

## Giudicato e consunzione processuale: considerazioni sui plures mandatores.

Francesca Pulitanò

Sommario: 1. *Premessa*. 2. *Eadem res e solidarietà: osservazioni generali*. 3. *La solidarietà dell'obbligazione dei mandatores in Scevola e Paolo*. 4. *Paul. 4 resp. D. 17.1.59.3 e il problema del litisconsorzio*. 5. *La testimonianza di Papiniano in 3 resp. D. 27.7.7 e 11 resp. D. 46.1.52.3*. 6. *Aspetti dell'attuale disciplina di solidarietà e regresso*. 7. *Conclusioni*.

1. *Premessa*. — La materia del giudicato presenta profili di notevole complessità<sup>1</sup>, che rendono impossibile procedere ad una trattazione compiuta in uno scritto di portata limitata: in queste note si è perciò scelto di affrontare specificamente soltanto l'aspetto della consunzione processuale. Peraltro, tra i numerosi testi che ad essa si riferiscono, ci si limiterà a ripercorrere alcune testimonianze relative, in particolare, all'obbligazione dei *plures mandatores*.

Prima di procedere in questa direzione, si impone una – pur ovvia – precisazione: di per sé, il tema del giudicato si ancorerebbe all'idea di una sentenza già emessa ed agli eventuali effetti della medesima; tuttavia, le specificità del processo formulare romano permettono all'interprete di anticipare la valutazione al momento intermedio del processo, in virtù delle caratteristiche peculiari della *litis contesta-*

---

<sup>1</sup> Solo a titolo esemplificativo, si possono citare, tra i principali lavori, E. BETTI, *D. 42.1.63 – Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, Macerata, 1922; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955; E. BETTI, *Regiudicata*, in *NNDI*, XV, Torino, 1968, 216 ss.; G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano, Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 225 ss.; G. PUGLIESE, *La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi Biondi*, II, Milano, 1963, 21 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (Storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 735 ss.; recentemente, A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, Napoli, 2007, alla quale si rinvia per altri ragguagli bibliografici.

tio<sup>2</sup>. Anche in questo particolare senso, perciò, in diritto romano si può parlare di effetti del giudicato.

Scorrendo le pagine della voce enciclopedica di Pugliese, è possibile individuare alcuni capisaldi della questione<sup>3</sup>: in particolare, nel § 5, l'Autore si riallaccia alla tradizionale teoria del Keller, che, nei primi decenni dell'Ottocento, aveva distinto due funzioni della *exceptio rei iudicatae*. La prima, cosiddetta 'negativa', avrebbe impedito una nuova pronuncia *de eadem re*, fondandosi sulla mera esistenza del giudicato; la seconda, indicata come funzione 'positiva', avrebbe preso in considerazione il contenuto del giudicato, per impedire una nuova pronuncia su di esso<sup>4</sup>.

Affermava Pugliese che tale teoria, che pure aveva riscosso notevole successo tra gli studiosi del diritto romano, appariva viziata da un errore di fondo: quello di concepire che ad una *exceptio* potessero conseguire effetti positivi. Al contrario, l'eccezione, impiegata dal convenuto per paralizzare la pretesa dell'attore ed ottenere in tal modo l'assoluzione, rappresenta il tipico strumento negatorio. Per questa ragione, sarebbe stato più corretto, nella visione di Pugliese, collegare i due effetti, negativo e positivo, «all'efficacia del giudicato: efficacia negativa allora significa che il giudicato, per il solo fatto di esistere, impedisce o una nuova azione o almeno una nuova decisione *de eadem re*; efficacia positiva implica invece che, non il giudicato per se stesso, ma il contenuto di esso vincola il giudice, ossia fa stato per lui e quindi esige da lui rispetto<sup>5</sup>».

Da questo angolo visuale, allora, avrebbe dovuto essere inteso anche il ruolo della *exceptio rei iudicatae*: essa cioè, lungi dall'impedire di per sé una nuova pronuncia *de eadem re*, avrebbe invece impedito una nuova pronuncia difforme dal contenuto del giudicato. Aggiungeva Pugliese la considerazione secondo cui la sentenza, in origine, doveva operare in negativo, vale a dire che il giudice avrebbe dovuto pronunciare l'assoluzione per il mero fatto dell'esistenza della pronuncia precedente, senza entrare nel merito.

Infine, nel discutere gli effetti della sentenza nel processo formulare, ed in particolare l'efficacia della *exceptio rei iudicatae*, Pugliese ricordava l'esistenza di alcuni casi, «numerossissimi», in cui «l'*exceptio rei iudicatae* poteva essere efficacemen-

---

<sup>2</sup> Sul punto cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 337 e M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, on line, 1, che parla di «irripetibilità» che «dipendeva più spesso non da una sentenza ma da altro atto giudiziario che solitamente la precedeva, un atto che, pure quando non è espressamente indicato, può essere generalmente identificato con la *litis contestatio*».

<sup>3</sup> G. PUGLIESE, voce *Giudicato* cit., 735 ss.

<sup>4</sup> F. L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach klassischen römischen Recht*, Zürich, 1827, 206 ss. Si veda anche E. I. BEKKER, *Die prozessualische Consumption*, Berlin, 1853.

<sup>5</sup> G. PUGLIESE, voce *Giudicato*, cit., 736.

te opposta da chi era convenuto la seconda volta e non avrebbe potuto, nella specie, giovare della consumazione *ipso iure* del rapporto sostanziale»<sup>6</sup>.

Lo spunto che si intende qui cogliere ed approfondire riguarda un rinvio, compiuto dallo stesso Pugliese, all'opera di Levy sul concorso delle azioni in generale<sup>7</sup>. Le pagine di quest'ultimo Autore sono infatti connotate dalla citazione di una ricca casistica: più specificamente, come detto, si ritiene interessante proporre una rilettura della fattispecie della pluralità di *mandatores*, affrontata da Levy nel capitolo relativo alla consumazione civile, con particolare riferimento alla «passive Personenkonkurrenz».

