ καὶ] ἄλλου ἐπὶ τῆς εἰρημένης κώμης
Εἰ[κο]σιπενταρουρῶν κατὰ τὰ παρ' αὐτ[οῦ] παρεχόμενα προτροφία ἢ καὶ
ἐνταγία· εἰ [δ]ὲ μ[ὴ] τοῦτο ποιήσει

[ἐκλείπω]ν τι εἰς τὴν ἀποκατάστασιν τοῦ μέτρου, ἐπὶ τῷ ἐμῷ τὸν τούτου
ἐγγυητὴν ἔνοχον εἶναι τὰς ἀποκρίσεις τῇ σῇ μεγαλοπρέπειᾳ ποιήσασθαι

[τοῦ ἐκλεί]ποντος εἰς ἀναπλήρωσιν οὐπερ φαίνεται ὑποδεξάμενος,
ὡς εἶρηται, μέτρου εἴτε δημοσίου σίτου εἴτε ἄλλου μετὰ καὶ τῆς προστρι-
βησομένης αὐτῇ

[ἰδικῆς] βλάβης ἢ ζημίας τούτου χάριν, ὑποκειμένων τῇ σῇ μεγαλο-
πρέπειᾳ καὶ τῷ δημοσίῳ λόγῳ εἰς τοῦτο π[ά]ντων μου τῶν ὑπαρχόντων
καὶ ὑπαρξόντων

[ἰδικῶς καὶ γ]ενικῶς ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δίκαιῳ καθάπερ
ἐκ δίκης· κυρία ἢ ὁμολογία καὶ ἐπερωμ(ένῃ).

.....

Segue la dichiarazione individuale del garante, identica a quella
qui riportata, la firma e le firme di tre testimoni.

Aurelio Sambas *μεσίτης*, che ha inoltrata domanda al *comes* ¹⁾ Eustochio di *καταπιστεύειν* (*fidem facere*) per Aurelio Petro *σιτομέτρης*, dietro accettazione del *comes* e richiesta di rilasciargli un chirografo di *ἐγγύη*, enumera i suoi obblighi come garante dell'assuntore *ζημοσίου σίτου* del villaggio di Eicosipentarouron.

La garanzia è in *omnem causam*, cioè per tutti gli obblighi di Aurelio Petro (8-10), e rafforzata da un'ipoteca generale sui beni dell'*ἐγγυητής* con l'aggiunta della clausola esecutiva.

Il garante è in questo caso tenuto con l'*actio ex stipulatu* (vedi pag. 274):

I) in caso che il garantito non provveda la quantità di grano stabilita (lin. 11);

II) in caso che non adempia in termine (lin. 12), a rispondere del mancante (*ἐνοχον εἶναι τὰς ἀποκρίσεις τῇ σῇ μεγαλοπρεπεῖα ποιήσασθαι* [τῶν ἐκλείποντος] εἰς ἀναπλήρωσιν) e a rifare il *comes* dei danni ²⁾ che dovessero derivargli dal non adempimento in termine (lin. 13-14). Ora nel fatto che Aurelio Sambas si obbliga per quanto manchi, si potrebbe vedere una indiretta attestazione di *beneficium ordinis*; ma basta a togliere questa supposizione, in tutti i casi in cui in tal modo l'obbligazione si presenta assunta dal garante, il fatto che in *P. Oxy.* I, 136 (583 d. C) l'*ἐγγυητής* dichiara di essere obbligato se il debitore *λοιπαδάριος φανείη* ³⁾ e rinuncia al *beneficium* già accordato da Giustiniano, prova evidente che il fatto d'obbligarsi il garante in caso di adempimento parziale dell'obbligazione da parte del debitore è indipendente dall'azione del *beneficium ordinis*: il che pure si rileva da ciò, che mentre nel nostro papiro l'obbligo del garante è in caso di adempimento parziale, è concessa la clausola esecutiva, che

¹⁾ Sul *comes* e sul *μεσίτης* (mediatore) cfr. il commento dell' HARTEI, rispettivamente a p. 14-15 e 16.

²⁾ Su la *ζημία*, cui sottostava il *comes* in diritto giustiniano, se il grano non era fornito nel tempo di legge, cfr. l'editto XIII. c. 4 (il prefetto e suoi dipendenti rispondono *κινδύνῳ οἰκείῳ καὶ τῶν ὄντων αὐτῷ καὶ ἐσομένων πραγμάτων καὶ κινδύνῳ τῆς αὐτοῦ τάξεως*, cfr. pure c. 6).

³⁾ La priore escussione del fideiussore obbligato εἰ ὁ πρωτότυπος λοιπαδάριος φανείη mentre potrebbe sembrare inconciliabile con la natura stessa del rapporto fra l'obbligazione del *reus* e l'altra del *fideiussor* la cui esigibilità appare quasi condizionata dalla escussione di quello (cfr. in questo senso PAUL. ad PAPIN. l. IV. *quaest.* l. 116 D. XLV, 1), tale non è, secondo l'opinione celsina espressa nella l. 42 pr. D. XII, 1.

per la sua stessa natura non si comporta con il *beneficium excusationis*.

Oxy. II, 270 (94 d. C.) è il documento più direttamente interessante la questione proposta: sebbene non contenga un contratto di ἐγγύη pure vi si riferisce; e dai rapporti, che vi sono sottintesi o adombrati e che la esegesi trae alla luce, si desume con sicurezza la inesistenza del beneficio.

È un contratto fra Lucia, che ha per κύριος il suo secondo cugino Heraclas, e Serapione che è intervenuto come ἐγγυητής in un mutuo di 3500 dramme per due anni all'interesse annuo del 12 0/6, prestate a Lucia da Eraclide, al quale essa aveva ipotecate in garanzia certi suoi stabili di un'estensione complessiva di aroure 24^{5/12}.

Del documento assai lungo riportiamo solo quanto direttamente interessa:

Ὁμολογεῖ Λουκία Σαραπίωνι τῷ καὶ Κλάρῳ . . . ἀπαρ-
νόχλητον καὶ ανείσπρακτον παρέξασθαι τὸν Σαραπίωνα τὸν καὶ
Κλάρων καὶ τοὺς παρ' αὐτοῦ κατὰ πάντα τρόπον ὑπὲρ ἧς πεποίητα
10 ὁ αὐτὸς Σαραπίων ὁ καὶ Κλάρος ἐγγύης Ἑρακλείδῃ Ἀπολλωνίου
τοῦ Καιρήμονος μητρὸς Ἑραΐδος Διδύμου ἀπὸ τῆς αὐτῆς πόλεως
καθ' ὁμολογίαν διὰ τοῦ αὐτοῦ μνημονείου τῷ ἐνεστῶτι μηνί Με-
χειρ, ὧν ἡ ὁμολογοῦσα δεδάνεισται παρ' αὐτοῦ κατὰ δανείου συν-
γραφῆν διὰ τοῦ αὐτοῦ μνημονείου τῷ αὐτῷ μηνί Μεχειρ ἀργυρίου
15 δραχμῶν τρισκιλίων πεντακοσίων κεφαλαίου τόκου δραχμαίου
ἐκάστης μνᾶς κατὰ μῆνα ἀπὸ τοῦ αὐτοῦ μηνὸς ἐπὶ ὑποθήκῃ

Segue la descrizione dei beni ipotecati da Lucia ad Eraclide.

εἰν δὲ τῆς προθεσμίας ἐνστάσης μὴ ἀποδῆ ἡ ὁ-
μολογοῦσα τῷ Ἑρακλείδῃ τὸ κεφάλ[α]ιον καὶ τοὺς τόκους, ἀπαι-
30 τηθῆ δὲ ὑπὲρ αὐτῆ[ς] ὁ Σαρ[α]πίων ὁ καὶ Κλάρος, κυριε[ύ]ειν αὐ-
τὸν Σαραπίων[α] τὸν [καὶ Κ]λάρων τῶν προκειμένων[ν] ἀρουρῶν
εἴκοσι τεσσάρων[ν] τρίτου δ]ωδεκάτου εἰς τὸν ἅπαντα χ[ρ]όν[ον] ὧ-
ς ἂν πράξεως [αὐτῷ γενο]μένης καὶ [ἀ]ποφέρεσθαι τὰ ἐξ αὐτῶν
καὶ ἐτέροις αὐ[τῆς] πωλ]εῖν καὶ χρᾶσ[θαι] ὡς] εἰν αἰρήται κ. τ. λ.

L'originario contratto di mutuo intercorso fra Lucia ed Eraclide si può facilmente rappresentare alla mente, su la scorta di uno dei

tanti documenti di mutuo greco-egizi (p. es. *P. Oxy.* III, 506 (143 d. C.), annettendovi la dichiarazione dell'ἐγγυητής.

Il Wilcken nell'indice per materia dei papiri¹⁾ lo qualifica come 'Versprechung zu Gunsten von Bürgen'; gli editori lo presentano come 'Indemnification of a Surety'. Infatti con tali contratti fra il debitore e il suo garante si mirava a render più sicura la posizione di quest'ultimo, il quale, se avesse dovuto rispondere, avrebbe avuto in luogo di un'azione di regresso derivante dalla sua posizione giuridica di ἐγγυητής di fronte al debitore, un'azione, contro il patrimonio di questi, derivante dai termini del contratto²⁾.

Nel diritto romano si riscontrano contratti, che hanno qualche analogia con queste pattuizioni: p. es. a fine di garantirsi contro la eventuale insolubilità del debitore, contro il quale gli competono normalmente l'*actio mandati* o l'*a. negotiorum gestorum contraria*, il fideiussore può esigere un *fideiussor* dell'azione: 'potest accipi fideiussor eius actionis quam habiturus sum adversus eum pro quo fideiussi, vel mandati vel negotiorum gestorum' l. 4 pr. D. XLVI, 1. Nulla poi s'opponesse al pensare che in una *stipulatio* successiva il fideiussore acquistasse l'*actio ex stipulatu* contro il debitore, al quale avesse rivolta la domanda: 'quod Titio pro te solvero dare spondes?' Ma in

¹⁾ *Archiv für Papyrusforschung*, I, p. 19.

²⁾ Nel diritto greco s'incontrano, non di rado, contratti fra gli ἐγγυηταί e il debitore, contratti che sono del tutto indipendenti, in rispetto alla causa, se pure concomitanti - come del resto quello del nostro papiro - dal contratto di ἐγγυησις. Due esempi si trovano in *Ps. Dem. c. Apat.* 8. Il garante vende una nave, datagli in πρᾶσι; ἐπὶ λύσει dal debitore, che si era obbligato a tenerlo indenne (ὠνήν ποιῶμαι τῆς νεῆς καὶ τῶν παιδῶν ἕως ἂν ἀποδοίη... τὰς τριάκοντα ὧν κατέστησεν ἐμέ ἐγγυητὴν τῷ τραπέζιτῃ) e in *Isocr. Trapez.* (37), 44, dove il garante non presta la garanzia, se non è assicurato con un deposito (ἐγγυητής μου ἐγένετο ἐγούμενος πίστιν ἔχειν ἰκανὴν τὸ χρύσιον παρ' αὐτῷ κείμενον).

