

FIDEIUSSIONE *IN OMNEM CAUSAM* E PAGAMENTO DEGLI INTERESSI MORATORI DEL DEBITORE PRINCIPALE. DAL DIRITTO ROMANO AI CODICI CIVILI MODERNI

Andrea TRISCIUOGGIO

*A Horacio Heredia Vázquez,
apasionado joven romanista.
In memoriam*

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Estensione della fideiussione agli accessori del debito principale: dottrina ottocentesca e codici di tradizione romanistica*. III. *Fideiussio in omnem causam e interessi moratori*. IV. *Osservazioni conclusive*. V. *Bibliografia*.

I. PREMESSA

La riflessione giurisprudenziale romana in tema di stipulazioni di garanzia e principio di accessorietà ci presenta interessanti soluzioni, oltre che in merito alle più note fideiussioni *in duriorem/leviorem causam*,¹ anche a proposito della fideiussione *in omnem causam*. Tale *fideiussio*, piuttosto trascurata nel suo complesso in tempi recenti dalla romanistica,² non ha nulla a che

¹ Cfr. su di esse Mannino, Vincenzo, “Fideiussione e accesorietà”, *La garanzia nella prospettiva storico comparatistica*, V Congresso internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di Vacca, Letizia, Torino, Giappichelli, 2003, p. 64 e ss.; più recentemente Cardilli, Riccardo, “Garanzie personali e obbligazione”, *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di Piro, Isabella, Tricase, Libellula Edizioni, 2016, vol. I, pp. 564 e ss.

² Per reperire trattazioni con un certo grado di approfondimento esegetico (segnato sovente, nel Novecento, dal metodo interpolazionistico) occorre risalire a: Madai, Carl Otto von, *Die Lehre von der Mora*, Halle, C. A. Schwetschke und Sohn, 1837, pp. 415 e ss.; Mommsen, Friedrich, *Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, Schwetschke, 1855, pp. 277 e ss.; Kniep, Ferdinand, *Die Mora des Schuldners nach Römischer und Heutigem Recht I*, Rostock, Stiller, 1871, pp. 250 e ss., spec. 258 e ss.; Segré, Gino, *Corso di diritto*

vedere, malgrado una certa assonanza, con l'attuale fideiussione c.d. *omnibus*, sottoscritta la quale il mallevadore è responsabile anche per tutti i debiti futuri che il soggetto garantito avrà con il creditore (di solito, la banca).³ Le opinioni dei *prudentes* a cui mi riferisco, e che talora si traducono in statuizioni dell'imperatore di carattere particolare (*decreta, rescripta*), riguardano piuttosto quei casi in cui ci si chiede se il fideiussore possa essere ritenuto responsabile anche per il pagamento degli accessori, in particolare degli interessi di mora,⁴ che si considerano strettamente inerenti al debito principale, garantendo così il credito nella sua interezza. A questo allude, in tali contesti, il sintagma *omnis-universa causa*,⁵ che, tuttavia, oltre ad includere nella semantica giuridica, come vedremo, l'obbligo di pagamento degli interessi moratori,⁶ apre ad un più articolato coinvolgimento del *fideiussor*

romano. *Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Torino, A. A. 1933-1934, pp. 191 e ss.; Martino, Francesco de, *Le garanzie personali dell'obbligazione I*, Roma, Foro Italiano, 1940, pp. 152 e ss.; Frezza, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I*, Padova, Cedam, 1962, pp. 72 e ss. Un breve accenno si legge in Talamanca, Mario, voce "Fideiussione (parte storica)", *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, vol. XVII, p. 333. Daremo conto in seguito, nelle note, dei contributi più recenti dove si commentano i singoli brani che menzionano la *fideiussio* in esame.

³ Sulla fideiussione *omnibus* *cf.*, *inter alios*, con sguardo comparatistico sulle diverse legislazioni degli stati europei, Fiorentini, Francesca, "Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei", *Trattato notarile* (diretto da Preite, Filippo), Milanofiori Asago, Utet giuridica, 2011, vol. IV, t. 1, p. 794 e ss. Tuttavia nella dottrina civilistica spagnola si considera la fideiussione *in omnem causam* come un "híbrido de fianza por deuda futura y de fianza indefinida ex artículos 1825 y 1827.II CC"; così, Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, "El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?", *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX, núm. 4, 2006, p. 1719, nt. 152.

⁴ Nei codici civili attuali di origine romanistica, come si vedrà, si includono anche le spese di denuncia e giudiziali. Sul regime delle *usurae ex mora* nel diritto romano è qui sufficiente il rinvio a Cervenca, Giuliano, voce "Usura (diritto romano)", *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1992, vol. XLV, pp. 1130 e ss.

⁵ Dove il polisemico "*causa*" ha il senso generico di rapporto giuridico (*scil.* l'obbligazione principale); *cf.* in tal senso Georgesco, Valentin-Al., *Essai sur le mot "causa" dans le latin juridique. Étude de philologie juridique*, Bucarest, M. O. Imprimerie Nationale, 1936, p. 38 s. (a proposito di D. 21.1.56). Con maggiore precisione Segré, Gino, *op. cit.*, p. 191, rende l'espressione con "per l'intero rapporto di debito", conformemente, per altro, alla versione in lingua greca (εις πᾶσαν τὴν ἐνοχίην) che si afferma nella tradizione romanistica d'Oriente: *cf.* *Syn. Bas. mai.* E. I, 21 (in *Jus Graeco-Romanum*, t. V, p. 249). Locuzioni assimilabili sono: "*in omnem conductionem*" (D. 46.1.68.1); "*in universum*", "*in universam conductionem*" (D. 50.8.3.pr.1). In contesti diversi la locuzione "*omnis causa*" acquista un altro significato: *cf.*, per esempio, D. 14.1.1.7, in tema di *actio exercitoria*, dove è riconoscibile il senso di "ogni possibile rapporto giuridico".

⁶ Per altro, in talune fonti il rapporto tra la locuzione *causa* (con o senza *omnis*) e le *usurae* non può dirsi assorbente; *cf.* in proposito le osservazioni di Emilio Albertario opportunamente recuperate da Vallocchia, Franco (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle "usurae" nel diritto romano*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 143 e s. s.

nella vicenda negoziale e ad un'applicazione anomala del principio di accessorietà che in generale regola la fideiussione.

Si consideri, a tal proposito, che il *fideiussor (acceptus) in universam causam* può essere considerato il legittimo destinatario, in luogo del venditore, della *redhibitio* della cosa viziata,⁷ secondo l'opinione di Marcello condivisa verosimilmente da Paolo: D. 21.1.56 (Paul. 1 *quaest.*): “*Latinus Largus:⁸ quaero, an fideiussori emptiois redhiberi mancipium possit. Respondi, si in universam causam fideiussor sit acceptus, putat Marcellus posse ei fideiussori redhiberi*”.