Conviene da subito anticipare che non sembrava sussistere, per lo Studioso tedesco, alcun dubbio relativamente all'operatività, in questo caso, della consumazione civile, il che avrebbe comportato l'inesperibilità *ipso iure* di una seconda azione, nel caso in cui fosse stato convenuto in giudizio uno solo dei *mandatores* e fosse perciò intervenuta con lui la *litis contestatio*. Questa conclusione sarebbe, a propria volta, direttamente connessa alla possibilità di considerare quella dei *mandatores* come obbligazione solidale.

Così esposta, la questione non dovrebbe presentare problemi di sorta. Oggi può essere tuttavia interessante soffermarsi più analiticamente su alcuni aspetti che, al contrario, non appaiono del tutto pacifici. In particolare, si potrebbe dire che il fatto che potesse avvenire la consumazione *ipso iure* fosse strettamente legato a) alla individuazione dei casi in cui si può ritenere che effettivamente l'obbligazione dei *plures mandatores* assumesse i caratteri della *eadem res*; b) ciò assodato, alla connotazione dell'obbligazione dei *mandatores* come solidale.

Può essere utile fin d'ora precisare che la scelta di approfondire l'esegesi dei frammenti relativi ai *mandatores* non si esaurisce in sé stessa, ma coinvolge in prospettiva gli altri contratti di buona fede, vale a dire tutti i contratti nei quali l'individuazione della solidarietà non sia così evidente come accade per l'obbligazione da *stipulatio*.

I passi che si analizzeranno di seguito sono stati scelti, dunque, partendo dall'analisi di Levy; l'esegesi di essi non è rimasta un *unicum*, ma è stata poi ripresa dalla dottrina successiva, che se ne è occupata, soprattutto, in connessione con il tema delle obbligazioni solidali<sup>8</sup>. In questo contesto lo scopo che si persegue è quello di affrontare i testi, diversi dei quali presentano oggettive difficoltà di ricostru-

---

<sup>6</sup> G. PUGLIESE, voce *Giudicato*, cit., ancora 736.

<sup>7</sup> E. LEVY, *Die Konkurrenz der Personen und Aktionen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1922.

<sup>8</sup> Da ultimo, se ne è occupato in questo senso L. PARENTI, *In solidum obligari. Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012.

zione, sotto lo specifico angolo visuale della consunzione, perché questa prospettiva, nelle trattazioni anche monografiche, sembra rimanere talvolta sullo sfondo.

2. *Eadem res e solidarietà: osservazioni generali.* — La nozione di *eadem res* rappresenta, come accennato, uno dei presupposti da cui muovono le ricostruzioni teoriche in tema di efficacia del giudicato, considerato che tale nozione integra uno degli elementi fondamentali per procedere all'identificazione dell'azione. A proposito della *eadem res* nel diritto romano, chiarisce Talamanca che «non vi sono difficoltà, quando si tratti della riproposizione della stessa formula tra le stesse persone»<sup>9</sup>. Lo stesso Studioso non nasconde però le difficoltà che possono sorgere dalla considerazione che la parola *res* deve essere intesa in senso ampio, cioè come 'affare', «dal quale possono scaturire pretese ed azioni diverse».

La prospettiva, se trasposta alla dottrina moderna, è quella dei limiti oggettivi e soggettivi della cosa giudicata. Da questo punto di vista, assumono grande pregnanza le parole di Mandrioli, per il quale l'identificazione dell'azione è operazione «necessariamente analitica»<sup>10</sup>. Quest'ultimo Autore aveva sottolineato che «il problema dell'identificazione delle azioni non si presenta per così dire allo stato puro, ma come il fondamento comune ad una serie di problemi che concernono, da un lato, l'ambito e i confini del giudicato e i presupposti per l'applicazione delle regole sulla litispendenza, nonché, dall'altro lato, la portata ed i limiti del divieto di domande nuove nel processo [...]»<sup>11</sup>.

Queste osservazioni debbono essere ora rapportate più specificamente al tema qui indagato.

Volgendo l'attenzione agli studi di Levy cui si accennava in precedenza, si può osservare come lo Studioso prendesse avvio proprio dalla disamina dei criteri attraverso i quali, nel caso dei *plures mandatores*, fosse possibile affermare la *eadem res*, e quindi, appunto, l'identità dell'azione. Il punto focale dell'indagine era da lui individuato nella questione relativa all'esperibilità di una seconda azione contro uno dei coobbligati, qualora uno dei debitori fosse già stato condannato per iniziativa del creditore<sup>12</sup>. Si tratta del caso in cui l'identità di persona fosse da rinvenirsi nella esistenza di una pluralità di soggetti dal lato attivo o passivo dell'obbligazione,

<sup>9</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 335.

<sup>10</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 2010, 172. Cfr. anche 174 nt. 35, sulla individuazione della *causa petendi*.

<sup>11</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 162.

<sup>12</sup> Il quesito richiama la distinzione, cui la dottrina romanistica si è per lungo tempo appoggiata e cui si accennerà tra breve, tra obbligazioni correali (unicità del vincolo, per cui ogni vicenda riguardante uno dei coobbligati si sarebbe comunicata anche agli altri) e obbligazioni solidali (pluralità di vincoli). Si veda anche sotto, nt. 20.

che avessero la legittimazione ad agire o ad essere convenuti per l'intero rapporto<sup>13</sup>.

In particolare, Levy si occupava dell'*actio mandati contraria*<sup>14</sup>, nella sua applicazione scaturente, appunto, da mandato di credito. Si tratta di un gruppo di testi poco numeroso: essi spesso non forniscono indicazioni esplicite, ma il concetto di *eadem res* può esserne comunque ricavato in via di interpretazione.