Un altro esempio, che però si presenta come misura repressiva contro il debitore, il quale ha lasciato escutere il garante, non come atto precauzionale di prevenzione, porge una iscrizione di Delo, riportata dal GUIRAUD (*La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine* (Paris 1893), pag. 441⁴). Ἄν τις τῶν ἐγγυητῶν εἰσπράξει τοῦ μισθώματος ὑπὸ τῶν ἱεροποιῶν ἢ αὐτὸς ἀποδοίη ὑπὲρ τοῦ καταστήσαντος αὐτὸν ἐγγυητῆν, ἐγγραφεῖτω ἢ βουλή (ὀφείλοντα) τῷ ἐγγυητῇ τὸν καταστήσαντα τὸ ἀποτείσδεν ἀργύριον ἡμιόλιον καθάπερ τοὺς ὀφληκῶτας, καὶ εἶναι τοὺς ἐγγραφεύτας εἰς ὑπερημέρους κατὰ τὸν νόμον.

In questo caso di appalto d'imposte, il Senato nota sui registri il nome dell'appaltatore insolvente e lo costituisce debitore del garante escusso per 1½ del l'ammontare del debito.

questo caso è facile osservare che l'azione per ottenere il rifacimento non è derivante dai rapporti nascenti per la interna struttura della *fideiussio*; sì bene il suo nascere è sottoposto all'arbitrio ed all'accettazione del debitore, trattandosi di un rapporto indipendente: di più, la giurisprudenza supplì alla mancanza del regresso con la *cessio actionum* del creditore al fideiussore escusso.

Restringendoci all'esame del nostro papiro la convinzione della inesistenza del *beneficium* si trae dalle seguenti considerazioni:

Senza dire che la esistenza del *beneficium* avrebbe reso meno necessarie o addirittura non necessarie pattuizioni, come quelle contenute nel papiro, meraviglierebbe in ogni modo la mancanza di qualsiasi accenno alla sussidiaria responsabilità del garante nel contratto di mutuo originario, il che, se fosse stato, apparirebbe nel nostro papiro. Nel quale invece alla dichiarazione di Lucia di volere che l'ἔγγυθητής sia ἀπαρενόχλητος καὶ ἀνεῖσπρακτος per quanto riguarda la garanzia prestata a Eraclide - ciò che dimostra già la possibilità della sua escussione - un'altra ne segue, che veramente risolve il problema: la dichiarazione cioè che il garante può essere impetito in vece sua (lin. 29-30: ἐάν . . . ἀπαιτηθῆ ὑπὲρ αὐτῆς (scil. Λουκίας) ὁ Σαραπίων). Eppoi - e qui è la riprova sicura - il fideiussore Serapione può essere escusso prima del procedimento d'alienazione dei beni ipotecati dalla debitrice direttamente al creditore: il che si rileva dalla successione ipotecaria di Serapione al creditore, contrattata con Lucia, per di più con patto commissorio (κυριεύειν αὐτὸν Σαραπίων[α] τῶν προκειμένων ἀρουρῶν)¹⁾ in suo favore. Il garante escusso invece della debitrice, solve il debito e con ciò acquista la proprietà delle cose già ipotecate al creditore! Da questo, mentre si conchiude la mancanza di *beneficium excussionis*, si rileva d'altra parte che al creditore spettava anche la scelta fra le azioni personali contro il fideiussore, e le reali, che gli competessero contro la debitrice²⁾: non altrimenti di quanto il diritto romano statuiva in proposito; cfr. l. 51 § 3 D. XLVI, 1; 56 pr. D. XVII, 1; c. 2 C. VIII 40 (41).

¹⁾ Cfr. sul patto commissorio apposto all'ipoteca greca nei papiri, le interessanti e originali osservazioni del prof. E. COSTA, *Sul papiro fiorentino*, N. I. in *Bull. Ist. d. rom.* XIV (1902), p. 47 segg., e *Mutui ipotecari greco-egizi* (ibid. XVII (1905), p. 98 segg.), e gli autori ivi citati.

²⁾ *Oxy.* II, 286 (82 d. C.), è classificato dagli editori come un contratto nel quale 'the writer thus occupied much same position which regard to the original loan

Oxy. I, 136 (583 d. C.) posteriore alla Nov. 4 (535), la quale v' è anzi ricordata con l'appellativo di *νερά διατάξις* (l. 38), è un lungo

as the surety in CCLXX, who was guaranted by the borrower against loss' (introduz.; cfr. introduz. a *Oxy. II*, 270). Il contenuto del papiro, nella traduzione degli editori correttissima ed accurata, è il seguente: '... (Heron) agreed that Zenarion would repay after 5 years to his mother Philumène, daughter of Heron, the 2000 drachmae of silver which Philumene lent me and my mother Thastis by a contract completed through the record office at Oxyrhynchus in Pharmuthi of the ninth year of the deified Vespasian, both the capital and the interest on it from the beginning up to the time of repayment, and would guarantee me and my mother against any trouble or liability whatsoever under penalty of paying us in full any loss or damage which we might incur in connexion with the transaction, in addition to half the amount, with the other guarantees contained in the agreement. Since Philumene is continually pressing me to repay, I have been forced to come forward, and request you to order the collector of external debts (*ξενικῶν πράκτωρ*. Cfr. n. 15, e introd. a *Oxy. IV*, 712) to be instructed to serve Zenarion and Heron with a copy of this memorandum, in order that they may secure us against any liability or trouble in connexion with the aforesaid debt, and may repay it, or take cognizance of the fact that, if I am made to pay anything on this account, I shall have the right of execution upon both their persons and any property which I may find in their abodes, whether granaries or other possessions. This petition is without prejudice to other claims which I have or may have against them, and to all my legal rights. I have dispatched as my agent Heraclides, son of Heraclides, to conclude the transaction'. Segue la data.

Se lo scrivente (Tizio) potesse considerarsi come *ἐγγυητής*, intervenuto a favore di Heron e Zenarion nell'originario contratto di mutuo con Filumene, madre di Heron, se ne trarrebbe un'altra prova contro il *benefactum ordinis*, poiché Tizio dichiara di essere continuamente molestato dalla creditrice. Meglio gli acuti editori affermarono trattarsi di *'similar case'* a quello contenuto in *Oxy. II*, 270 (introd.), che non ritennero nell'introduzione a II, 286 che Tizio occupasse una posizione come quella del garante (vedi sopra). Infatti un rapporto di questo genere sembra contraddire alla lettera del papiro ὠμολόγηκεν Ζηνάριον ἀποδώσειν μετ' ἕτη πέντε τῆ τοῦ Ἡρώους μητρὶ || Φιλουμένην Ἡρώου[ς ἄς ἐδ]α- [νεισ] ἐν τῇ Φιλουμένην ἐμοῖ || τε καὶ τῇ μητρὶ μου Θ[αῖσι] Tizio è debitore di Filumene (ἄς . . . ἐμοῖ . . .); il mutuo era stato fatto a lui. Dunque non era un *ἐγγυητής*; nei rapporti del mutuo originario. Siccome poi Heron e Zenarion si sono obbligati verso Tizio, in un contratto a parte, a salvaguardarlo da ogni azione di Philumene, bisogna pensare o che il mutuo contratto da Tizio fosse fatto in suo nome, ma in realtà a favore di Heron e Zenarion (nel qual caso neppure è da parlare di *ἐγγύη* di Tizio), o che in realtà il mutuo fosse in favore di Tizio, alla sua volta creditore di Heron e Zenarion, i quali, per compensazione, con un contratto speciale, si obbligano a solvere il debito alla madre.

In *B G U. IV*, 1057 è contenuto un contratto, nel quale il debitore si obbliga a tenere indenne un certo Eliodoro, che però, come risulta da lin. 15 segg., aveva assunto la obbligazione piuttosto come ἀλληλέγγυος (sebbene sia inesattamente detto *ἐγγυητής*); giacché esso è obbligato solidarmente coi debitori con la solita formula: $\frac{1}{2}$ παῖξις ἕστω . . . καὶ ἕξ ἐνός καὶ ἕξ οὗ ἐὰν αἰρηται.

documento, in cui il diacono Sereno, assumendo come fattore la conduzione degli stabili degli eredi di Flavio Apione, enumera minuziosamente gli obblighi suoi. Accede al contratto, come ἐγγυητής, Victor, il quale dichiara (προσομολογῶ δὲ κἀγὼ Βίκτωρ ὁ ἐγγυητής):

1. 35 ἐγγυᾶσθαι καὶ ἀναδέχεσθαι τὸν προγεγραμμένον Σερήνον διάκονον προνοητὴν διδοῦντα | πληροῦντα τὰ τῆς αὐτοῦ ὑποδοχῆς, καὶ εἰ λοιπαδάρως φανείη ἀκολούθως τῆς αὐτοῦ πιττακίους | οἰκοθεν καὶ ἐξ ἰδίων μοῦ διδόναι καὶ πληρῶσαι τὴν ὑμῶν ὑπερφ(ύειαν) ἀποταττόμενος | τῇ προνομίῃ τῶν ἐγγυητῶν, διαφερόντως δὲ τῇ νεαρᾷ διατάξει τῇ περὶ ἐγγυητῶν | καὶ ἀντιφωνητῶν ἐκφωνηθείση, καὶ ὑπεθέμεθα ἀμφοτέροι εἰς τὸ δίκαιον τοῦτου | τοῦ συναλλάγμ(ατος) πάντα ἡμῶν τὰ ὑπάρχοντα καὶ ὑπάρξοντα ἰδικῶς καὶ γενικῶς | ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ

È qui la resistenza delle consuetudini locali che contravviene alle norme del legislatore. Invero la menzione della costituzione giustiniana dice assai più che una semplice rinunzia ¹⁾; poichè se il *beneficium* fosse stato da lungo tempo negli usi egiziani (e in tal caso è legittimo pensare che pure in uso fossero le rinunzie) la rinunzia non dovrebb'essere in termini tali (particolare riferimento al beneficio a cui si rinunzia e alla novella che lo ha introdotto, mentre ciò avrebbe dovuto apparir superfluo se fossero stati d'uso e il *beneficium* e le rinunzie) da indurre per contrario la persuasione che il diritto nuovo fosse male compreso ²⁾.