Per altro verso, se la prestazione è divenuta impossibile durante la mora del debitore principale interpellato dal creditore, la finzione della *perpetuatio obligationis* opera anche per il fideiussore che abbia promesso “*in totam causam*”. La permanenza del vincolo in questo specifico caso si desume dal finale del seguente passo, ancora paolino: D. 45.1.91.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*): “*Accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant [scil. debitores principales] obligationem, quia in totam causam sponponderunt.*”⁹

Vale la pena poi di soffermarsi sul caso illustrato in D.46.1.56.2 (Paul. 15 *quaest.*), dove è posta la questione se il *fideiussor*, pur in caso di nullità iniziale di un mutuo, possa essere chiamato a rispondere in luogo dell'*accipiens* garantito che abbia “consumato” il denaro ricevuto. Nel testo, dove non si affronta in alcuno modo il problema se il fideiussore debba, o no, pagare

⁷ Su tale *redhibitio* *cf.*, *inter alios*, Donadio, Nunzia, “Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell’*emptio venditio*”. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti”, *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2007, t. II, pp. 505 e ss.

⁸ Forse un giurista di rango inferiore; *cf.* Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. Nocera, Guglielmo, Firenze, Sansoni, 1968, p. 195 e nt. 4; Ankum, Hans, “Das Verhältnis zwischen Latinus Largus und Iulius Paulus in D. 44.2.30.1”, *Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006, p. 12.

⁹ Nel testo originario di Paolo probabilmente il riferimento era alla *sponsio*; così, Segré, Gino, *Corso cit.*, p. 193, e, più recentemente, Cannata, Carlo Augusto, *Corso di Istituzioni di diritto romano II*, 2, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 259 e ss. Per la critica testuale e altre ipotesi interpolazionistiche si vedano anche: Mayer-Maly, Theo, “Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91”, *Iura* 7, 1956, pp. 20 e ss.; Solazzi, Siro, “Né «accessiones» nè «adpromissores»”, *Scritti di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960, vol. III, p. 341; Flume, Werner, “Zu den Römischen Bürgschaftsstipulationen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung CXIII*, 1996, pp. 115 e ss. Si sono soffermati anche sul passo paolino in tempi più recenti Steiner, Anja, *Die Römischen Solidarobligationen: Eine Neubesichtigung unter Aktionenrechtlichen Aspekten*, München, C. H. Beck, 2009, pp. 150 e ss., e Santoro, Raimondo, “Perpetuari obligationem”, *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo LVII*, 2014, p. 189, nt. 45. Sul più generale principio (qui specificato con riferimento all’effetto della *perpetuatio obligationis* e alla *conceptio* della *stipulatio* fideiussoria) per il quale la mora del debitore principale si estende al fideiussore *cf.*, sempre di Paolo, D. 22.1.24.1, D. 45.1.88; *adde* D. 46.1.58.1; in dottrina *praecipue* Talamanca, Mario, voce “Fideiussione (parte storica)”, *cit.*, p. 333.

anche gli interessi oltre al capitale¹⁰, figura infatti una frase (“*in omnem enim causam acceptus videtur...*”), riferita al mallevadore, che sembra richiamare la nostra *fideiussio*. “D. 46.1.56.2 (Paul. 15 *quaest.*): *Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. Quid ergo, si consumptis nummis nascatur condictio? Puto fideiussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest*”.¹¹

Il caso è il seguente: Tizio ha dato nummi non suoi a mutuo senza chiedere una *stipulatio* per la restituzione del *tantundem* (ed eventuali interessi),¹² ma ha accettato un garante per la restituzione (un fideiussore che si è impegnato invece evidentemente con una *stipulatio*). A parere di Pomponio (condiviso, credo, da Paolo) l’azione da mutuo (*condictio*), non essendosi perfezionato il contratto che presuppone la proprietà del dante,¹³ non spetta contro l’*accipiens*, né, per il principio di accessione, si potrà agire *ex stipulatu* contro il fideiussore: la nullità del mutuo comporta altresì la nullità della fideiussione. Ed ecco la *quaestio*: se, però, l’*accipiens* ha “consumato” i nummi ricevuti (“*consumptis nummis*”), l’obbligazione di restituire, che ora grava su di esso per quel fatto,¹⁴ si estende anche al suo fideiussore *ex stipulatione*? La risposta affermativa di Paolo si basa sull’interpretazione della medesima *stipulatio*

¹⁰ Lo osservava già Madai, Carl Otto von, *Die Lehre, cit.*, pp. 431 e ss. Pertanto non mi pare giustificabile la scelta fatta da Marzo, Salvatore di, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, UTET, 1950, pp. 315 e ss., di annoverare, tra i testi del diritto romano alla base del vigente art. 1942 c.c.it. (vedilo *infra*, § II), D. 46.1.56.2, oltre a D. 46.1.68.1 (riportato *infra*, § III, senz’altro più attinente).

¹¹ *Cfr.* specialmente i commenti di: Mommsen, Friedrich, *Die Lehre cit.*, p. 278 nt. 11; Segrè, Gino, *Corso, cit.*, p. 192; Martino, Francesco de, *Le garanzie personali, cit.*, pp. 159 e ss.; Kaser, Max, “Das Geld im Römischen Sachenrecht”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXIX, 2, 1961, pp. 205 e ss.; breve accenno in Giuffrè, Vincenzo, *La “datio mutui”. Prospettive romane e moderne*, Napoli, Jovene, 1989, p. 75. Se anche —come ritiene Migliorini, Marco, *L’adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 138, in base ad un’analisi complessiva del libro XV delle *Questiones* di Paolo— nel passo si dovessero riconoscere prospettazioni teoriche più che una consulenza del giurista su di un caso pendente davanti al giudice, non si può escludere evidentemente che l’elaborazione teorica paolina si ispirasse alla pratica.

¹² Per simili ipotesi di mutui *sine stipulatione* e l’eccezionalità degli stessi v. recentemente Saccoccio, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 108, nt. 242.

¹³ *Cfr.* D. 12.1.2.4 (Paul. 28 *ad ed.*): *In mutui datione oportet dominum esse dantem...*

¹⁴ Giuliano (D. 12.1.19.1) afferma in termini generali: *Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit*; quel che dice Ulpiano (D. 12.1.13. pr.), con specifico riferimento al mutuo concesso dal ladro, è congruente: *Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumptis eis nascitur condictio*. Ampia esegesi sul passo giuliano in Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones iustinianee*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 309 e ss.; si veda inoltre, anche a proposito di D. 12.1.13.pr., Kaser, Max, “Das Geld”, *cit.*, p. 205.