A titolo esemplificativo, il Levy affermava che, nel caso del mandato, l'*eadem res* avrebbe potuto esistere nel caso di incarichi di dare a mutuo conferiti separatamente ma con scopo unitario, oppure, ancora, essere individuata di pari passo con l'identità dei crediti concessi, qualora, ad esempio, questi avessero la medesima scadenza. In tal caso, precisava Levy<sup>15</sup>, l'oggetto del processo sarebbe stato identico, e qui si troverebbe la ragione per cui sarebbe stato opportuno evitare una doppia sentenza, considerato il fatto – e questo è un altro momento importante – che la prima sentenza, in quanto relativa ad un mandato, sarebbe stata pronunciata secondo i parametri della buona fede. Aggiunge d'altra parte l'Autore che non sarebbe possibile parlare di *eadem res* in mancanza di comune mandato.

Questa concatenazione di concetti viene ulteriormente sviluppata con una serie di considerazioni coinvolgenti da vicino la relazione tra l'identificazione dell'azione e, come si è detto, gli aspetti legati alla buona fede. Premesso, infatti, che il contratto di mandato è fondato *consensu* e non *verbis*, anche l'aspetto fondamentale della comunanza dell'incarico dovrebbe essere valutato, per Levy, tenendosi presente (a) l'atteggiarsi del consenso degli interessati, che per sua natura non sempre è da legarsi ad un evento specifico, ma anzi consiste nell'avvio, in qualsiasi modo espresso, della volontà di concludere il contratto. Una volta assodata l'esistenza di un incarico comune a più soggetti, si potrebbe affermare che esso contribuisca a realizzare una (b) *causa* comune, la quale, secondo le parole dello Studioso, «ist also nichts als der gemeinsame *consensus*, dieser aber unter allen Umstände»<sup>16</sup>.

Da precisare, ancora, che la comunanza di incarico non deve essere intesa come una sorta di comunità di atto calcolata, anche se sembra ovvio che ciascuno dei contraenti che partecipano dal medesimo lato contrattuale 'conosce' e 'vuole' la comunanza (ad esempio, una simile volontà potrebbe non essere sufficiente, nel caso in cui essa fosse presente soltanto in capo al soggetto che entra successiva-

---

<sup>13</sup> Si veda ancora M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 335, che esemplifica questa fattispecie richiamando l'obbligazione solidale e la proprietà.

<sup>14</sup> L'*actio directa* viene menzionata alla fine del paragrafo, con riferimento ad un solo frammento scevoliano.

<sup>15</sup> LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 194.

<sup>16</sup> LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 195.

mente a far parte del contratto, ma non lo fosse anche in coloro che da esso sono già legati). Questa osservazione deve essere integrata con un'altra, che coinvolge da vicino la *bona fides*: trattandosi, come detto, di contratto consensuale, con atto costitutivo non formale, quello che Levy definisce 'momento-causa' deve essere valutato con una certa ampiezza.

Nella fattispecie specifica che qui si intende approfondire, le difficoltà dell'interprete aumentano, perché – afferma ancora Levy – l'esistenza o meno del comune mandato con i caratteri sopra delineati è da verificare caso per caso nelle fonti. In esse, peraltro, è difficile trovare un espresso riferimento a tale comunanza, ma semmai si parla al singolare di un *mandatum* o di *plures eiusdem pecuniae mandatores*: in ogni caso, sempre nella visione di Levy<sup>17</sup>, fatta salva la possibilità di mandato separato a fronte di *eadem pecunia*, nelle altre ipotesi si possono certamente ricavare delle indicazioni nel senso dell'impiego, da parte dei giuristi, del concetto di *eadem causa*. All'ulteriore questione pregiudiziale, se più *mandatores de eadem re* rispondano per l'intero e dunque concorrano, dichiara poi Levy che sia da risponderci affermativamente. Quest'ultimo punto merita però una ulteriore indagine, a causa della stretta connessione con la disciplina delle obbligazioni solidali.

A tale proposito, prendendo spunto dal manuale di Arangio-Ruiz<sup>18</sup>, può non essere inutile, in questa sede, ricordare la distinzione, di stampo pandettistico, tra obbligazioni correali e obbligazioni solidali in senso stretto. Fin troppo noto il criterio secondo cui, nella solidarietà passiva, si parlerebbe di obbligazioni correali per fare riferimento all'estinzione dell'obbligazione conseguente alla *litis contestatio*, mentre le obbligazioni solidali in senso stretto sarebbero quelle la cui estinzione dipende dall'effettivo soddisfacimento del creditore. Tale distinzione, secondo la dottrina tradizionale, avrebbe corrisposto, rispettivamente, al periodo classico e a quello giustiniano. Per questo si è detto che i testi classici nei quali la consunzione appare spostata al momento dell'effettivo adempimento sarebbero stati tutti interpolati ad opera dei compilatori.

Ricorda Talamanca come, in realtà, in tempi più recenti «l'opinione dominante è, a ragione, nel senso che la differenza di regime risalga almeno al periodo tardo-classico: già in quest'epoca s'era riconosciuto che la sola *litis contestatio* con uno dei debitori non estingueva le obbligazioni solidali tutelate da *iudicia bonae fidei*: per queste ultime, nelle fonti, è sempre attestata l'estinzione in seguito all'effettivo

<sup>17</sup> E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 196.

<sup>18</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1960, 422; analogamente, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 524 s.

soddisfacimento del creditore, mai l'efficacia estintiva della *litis contestatio* stessa»<sup>19</sup>.