¹⁾ Questo papiro si può esibire a riconferma della parola di Giustiniano nella Nov. 136, la quale sembra - col riconoscere valida per i banchieri, i quali non godevano del *beneficium* (Nov. 4, 3. 1), la pattuizione della rinunzia al *beneficium* (c. 1 εἴ τι γένοιτο τοιοῦτο σύμφωνον ἐξέστω αὐτοῖς καὶ κατὰ πρῶτου τοῦ μανδάτωρος ... καὶ κατὰ τῶν ἄλλων προσώπων χωρεῖν) - avere una portata più generale mediante la norma dichiaratavi: ἐξέστιν ἑκάστῳ τῶν δεδομένων αὐτῷ παρὰ τοῦ νόμου καταφρονεῖν. Lo stesso imperatore che ha innovato il diritto preesistente, deve tornar sui suoi passi e cedere alla consuetudine, che tendeva a concedere le più larghe garanzie al creditore.

Anche il MITTEIS. *Papyri aus Oxyrhynchos. Hermes*, XXXIV (1889), p. 106, riconosce la natura dispositiva della Nov. 4; e richiama la l. 1 D. II, 5 con la chiusa 'nisi suo privilegio specialiter fideiussor renuntiaverit' interpolata, a dimostrare che la rinunzia non era incompatibile con lo spirito del diritto giustiniano.

²⁾ Pure gli editori sagacemente affermano che la rinunzia maschera 'a mistrust of new law, which was imperfectly understood', n. a lin. 37-39.

Un altro documento posteriore a Giustiniano che tratta di ἐγγύη, nei soliti termini, senza menzione di *beneficium*, è *Oxy. I*, 125 (160, d. C.). Nel quale un

Ancora contro l'asserzione del Brassloff si può osservare che la virtù intima della ἀλληλεγγύη o *mutua fideiussio* - un modo di obbligazione che assai spesso compare nei contratti greco-egizi¹⁾ - dipende, se non erriamo, dal fatto che all'ἐγγύη semplice non andò mai unito *beneficium excussionis*. Infatti come forma giuridica complessa l'ἀλληλεγγύη è posteriore certamente all'ἐγγύη semplice: ora se per quest'ultima avesse esistito *beneficium*, quale obbiettiva ed interna virtualità ne sarebbe derivata alla figura giuridica della garanzia reciproca, se i termini semplici, di cui risultava composta, eran tali da comportare che ciascuno degli obbligati fosse tenuto dopo dell'altro o in quanto non si fosse percepito dall'altro?

B) Gli argomenti esposti dal Brassloff sono di doppia specie. Il primo è ricavato da una clausola di *P. Lond.* II, 311 (149 d. C.), l'unico documento che egli esibisca e che dovrebbe quindi essere inoppugnabile; il secondo un luogo del Codice giustiniano.

1. Thaësis, con il figlio Stotoetis suo κύριος e ἐγγυ[ητής] e insieme con altri due figli, Oro e Panephremmi, che accedono pure come garanti, mutua da Eracleia 1200 dramme al solito interesse di una dramma al mese; e si obbliga di restituirli ἀνυπερθέτ[ω]ς alla scadenza. Come garanzia concede ipoteca per il capitale e i frutti sovra certi suoi stabili e due schiavi, che non potrà vendere o ipotecare ulteriormente, sino alla compiuta soluzione del suo debito.

Segue il papiro²⁾ a determinare la responsabilità dei garanti:

οἱ δὲ προγεγρα[μμένοι] υἱοὶ Στοτόητις
 15 [καὶ Ὀρος καὶ Π]ανεφρέμμης ἐἴ[ν] μὴ ἀποτίσῃ] ἢ μητὴρ Θαή[σις τὰς]
 προικμένας προθεσμί[ας] ἢ καὶ παρελκυσθέντος χρόνου
 τὸν³⁾ τούτου τό[κον] μὴ δώ[σῃ] εἰς αὐτό]υς⁴⁾ τοὺς υἱοῦ[ς] ἐκ τοῦ

certo Pambechis, assunto come ufficiale nella tesoreria dello Stato e per il quale il capo di essa aveva prestato garanzia, si obbliga verso di questi a μὴ συγχωρῆσαι τὴν σὴν αἰδεσιμότητα ὑπομεῖναι βλαβὴν ἢ ζημίαν ἢ ὀχλήσιν ἢ σκυλμῖν ὑπὲρ ἐμοῦ τούτου ἕνεκεν, εἴτε ἐν δικαστηρίῳ εἴτε ἐκτὸς δικαστηρίου || ἄλλ' ἀνενόχλητον αὐτὴν ποιῆσαι καὶ ἄσχυλον καὶ ἀζήμιον καὶ ἀβλαβέες (lin. 14-15): in caso che il garante dovesse rispondere egli ha obbligati i suoi beni a lui.

¹⁾ Vedi p. 305 segg.

²⁾ Esso è riprodotto anche dal GRADENWITZ in una tavola di *Einführung in die Papyruskunde* (Leipzig, 1900), con qualche non sostanziale modificazione di lettura, accolta anche nel testo.

³⁾ GRADENWITZ.

⁴⁾ GRADENWITZ.

ἰδίου ἀπόδοσιν. ἐάν τε παρῆ ἢ ἀπῆ ἢ καὶ μὴ περιῆ

[ἢ μῆτηρ ὡσαύτ]ως

γεινο[μένης τῆ Πρα]κλειῶ τῆ[ς π]ράξεως ἔκ τε τῆς Θαήσεως καὶ
τῶν προκειμένων υἱῶν

[καὶ ἐξ ὑπαρχόν]των αὐτ[οῖς πάντων κ]αθάπερ¹⁾ ἐγ δίκ[ης]

Il papiro si chiude con la firma degli obbligati.

La clausola esecutiva agisce sì che alla scadenza siano escussi anche i figli garanti: basta che Thaësis abbia frustrato il termine. Ma pure al Brassloff la clausola ἐάν εἰ παρῆ ἢ ἀπῆ ἢ καὶ μὴ περιῆ rivela il *beneficium excussionis* del diritto greco-egizio. Egli argomenta:

‘In uno dei tre casi - presenza, assenza, morte - non devett'essere permessa la esecuzione immediata, perchè in altro modo a che servirebbe la enumerazione? Si potrebbe pensare che la morte della parte estinguesse l'obbligazione del garante: il contrario della morte è la vita e così invece di una tricotomia si avrebbe una dualità. Al caso della morte si avvicina l'altro dell'assenza: entrambi si oppongono al caso della presenza. Che in caso di assenza del debitore il garante sia liberato non può pensarsi, si deve quindi piuttosto assumere uno stato di cose per cui nel caso di presenza del debitore, il garante non è sottoposto al diretto esperimento dell'azione, nei casi di assenza e di morte l'azione resta sospesa’.

Come si vede il Brassloff architetta sapientemente, anche senza materiale, su di una espressione a cui dà un valore assoluto, nella quale è contenuta una enumerazione che rifletterebe la varietà dei casi in cui v'ha diversità negli effetti giuridici della prestazione dell'ἐγγύη; un'espressione esatta senza alcunchè di pleonastico; ma non in modo che non sia dato scoprire la debolezza delle fondamenta destinate a sostenere troppo grave edificio. Senza dire che le conclusioni superano la capacità della premessa e sembrano quasi suggerite dalla precoscienza dell'affermazione cui si vuol giungere; si potrebbe osservare, data la natura della prova addotta, ch'essa per provar troppo nulla prova: ma poichè da altri documenti, come vedemmo, si trae la convinzione dell'insistenza del *beneficium* - sebbene in tali casi in cui l'argomentazione non tende ad un punto adeguato alla base d'argomentazione, sia più difficile la critica - pure essa può, a mio modesto avviso,

¹⁾ GRADENWITZ.

farsi dimostrando che l'espressione, alla quale si dà sì gran valore, altro non ne ha che non sia quello di una disposizione puramente dichiarativa del pieno ed illimitato diritto di esecuzione della creditrice in ogni possibile evento: e contro *Thaësis ἐάν παρῆ* e contro i figli in caso ch'ella fosse presente o assente o morta; negando insomma un intimo valore alla clausola, un valore suo proprio e che dimostri una configurazione particolare di effetti distinti. La prova è fornita da *P. Ory.* III, 485 (178 d. C.), nel quale il creditore, che aveva pattuito che non pagato alla scadenza avrebbe avuto in proprietà una schiava, scaduto il termine senza che il pagamento si sia a lui effettuato, si rivolge all'archidicaste perchè avvisi lo stratego di notificare alla debitrice o suoi aventi causa, che, se non sarà pagato, egli entrerà in possesso della schiava. Questo dev'esser fatto noto alla debitrice *ἐάν παρῆ, εἰ δὲ μή, κληρονόμοις [α]ὔ[τῆ]ς τειλεῖ[σ]ις ἐάν δὲ κα[τ] ἀφέλικ[ε]ς ὄσι, νομίμοις αὐτῶν ἐπιτρόποις*, cioè se è ancora in vita, alla debitrice, se non ai figli *sui iuris*, o, se minorenni, ai loro legittimi tutori.

Di qui si deduce facilmente che la clausola (il *παρῆ* è più comprensivo di *παρῆ* e vi rientra anche il *ἀπῆ*) nulla aggiunge o muta alla condizione giuridica del creditore e suoi aventi causa di fronte ai debitori e loro aventi causa, ed ha un valore puramente pleonastico (perchè non è lecito pensare ch'essa fosse necessaria per stabilire la responsabilità dei figli del debitore in caso della morte di questi); o meglio, in altre parole, l'espressione alla quale si è attribuito sì grande valore probativo, non è se non una speciale e larga determinazione della responsabilità dei garanti, i quali, e si noti, saranno tenuti non solo se la debitrice *ἀπῆ* o *μή παρῆ*, ma ancora se *παρῆ*, cioè sia presente.

Nè maggior valore sembra doversi attribuire all'argomento indiretto fondato sopra la c. 6 C. VIII, 40 (41) dove '*lure nostro* avrebbe un significato di contrapposizione al *ius* del paese del ricorrente, che dal nome sembra egiziano. È facile invero comprendere la speciosità di questo argomento, dacchè altre costituzioni contiene il titolo 40 del libro VIII del Codice e tutte affermanti il diritto di scelta del creditore (2, 3, 16, 17, 26); ed è soverchiamente arrischiato il vedere in tutte l'affermazione del principio romano contro principi diversi; mentre, d'altra parte, sarebbe ingenuo il pensare che il debitore accessorio,

convenuto, non dovesse ricorrere che in base a un incontrastato diritto, riconosciutogli dalle leggi o dalle consuetudini del suo paese.

Ma poi perchè Giustiniano, se realmente avesse avuto un modello, vigente ancora negli usi provinciali, avrebbe fatto risalire la sua legge a una grande antichità, chiamandola *παλαιός νόμος*, e l'avrebbe dichiarata *τῇ χρήσει δὲ . . . οὐκ ἐνευδοκιμήσαντα* (Nov. 4, proem.), il che significa anche ch'essa non era in vigore a' suoi tempi?

Ancora: perchè il codificatore del diritto romano si sarebbe riferito a norme di legge non romana, tanto più ch'egli pone Papiniano, a ragione o a torto, in relazione con quella legge?