(cfr. il “*videtur*”) da cui il giurista evince una volontà di coprire tutti i rapporti obbligatori che derivino comunque dalla dazione di denaro a credito (“*ex ea numeratione*”). Nel caso di specie credo anch’io che il rapporto consista pur sempre in un mutuo, in origine viziato, come si è detto, per la carenza di *dominium* nel *tradens*, ma poi sanato grazie alla *consumptio nummorum* dell’*accipiens*, con la quale lo stesso ha acquistato la proprietà dei nummi¹⁵, attuando così *ex post* il risultato tipico del contratto di mutuo. Interpretazione, questa, che si può basare invero su quel collegamento stretto, già prospettato in dottrina¹⁶, tra la *commixtio* (acquisitiva della proprietà: v. D. 46.3.78) e la *consumptio* del denaro, collegamento che negherebbe all’*ablativo* assoluto, “*consumptis nummis*”, di D. 46.1.56.2 il senso univoco di “spesi i nummi”. Dopo la *consumptio* del denaro dunque il *tradens* dispone della *condictio* contrattuale (da mutuo),¹⁷ è diventato creditore del *tantundem*, e può sorgere altresì, parallelamente e in forza del principio di accessione, l’obbligazione fideiussoria.

Se il *tradens* possa richiedere al fideiussore anche il pagamento di interessi convenzionali oltre al capitale dato a mutuo, come già si è osservato, è un problema che il passo non affronta. Lo ritengo in ogni caso improbabile: il mutuo è originariamente *sine stipulatione*, non è stato dunque negoziato il pagamento di *usurae* secondo i principi generali del diritto romano classico che richiedono per esse un’apposita *stipulatio*;¹⁸ una previsione di *usurae* nella stipulazione di garanzia l’avrebbe resa pertanto *in duriores causam*, sotto il profilo del *plus debere in quantitate*, determinandone la nullità.¹⁹

Quanto poi al significato della frase “*in omnem enim causam acceptus videtur...*”, essa (come chiarisce la relativa “*quae-potest*”) rimanda ad una pluralità imprecisata di rapporti obbligatori che possano derivare dalla *numeratio*

¹⁵ La tesi della convalida del mutuo, in partenza nullo, per effetto della *consumptio nummorum* non è, però, pacificamente accolta; si veda in proposito Burdese, Alberto, “In tema di «consumptio nummorum»”, *Rivista del Diritto Commerciale*, LI, 1, 1953, p. 269, nt. 4, 281 ss.; Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 542; inoltre, Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur*, cit., p. 301, nt. 42, 315 s.

¹⁶ Cfr. in particolare Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur*, cit., pp. 316 e ss., nt. 67 (e lett. ivi citata); v. altresì le acute precisazioni di Burdese, Alberto, “In tema di «consumptio nummorum»”, cit., p. 271, nt. 8, nonostante la sua predilezione per l’equazione *consumere*=*spendere*.

¹⁷ Diversa è l’opinione di Talamanca, Mario, *op. loc. ult. cit.*, che pensa ad una *condictio* (extracontrattuale) *sine causa*.

¹⁸ Cfr. specialmente Cerami, Pietro e Petrucci, Aldo, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 113 e ss.

¹⁹ Cfr. Gai. 3.126: *In eo quoque iure par condictio est omnium, sponsorum fidepromissorum fideiussorum quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur*; D. 46.1.8.7 (Ulp. 47 ad Sab.): *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriores causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari*; in dottrina, Cardilli, Riccardo, “Garanzie personali”, cit., pp. 564 e ss.

del *tradens*, né è ravvisabile qui un rinvio alla sola obbligazione principale garantita, per altro inizialmente nulla.

II. ESTENSIONE DELLA FIDEIUSSIONE AGLI ACCESSORI DEL DEBITO PRINCIPALE: DOTTRINA OTTOCENTESCA E CODICI DI TRADIZIONE ROMANISTICA

Come si è già accennato precedentemente, il *fideiussor* “*acceptus in omnem causam*” ha goduto di speciale considerazione da parte dei giuristi romani in relazione alla questione se egli sia tenuto anche al pagamento delle *usurae ex mora* dovute dal debitore principale. Nell’Ottocento alcuni romanisti di area germanica, sulla base dei testi del Digesto che avremo modo di esaminare, si sono spinti ad individuare una regola dai tratti generali del diritto romano per la quale il fideiussore era chiamato a rispondere dei suddetti interessi moratori “solo quando” egli avesse dichiarato espressamente di costituirsi fideiussore per l’intero rapporto di debito (cioè, *in omnem causam*).²⁰ A tale filone dottrinario se ne contrapponeva un altro, per il quale invece si presumeva, salvo patto limitativo contrario, una volontà del fideiussore di estendere il proprio debito agli accessori del debito principale (ivi inclusi gli interessi moratori).²¹ La diversità di letture maturata nella stagione della Pandettistica²²

²⁰ Trattasi in particolare di Wolf, von Madai e Hasenbalg, citati dal Windscheid, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, trad. it. Fadda, Carlo e Bensa, Paolo Emilio, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1904, vol. II, p. II, § 477, p. 455, nt. 26.

²¹ Di tale opinione, con riguardo agli interessi moratori (annoverati fra gli “incrementi”), è Windscheid, Bernardo, *op. cit.*, p. 455, nt. 26. Lo stesso Autore distingue, tuttavia, tali interessi da quelli (convenzionali) promessi dal debitore principale, per il pagamento dei quali il fideiussore non sarebbe generalmente responsabile (*op. cit.*, p. 455 e nt. 28). La sintesi di Arndts, Lodovico, *Trattato delle Pandette*, trad. di Filippo Serafini, III ed., Bologna, Tipi Fava e Garagnani, 1880, vol. II, § 354, p. 438, è coincidente: “Il fideiussore risponde di regola...nella misura stessa del debitore principale, onde anche delle accessioni ... in specie degli interessi moratori, non di quelli contrattuali, eccetto che abbia garantito fin da principio senza limiti il debito come fruttifero, o sia stata in modo speciale estesa la fideiussione all’obbligo degli interessi”. Aderisce poi a tale assunto anche Dernburg, Arrigo (*Diritto delle obbligazioni*, VI ed., trad. di Francesco Bernardino Cicala, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903, § 79, pp. 312 e ss.) quando afferma: “In quale estensione sia il fideiussore tenuto, risulta in prima linea dal contratto di garanzia. Ma nel dubbio egli assume la piena garanzia —*in omnem causam*— cioè la responsabilità per tutto ciò, che in forza del negozio garantito, è obbligato a prestare il debitore principale ... Egli è quindi responsabile per le conseguenze della mora...del debitore principale, e per gli interessi legali”.

²² La disputa in questione è ricordata anche da Dernburg, Arrigo, *op. cit.*, p. 313, nt. 2; da Campogrande, Valerio, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1902, n. 312, p. 205; nonché da Martino, Francesco de, *Le garanzie personali cit.*, pp. 152 ss.

comportava inevitabilmente una diversa valutazione del silenzio negoziale in merito al pagamento degli interessi moratori (compresi nella locuzione *omnis causa*), dato che per gli uni il silenzio giovava al fideiussore e nuoceva al creditore, per gli altri il silenzio giovava al creditore e nuoceva al fideiussore, la cui volontà di obbligarsi anche per le *usurae*, come detto, si doveva presumere.