Continua, poi, Talamanca, osservando che quando Giustiniano estese a tutte le obbligazioni solidali – con particolare riferimento ai *fideiussores* – il regime dell'estinzione collegata all'adempimento, lo fece applicando una disciplina che già era in vigore, in età classica, proprio per la fattispecie del *mandatum pecuniae credendae*<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 525. Già in precedenza G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, a cura di F. Gnoli, Bologna, 1994, 78 s. affermava la non corrispondenza di tale distinzione all'esistenza di diversi tipi di obbligazioni solidali. Riteneva Scherillo che non vi fosse alcuna stranezza nei testi classici nei quali l'estinzione dell'obbligazione conseguisse all'effettivo adempimento, dato che proprio quest'ultimo rappresentava il modo ordinario di estinzione delle obbligazioni. Concludeva, poi, osservando che (80) «la *litis contestatio* potesse avere effetti estintivi, in senso tecnico e sostanziale, soltanto ove concorressero alcuni requisiti, con la conseguenza che l'efficacia estintiva della *litis contestatio* aveva portata necessariamente assai limitata sul piano pratico [...], mentre nella maggioranza dei casi essa dava luogo ad una mera preclusione di carattere processuale», consistente nella possibilità di impiego della *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Aggiungeva, infine, che il magistrato poteva ovviare alle iniquità scaturenti da una rigida applicazione dell'effetto estintivo, operando sulla concessione o meno di *exceptio* e *replicatio*.

Si vedano anche M. E. LUCIFREDI PETERLONGO, *Intorno all'unità e pluralità di vincoli nella solidarietà contrattuale*, Milano, 1941; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, 75 ss., per l'affermazione dell'inconsistenza di tale distinzione; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973, 4 ss.; Da ultimo, anche F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999, 168 e nt. 167; R. CARDILLI, *Idem dari oportere e in solidum teneri*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXVIII, 2009, 87 ss.; S. DI SALVO, *Solidarietà passiva, diritto romano e politica del diritto*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, 225 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Responsabilidad in solidum en la casuística de la actio exercitoria*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, 1 ss.; L. PARENTI, *In solidum*, cit., 12 ss. Nell'ambito della dottrina civilistica, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, rist. 2005, il quale riporta (698) la tesi di Branca secondo cui le parti potrebbero esercitare la loro autonomia negoziale creando obbligazioni correali «caratterizzate da ciò, che la posizione di ciascun creditore o di ciascun debitore sia legata *in tutto* con la posizione degli altri concreditori o condebitori», fermo restando che «il vincolo di correalità dovrebbe comunque risultare dal titolo». A critica di tale posizione, ritiene comunque Bianca che, pur essendo derogabili le attuali norme in tema di obbligazioni solidali, sia eccessivo spingersi a configurare, a mezzo di clausole negoziali, tipologie di obbligazioni diverse da quelle solidali.

<sup>20</sup> La riforma giustiniana è contenuta nella costituzione C. 8.40.28, Il testo, nella sua prima parte, recita: *generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari.*

I medesimi aspetti erano già stati oggetto di studio da parte di Marrone, sebbene dall'angolo visuale della pregiudizialità<sup>21</sup>. Rinviando alla sede opportuna le osservazioni puntuali relative ai testi, conviene ricordare da subito le parole dello Studioso siciliano, che in generale affermava che «sempre e soltanto di preclusione processuale si discuteva, da parte dei classici, in ordine alle azioni esercitate da un creditore solidale o contro un debitore solidale»<sup>22</sup>. A questo principio avrebbe fatto eccezione proprio il caso della pluralità di mandanti di credito, come appare emblematicamente da Pap. 11 resp. D. 46.1.52.3<sup>23</sup>.

Ora, tornando un istante alle osservazioni di Levy, Egli affermava anche che nel caso dei *plures mandatores* la solidarietà dovesse essere valutata con una certa attenzione. In alcuni testi, certamente, essa avrebbe potuto essere dedotta senza problemi dall'impiego dell'espressione *in solidum*, ma non in tutti i casi la lettera dei frammenti è davvero probante. Infatti, pur trattandosi di obbligazione che presenta evidenti analogie con quella dei garanti (e nel caso specifico dei *mandatores* non può non giocare un ruolo significativo l'analogia con i *fideiussores*, trattandosi, appunto, di posizione equiparabile a quella dei garanti), siamo pur sempre nell'ambito di una solidarietà che non deriva da una solenne promessa verbale,

---

Gli studiosi di età meno recente avevano talvolta interpretato questo provvedimento nel senso di un radicale cambiamento rispetto all'età classica, in quanto si sarebbe passati dall'antica regola della consunzione legata alla *litis contestatio* a quella della consunzione conseguente soltanto all'effettivo adempimento. Cfr., ad esempio, G. SACCONI, *Studi*, cit., 6 s. e, per una critica all'Albertario, 88 s. Per qualche indicazione sul *mandatum pecuniae credendae*, nella prospettiva dell'interesse del mandante o di un terzo, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, Napoli, 1965, 118 ss. Per quanto qui interessa nello specifico, l'Autore (130) richiama l'abolizione dell'effetto consuntivo della *litis contestatio* da parte di Giustiniano con la costituzione 8.40.28, ma esclude esplicitamente (133) di occuparsi dei problemi legati alla funzione di garanzia del mandato di credito, ed in particolare di quelli relativi alla concorrenza passiva tra le obbligazioni di più *mandatores eiusdem pecuniae*, affermando trattarsi di uno dei più controversi problemi della letteratura romanistica. Lo stesso V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 421 s. dichiarava, a proposito delle obbligazioni solidali, che scopo precipuo della solidarietà era quello di assicurare l'adempimento al creditore, e dunque l'obbligazione doveva essere soddisfatta una sola volta. Ciò perché «i romani considerano come *eadem res*, nonostante la differenza delle persone, il legame che avvince tutti i debitori e i creditori del complesso rapporto: onde la conseguenza che quell'efficacia generale estintiva spettante al pagamento sia riconosciuta a tutti gli altri modi oggettivi di estinzione [...]». Non si occupa invece di questi aspetti il recente lavoro di S. RANDAZZO, *Mandare*, Milano, 2006.