Si aggiunga un argomento di non lieve valore storico. Il Revilout da' suoi studi sui papiri demotici giunse a concludere che il sistema delle garanzie personali fu straniero al diritto indigeno egizio ¹⁾:

¹⁾ *Les obligations en droit Égyptien* (Paris, 1886), p. 183; *Précis de droit égyptien* (Paris, 1902), II, 1232. Pure l'uso del *βεβαιωτής* o terzo garante degli obblighi del venditore, nella vendita, del diritto greco (MITTEIS, op. cit. p. 503 seg.; WESSELY ad CPR. I. n. 1; cfr. anche DENISSE in *Nouv. rev. histor.* XVI (1902), pp. 685-86), sembra non essere entrato nelle consuetudini giuridiche del paese: la garanzia d'evizione è prestata dallo stesso venditore, il quale è come *βηβαιωτής* di se stesso (MITTEIS, 365). Conformemente, del resto, ad Atene, nel tempo classico, caduto in desuetudine l'uso del *βεβαιωτής*, è il venditore stesso che promette la *βεβαιώσεις*. SZANTO, *Hypothek u. Scheinkauf im griechischen Rechte*. Wien. Stud. IX (1887), p. 289 segg. BEASLEY, op. cit. p. 33. Secondo i principi romani (cfr. GIRARD in *Nouv. rev. hist.* VI (1882), p. 180 segg.) non era elemento essenziale, nella vendita, l'*auctor secundus* (es. in BRUNS, *Fontes* ⁶, pp. 289, 290; 4 D. XXI. 2; 12 C. IV, 38. La Nov. 4 c. 1 estende il *beneficium ordinis* al *βεβαιωτής*).

Cade qui in acconcio di fare un'osservazione a WILCKEN, *Griech. Ostr.* I, 553. A proposito di *P. Par.* 62, II, 7 segg. gli sembra che i *σύμβολα* dei garanti non solo contengano la determinazione della somma per la quale essi si obbligano con vincolo ipotecario: [ῥ]σα [ἐπι? τῶν ὑ]ποσθηκῶν ἔστιν; ma anche vi si dichiarino come intervenuti *τίνες ο[ἱ] βεβαιωτ(αι) καὶ ὅσας ἕκαστοι εἰς τὴν βεβαιοῦσιν ὑποθήκας* [. . .] *δεδώκασιν*. E nega che qui *βεβαιωτία* siano gli stessi garanti, non essendo probabile lo scambio di un termine tecnico come questo, che designa il garante d'evizione; onde intende piuttosto *βεβαιωταί* colui che garantisce con ipoteche le ipoteche dell'*ἐγγυητής*. Senza entrare nel merito della questione, osserviamo però che mentre secondo la giusta osservazione del MITTEIS la garanzia d'evizione nella vendita era prestata dallo stesso venditore e in tal caso il *βεβαιωτής* non era un garante che accedeva alla vendita, come nel significato tecnico dovrebbe essere (onde non può recar meraviglia che *βεβαιωτής* potesse esser detto il garante che garantisce i pegni costituiti: cfr. una *βεβαιοῦσις* dell'ipoteca, promessa dallo stesso ipotecante in *Oxy.* III. 506 (143 d. C.), d'altra parte *βεβαιωτής* nel senso di *ἐγγυητής* o *fideiussor* è usato anche da Scevola nella l. 34 § 1 D. XX. 1: *Δανεισάμενος παρὰ σοῦ δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μὴ βεβαιωτὴν ἀλλ' ὑποσθηκὴν παρ' ἐμοῦ λαβεῖν*

ond'è più che legittimo l'affermare l'origine greca della ἔγγυη greco-egizia. La quale si svolge con i suoi caratteri originari, fra cui non era quello della sussidiarietà (cfr. pag. 266), sotto l'influenza di un diritto che nè pure riconosceva il carattere sussidiario (cfr. pag. 270). Nè - se è esatta l'osservazione del Revillout - i caratteri greci dell'ἔγγυη poterono subir l'azione del diritto indigeno egizio.

Con ciò non è negato che il fideiussore potesse limitare le proprie responsabilità o anche stabilire una priorità d'escussione del debitore, ciò ch'era ammesso anche dal diritto romano (cfr. rispettivamente 63, 19 § 2, 54 D. XLVI, 1; 16 § 6 D. XLVI, 1; 19 C. VIII, 40 (41)); sebbene i papiri che trattano di ἔγγυη dimostrino nelle loro disposizioni una prassi tendente a concedere le maggiori e più strette garanzie al creditore ¹⁾.

¹⁾ Caduta così la base fondamentale delle ricerche del BRASSLOFF, è scossa conseguentemente anche l'altra indagine ch'egli imprende per fissare il carattere delle παραστάσεις, di cui ricca serie è conservata nelle collezioni, e che si presentano, a veduta del WENGER, come assunzioni di garanzia, dinanzi al magistrato per la comparizione del reus. Esse presentano i caratteri, che, secondo la prima ipotesi del LENEL (*Das Edictum perpetuum*, p. 54), concorrevano a costituire l'obbligazione del *vindex* romano; onde è porto al WENGER il destro di risollevere le sorti di quella dottrina, abbandonata dallo stesso suo autore (LENEL, *L'édit perpétuel*, p. 74 segg.). Qual grado di sicurezza abbiano gli acuti ravvicinamenti del WENGER non è facile dire, dacché dovrebbe prima risolversi se il *vindex* romano si obbligava direttamente dinanzi al magistrato o nella forma della stipulazione (*vadimonium*) con l'attore. È sintomatico però che l'opinione già espressa da un erudito conoscitore degli istituti romanistici, come il LENEL, abbia trovato in nuovi materiali una possibilità di conferma positiva.

Ad ogni modo, non con gli argomenti - pur diligentemente elaborati dal BRASSLOFF - si può negare la qualifica di '*Vindexartige*' data dal WENGER alle παραστάσεις. Perché essi partono dal presupposto dell'esistenza del beneficio nel diritto egizio, per arrivare a concludere che le παραστάσεις mascherano l'obbligazione assunta dinanzi al magistrato, dal fideiussore, in caso d'assenza del debitore principale, o di esibirlo o, in mancanza, di solvere l'obbligazione. Non diversamente da quanto stabilisce la Novella 4. Non è qui il caso d'imprendere una critica minuta, tanto più se non è stata vana la critica delle fondamentali. Lo stesso WENGER ha già opposto (*rec. cit. loc. cit.* p. 614) che le caratteristiche formali delle παραστάσεις non corrispondono alle norme giustiniane, secondo le quali il termine della presentazione non è indeterminato, ma stabilito espressamente dal giudice.

Del resto *BGU.* III, 936 (BRASSLOFF, 62 cfr. 30-31) è stato con esattezza interpretato dal WENGER; *BGU.* 891 verso porge al BRASSLOFF argomento contro il WENGER perchè contravviene alla norma che ciascun convenuto deve dare un *vindex*; mentre vi occorrono tre ἔγγυηται per quattro rei. Ma gli è sfuggita la



3. Tolta così la possibilità che a Giustiniano il *beneficium excussionis* fosse suggerito dal diritto provinciale greco-egizio, resta ancora aperta la ricerca di quel νόμος παλαιός, che, sebbene incompiuto e manchevole (ἀδύνατος), pur nondimeno sarebbe esistito nell'antico diritto di Roma. Tutte le ipotesi formulate per scoprirlo hanno naufragato di fronte all'inesorabile ed assoluto silenzio delle fonti giuridiche ed extragiuridiche.

Cuiacio pensò che dovesse risalirsi fino alle XII tavole, ma a scartare questa ipotesi basta osservare che in quei tempi di formazione giuridica la *sponsio* - chè ancora non era sorta la *fideiussio* - dovea conservare i rigidi caratteri derivanti dalla sua forma, che costituiva di fronte al creditore una obbligazione dello stesso grado di quella del *reus* ¹⁾.

Altri ricorsero a passi di Quintiliano, con non maggiore fortuna ²⁾; altri ancora, forse più vicini al vero, negarono, per l'assoluta defi-

l. 4 D. II, 6, la quale (sotto la rubrica: in ius vocati ut eant aut *vindicem* dent (in luogo di 'satis vel cautum dent') dispone: *Qui duos homines in iudicio sisti promiserit*, si alterum exhibet, alterum non, ex promissione non videtur eos stettisse cum alter eorum non sit exhibitus). Quanto a *Amh.* 139 (p. 63, cfr. 30) esso contiene e una ἐγγύη e una παράστασις ἐξ ἀλληλεγγύης (cfr. *P. Goospeed.* XIV (343 d. C.)). Si ricordano qui ancora due esempi di παραστάσεις n. 34 (342 d. C.), n. 8 (136/8 d. C.) contenute nei *Papiri fiorentini*, l'intrapresa pubblicazione dei quali trae lieti auspici dalle cure generose e sapienti di G. VITELLI.

Il secondo di essi presenta una formola diversa dalle conosciute, sebbene, nel fondo, vi corrisponda. L'ἐγγυητής afferma: ... ἐὰν δὲ μὴ [πα]ραστήσω || κήψομαι τὴν ἐγγύην (lin. 7-9); la quale espressione maschera, almeno a mio avviso: ἐκβεβάζω τὰ πρὸς τὸν ἐγγυόμενον ἐπιζητούμενα dei papiri noti (cfr. WENGER, op. cit. passim).

¹⁾ *Expositio Novell.* ad *Nov. 4* (ed. veneta, II, col. 904 B). Cita a sostegno Cic. *Ep. ad. Attic.* XII, 14, 17; XVI, 12, 15. Senza dire la critica del BALDUINO, il quale obbiettava a CUIACIO l'opinione di Quinto M. Scevola, rilevata dalla l. 43 D. XVII, 1, e senza ripetere le ragioni, onde la critica moderna non ravvisa in quei passi argomenti probanti (GIRTANNER, op. cit. pp. 120-123 e, ripetendo le osservazioni del GIRTANNER, l'APPLETON, *Étude sur les sponsores, fidepromissores et fideiussores.* *Rev. de légis. anc. et mod.* VI (1876), 578-580), parmi che si possa esibire, ciò che non vedo fatto, per affermare la *libera electio* ai tempi di Cicerone, *pro Flacco*, 20; dove un Ermippo, fideiussore di certo Eraclide presso i Fufii, per un mutuo, ritornato in patria, è da costoro richiesto del pagamento. Ermippo chiede ad Eraclide, ma intanto paga ai Fufii.

²⁾ *Declam.* 273. Cfr. gli autori citati nella n. precedente.

cienza di materiale, su cui costruire un'opinione positiva, che tale legge abbia mai esistito ¹⁾.