Il nodo cruciale, che è alla base della *dissensio* presente nella dottrina ottocentesca sopra richiamata, è individuabile in verità proprio nella valutazione della *fideiussio in omnem causam* e nell'alternativa, suggerita dalle fonti, tra un tipo speciale di stipulazione di garanzia, con una *conceptio verborum* che espressamente contemplasse l'obbligazione principale garantita nella sua interezza, oppure una modalità espressiva impiegata dalla giurisprudenza di età classica per rappresentare una fideiussione senza specifiche limitazioni quantitative, o, detto diversamente, dai tratti indefiniti, stante anche l'equipollenza logica tra la *propositio indefinita* e la *propositio universalis*.²³

Devo dire che la tesi di coloro che considerano la *fideiussio in omnem causam* un *modus dicendi* in grado di coprire anche il caso della fideiussione indefinita (o semplice), e non necessariamente un tipo di *fideiussio* caratterizzato da una specifica *conceptio verborum* “*in omnem causam*” mi sembra la preferibile. Del resto, è quella in linea con la più consolidata tradizione romanistica —che va dalla *Magna Glossa*,²⁴ al Donellus,²⁵ al Vinnius—²⁶ la quale ammetteva che

²³ Cfr. quel che afferma Vinnius, Arnold, *De quaestionibus juris selectis*, lib. II, cap. X, Politiani, apud Angelum Fumi, 1844, p. 198, con riferimento ai contratti di buona fede (a cui va riconosciuta, come vedremo, una centralità nella presente indagine): “Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, et consequenter in usuras quoque et alias accessiones se obligasse, necesse est in bonae fidei contractibus nominatim haec verba aut similia exprimere ... sed sufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conducti aut empti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certae quantitatis ... nec mutat, in causam dicat, indefinite, an in causam omnem sive universam; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum aequipolleat universalis”; si veda altresì Corsi, Raffaele, *La fidejussione considerata nei rapporti del Codice Civile coi principii del diritto romano con la dottrina e con la giurisprudenza*, III ed., Bologna, Zanichelli, 1893, p. 64 s.

²⁴ Cfr. gl. “*in omnem*” ad C. 4.54.5 (per il testo della *lex v. infra*, § III, sub b): “Et dic idem si simpliciter fideiussit, ac si in omnem causam”.

²⁵ Cfr. Donellus, Hugo, “Commentaria ad titulum Dig. De eo quod certo loco dari oportet”, Ad L. Centum Capuae. 9, n. 22, in *Opera omnia*, ed. Florentiae, 1847, t. X, col. 1208, il quale, in relazione alla frase “*si in omnem causam conductionis fideiussor se obligavit*” di D. 19.2.54. pr. (v. *infra*, § III), ammette una duplice opzione ermeneutica circa il pensiero di Paolo: “*Aut enim intelligit Paulus fideiussorem se obligasse nominatim in omnem causam conductionis, ut his verbis uteretur: aut simpliciter ita, ut diceret se spondere de tota conductione, ut sit is fidejussor, quem ipse initio vocat fideiussorem conductionis*”.

²⁶ Cfr. *supra*, nt. 23. Si veda altresì Retes, Josephus Fernández de, “Praellectio ad titulum dig. De verborum obligationibus”, pars II, tract. IV, § XXII, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici [Meermannii Thesaurus]*, Hagae 1753, vol. VII, p. 450: “*mihi ... inedit, in omnem*

la locuzione *in omnem causam* potesse dare copertura anche alla fideiussione semplice, che non presentasse, cioè, espresse limitazioni nella stipulazione. Qualche indizio a favore di tale posizione si trova invero anche nelle fonti dell'impero romano d'Oriente.²⁷

Ciò detto, un rapido e parziale sguardo ai codici della tradizione romanistica mostra che la tesi che considera un *naturale negotii* l'obbligo del fideiussore di coprire anche gli accessori del debito principale ha finito per prevalere. Si legga per esempio l'art. 1942 del codice civile italiano ora in vigore, rubricato '*Estensione della fideiussione*': "Salvo patto contrario, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive".²⁸ Una scelta analoga si può scorgere nei seguenti articoli che espressamente si soffermano sulla fideiussione semplice o indefinita. Si veda per la Francia, l'art. 2293 c.c.: "Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution"; per la Spagna, l'art. 1827 c.c.:

La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella. Si fuere simple o indefinida, comprenderá no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago.

Infine per il Cile, l'art. 2347 c.c.:

La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciera al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha.²⁹

causam censeri intervenisse, quando indistincte generalibus verbis et sine aliqua limitatione fideiussit".

²⁷ Non è forse privo di significato il fatto che in Bas.19.1.92 (ed. Heimbach, t. II, p. 270) il riferimento all'intera obbligazione del compratore (*in omnem causam empti*), che precisa l'estensione dell'obbligazione del suo fideiussore nel corrispondente testo latino (C. 4.54.5; vedilo, *infra*, § III, sub b), è stato ommesso, come se i compilatori bizantini non avessero avvertito alcuna distinzione tra una *fideiussio* espressa *in omnem causam* e una fideiussione semplice.

²⁸ Sull'art. 1942 c.c.it. *cf.* Bozzi, Giuseppe (a cura di), *La fideiussione*, Milanofiori Assago, Utet giuridica, 2013, pp. 268 e ss.

²⁹ Identico è l'art. 2373 del Codice Civile colombiano.

III. FIDEIUSSIO IN OMNEM CAUSAM E INTERESSI MORATORI

È opportuno, a questo punto, prima di precisare come il diritto romano abbia influito sugli articoli dei codici civili moderni di tradizione romanistica considerati, rivedere la casistica romana che si è conservata a proposito dell'obbligo del *fideiussor acceptus in omnem causam* di pagare le *usurae* relative alla mora del debitore principale. I casi in questione sono trattati tutti dalla giurisprudenza severiana (in particolare da Paolo e da Ulpiano), ma non mancano precise corrispondenze nelle costituzioni imperiali a carattere casistico databili sempre nella prima metà del III secolo d. C. I testi del *CIC*. rilevanti sono di seguito ordinati secondo il tipo di rapporto negoziale a cui accede la *fideiussio* in questione. Il dato che risalta *ictu oculi* è che tutti tali testi riguardano stipulazioni fideiussorie che accedono a contratti di buona fede (locazione e vendita).