<sup>21</sup> M. MARRONE, *L'efficacia* cit., 239 ss.

<sup>22</sup> M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 239 e nt. 333 e 334, con bibliografia per l'epoca meno recente.

<sup>23</sup> M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 151.

come accade per i *promissores*, ma che «si fonda sull'accordo informale delle parti»<sup>24</sup>.

Esposte queste premesse, l'attenzione si sposterà ora su alcune fonti rilevanti, la cui esegesi non potrà non tenere conto degli aspetti di problematicità che si muovono sullo sfondo.

3. *La solidarietà dell'obbligazione dei mandatores in Scevola e Paolo*. — Il primo testo degno di nota è il seguente:

Scaev. 1 resp. 17.1.60.2: *duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur. Respondi unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur*.

La fattispecie presentata da Scevola<sup>25</sup> è quella del mandato di amministrazione conferito da un solo soggetto a due mandatari. La *quaestio* riguarda la solidarietà dell'obbligazione dei mandatari, e viene espressa come dubbio circa l'eventualità che essi siano tenuti *in solidum* nel giudizio di mandato. La risposta del giurista sembra piuttosto sicura nell'affermare che ciascuno debba essere convenuto *pro solido*, purché non si chieda a ciascuno più dell'ammontare del debito<sup>26</sup>.

In questo testo – che peraltro fa riferimento ad un'azione di mandato diretta e non *contraria*, come avverrebbe nel caso del *mandatum pecuniae credendae* – sia la questione circa la natura solidale dell'obbligazione, sia la precisazione finale relativa al possibile *quantum* della condanna appaiono strettamente dipendenti dal carattere di buona fede del mandato e della relativa azione, nel senso che si espliciterà tra poco.

Sul primo aspetto, conviene rinviare alle osservazioni di Levy sopra riportate, che pongono l'accento sui criteri mediante i quali sia possibile individuare il mandato comune, in casi in cui ovviamente non ci sia una *stipulatio* che confermi l'esistenza di una obbligazione solidale.

Parenti cita il testo in connessione con il famoso Pap. 27 *quaest.* D. 45.2.9, ed in particolare con l'espressione, contenuta in quest'ultimo, *utriusque fidem in solidum secutus*. Nel riferire come alcuni autori meno recenti avessero pensato all'esistenza

<sup>24</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 524.

<sup>25</sup> Da ultimo, sulla produzione di *responsa* da parte di Scevola, cfr. A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 22 ss.

<sup>26</sup> Non ha dubbi circa la natura solidale di questa obbligazione P. APATHY, *Recensione* a G. Sacconi, *Studi*, cit., in ZSS, XCII, 1975, 344 nt. 25.

di una sorta di patto di solidarietà<sup>27</sup>, lo Studioso aderisce all'opinione di Rotondi, per il quale tale genere di patto sarebbe da escludersi; si tratterebbe, piuttosto, di una normale assunzione di responsabilità in mancanza di espressa contraddizione (prova ne sarebbe il confronto con il § 1 dello stesso frammento, in cui la regola della solidarietà viene meno a causa del fatto che uno dei coobbligati assume un grado particolare di responsabilità<sup>28</sup>).

Quanto a D. 17.1.60.2, Parenti<sup>29</sup> cita soprattutto il parere di Schmieder, che nella sostanza riprende quanto già sottolineato in passato da Levy, vale a dire l'idea per cui la solidarietà si potrebbe confermare se fosse possibile accertare una volontà delle parti in tal senso. Parenti afferma che non è chiaro se Schmieder ritenga che la regola sia quella della parziarietà o quella della solidarietà. Nel primo senso deporrebbe il richiamo di quest'ultimo alla Sacconi, mentre in un altro punto una frase dello stesso Studioso tedesco sembrerebbe orientarsi decisamente nel senso della solidarietà. Probabilmente Schmieder, più che addentrarsi in una interpretazione generale sul rapporto regola-eccezione nel caso dei *plures mandatores*, si limita a notare come il nostro testo mostri una propensione nel senso della solidarietà, anche se i diversi possibili modi di interpretazione della volontà delle parti rendono questa stessa affermazione «sehr fraglich»<sup>30</sup>.

Sulla frase che limita all'ammontare del debito il *quantum* della condanna, in passato erano state espresse alcune perplessità<sup>31</sup>. Già la Sacconi, tuttavia, aveva pensato che si potesse salvare la genuinità del testo, da un lato per l'insufficienza argomentativa dei fautori dell'interpolazione, dall'altro perché, secondo l'autrice, in questo caso Scevola farebbe riferimento «a una forma di concorso soddisfattivo».

<sup>27</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 484.

<sup>28</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 485 e nt. 410 per la citazione di Rotondi e altra bibliografia. In precedenza, un accenno in A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 340 nt. 94.

<sup>29</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 484 nt. 409.

<sup>30</sup> P. SCHMIEDER, *Duo rei. Gesamtabligationen im römischen Recht*, Berlin, 2007. Egli sostiene (204) che per Scevola non sia impossibile procedere ad azioni separate. Quanto all'inciso che parte da *dummodo*, esso non sarebbe superfluo, ma avrebbe il senso di escludere un cumulo della responsabilità. Il creditore, insomma, potrebbe esigere il credito una sola volta. L'autore tedesco ritiene non improbabile che qui Scevola facesse riferimento ad una Solutionskonkurrenz piuttosto che ad una consunzione legata alla *litis contestatio*, ma non considera il passo probante in modo decisivo. Ancora, per lo Studioso tedesco (220 s.) il rapporto regola-eccezione poteva subentrare solo in assenza della volontà delle parti. «Auf der Vorraung der Verpflichtung *in solidum* deuten Ulp 16.3.1.3 e D. 17.1.60.2 hin, doch ist dies angesichts des möglichen Rückschlusses auf den Parteiwillen sehr fraglich.»