Anche prescindendo dalla ricerca erudita e storica nelle fonti estragiuridiche, la dommatica romana della originaria *fideiussio* dovette opporsi di per sè alla concessione di un *beneficium ordinis*. Sorta su figure giuridiche *stricti iuris* ne ereditò i caratteri; l'effetto consuntivo della contestazione di lite è sintomatico per un ravvicinamento alla correalità: la *libera electio* si presentava logica, dato l'originario sorgere contemporaneo di due obbligazioni: un *beneficium ordinis* concesso dalla legge avrebbe impedito la *libera electio*, che trovava nelle origini stesse della *fideiussio* stipulata la ragione più forte della sua conferma.

Il Girtanner ²⁾ pensa piuttosto a un νόμος riferentesi ai *mandatores pecuniae credendae*. Ma qual legge avrebbe potuto essere più forte della costruzione stessa del mandato ordinario romano, per cui l'obbligo del mandante verso il mandatario è sussidiario perchè limitato ai danni dell'esecuzione del mandato? E la giurisprudenza, in luogo di riconoscere codesta sussidiarietà, estese al mandato di credito le norme della fideiussione, affermando la *libera electio* del creditore ³⁾.

L'Appleton ⁴⁾, esumando un'ipotesi del Puchta ⁵⁾ propende a richiamare la *fideiussio indemnitalis*, perchè la sua struttura apparve tale a Paolo nelle sue note a Papiniano ⁶⁾ da richiedere la preventiva escussione del debitore principale, dovendosi da essa determinare l'*id quod a debitore servari non potuerit*. Se non che è ovvio il riflettere come questo modo di garanzia era una forma particolare, che anzi costituiva una eccezione alla *fideiussio* normale; onde non è a parlarsi di νόμος che istituiva la sussidiarietà della obbligazione. Non è insomma che la legge, per un *beneficium*, riconosca al fideius-

¹⁾ CONNANUS, *Comm. iur. civ.* IV, c. 7 § 9; BALDUINUS, *Comm. ad Nov.* 4: Justinianus ne videatur omnino ius novum edere praefatur aliquam olim legem eius generis fuisse. Cfr. GLÜCK, *Einführung*... XVIII, p. 300 segg. § 1084 (trad. ASCOLI, 123 segg.)

²⁾ Op. cit. p. 124.

³⁾ Cfr. p. 283.

⁴⁾ Op. cit. p. 575 segg.

⁵⁾ *Inst.* III, § 264.

⁶⁾ 116 D. XLV, 1.

sore il diritto di essere escusso dopo il *reus*: la posteriore escussione è nella *fideiussio indemnitalis* espressamente stipulata. E poi non era in sè incontrovertibile l'opinione di Paolo, dacchè nello stesso Digesto è conservato un passo di Celso (42 D. XII: 4), che conferma al creditore la *libera electio* anche in caso di *fideiussio indemnitalis*.

Non trattandosi quindi di una legge che mutasse il grado dell'obbligazione del fideiussore, meglio è richiamare - anche come più antica - la norma giuliana in:

L. 16 § 6 D. XLVI, 1 (IULIANUS, *libro LIH digestorum*):
« Cum fideiussor hoc modo acceptus esset: ' si reus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse iubes ' ? verisimile est id actum, ut cum appellatus reus non solvisset, fideiussor teneretur. sed et si reus, antequam appellaretur, decessisset, fideiussor obligatus erit, quia hoc quoque casu verum est reum non solvisse ».

Cfr: c. 19 C. VIII, 40 (41) (*Diocletianus et Maximianus AA et CC Sabini*), a. D. 293): « Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti vel fideiussorio sive mandatorio vel quocumque alieno nomine pro debitore intercessisti, non posse argueri creditorem eum qui mutuum accepit pecuniam quam te convenire, scire debueras, cum *si hoc initio contractus specialiter non placuit*, habeat liberam electionem ».

Con simili stipulazioni - della cui possibilità, contraria per vero alla originaria costruzione, facilmente si trova ragione nel prevalere del riconoscimento della volontà nei contratti - il fideiussore godeva, praticamente, di un vero e proprio *beneficium ordinis*.

Che poi non incontrassero il generale favore, e non fossero quindi di uso comune, è nella ragione stessa del rapporto di credito, nel quale il creditore mira alla più pronta e sicura garanzia (gli era tolta la possibilità di agire direttamente contro il garante quando questi apparisse, ad es., più solvibile del debitore). Donde la necessità, compresa da Giustiniano, di proclamare, come norma intrinseca della fideiussione, il beneficio per legge ¹⁾.

¹⁾ Ma poi, anche Giustiniano nella Nov. 116 (cfr. p. 295, n. 1) ammette la rinunzia. Si sono invertiti i termini. Ai tempi della giurisprudenza, per legge esisteva la *libera electio*, e per volontà dei contraenti poteva stabilirsi l'obbligo sussidiario; dopo la Nov. 4 la legge sanziona il beneficio, che la volontà dei contraenti può negare con una clausola di rinunzia nel contratto.

Quanto alla incompletezza avvisata da Giustiniano nella introduzione alla Nov. 4, essa risiederebbe: a) nell'obbligo del fideiussore di rispondere, avvenuta la morte del debitore *antequam appellaretur*, mentre il *beneficium* vero e proprio si estende al fideiussore anche di fronte agli eredi del debitore; b) nella mancanza della regolazione del caso d'assenza, che neanche è proposto. Del resto di Papiniano - il nome del quale è richiamato a questo proposito: οὐδὲ γὰρ ἦν τις ἐν-ταῦθα τῷ παλαιῷ νόμῳ εἰωρισμένη πρὸς θεραπείαν μέθοδος, καίτοι: Παπινιανὸς ὁ μέγας ἦν ὁ ταῦτα πρῶτος ὑψηγγράμενος (Nov. 4, c. 1) - nessun frammento si conserva nelle Pandette, non solo connesso con il caso d'assenza ma anche con il *beneficium* ¹⁾. La versione della Vulgata non è esatta rendendo καίτοι ὑψηγγράμενος con: 'cum utique Papinianus maximus fuerit qui haec primus introduxit'. Così si attribuisce al giuriconsulto non solo la risoluzione dell'ipotesi dell'assenza, ma ancora l'introduzione del beneficio nella regolazione giuridica dell'istituto; ciò che è contrario alle idee generali espresse da lui. Si comprende quindi l'inutile sforzo di una vana ricerca.

Più esattamente è reso il luogo dallo Schoell: 'tametsi magnus ille Papinianus haec primus demonstraverit ²⁾ (Kriegel docuerit)'. In tal modo è lecito pensare che si trattasse di una critica realmente fatta da Papiniano, ma in senso puramente dottrinale, non applicata alla pratica dei rapporti, in cui vigeva, per la fideiussione la regola della *libera electio*, e quindi non potevano verosimilmente esistere speciali regole per gli obblighi del fideiussore in caso d'assenza del debitore principale.

Nella ipotesi citata da noi per essere la obbligazione del fideiussore sottoposta a condizione sospensiva (come del resto anche in caso di *fideiussio indemnitalis*) resta sospeso - in relazione alla non esistenza della *libera electio* - l'effetto consuntivo della contestazione di lite, come quello, che sarebbe, per di più, in aperta contraddizione con la volontà delle parti, espressa nella stipulazione ³⁾.

¹⁾ Cfr. ad es. 56 pr. D. XXVII, 1 (*lib. III, respons.*). Qui mutuum pecuniam dari mandavit omissio reo promittendi et pignorbis non distractis eligi potest. . . .

²⁾ Vedi STREPH. *Thes.* alla voce ὑψηγγράμει.

³⁾ Quanto al *beneficium excussionis personalis*, introdotto dal cap. 2 della Nov. 4 (al quale sembrerebbe estendersi la portata del παλαιὸς νόμος giustiniano (cfr. in fine)), non si può invocare la c. 10 C. VIII, 13 (290 d. C.). L'opinione de DERNBURG (*Röm. Pfand.* 11, 377 segg.) che ivi si abbia un caso di beneficio d'escus-

E a questi casi deve estendersi l'accento di Giustiniano in c 28 C. VIII, 40 (41)

✠

Ἀλληλεγγύη ha il suo corrispondente romano in *mutua fideiussio*. Tale forma d'obbligazione appare - prevalentemente in contratti di locazione e di mutuo - quando due o più persone assumono in comune una prestazione, o quando un affare è conchiuso in beneficio di tutti coloro che si obbligano; donde potrebbe desumersi che la partecipazione diretta e comune degli obbligati fosse la causa della costituzione di tale vincolo giuridico.

Quasi sempre essa è assunta nel corpo stesso del documento del contratto con la semplice menzione che gli obbligati sono tali ἐξ ἀλληλεγγύης o sono ἀλλήλων ἑγγυοί.

I papiri che vi si riferiscono sono, per quanto ci è noto, i seguenti:

LOCAZIONE.

BGU. I, 197 (17 d. C.); *CPR.* 242 (40 d. C.); *BGU.* II, 591 (56-57 d. C.); *Lond.* II, 163 pag. 182 (88 d. C.); *BGU.* II, 538 100 d. C.); *Oxy.* III, 500 (130 d. C.), IV, 729 (137 d. C.); *BGU.* III, 916 (117-136 d. C.); *Lond.* II, 338, pag. 188 (142 d. C.); *Amh.* II, 9) (159 d. C.); *BGU.* I, 85, 1 (137-161 d. C.), II, 603 (167-169 d. C.), I, 217 R (II-III sec. d. C.); *CPR.* 32 (218 d. C.); *Oxy.* I, 103 (316 d. C.); *BGU.* III, 938 (IV sec. d. C.); *Lond.* I, 113, 5 b, pag. 211 (543 d. C.); 113, 4, pag. 209 (595 d. C.).

MUTUO.

Grenf. I, 18 (132 a. C.), 20 (127 a. C.), II, 18 (127 a. C.); *P. Reinach*, 8, (113-112 a. C.), 16 (109 a. C.); *Amh.* II, 50 (106 a. C.); *P. Reinach*, 26 (104 a. C.);

sione personale rispetto all'azione da intentarsi contro i terzi possessori, a ragione è stata criticata dal MITTENS (ad *CPR.* n. 19, p. 89 segg.), poichè per l'identità, desunta da necessità sintattica del passo, dei possessori della cosa ipotecata e dei debitori ipotecari, il significato della costituzione è che ai debitori è concesso un termine prima della contestazione della lite.

Un caso invece, in cui il terzo possessore dell'immobile ipotecato, è tenuto dopo l'esperimento delle azioni personali è nella l. 47 pr. D. XLIX, 14, in materia de' diritti del fisco (PAULUS, l. 1 *decretorum*) decisione dovuta all'equità di A. SEVERO (aequum putavit imperator). Cfr. pure la l. 5 § 3 D. I, 8.