1. *Locatio-conductio*

In merito alle fideiussioni fornite dal conduttore a rinforzo del credito del locatore vengono in considerazione:

D. 19.2.54.pr. (Paul. 5 *resp.*): *Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvent, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: "in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?" vel ita: "indemnem me praestabis."*³⁰

³⁰ Sul passo v. specialmente Voci, Pasquale, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, *Il contenuto dell'obligatio* I,1, Milano, Giuffrè, 1969, p. 17 s.; Santalucia, Bernardo, *I "libri opinionum" di Ulpiano*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. II, p. 162 e nt. 40; Dajczak, Wojciech, "Erklärungen Römischer Juristen zur Funktion der Wendung ex Fide Bona in Klageformeln", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité XLVI*, 1999, pp. 239 e ss.; Talamanca, Mario, "La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di Garofalo, Luigi, vol. IV, Padova, Cedam, 2003, p. 196, nt. 554; Cherchi, Alice, *Ricerche sulle "usurae" convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 180 e ss.; Fenocchio, Marco Antonio, *La "fideiussio indemnitas"*. *Aspetti attuali e linee ricostruttive dal diritto romano classico a Giustiniano*, Napoli, Jovene, 2014, pp. 37 e ss.; Gorla, Fausto, "Bona

D. 46.1.68.1 (Paul. 3 *decret.*): *Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant: bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur. Lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri, sed quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum.*³¹

D. 50.8.3.1 (Ulp. 3 *opin.*): *Qui fideiusserint pro conductore vectigalis in universam conductionem, in usuras quoque iure conveniuntur, nisi proprie quid*³² *32 in persona eorum verbis obligationis expressum est.*³³

Nel primo passo Paolo viene interrogato sulla questione se il fideiussore del conduttore di un fondo (*colonus*) sia tenuto a corrispondere anche le *usurae ex mora* maturate a seguito dell'inadempimento del debitore principale (mancati pagamenti dei canoni scaduti al locatore). Secondo il responso dato dal giurista si dovrebbe valutare in primo luogo il tenore del testo negoziale, e in particolare si dovrebbe accertare se il fideiussore si sia obbligato “*in omnem causam conductionis*”; espressione, questa, che potrebbe alludere ad una corrispondente *conceptio verborum* nella *stipulatio*, ma anche, come si è detto, ad una semplice, generica assunzione del vincolo nella *stipulatio* senza la previsione di limitazioni.³⁴ Se così fosse, sarebbe dovuto dal fideiussore anche il pagamento delle *usurae ex mora* calcolate dal giudice al momento della condanna, applicandosi gli stessi principi dei giudizi di buona fede validi nei confronti del conduttore in sede di *actio locati*. Paolo argomenta

fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici”, *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, a cura di Garbarino Paolo, Trisciungio Andrea, Sciandrello Enrico, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2016, pp. 428e ss.; Vieira Cura, António A., “A mora conductoris no direito romano e os seus efeitos: o diferimento da expulsão do locatário (por falta de pagamento da pensão)”, *A locatio-conductio. Influência nos direitos atuais*. Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, in Santos Justo, António dos (coord.), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2018, pp. 167 e ss.

³¹ Sul passo v. Sanfilippo, Cesare, *Pauli decretorum libri tres*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 108 e ss.; Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., pp. 162 e ss. e nt. 41; Cerami, Pietro, “Contrahere cum fisco”, *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo XXXIV*, 1973, p. 316; Wagner, Herbert, *Die Entwicklung der Legalthypotheken am Schuldnervermögen im Römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Köln-Wien, Böhlau Verlag, 1974, p. 145 ss.

³² Sottointende un “*contrarium*” De Martino, Francesco, *Le garanzie personali*, cit., p. 159.

³³ Cfr. Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., in part. p. 164; adde, con accostamento a D. 19.2.54.pr., Mayer-Maly, Theo, *Locatio Conductio: eine Untersuchung zum Klassischen Römischen Recht*, Wien-München, Verlag Herold, 1956, p. 103.

³⁴ Cfr. l'opinione del Donellus riportata, *supra*, nt. 25.

per via analogica ed equitativa sostenendo che con quella *conceptio verborum* (specificata o generica che fosse) è come se il fideiussore avesse risposto alle domande stipulatorie: “*in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?*”, oppure, “*indemnem me praestabis?*”, accollandosi pertanto l’*onus usurarum*. Il responso paolino conosce dunque due momenti: in primo luogo l’attenta considerazione del tenore del testo negoziale (l’*id quod actum est*) e, in seconda battuta, il pareggiamento, che la *conceptio verborum* consente, tra la situazione del debitore principale e quella del fideiussore con riguardo al pagamento delle *usurae ex mora coloni*, determinate non espressamente *in obligatione* ma *in condemnatione*.

La sentenza (*decretum*) del principe,³⁵ su cui Paolo si sofferma in D.46.1.68.1, si basa su di una simile valutazione preliminare. La cancelleria imperiale, per decidere se i fideiussori sono debitori nei confronti del *fiscus* anche per le *usurae* dovute dal conduttore di un *vectigal* (forse un esattore d’imposta³⁶), esamina innanzitutto il tenore del testo negoziale scritto in calce al contratto principale della *locatio-conductio* (*scriptio fideiussionis*³⁷), testo dal quale si desume una volontà dei fideiussori di obbligarsi solo per cento all’anno (probabilmente si tratta del canone annuale dovuto) e non per l’intero debito del conduttore (“*in omnem conductionem*”). Ancora opera pertanto un rigido rispetto dell’*id quod actum est* e dunque il fisco non potrà, vantando un qualche privilegio, pretendere le *usurae* dal fideiussore, ma solamente (pur sempre rispettando il limite di cento per anno) il credito da capitale che eventualmente residua dopo la vendita dei beni sequestrati al conduttore Aurelio Romolo.

Nel terzo passo riportato, tratto dalle *Opiniones* di Ulpiano,³⁸ si ribadisce che un fideiussore (tra i più) che si obbliga “*in universam conductionem*” deve garantire anche il pagamento degli interessi moratori dovuti dal conduttore del

³⁵ Si tratta probabilmente di Settimio Severo; cfr. Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 146; Coriat, Jean-Pierre, *Les constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère*, Rome, École Française de Rome, 2014, vol. I, pp. 334 e ss. Non rileva qui in modo particolare la parte della sentenza che fissa un preciso *ordo excussionis* in cui si dà priorità alla vendita dei beni sequestrati al *conductor vectigalis* rispetto alla convenibilità dei fideiussori.

³⁶ Oppure, come ritiene Sanfilippo, Cesare, *op. cit.*, p. 109, un affittuario di *agri vectigales*. *È carente qui, in ogni caso, l’organizzazione societaria del conductor*; v. in proposito Mateo, Antonio, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1999, p. 165 e nt. 551.

³⁷ Su tale espressione cfr. Bortolucci, Giovanni, *La fideiussione nell’Egitto greco-romano*, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1906, p. 276, nt. 2.

³⁸ Su tale opera attribuita al giurista severiano cfr., tra gli altri, Marotta, Valerio, *Ulpiano e l’impero*, Napoli, Loffredo, 2000, vol. I, pp. 98 e ss.; Trisciungoglio, Andrea, “Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza*

vectigal al creditore (la *civitas*³⁹), ferma restando la possibilità per ciascuno dei fideiussori con apposita clausola negoziale di negare tale obbligo.⁴⁰ Nuovamente è dunque decisiva un’attenta e preliminare considerazione del tenore del testo negoziale, in grado di fondare, o meno, la richiesta del creditore al fideiussore di pagare anche le *usurae ex mora rei*.