<sup>31</sup> Per l'interpolazione dell'inciso *dummodo – exigatur* si vedano gli autori richiamati da G. SACCONI, *Studi*, cit., 95 e nt. 110, tra cui anche E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 203.

Precedentemente a Parenti, anche la Steiner<sup>32</sup> si è occupata del testo, qualificandolo come l'unica testimonianza disponibile sul tema dell'azione diretta contro più mandatari. Giustamente l'Autrice nota come il caso sia rappresentato in modo piuttosto scarno e non sia dunque possibile risalire alla natura degli affari intrapresi, né pare si possa ricavare dalla descrizione di esso l'esistenza di una *procuratio omnium bonorum*. Dopo aver osservato come probabilmente questi dati non fossero ritenuti di interesse per la soluzione della fattispecie, la Studiosa prende posizione sulla configurazione dell'incarico ai *plures*: sarebbe secondo lei da escludersi che il mandato fosse stato diviso in più ambiti tra i mandatari, perché se così fosse il giurista non avrebbe nemmeno menzionato la responsabilità in solido.

Dunque, data quest'ultima per scontata, si dovrebbe dire che il presupposto della responsabilità solidale sarebbe in questo caso da rinvenirsi nell'identità di contenuto dei «Geschäftsführungspflichten»<sup>33</sup>. Ancora, riveste interesse l'affermazione della Steiner secondo cui dal testo si inferisce indirettamente che, in caso di azione del mandante contro uno solo dei mandatari, la *litis contestatio* contro quest'ultimo non influenza la possibilità di agire contro un altro mandatario, proprio perché la responsabilità solidale viene contenuta da Scevola nei limiti del *non amplius debito exigere*<sup>34</sup>.

Nessuno degli altri autori sopra citati commenta in modo specifico il fatto che la condanna debba essere limitata al debito: a tale proposito, si potrebbe individuare la volontà, da parte del giurista, di tracciare una sorta di continuità con la disciplina processuale dell'obbligazione solidale da *stipulatio*. Posto, infatti, che il giudizio di buona fede avrebbe potuto portare, in virtù del libero esercizio dell'*officium iudicis*, ad una condanna commisurata su una gamma ampia di parametri, si potrebbe avanzare l'interpretazione che Scevola abbia voluto evitare di avallare un trattamento troppo diverso tra l'obbligazione solidale da *stipulatio* e quella da mandato, ridimensionando, per l'aspetto quantitativo, l'incidenza della *bona fides*.

<sup>32</sup> A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, München, 2009, 253 ss.

<sup>33</sup> A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 253.

<sup>34</sup> L'autrice (A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 254) si dedica poi ad alcune valutazioni sul tenore letterale del testo. In particolare, l'espressione *conveniri debere* viene indicata come una interpolazione al posto di *posse*. In realtà, precisa immediatamente dopo la Studiosa, si dovrebbe dire che si tratta di un'imprecisione linguistica, perché il giurista risponde ad una concreta questione ponendo anche una regola generale: quella secondo cui ciascuno dei debitori deve essere citato per l'intero. Scevola segue inoltre l'idea secondo cui l'estinzione della possibilità di agire contro gli altri mandatari si verifichi solo nel caso in cui il mandante abbia ottenuto l'intera prestazione oggetto dell'incarico. In questo senso, continua la Steiner, sotto l'uso del concetto di *debitum* si dovrebbe intendere un dovere del mandatario di *reddere*. Infine, ella riconduce all'azione di mandato *in factum* la circostanza che la *litis contestatio* non porti all'estinzione materiale.

In conclusione credo che si possa affermare che, nella fattispecie di D. 17.1.60.2, l'indicazione della convenibilità *in solidum* conferma testualmente che ci si trova davanti ad una obbligazione solidale (Scevola non sembra nemmeno preoccuparsi di altre possibili interpretazioni del mandato conferito ai *duo*, il che significa che per lui la questione era già risolta); proprio questo fatto fa dire però a Scevola che l'esito del processo, che di per sé sarebbe fondato sulla buona fede e quindi aperto, si deve in qualche modo adeguare alla disciplina delle obbligazioni solidali da *stipulatio*.

L'esegesi del nostro passo non si esaurisce però in sé, perché esso è talvolta citato in dottrina in collegamento con un paragrafo paolino, nel quale viene tracciata un'analogia tra *duo domini* e *duo mandatores*. Ecco il testo:

Paul. 4 *ad Plautium* D.15.4.5.1: *si uno ex servi dominis (domini) iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur; sed si duo iusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus.*

Paolo fa discendere la citabilità in solido dei *domini*, che *duo iusserunt*<sup>35</sup>, dal fatto che essi *similes sunt duobus mandantibus*.

La Steiner ha ritenuto che il passo contenuto in D. 15.4.5.1, pur dall'angolo visuale della responsabilità di più comproprietari di uno schiavo in base all'azione *quod iussu*, rappresenti una prova del fatto che l'*actio mandati contraria* possa essere intentata solidalmente contro più mandanti<sup>36</sup>.

Afferma la Studiosa che in caso di *iussum* impartito in comune si possa agire in solido contro ciascuno, mentre nel caso del *solus* si ricorrerebbe ad una azione fittizia da contratto. Relativamente al commento di Paolo, che paragona questa situazione a quella di due mandanti, la Steiner sottolinea come nei paragrafi 2 e 3 del testo in esame il *iussum* sia considerato come un *minus* della stessa natura del mandato, e dunque la chiusa paolina si porrebbe come un *argumentum a maiore ad minus*.