Grenf. II, 27 (103 a. C.); *BGU.* IV, 1053 (13 a. C.), 1057 (13 a. C.); *BGU.* III, 911 (18-19 d. C.), III, 713 (41-42 d. C.); III, 910, 2 (71 d. C.), III, 664 (1 sec. d. C.); *Lond.* II, 336, pag. 221 (143 d. C.); *Oxy.* III, 506 (143 d. C.); *BGU.* III, 702 (151 d. C.), III, 853 (II sec. d. C.); *Gen.* I, 43 (226 d. C.); *Oxy.* IV, 712 (fine II sec. d. C.); *BGU.* II, 369 (531 d. C.), III, 736 (544? d. C.), III, 837 (609 d. C.), III, 725 (615 d. C.), II, 668 (biz.), II, 363 (biz.); *Amh.* II, 151 (610-644 d. C.).

DEPOSITO. *BGU.* III, 856 (106 d. C.).

COMPRA-VENDITA (di grano) *Tebt.* I, 109 (93 a. C.); βεβαιωσις *CPR* I, 223 (tempo di Traiano).

Nel diritto greco la formola designante l'obbligo solidale si esprime con la *πράξις ἐκ τε αὐτῶν τῶν θανεισασμένων | καὶ ἐκ τῶν ἐγγύων καὶ ἐξ ἑνός | καὶ ἐκ πλειόνων καὶ ἐκ πάντων καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς πραττούσῃ ὃν ἂν τρόπον βούλεται.* 1) Nel diritto tolemaico essa è leggermente modificata, con una ancor più speciale determinazione del diritto di scelta del creditore: *ἡ δὲ πράξις ἔστω | ἐκ τῶν δεδανεισασμένων | καὶ ἐξ ἑνός καὶ ἑκάστου αὐτῶν | καὶ ἐξ οὗ ἂν αἰρηθῆται, καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς πάντων | καθάπερ ἐγ δίκης.* *Grenf.* II, 18 lin. 22 segg. *Ead. Grenf.* I, 18 lin. 24 segg., 20 lin. 15 segg.; *Amh.* II, 50 lin. 23 (*καὶ ἰσότηρσιν οὗ ἂν βούληται...*); *Grenf.* II, 27 lin. 21 segg.; *Tebt.* I, 109 lin. 126 segg.

Nel periodo romano essa è ancora lievemente mutata conservandosi solo la menzione del diritto di scelta: *τῆς πράξεω[ς οὔσης] ἐ[κ τῶν] ἑμολογούντων, καὶ ἐξ οὗ ἂν αὐτῶ[ν α]ἰρηθῆται καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχ....* *Gen.* I, 43, lin. 15. *Ead. Oxy.* III, 506, lin. 46 segg.; IV, 729 lin. 21; *Lond.* II, 336 (pag. 221) lin. 20 segg. Cfr. *BGU.* IV, 1053 lin. 42; 1057 lin. 15.

In tutti questi papiri la *πράξις* sussegue alla dichiarazione che i debitori sono ἐγγυοὶ ἀλλήλων εἰς ἕκτισιν ο ἄλληλεγγυοὶ εἰς ἕκτισιν (*Oxy.* III, 506, IV, 729; ἐξ ἀλληλεγγύης *Gen.* I, 43). Onde si può affermare che quando l'obbligazione è assunta ἐξ ἀλληλεγγύης, e quindi al cre-

1) DARESTE-HAUSSOULIER - REINACH, *Rec. des inscript. turq. grecq.* I, 14 (p. 282, lin. 103 segg.). Cfr. ancora, *ibid.* I, 7 (p. 68) l. 31, un caso in cui i pratici d'una vendita si obbligano *καὶ μὲσω π[άν]τες καὶ χωρὶς ἕκαστος π[άν]τος τοῦ ἀργυρίου;* *Ps. DEMOSTH. c. Dionysod.* § 45 (*τὴν πρᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνός καὶ ἐξ ἀμοιβῶν*). Altri luoghi veggansi in MITTEIS, op. cit. p. 183²; BEAUCHET, op. cit. IV, 486 segg.

ditore il diritto di rivolgersi contro gli obbligati deriva dalla stessa conformazione di quella, la concomitante *πρᾶξις*, pure contenendo la designazione del diritto di scelta del creditore, deve considerarsi come mezzo più pronto ed efficace per ottenere la esecuzione degli obblighi assunti ἀλληλεγγύως.

Ancora sembraci che non possa accettarsi la ipotesi del *Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht* pag. 183, che la più antica espressione greca: ἡ πρᾶξις ἔστω... si mutasse nell'altra ἐξ ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν, perchè questa più si confaceva al concetto romano della correalità, mentre quella meglio sembrava riferirsi a semplice solidalità¹⁾. L'introduzione infatti della nuova formola è indipendente da qualsiasi azione del diritto romano e dei concetti romani, essendo impossibile retrostrarla al II secolo avanti Cristo, tempo, in cui la forma ἐξ ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν è già d'uso comune nei contratti (cfr. *Grenf.* I, 18 (132 a. C.); e gli altri papiri citati a pag. 305 sotto 'mutuo'²⁾.

Un documento solo ci conserva più speciali determinazioni sul modo di contrarre l'ἀλληλεγγύη: *BGU.* III, 853 (II sec. d. C.) che esibisce la chiusa di un contratto, e precisamente la parte che contiene le sottoscrizioni degli obbligati:

Παμόστης Μύσθου και Ἀπόγχι[ς] Πανεφρ[έμμεως]
 5 και Σαταβοῦς Πτο[λε]μαίου και Πακ[ύ]σις Παν[ε]φρέμμεως]
 οἱ δ' ἀλλήλων ἐν[γ]ύοις εἰς ἔκτισιν ἔχω
 και ἀποδώσω τὰς τῆς χρήσεως κεφαλαίου ἀργυροῦ
 δραχμὰς πεντακοσ[ίας] εἴκοσι τέσσαρες

A questa dichiarazione collettiva di debito con la designazione del vincolo che lega gli obbligati (οἱ δ' ἀλλήλων ἐνγύοι...), seguono le

¹⁾ Der griechische Ausdruck der älteren Zeit: ἡ πρᾶξις, scheint der römischen Fassung nicht mehr entsprochen zu haben; vielleicht deshalb, weil sie eher auf einfache Solidarität hinzudeuten schien. Sie (sc. die Correalitätsclausel) wird jetzt ersetzt durch das ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν

Che però la *mutua fideiussio* non sia da identificarsi con l'obbligazione cor-reale, vedi nel testo.

²⁾ Il problema delle origini ne resta quindi insoluto. Neppure dai lessici si trae qualche sussidio. In *ESYCH.* (SCHMIDT), *Lex.* (= *BEKKER, Anecd.* 376. 2) non si ha che: ἀλληλέγγυον ἢ ἐξ ἀμφοτέρων πίστις. Lo *STEPHANUS* (*Thes.* h. v.) non riporta esempi greci antichi, e si limita a citazioni del *BUDAËUS* riferentisi alla *Nov.* 99, e alla prassi bizantina: nè meglio offre il *SOPHOCLES* (*Greek Lex. of the rom. and byz. periods*) che cita un passo di *G. CEDRENIUS*, II, 466; il quale ricorda un tributo, portante quel nome, cui sottostavano i possessori di fondi in luogo dei poveri.

firme con la dichiarazione di ciascuno di essere tenuto nel pagamento dell'intero:

lin. 13, Ἀπὸ γὰρ Πανεφρέμμερος ἔχω καὶ συναποδώσω¹⁾
 [. . .] κίησ[. . .] ἀργυρ(του) δραχμᾶς πεντακοσίας
 εἰκόσι τέσσαρες καὶ τοὺς [δρα]χμαῖ[ους τόκους]
 ὡς πρόκειται. (Πα)κῦσις Π[α]νεφρέμ[μ]ερος ἔχω καὶ συ[ν]α[π]ο[δ]ώ[σ]ω
 ἑξ ἄλληλεγγύως τ[έ]σ[σ]α[ρ]ε[ς] καὶ τοὺς δραχμαῖους
 πεντακοσίας εἴκοσι [τ]έσσαρες καὶ τοὺς δραχμαῖους
 τόκους καθὼς [π]ρόκειται.

Il carattere di mutuità del rapporto di garanzia (e quindi per il solido dell'obbligazione) è dato nuovamente dalla espressione ἀλλήλων ἔγγυσι, giacchè la determinazione degli obblighi non compare, come si aspetterebbe, in una forma esteriore di reciproca ἔγγυή; tale cioè che ciascuno dei debitori si dichiara ἔγγυητής dell'altro e questi di quello.

Nè oserei affermare che così si contraesse validamente la *mutua fideiussio* anche per diritto romano e non piuttosto nella forma espressa di una fideiussione reciproca. Certo è che ai tempi di Papiniano essa era un istituto giuridico già riconosciuto: l. 11 D. XLV, 2.

'Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero extitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisim actionibus conveniret'.

L'inizio di questo passo altro non significa se non questo, che validamente e non inutilmente si può costituire un'obbligazione con pluralità di soggetti passivi, mediante *mutua fideiussio*: si tratta semplicemente dell'attestazione dell'avvenuto riconoscimento di un istituto giuridico, già d'uso comune nei diritti di origine greca.

¹⁾ Il συναποδώσω apposto, come si vede, da ciascuno dei debitori, quasi farebbe supporre che essi godessero di un beneficio di divisione, per il quale doves- sero, insieme, συναποδιδόναι. Ora il dubbio non può con certezza risolversi affer- mativamente perchè συναποδιδόναι, così solo, può anche mascherare, in luogo di una divisione concessa dalla legge, uno stato di cose per cui il debitore unico, scelto per l'escussione, riceverà dagli altri condebitori le quote di debito loro spettanti.

L'averne poi questo istituto effetti pratici simili a quelli derivanti dalla correalità senza però identificarsi con essa, spiega come nella fine del passo sia usato *duo rei promittendi* con evidente significato di contrapposizione. Del resto che si tratti della semplice affermazione della validità del nuovo istituto, anche senza pensare che si abbiano nei *rei promittendi* due debitori *pro parte*, che si obbligano con mutua fideiussione, come pensa col Dedekind ¹⁾ il Vangerow ²⁾; o che a un rapporto di correalità aderisca poi l'altro rapporto obbligatorio, come riconferma il Mitteis ³⁾, è dimostrato anche dal seguito del passo che ne spiega una particolarità caratteristica - la più nuova e interessante per il giurista - cioè il diritto del creditore di agire *pro parte* contro la stessa persona e come *reus* e come fideiussore dell'altro debitore.

Quanto a '*non inutiliter*' non solo si riferisce, come sembra potersi accettare con il Mitteis ⁴⁾, alla improponibilità della *exceptio litis dividuae* (cfr. Gai. IV, 122) che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore quando '*intra eiusdem praeturae*' fosse stato impetito due volte per lo stesso titolo *in partes*; ma ancora e più designa la *utilitas*, che derivava dalla stessa costituzione della *mutua fideiussio*, specialmente in rispetto al debitore, che avendo soluto l'intero, poteva agire con l'*actio mandati contraria* - quasi azione di regresso - contro il condebitore, per il quale aveva pure pagato (arg. da l. 6 § 2 D. XVII, 1); mentre avrebbe potuto eventualmente compensare quanto il creditore dovesse all'altro, in base a l. 4 e 5 D. XVI, 2, che ammette a favore del fideiussore la compensazione di quanto è dovuto al reo.