2. *Emptio-venditio*

Un’impostazione simile può essere rilevata in relazione a una costituzione dell’imperatore Gordiano (238-244 d. C.) in tema di compravendita:

C. 4.54.5 (*Imperator Gordianus A. Aurelio Longino evocato*): *Initio venditionis si pactus es, ut is cui vendidisti possessionem pretii tardius exsoluti tibi usuras pensitaret, non im merito existimas etiam eas tibi adito praeside ab emptore praestari debere. Nam si initio contractus non es pactus, si coeperis experiri, ex mora dumtaxat usuras tam ab ipso debitore quam ab eo, qui in omnem causam empti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis.*⁴¹

Nel rescritto l’imperatore, rivolgendosi al venditore Aurelio Longino che lo ha interpellato circa una domanda giudiziale da presentare al governatore provinciale, riserva un medesimo trattamento alle usure convenzionali e alle *usurae ex mora*. Risponde infatti che, pur in assenza di una regolamentazione pattizia e se il venditore ha già dato corso al suo adempimento, le seconde sono parimenti dovute, *ex officio iudicis*,⁴² dal compratore, e inoltre che —ciò che qui più interessa— anche il fideiussore dato dall’*emptor* è chiamato al pagamento delle *usurae ex mora*; a condizione, però, che abbia impegnato la sua *fides* (evidentemente nella stipulazione fideiussoria) “*in omnem causam empti*”. Con ciò evocando anche qui una *conceptio verborum* della

giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2003, vol. IV, p. 315 nt. 6.

³⁹ Cfr. Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., p. 161; Mateo, Antonio, *op. loc. cit.*

⁴⁰ La condizionale negativa “*nisi proprie-expressum est*” sarebbe un’inserzione dei giustinianeî, o forse un glossema, secondo Martino, Francesco de, *Le garanzie personali*, cit., pp. 158 e ss., 161 nt. 2; similmente Mayer-Maly, Theo, *Locatio conductio*, cit., 103; *contra*, però, Santalucia, Bernardo, *I “libri opinionum”*, cit., pp. 164, nt. 42.

⁴¹ Su tale *lex cfr.* specialmente Villa, Vittorio de, *Le “usurae ex pacto” nel diritto romano*, Roma, Il Foro italiano, 1937, pp. 124 e ss.; breve richiamo in Talamanca, Mario, voce “Vendita in generale (diritto romano)”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. XLVI, p. 420, nt. 1205.

⁴² Cfr. anche D. 19.1.49.1 (Herm. 2 *iur. epit.*) e, della cancelleria diocleziana notoriamente classicista, C. 4.49.13 (a. 294): *...vendiditorque pretium tantum ac, si moram intercessisse probetur, usuras officio iudicis exigere potest.*

stipulatio idonea a coprire l'intero debito (prezzo e interessi moratori) del soggetto garantito.

Il legame privilegiato che abbiamo riscontrato nelle fonti tra la *fideiussio* —qualificata, si deve credere, dai *prudentes*— *in omnem causam* e i contratti di buona fede in tema di *onus usurarum* trova un'ulteriore e, questa volta, generale conferma nel *principium* di D. 50.8.3 (Ulp. 3 *opin.*),⁴³ dove Ulpiano giustifica l'obbligo gravante sull'erede del fideiussore di pagare gli interessi moratori legati all'inadempimento di un *conductor operis*, garantito dal *de cuius*, nel modo seguente: “*cum et prior causa [scil. la stipulatio fideiussoria] in bonae fidei contractu in universum fideiussorem obligaverit*”.

E, in effetti, nel diritto romano d'età classica una distinzione tra contratti assistiti da *iudicia stricti iuris* e contratti tutelati da *iudicia bonae fidei* sembra avere un'incidenza anche sull'estensione al fideiussore degli obblighi inerenti alle *usurae ex mora*.⁴⁴ Nei primi, tanto per il debitore principale quanto per il fideiussore le sole *usurae* dovute erano quelle espressamente previste in *obligatione*, come avviene nel caso del mutuo e delle stipulazioni fideiussorie annesse;⁴⁵ nei secondi, invece, al garantito e al garante potevano essere richiesti interessi moratori anche sulla base di una valutazione giudiziale dell'*oportere*

⁴³ Frammento già esaminato, limitatamente al § 1, *supra*, in questo paragrafo sub a). Per un'ampia esegesi di D. 50.8.3.pr. mi permetto di rinviare a Trisciunglio, Andrea, “Bona fides”, *cit.*, pp. 316-322.

⁴⁴ In tal senso v. già Voet, Giovanni, *Commento alle Pandette*, Venezia, Tip. Naratovich, 1852, vol. V, ad lib. XLVI, tit. I, § XIII, pp. 765 e ss.; ripreso da Jones Jr., Philip K., “Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes”, *Tulane Law Review* LII, 1977-1978, pp. 131 e ss.

⁴⁵ *Cfr.* il seguente rescritto della classicista cancelleria diocleziana: C. 4.26.9 (*Imp. Dioc. et Maxim. Diogenio*): *Si mandator pro filio tuo extitisti vel iussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere, si te his omnibus obligasti, ut res quae pignoris iure detinentur liberari possint. Quod si fideiussor creditae pecuniae intercessisti, teneri te ex ea obligatione explorati iuris est* (a. 294). Considerato il collegamento —che mi pare indubitabile— tra “*ex ea obligatione*” e “*si te his omnibus obligasti*” (obbligazione per capitale e usure), la *lex, in fine*, non lascia incertezze (forse alimentate in precedenza dal senatoconsulto Macedoniano) sul fatto che il *pater-fideiussor* risponde anche delle *usurae* promesse a remunerazione del capitale sia dal figlio mutuatario sia da lui, nella *stipulatio* fideiussoria. Per il *fideiussor* non *pater* il principio doveva essere ancor più fuori discussione. Si è conservata nelle *tabulae* della Transilvania una *testatio*, risalente al 162 d. C., che riflette le modalità negoziali con le quali il fideiussore (*Titius Primitius*) si vincolava per capitale e usure (convenzionali) a favore del mutuatario. *Cfr.* FIRA III, n. 122, p. 394: *Id fide sua esse iussit Titius Primitius d(e) s(orte) s(upra) s(cripta) / c(um) u(suris) r(ecte) p(robe) s(oluenda)*; in dottrina *cfr.* specialmente Gröschler, Peter, “Die Konzeption des Mutuum cum Stipulatione”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* LXXIV, 2006, p. 263. Ad una probabile *testatio* della *stipulatio* fideiussoria scritta in calce al contratto principale si accenna anche in D. 46.1.68.1 (“*Lecta subscriptione fideiussionis*”), testo che abbiamo sopra (in questo §, sub a) esaminato.

ex fide bona. Se usciamo dall'ambito contrattuale un discorso simile vale per la *satisfatio rem pupilli salvam fore* dove la responsabilità del garante del tutore anche per le *usurae ex mora* è ancora giustificabile alla luce dell'azione di buona fede (*l'actio tutelae*) esperibile contro il tutore garantito.⁴⁶ Ma un punto mi preme chiarire. La giurisprudenza classica, operando altresì all'interno della cancelleria imperiale, non rinuncia certamente a considerare la stipulazione fideiussoria un contratto di stretto diritto anche quando essa accede ad un contratto di buona fede. Lo dimostra chiaramente quando dà peso a clausole limitative, incompatibili con l'obbligo di pagamento delle *usurae* (v. D. 46.1.68.1; D. 50.8.3.1). E, in fin dei conti, è l'esito di un'interpretazione del testo negoziale valutare per ragioni equitative, come fa Paolo (v. D. 19.2.54.pr.), una *stipulatio* fideiussoria indefinita⁴⁷ come conclusa *in omnem causam*, comprensiva quindi di tutti gli obblighi gravanti sul garantito, ivi inclusi quelli determinabili ex *condemnatione*, qual è l'obbligo di prestare le usure *ex mora*. Detto diversamente, per il *fideiussor in omnem causam* tale prestazione non è solo in *condemnatione* ma è anche in *obligatione*, si tratta solo di enuclearla nell'attività interpretativa dei *concepta verba*.⁴⁸ Solo non può essere anche in *obligatione* la quantificazione dell'*onus usurarum* rimessa esclusivamente alla discrezionalità del giudice.

IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Quando leggiamo il sintentico compendio della costituzione di Alessandro Severo (III secolo d. C.) conservatoci in C. 8.40.10 (*Fideiussor seu mandator*⁴⁹ *si in usuras quoque obligatus est, iustam causam recusandi solvere eas non habet*), possiamo tranquillamente pensare che il principio generale ivi espresso si adattasse a

⁴⁶ Si veda a tal riguardo il seguente brano di Africano: D. 46.6.10 (Afr. 3 *quaest.*): *Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit, certum est et fructuum nomine et usurarum medii temporis tam fideiussores eius quam ipsum teneri*, con il condivisibile commento di Gómez Iglesias, Angel, "Régimen procesal de la caución tutelar", *Studia et Documenta Historiae et Iuris LVIII*, 1992, p. 61; nonché, di Ulpiano, D. 27.7.3 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Etiā fideiussorem et heredes fideiussoris ad rationem eandem usurarum revocandos esse constat, ad quam et tutor revocatur*.

⁴⁷ *Cfr. supra*, nt. 25 e in questo §, *sub a*).

⁴⁸ Vale per la *fideiussio in omnem causam* collegata ad un contratto di buona fede quel che puntualmente già l'Albertario osservava più in generale con riguardo alle *usurae quae officio iudicis praestantur*, le quali non potevano dirsi, a parere dell'autore, fondate esclusivamente sull'*officium iudicis*; *cf.* al riguardo, Vallocchia, Franco (a cura di), *Un manoscritto inedito*, cit., pp. 48 e ss.

⁴⁹ Per l'interpolazione di "*seu mandator*" *cf.* Solazzi, Siro, "Costituzioni glossate o interpolate nel «Codex Iustinianus»", *Studia et Documenta Historiae et Iuris XXIV*, 1958, p. 71.

tutte le stipulazioni fideiussorie valide liberamente negoziate, come pure, aggiungo, a quelle imposte dal pretore.⁵⁰ Dunque i testi negoziali che prevedono *obligationes in usuras*,⁵¹ siano esse convenzionali o *ex mora rei*, negano spazio ad ogni motivo per rifiutarne il pagamento.

Il diritto romano ci consegna pertanto un'eredità normativa nella quale in linea generale il pagamento degli interessi (convenzionali o *ex mora*) da parte del fideiussore doveva pur sempre trovare un appiglio nella *stipulatio* e dunque doveva essere voluto in qualche modo dal garante. Certamente il fideiussore poteva vincolarsi *verbatim* a tale pagamento (come avviene nel caso del mutuo), poteva poi negarlo implicitamente prevedendo dei limiti quantitativi alla propria esposizione debitoria da capitale (come è attestato per la locazione), poteva infine includerlo promettendo in modo semplice o indefinito (per i giuristi severiani, *in omnem causam*) a fianco di un obbligato principale convenibile con un *iudicium bonae fidei*. Caso, questo, in cui il principio di accessorietà si declinava in modo del tutto particolare dato che l'obbligazione principale, da cui dipendeva l'obbligazione di garanzia, era costituita dal debito originario incrementabile *in condemnatione*.

Mi pare dunque che quei codici civili di tradizione romanistica che abbiamo sopra esaminato, quanto meno in tema di *onus usurarum*, si pongano in piena continuità con il pensiero dei *prudentes* romani. Riconoscere che il pagamento degli accessori del debito principale (fra cui gli interessi moratori) è per la fideiussione un *naturale negotii* che ammette il patto contrario, e non richieda invece necessariamente, in positivo, un'assunzione del vincolo espressa nel contratto,⁵² mi sembra un chiaro recupero, in termini di regola generale, di quelle soluzioni che la giurisprudenza classica, operante anche nelle cancellerie imperiali, aveva elaborato in ordine alle stipulazioni di garanzia accessorie ai contratti di buona fede e alle relative clausole limitative dell'esposizione debitoria del fideiussore.

⁵⁰ Si consideri a tal proposito la *stipulatio legatorum servandorum causa* a favore dei legatari, normalmente conclusa oltre che dagli eredi anche dai loro fideiussori. Con riguardo ad essa Ulpiano riferisce e condivide la *communis opinio* per la quale anche le *usurae ex mora* sono pertinenti ad una doverosità dell'obbligato espressa al futuro (*oportebit*), secondo il modello di *stipulatio* pretoria presente nell'editto: D. 36.3.1.13 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Bellissime quaeritur, an haec stipulatio incrementum ex fructibus vel usuris sentiat. Et recte placuit ex mora incrementum habituram stipulationem, ut id quod oportebit comprehendat.* Per la ricostruzione del testo della *cautio legatorum servandorum causa* si veda Mantovani, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, Cedam, 1999, p. 106.

⁵¹ Si noti l' "*obligatus est*", al passato.

⁵² Come ritenevano, per il diritto romano, alcuni romanisti nell'Ottocento; per la confutazione di tale tesi v. *supra*, § II.

V. BIBLIOGRAFIA

- ANKUM, Hans, “Das Verhältnis zwischen Latinus Largus und Iulius Paulus in D. 44.2.30.1”, *Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2006.
- ARNDTS, Lodovico, *Trattato delle Pandette*, trad. di Filippo Serafini, III ed., Bologna, Tipi Fava e Garagnani, 1880, vol. II.
- BORTOLUCCI, Giovanni, *La fideiussione nell’Egitto greco-romano*, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1906.
- BOZZI, Giuseppe (a cura di), *La fideiussione*, Milanofiori Assago, Utet giuridica, 2013.
- BURDESE, Alberto, “In tema di «consumptio nummorum»”, *Rivista del Diritto Commerciale*, LI, 1, 1953.
- CAMPOGRANDE, Valerio, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1902.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Corso di Istituzioni di diritto romano II*, 2, Torino, Giappichelli, 2017.
- CARDILLI, Riccardo, “Garanzie personali e obbligazione”, *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di Piro, Isabella, Tricase, Libellula Edizioni, 2016, vol. I.
- CERAMI, Pietro, “Contrahere cum fisco”, *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo XXXIV*, 1973.
- CERAMI, Pietro e PETRUCCI, Aldo, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, Giappichelli, 2002.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIX, núm. 4, 2006.
- CERVENCA, Giuliano, voce “Usura (diritto romano)”, *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1992, vol. XLV.
- CHERCHI, Alice, *Ricerche sulle “usuræ” convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, Jovene, 2012.
- CORLAT, Jean-Pierre, *Les constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère*, Rome, École Française de Rome, 2014, vol. I.
- CORSI, Raffaele, *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice Civile coi principii del diritto romano con la dottrina e con la giurisprudenza*, III ed., Bologna, Zanichelli, 1893.
- DAJCZAK, Wojciech, “Erklärungen Römischer Juristen zur Funktion der Wendung ex Fide Bona in Klageformeln”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité XLVI*, 1999.