Quanto ai presupposti della responsabilità solidale, nota la Studiosa come il nostro passaggio si limiti al minimo presupposto apparente, vale a dire l'indicazione della circostanza che *duo iusserunt* o meglio *duo sunt mandantes*, secondo una schema che, nella solidarietà da stipulazione, corrisponderebbe alla suddivisione di più persone da un solo lato dell'atto stipulatorio<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Sull'*actio quod iussu* in generale, cfr. E. VALIÑO, *Actiones adiecticiae qualitatis*, in *AHDE*, XXXVII, 1967, 414 nt. 160 e 419.

<sup>36</sup> A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 254 ss.

<sup>37</sup> Sul testo cfr., brevemente, anche P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., 202, per il quale la parte più interessante sarebbe quella della chiusa, cioè quella in cui si ribadisce la convenibilità in

Ancora, ella sembra ritenere che la qualifica della responsabilità dei *mandatores* come solidale debba dipendere dalla natura dell'incarico da essi conferito<sup>38</sup>. Occorre, cioè, che siano state create due relazioni di incarico di identico contenuto, perché in tal modo la situazione si potrebbe assimilare a quella dei creditori da *stipulatio*, in conformità all'espressione *duo rei promittendi*. Viceversa, senza questa identità dell'oggetto dell'incarico varrebbe ciò che illustra la prima parte del frammento: *is solus tenebitur*, vale a dire che ciascuno sarà tenuto in base al *iussum* o *mandatum* che egli ha impartito separatamente dagli altri. La conclusione della Steiner è dunque nel senso che il presupposto della responsabilità solidale nel contratto consensuale di mandato debba essere l'identità dei doveri di conduzione dell'affare, così come configurata dalle parti. Infatti, anche se ciò non sia esplicitamente espresso nelle fonti, si desumerebbe dal fatto che, in mancanza di tale identità, la situazione sarebbe uguale a quella che si verificherebbe se avesse concluso il contratto un solo mandatario o impartito il *iussum* un solo soggetto.

Peraltro, il testo non esplicita come dovrebbe verificarsi la solidarietà in questo caso, se, cioè, attraverso la totale efficacia estintiva della *litis contestatio* o solo attraverso la *solutio*. Non si potrebbe insomma escludere la soluzione della materiale consunzione a causa della *litis contestatio*, che sarebbe da ipotizzarsi per una *actio contraria* concepita *in ius*.

Le osservazioni della Steiner trovano conferma anche in una lettura palingeneticamente orientata. Nella Palingenesi di Lenel, infatti, il testo chiude il titolo *De peculio. Quod iussu*, collocato nel libro 4 dei libri *ad Plautium*, per ultimo dopo *De conditione, De pecunia constituta, De institoria actione*.<sup>39</sup>

Il passaggio costituisce, da solo, il numero 1104 e si presenta peculiare rispetto agli altri frammenti per i quali il Lenel ipotizzava la collocazione nel medesimo titolo. Lo studioso tedesco lo aveva, anzi, separato in due parti, lasciando il *principium* come parte finale del testo 1103, nel quale il tema portante è quello dell'esperibilità della *condictio* rispetto all'azione *quod iussu*.

Più specificamente, il testo 1103 è formato dall'unione di D. 12.1.29 e D. 15.4.5 *pr.*, che letti in sequenza appaiono così:

---

solido dei due *domini*, motivando con l'analogia rispetto ai *mandatores*. Per l'Autore il *quia* non può che riferirsi all'assetto della responsabilità solidale, che per Paolo rappresenterebbe una soluzione ovvia.

<sup>38</sup> A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 255.

<sup>39</sup> O. LENEL, *Palingenesia*, II, rist. Roma, 2000, 1152-1153.

*Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Iulianus ait etiam condici ei posse, quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit (D. 12.1.29).*<sup>40</sup>

*Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus iusserit servo filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit: immo hoc casu de iussu actio non competit (D. 15.4.5 pr.).*

Nel primo passaggio si presenta il caso di un *dominus* che abbia un institore e si dice, senza spiegare precisamente lo svolgimento dei fatti, che contro il *dominus* può essere esperita la *condictio*, motivando con l'equiparazione della situazione al caso dello *iussus*. Si dovrebbe intendere che al servo institore sia stata data una somma a mutuo, e che il mutuante possa rivalersi direttamente contro il *dominus*, come se costui avesse ordinato la conclusione del contratto.

Analoga fattispecie è trattata nel secondo passaggio. Qui abbiamo un *pater* o *dominus* che dà ordine ad un terzo di corrispondere al figlio o allo schiavo il denaro che egli sta per prendere a mutuo. Il giurista dichiara che in questo caso l'unica possibilità per recuperare la somma sarà quella di esercitare la *condictio*, affermando che si tratta di un'ipotesi in cui l'*actio quod iussu* non è applicabile. Ciò, probabilmente, perché il *iussus* non è orientato verso la conclusione del mutuo, ma verso la *numeratio* della somma.

Il § 1 di D. 15.4.5, che è quello che in questa sede interessa più direttamente, riprende il tema dell'incarico, svolgendo due ipotesi: la prima è quella secondo cui vi siano due *domini*, ma uno solo di essi abbia dato l'autorizzazione a contrattare con lo schiavo. In tal caso, egli solo sarà tenuto (sembra potersi interpretare che sarà tenuto *quod iussu*, dato che si parla esplicitamente di autorizzazione a contrattare). Se invece, l'autorizzazione sia stata data da entrambi i padroni, Paolo afferma che si può agire per l'intero, indifferentemente – diremmo, a scelta dell'attore – contro l'uno o l'altro. L'argomentazione addotta è quella della similitudine con i *mandantes*. Si ha similitudine e non perfetta identità, dato il rapporto potestativo che lega, in questa fattispecie, il 'mandante' e il 'mandatario'<sup>41</sup>.