Già da questi particolari si argomenta una diversità - riconosciuta dal diritto - dell'*ἀλληλεγγύη* dalle obbligazioni correali: ciò che

¹⁾ *De except. divis.* (Gotting, 1853), p. 154 segg.

²⁾ *Pandekt* ⁷, III, 83 (§ 573).

³⁾ *Die Individualisirung der Obligation* (Wien, 1886), p. 69.

⁴⁾ Sebbene non riesca chiara la portata reale e pratica di questa '*utilitas*'. Invero, data specialmente l'ipotesi accettata dal Mitteis che si tratti di due *correi debendi*, quale utile poteva derivare al creditore nell'impetire due volte *in partes* (e quindi per l'intero) lo stesso debitore, al quale poteva addirittura chiedere il solido come reo e come fideiussore; mentre dippiù il creditore poteva anche - per sottrarsi agli effetti della *lis dividua*, dividere l'azione fra i due debitori o i due fideiussori o fra un reo e un fideiussore [non esistendo beneficio d'escussione]?

si desume ancora: a) dalla chiusa del passo papiniano (*non secus ac*), perchè, se è possibile un paragone, è presupposta una differenza¹⁾. b) La obbligazione correatale per la unicità del vincolo obbligatorio risultante dall'unicità dell'atto costitutivo, differisce profondamente per questo rispetto dalla mutua fideiussione, la quale non poteva non riflettere le particolarità derivanti dalla forma della prestazione (dualità o pluralità d'atti costitutivi donde non derivava unicità di vincolo d'obbligazione); sì che per quanto concerne gli effetti giuridici, essi non possono convenire con quelli derivanti dall'obbligazione correatale, appunto perchè debbesi tener conto di quelli derivanti dal doppio rapporto di fideiussione²⁾.

Con questi criteri differenzianti si può comprendere la reale portata della Nov. 99. La quale dispone che gli obbligati ἀλληλεγγύως siano tenuti *pro parte*, e che, se pure siansi obbligati in solido, debba dividersi l'obbligazione ognorachè i debitori siano presenti e solvibili (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 τι τοιοῦτο προστεθείη, φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον, οὐκ εὐθὺς μέντοι τὴν ἀρχὴν ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι, ἀλλὰ τέως μὲν κατὰ τὴν μοῖραν καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται, χωρεῖν δὲ αὐτὸν καὶ κατὰ τὼν

¹⁾ Ancora un argomento in favore della distinzione fra ἀλληλεγγύη e correatalità nel diritto giustiniano, si trae da Bas. XLIII. 3. 11, dove, nel luogo corrispondente al passo papiniano 11. D. 45. 2, la espressione ἀλλήλους ἐγγυᾶσθαι è usata in un senso proprio e diverso da *duo rei: καὶ εἰ δύναται οἱ δύο ἕνα γόμενοι ἀλλήλους ἐγγυᾶσθαι . . .* Dove una prova più evidente?

²⁾ Ad es. è ammessa nella correatalità l'assunzione dell'obbligazione *pure* da parte di un *reus*, *sub conditione* da parte dell'altro (4 D. XI.V. 2), mentre il fideiussore non può obbligarsi *pure* se il reo è obbligato sotto condizione (8 §§ 6, 7, D. XLVI. 1); così la mora di un *reus* non nuoce all'altro, perchè è obbligato *suo nomine* (32 § 4 D. XXII. 1), mentre il fideiussore, obbligato *nomine alieno* ne risponde (24 § 1 D. XXII. 1); così ancora la colpa e il dolo di un *reus* nuoce agli altri (18 D. XLV. 2), la colpa o il dolo del fideiussore non nuocciono per contro al debitore principale. Qualora si ammettesse l'identità dell'obbligazione correatale con la fideiussione mutua si ammetterebbero implicitamente contraddizioni interne in questo istituto. A ha obbligati B e C in modo che B sia fideiussore di C e C di B. Se essi si considerassero anche come debitori correatali, la interna contraddizione derivante dalle or ora accennate differenze, sarebbe evidente; perchè ciascuno è pure un fideiussore, al quale debbono applicarsi le norme della fideiussione e non quelle della correatalità.

Onde bene, a nostro avviso, il FERRINI affermò la diversità tra ἀλληλεγγύη e obbligazione correatale (*Enciclop. giur. ital.* XII, p. 430; *Pand.* p. 560).

ὑπολοίπων, εἰ γε καὶ εὐποροὶ καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι. c. 1) in caso d'as-senza o d'insolubilità l'onere spetta agli altri 1).

Una opinione, già da tempo dominante, ritiene che la Novella si riferisca alla correalità; e che quindi, a partire da essa, i correi abbiano goduto del beneficio di divisione 2); anzi tale dottrina sembra accettata anche dagli odierni romanisti francesi e tedeschi. 3) Contro di essa, oltre le considerazioni sovraesposte onde debbonsi differenziare le due figure nel diritto imperiale, per quanto riguarda il diritto giustiniano, stanno anche le seguenti, che aggiungiamo alle altre, già da altri opposte, come quelle che ci sembrano non assolutamente prive di qualche peso. A) Giustiniano, generalmente sì verboso quando innova, non si sarebbe, con assai probabilità, limitato a introdurre una innovazione, che sconvolgeva i principi del diritto romano sulla correalità, senza farne menzione adeguata. B) È stato osservato che, siccome nel proemio della costituzione si trova richiamata la Nov. 4, che si riferisce ai fideiussori, verosimilmente la Nov. 99 devesi considerare come un compimento della legislazione degli istituti di garanzia. Man-

1) Il BRASSLOFF, in *Zeitschrift d. Sav.-Stift.* XXV (1904), p. 298 segg (*Zu den Quellen der Byzantinischen Rechtsgeschichte*, I), avendo rilevato in *Amh.* 151 (610-644 d. C.) una ἀλληλεγγύη, in cui gli obbligantisi si dichiarano ἀδιαρέτως ἀλληλέγγυοι, ha argomentato che 'Wenn die Darlehnsnehmer sich hier als ἀδιαρέτως ἀλλ. bezeichnen, so soll damit die Präsümption einer bloss quotativen Haftung ausgeschlossen werden. Ist die Novelle 99 in Aegypten tatsächlich in Geltung ge-standen, so muss mann wohl dass in den übrigen Contracten nachjustinianischer Zeit, welche die Beisatz 'ἀδιαρέτως' nicht enthalten, die Gesamtschuldner nur pro parte verpflichtet sind'. Noi, dal canto nostro, rileviamo che in *BGU.* III, 736 (544-559 d. C.) e III. 837 (609 d. C.) di data posteriore alla legislazione giustiniana, i debitori ἀλληλέγγυοι dichiarano invece ciascuno la rispettiva parte ricevuta.

2) Un'esposizione particolareggiata e compiuta delle varie dottrine emesse sulla Nov. 99 è in VANGEROW, *Pandekt.* III, pp. 78-87 (§ 573 Anm. 4), e anche, in chiaro succinto, in WINDSCHEID [*Pandekt.* § 293 Anm. 10], che accetta l'opinione del VANGEROW. Il quale ritiene sì che la Novella 99 non contenga norme generali per la correalità, ma nello stesso tempo afferma, che le sue disposizioni si applicano al caso in cui i debitori correali hanno profitato del debito in misura eguale, e sono - presenti e solvibili - convenuti in comune. Giustiniano non avrebbe fatto che riconoscere nelle obbligazioni correali passive il medesimo rapporto giuridico sostanziale che ne era il fondamento. Ma, senza osservare con l'ARNDTs (*Pandekt.* § 215 Anm.) che questo rapporto per nulla riguarda il creditore, è sempre ammessa la possibilità che l'obbligazione correa, sia pure in un caso, corrisponda all'ἀλληλεγγύη.

3) MITTEIS, *Rechtsrecht u. Volksrecht*, pp. 183-84; GIRARD, *Manuel* 2, p. 735, n. 1; p. 737, n. 3; BRASSLOFF, *Zeitschrift*, cit.

cava però una testimonianza postgiustiniana, che avvicinasse espressamente l'ἀλληλεγγύη all'ἐγγύη, e negasse così una identità sostanziale con la correalità.

A noi sembra che, all'uopo, possa essere esibito il passo seguente, che togliamo dalla Πείρα XI, 6 (Zachariae a Lingenthal, *Ius Graeco-romanum* I, pars I).

Ὅτι γυνή μετά τινος ἐδανείσατο, καί τὸ δάνειον συνέστη μετ' ἀλληλεγγύου ἐνοχῆς, καὶ ἔλκοντος τοῦ δανειστοῦ τὴν γυναῖκα εἰς τὸ ἔλιν χρέος, ἔκρινεν ὁ μάλιστα καὶ ἡλευθέρωσε ταύτην τῆς ἐνοχῆς τῆς ἐγγύης, γράφας οὕτως· ὁ δανειστὴς τὸ χρέος ἅπαν ἐκ τῆς γυναικὸς ἐπεξίηται διὰ τὸ ἐγγεγράφαι τῇ ὁμολογίᾳ ἐκάτερον πρόσωπον εἰς ὀλόκληρον εὐθύνεσθαι· καὶ ἕκαστον ἀντὶ τοῦ ἑτέρου ἀλλ' οὐ τῆ νόμῳ τοῦτο δοκεῖ, οὐδὲ τὸ δικαστήριον τὴν τοιαύτην προσήκατο πρότασιν. ἐγγύης γὰρ ἀπάσης τὸ θῆλυ γένος ὁ νόμος ἀφῆκεν ἀνώτερον· ταῦτόν δὲ ἐστὶν ἐγγύη καὶ ἀλλήληγγυος ἐνοχῆ· ὥστε οὐδὲ ἡ ἐντεθεῖσα τῇ ἐγγράφῃ περὶ τῆς ἀλληλεγγύου εἰσπράξεως συμφωνία...¹⁾ τοῦτο δὲ τὸ νομικὸν ἐκ μονοπλεύρου κρατεῖν εἶχεν ἰσχύν. τῆς μὲν γὰρ γυναικὸς ἀποροῦσης πρὸς τὴν ἡμίσειαν τοῦ χρέους ἔκτισιν, πρὸς ἀνάγκης ἂν ἦν τῆ ἰωάννη καὶ εἰς ὀλόκληρον εὐθύνεσθαι τούτου δὲ πρὸς μεταβολὴν ἀτονούντος τοῦ ἡμίσεως, ἡ γυνὴ οὐδὲν πλέον τῆς ἐπιβαλλούσης αὐτῇ μερίδος ἐκτίνουσι, ὡς πρωτότυπος μὲν γὰρ εὐθύνην ἔχει, τὸ δ' ἐξεγγυημένον μέρος ἀποδιαπομποῦσι ταύτης αἱ διατάξεις.