- DERNBURG, Arrigo, *Diritto delle obbligazioni*, VI ed., trad. di Francesco Bernardino Cicala, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903.
- DONADIO, Nunzia, “Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell’ “emptio venditio”. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti”, *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2007, t. II.
- DONELLUS, Hugo, “Commentaria ad titulum Dig. De eo quod certo loco dari oportet”, in *Opera omnia*, ed. Florentiae 1847, t. X.
- FENOCCHIO, Marco Antonio, *La “fideiussio indemnitas”*. *Aspetti attuali e linee ricostruttive dal diritto romano classico a Giustiniano*, Napoli, Jovene, 2014.
- FIORENTINI, Francesca, “Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei”, *Trattato notarile* (diretto da Filippo Preite), Milanofiori Assago, Utet giuridica, 2011, vol. IV, t. 1.
- FLUME, Werner, “Zu den r.mischen Bürgschaftsstipulationen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung CXIII*, 1996.
- FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I*, Padova, Cedam, 1962.
- GEORGESCO, Valentin-Al., *Essai sur le mot “causa” dans le latin juridique. Étude de philologie juridique*, Bucarest, M. O. Imprimerie Nationale, 1936.
- GIUFFRÈ, Vincenzo, *La “datio mutui”*. *Prospettive romane e moderne*, Napoli, Jovene, 1989.
- GÓMEZ IGLESIAS, Angel, “Régimen procesal de la caución tutelar”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris LVIII*, 1992.
- GORIA, Fausto, “Bona fides ed actio ex stipulatu per la restituzione della dote: legislazione giustiniana e precedenti classici”, *Diritto romano d’Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorìa*, a cura di Garbarino Paolo, Trisciunglio Andrea, Sciandrello Enrico, Alessandria, Edizioni dell’Orso, 2016.
- GRÖSCHLER, Peter, “Die Konzeption des Mutuum cum Stipulatione”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis LXXIV*, 2006.
- JONES JR., Philip K., “Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes”, *Tulane Law Review LII*, 1977-1978.
- KASER, Max, “Das Geld im Römischen Sachenrecht”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XXIX.2*, 1961.
- KNIEP, Ferdinand, *Die Mora des Schuldners nach Römischem und Heutigem Recht I*, Rostock, Stiller, 1871.
- MADAI, Carl Otto von, *Die Lehre von der Mora*, Halle, C. A. Schwetschke und Sohn, 1837.

- MANNINO, Vincenzo, “Fideiussione e accessorieta”, *La garanzia nella prospettiva storico comparatistica*, V Congresso internazionale ARISTEC: Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di Vacca, Letizia, Torino, Giappichelli, 2003.
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, Cedam, 1999.
- MAROTTA, Valerio, *Ulpiano e l'impero*, Napoli, Loffredo, 2000, vol. I.
- MARTINO, Francesco de, *Le garanzie personali dell'obbligazione I*, Roma, Foro Italiano, 1940.
- MARZO, Salvatore de, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, UTET, 1950.
- MATEO, Antonio, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1999.
- MAYER-MALY, Theo, *Locatio Conductio: eine Untersuchung zum Klassischen Römischen Recht*, Wien-München, Verlag Herold, 1956.
- MAYER-MALY, Theo, “Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91”, *Iura* 7, 1956.
- MIGLIORINI, Marco, *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MOMMSEN, Friedrich, *Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, Schwetschke, 1855.
- RETES, Josephus Fernández de, “Praelectio ad titulum dig. De verborum obligationibus”, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici [Meermannii Thesaurus]*, Hagae 1753, vol. VII.
- SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, Giuffrè, 2002.
- SANFILIPPO, Cesare, *Pauli decretorum libri tres*, Milano, Giuffrè, 1938.
- SANTALUCIA, Bernardo, *I “libri opinionum” di Ulpiano*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. II.
- SANTORO, Raimondo, “Perpetuari obligationem”, *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo LVII*, 2014.
- SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di Nocera, Guglielmo, Firenze, Sansoni, 1968.
- SEGRÈ, Gino, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Torino, A. A. 1933-1934.
- SOLAZZI, Siro, “Costituzioni glossate o interpolate nel «Codex Iustinianus»”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris XXIV*, 1958.

- SOLAZZI, Siro, “Nè «accessiones» né «adpromissores»”, *Scritti di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960, vol. III.
- STEINER, Anja, *Die römischen Solidarobligationen: Eine Neubesichtigung unter Aktio-nenrechtlichen Aspekten*, München, C. H. Beck, 2009.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TALAMANCA, Mario, “La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di Garofalo, Luigi, vol. IV, Padova, Cedam, 2003.
- TALAMANCA, Mario, voce “Fideiussione (parte storica)”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, vol. XVII.
- TALAMANCA, Mario, voce “Vendita in generale (diritto romano)”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. XLVI.
- TRISCIUOGGIO, Andrea, “Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di Garofalo, Luigi, Padova, Cedam, 2003, vol. IV.
- VALLOCCHIA, Franco (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle “usurae” nel diritto romano*, Napoli, Jovene, 2016.
- VIEIRA CURA, António A., “A mora conductoris no direito romano e os seus efeitos: o diferimento da expulsão do locatário (por falta de pagamento da pensio)”, *A locatio conductio. Influência nos direitos atuais*. Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, in Santos Justo, António dos (coord.), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2018.
- VILLA, Vittorio de, *Le “usurae ex pacto” nel diritto romano*, Roma, Il Foro italiano, 1937.
- VINIUS, Arnold, *De quaestionibus juris selectis*, Politiani, apud Angelum Fumi, 1844, lib. II.
- VOCI, Pasquale, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, *Il contenuto dell’obligatio I,1*, Milano, Giuffrè, 1969.
- VOET, Giovanni, Voet, Giovanni, *Commento alle Pandette*, Venezia, Tip. Naratovich, 1852, vol. V.
- WAGNER, Herbert, *Die Entwicklung der Legalthypothen am Schuldnervermögen im Römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Köln-Wien, Böhlau Verlag, 1974.
- WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, trad. it. Fadda, Carlo e Bensa, Paolo Emilio, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1904, vol. II.