In questo passo è dichiarato espressamente che nella stipulazione di mutuo, in cui una donna e Tizio si fossero obbligati per il *solidum* καὶ ἕκαστος ἀντὶ τοῦ ἑτέρου (et unusquisque pro alio), l'obbligazione della donna è nulla: ἐγγύης γὰρ ἀπάσης τὸ θῆλυ γένος ὁ νόμος ἀφῆκεν (omni enim fideiussione muliebri genus lex liberat): ταῦτόν δὲ ἐστὶν ἐγγύη καὶ ἀλλήληγγυος ἐνοχῆ (idem est ἐγγύης et ἀλληλεγγύης obligatio) e in fine: τὸ δ' ἐξεγγυημένον μέρος ἀποδιαπομποῦσι ταύτης (sc. γυνῆς) αἱ διατάξεις (et partem, pro qua fideiussit, omnes constitutiones mulieri auferunt). Alcun altro luogo delle raccolte di diritto bizantino²⁾ può

¹⁾ κρατεῖ supplet ZACHARIAE A LINGENTHAL.

²⁾ Era noto da HARMENOP, *Man. leg.* III, 6 § 17 che: καὶ ἀλληλεγγύως δανειζομένη μετὰ τινος γυνὴ βοηθεῖται (sotto la rubrica περὶ ἐγγυητῶν ἢ ἀντιφωνητῶν), ma si propendeva a riferirlo a un caso generale d'intercessione (cfr. 17 § 2 D. XVI, 1), come facevano i sostenitori dell'estensione della Nov. 99 alla correa-

essere più significativo per il ravvicinamento dell'istituto che c'interessa all'ἐγγύη, ravvicinamento suggerito, d'altronde, da ragioni d'indole dommatica.

Quali furono le ragioni che indussero Giustiniano a introdurre la nuova regolazione dell'ἀλληλεγγύη? A mio avviso, una necessità di coordinazione legislativa. La Nov. 4 concedeva il *beneficium excussionis* ai fideiussori, mandanti, costituenti; in base alla norma nuova poteva restar dubbio se ciascuno dei debitori ἀλληλέγγυοι potesse eccepire ed esigere la precedente escussione del condebitore, del quale egli era anche fideiussore (il che non poteva darsi quando al creditore spettando la *libera electio*, a lui pure spettava di fissare la persona, che gli doveva il pagamento, e che non poteva opporgli alcuna eccezione); ad ovviare agli inconvenienti e alle cavillose contese che potevano nascere, il legislatore - il quale, si noti, richiama la precedente legge portata su l'ordine di escussione dei fideiussori: proem. ἴσμεν πρώην τεθεικότας νόμον περὶ ἐπιλογῆς μανδατώρων τε καὶ ἐγγυητῶν etc. - dopo quattro anni (la Nov. 4 è del 535, la 99 del 539) interviene a dettare una norma certa, un trattamento normale e unico, dichiarando intendersi la obbligazione assunta ἀλληλεγγύως *pro parte*; e, in caso di pattuito pagamento del solido, doversi nondimeno impetire ciascuno per la parte che gli è spettata, καὶ μὴ τὸ κοινὸν χρέος ἰδιὸν τινος γινέσθω βάρος.

Concludendo, quando un'obbligazione fosse stata assunta in solido nella forma dell'ἀλληλεγγύη essa intendevasi assunta *pro parte*; non se invece i debitori si fossero dichiarati *duo rei promittendi* ciascuno per il solido, nel qual caso vigevano le norme della correalità.

Le osservazioni del Girard ¹⁾ che la Nov. 99 si debba applicare alle obbligazioni correali e che la sola restrizione apparente ch'essa contiene cioè che la obbligazione siasi assunta ἀλληλεγγύως, perde il

titolo (Cfr. WIEDING, *Novella Iustiniani*, XCIX (Berolini, 1857), pp. 124-125). Di sul nostro passo ogni dubbio scompare, perchè vi s'afferma non solo che la donna non è tenuta εἰς ὀλόκληρον; ma che, anche quando il mutuo sia stato contratto in suo interesse, una metà, nell'ἀλληλεγγύη, non è dovuta perchè essa è considerata come ἐγγυητής. Piuttosto è da richiamarsi il principio generale espresso in l. 2 § 1 D. XVI, l e l. 48 D. XLVI, l. Dippiù si noti che le parole ἐγγυητής, ἔγγυος, ἐγγυᾶσθαι... nel linguaggio dei Basilici non sono mai usate per indicare il concetto più generale d'intercessione (per cui si usa ἀναιφώνησις); sì bene lo specifico di *fideiussio*. Cfr. es. XXVI. 7. 32, 34, 37, 39, 40, 43, 41, 46, 47, 49, 56*.

¹⁾ *Manuel*, loc. cit.

suo peso se si ricordi che tale è nell'ultima epoca l'espressione designante la convenzione di correalità negli atti, presuppone già risolta affermativamente la questione se ἡ ἀλληλεγγύη corrisponda alla correalità; ciò che non è, avendo la giurisprudenza e Giustiniano stesso tenute distinte le due figure. Tutt' al più il romanista non può vedere nell'ἀλληλεγγύη greco-egizia e giustiniana se non una possibile forma di obbligarsi per il solido - onde per gli effetti economici esterni della soluzione si potrebbe, sempre inesattamente però, richiamare l'effetto della correalità - ma senza gli effetti e la interna struttura dell'obbligazione correale.

In base alle nostre conclusioni si può spiegare, in modo diverso che non sia stato fatto finora, la l. 47 D. XIX, 2. MARCELLUS *libro sexto digestorum*:

‘ Cum apparebit emptorem conductoremve (leg. emptoribus conductoribusve. Mommsen) 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 passo riguarda la convenzione di correalità nelle obbligazioni di buona fede. Cfr. del resto l. 13 § 9 D. XIX, 2; l. 9 pr. D. XLV, 2 (interpolato in fine? cfr. Mitteis, *Individualis*. cit. pag. 59. o, piuttosto, scorretto? cfr. Girard, *Manuel*⁸, 735, n. 4).

Siccome il passo afferma la divisione dell'obbligazione in parti fra i debitori assunti in solido, si sono messe innanzi due ipotesi: 1^a si tratta realmente dell'estensione del beneficio adrianeo ai debitori correali nei contratti di buona fede; 2^a non si avevano ancora idee esatte sugli effetti della correalità nei contratti di buona fede (Girard, op. cit. 736, n. 4).

Opinioni che invano cercano di dar giusta ragione; perchè, quanto alla prima, è inconcepibile un'estensione alla correalità di un beneficio legiferato per i fideiussori (e non pure per i costituenti! Cfr. c. 3 C. IV, 18) e specialissimo, senza che se ne vegga la ragione determinante; quanto alla seconda, l'affermazione è soverchiamente arri-

schiaata, non potendosi pensare che proprio nel fiore della giurisprudenza, quando già formata era la dottrina della correalità (il cui principio è contenuto nella seconda parte del passo), si potesse essere incerti su la sua azione nei contratti di buona fede.

Altri risolve la questione da un punto di vista giusto, ma non compiuto. Il Karlowa ¹⁾ opina che non si abbia a pensare ad un vero e proprio rapporto di correalità: 'Es ist danach mehreren Personen so verkauft dass ieder der Käufer nur ein Recht auf die ideelle Hälfte der Kaufsache erhält, zugleich hat aber der Verkäufer Haftung des einzelnen Käufers für den ganzen Preis ausgemacht. Hier liegt keine wahre Korrealität, sondern nur eine gegenseitige Bürgschaft für den den anderen treffenden Anteil am Preise vor'. Però dubita, perchè 'keine eigentliche Mitbürgschaft vorliegt'.

Il punto di partenza è giusto per ciò che suppone trattarsi di una *mutua fideiussio*, ma è incompleta perchè non è sufficiente a spiegare tutto il passo. Il quale contiene applicata allo stesso caso - locazione o vendita contratta con responsabilità solidale da parte dei locatari e compratori - una doppia decisione contraddittoria. Si afferma nel primo membro che ciascuno degli obbligati è tenuto alla prestazione di una quota parte, se tutti sono solvibili (ad praestationem partis sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo); eppoi nel secondo membro, aggiunto al primo con una proposizione concessiva (quamquam... sit) si dichiara che non devesi togliere al creditore la potestà di convenire a sua scelta, anche se tutti gli obbligati sono solvibili (si solvendo omnes erunt. electionem conveniendi quem velit non auferendam actori...).

Nè si potrebbe dire che nel secondo membro è contenuta la norma generale delle obbligazioni correali, quasi come contrapposta al primo membro che conterrebbe la norma da applicarsi al caso particolare della correalità nei contratti di buona fede; perchè in tale ipotesi il secondo membro non dovrebbe avere - come risulta evidente - particolare riferimento al caso specifico in questione.

A togliere la contraddizione dovrebbero, a mio avviso, ritenere il passo alterato già dai compilatori con l'inserzione di *ita - iustius sit*. Il passo originario doveva suonare press' a poco così:

¹⁾ *Römische Rechtsgeschichte* (Leipzig, 1901), II, 723-729. Nello stesso senso cfr. il MITTEIS, *Individualis*. cit. p. 60; e il FERRINI in *Enciclop.* cit. p. 439, 440.

Cum apparebit emptoribus conductoribusve pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum intuitum personam. etiam si solvendo omnes erunt, electio conveniendi quem velit non aufertur actori ¹⁾.

Per tal modo è la norma comune della correalità che Marcello applica anche alle obbligazioni di buona fede. I compilatori hanno avuto riguardo all' ἀλληλεγγύη, che nelle locazioni era già *ab immemorabili* d'uso costante e comune nelle provincie (cfr. pag. 305), ed hanno applicato il *beneficium divisionis* agli ἀλληλέγγυοι. *beneficium* di cui fin da Adriano godevano gli ἐγγυηταί; conservando nello stesso tempo la regola della correalità per quanti si fossero obbligati in solido e non in quella forma particolare.

Fontana, Settembre 1905.

G. BORTOLUCCI.

¹⁾ Nei Basilici (XX, 1, 46) il passo è reso così, con l'unica menzione del diritto di scelta del creditore: εἰν πολλοῖς μισθώσω ἢ πωλήσω σκοπῆ τοῦ ἕκαστον εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, ἐξουσίαν ἔχω χωρῆσαι κατ' οὐ βούλομαι, τὰς κατὰ τῶν ἄλλων ἀγογὰς ἐκχωρῶν αὐτῆ.

Uno scolio di Cirillo a εἰν πολλοῖς riporta il passo com'è nel Digesto.