Per altro verso, il giurista tardo classico fornisce testimonianza del principio della solidarietà dell'obbligazione dei *mandatores*, in un'ipotesi molto vicina a quella del mandato di credito, dato che il *dominus* ordina ad un terzo estraneo al suo gruppo familiare di dare a mutuo una somma al suo sottoposto. Rispetto al testo di Scevola letto in precedenza, pare che nella descrizione paolina non sussistano dubbi circa la solidarietà dell'obbligazione dei *mandatores*, principio che in età tardo-

<sup>40</sup> Pur non essendo specificato da Paolo quale sia il luogo da cui trae la citazione di Giuliano, O. LENEL, *Palingenesia*, I, rist. Roma, 2000, 497 e 341 colloca il testo nel titolo *Si certum petetur* del decimo libro dei *Digesta* del giurista adrianeo, tra D. 12.1.19 e D.12.2.18.

<sup>41</sup> Cfr. E. VALIÑO, *Las acciones cit.*, 414 ss.

classica doveva essere ormai più che assodato<sup>42</sup>. Lo conferma, da ultimo, lo stesso Parenti, che richiama il passaggio, sebbene brevemente e, come spesso accade per i testi che qui rilevano, incidentalmente ed in connessione con altra esegesi. Nello specifico, l'Autore si sta occupando di Paul. 4 *ad Plautium* D. 14.3.14, che viene da lui addotto come esempio giurisprudenziale di ammissione del regresso<sup>43</sup>. La possibilità del regresso, appunto, sarebbe il presupposto sul quale, certamente in tema di *actio institoria*, la giurisprudenza tardo-classica avrebbe riconosciuto la solidarietà<sup>44</sup>.

Nell'introdurre il dubbio che ciò valesse anche per le altre azioni adiettizie, Parenti cita proprio D. 15.4.5.1. Conviene riportare letteralmente<sup>45</sup>: nell'«*actio quod iussu* [...] la solidarietà viene da lui riconosciuta sull'esempio dei mandanti, per i quali la solidarietà veniva riconosciuta a prescindere dall'esistenza di un rapporto societario».

4. Paul. 4 *resp.* D. 17.1.59.3 e il problema del *litisconsorzio*. — Un altro testo fondamentale in questa materia è il seguente:

Paul. 4 *resp.* D. 17.1.59.3: *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere.*

Questo passaggio è stato analizzato dalla dottrina soprattutto in relazione con il problema del *litisconsorzio*. Con riferimento al diritto romano classico, si è infatti dibattuto circa l'ammissibilità di esso. Il tema è molto complesso, e si potrà in questa sede solamente limitarsi ad un accenno. Il Biondi, ad esempio, era di opinione

<sup>42</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 502 nt. 451 e 452 riassume le posizioni dottrinali viste nel testo, che è citato, brevemente, anche da P. CAPONE, *De consortibus eiusdem litis. Storia di un titolo del Codice di Giustiniano*, Napoli, 2012, 99 nt. 143, come esempio di responsabilità *in solidum* di una pluralità di mandanti nei confronti del mandatario.

<sup>43</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 488 ss.

<sup>44</sup> Per i dubbi sulla genuinità del riferimento ai mandanti cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, ristampa dell'edizione del 1928 a cura di L. Capogrossi Colognesi, Roma, 2002, 148 nt. 1 dice a proposito di D. 15.4.5.1 che «l'ultimo caso può essere posto in dubbio a motivo della frase finale *quia similes sunt duobus mandatoribus*, che lo ricondurrebbe a un caso d'obbligo solidale. Ma la frase è genuina?». Qui l'Autore implicitamente afferma che l'obbligazione dei due mandanti è solidale; nel senso della salvaguardia del testo si pronuncia P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., 202, 287.

<sup>45</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 490 nt. 424.

negativa, ritenendo incompatibili solidarietà e litisconsorzio<sup>46</sup>; su questa linea interpretativa si poneva anche il Redenti, per il quale, appunto, la regola della consumazione processuale conseguente alla *litis contestatio* contro uno dei condebitori avrebbe escluso la possibilità del litisconsorzio<sup>47</sup>; obiettava però l'Arangio-Ruiz che «sembra che il R. stesso riconosca il valore puramente relativo di questa sua conclusione, in quanto riconosce, in base al chiarissimo fr. 17.1.59.3, che il creditore può chiamare in giudizio simultaneamente i più debitori correali e che i più creditori correali possano chiamare in giudizio il debitore, risultando *ipso iure* divisa l'azione»<sup>48</sup>.

Il Pugliese, commentando le considerazioni del Biondi, ne approvava tutto sommato le premesse (la libera scelta del giudice e il meccanismo della *litis contestatio* tra attore e convenuto militerebbero contro la possibilità del litisconsorzio), ma ne affermava l'eccessività delle conclusioni. Lo stesso Pugliese, peraltro, aveva avanzato una distinzione tra i casi in cui le situazioni sostanziali fossero divisibili e quelli in cui queste fossero, invece, indivisibili<sup>49</sup>. Nella prima eventualità, la regola sarebbe stata quella che ciascuno agisse per la sua parte, ma nulla poteva impedire un'azione di tutti contro tutti; nella seconda ipotesi, invece, l'unica possibilità sarebbe stata quella che ciascuno agisse per l'intero, e dunque il litisconsorzio sarebbe stato escluso.

La La Rosa propende per l'ammissibilità<sup>50</sup>, precisando che se il litisconsorzio fosse necessario sarebbe preclusa al creditore la possibilità di convenire in giudizio un solo debitore (ma ciò – si potrebbe osservare – non poteva accadere in diritto romano, come proverebbe proprio il nostro testo che sembra dire il contrario, cioè che il creditore può *eligere*); d'altra parte, nulla sarebbe precluso se il litisconsorzio

<sup>46</sup> B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, 48 ss. per la negazione del litisconsorzio in età classica e, su D. 17.2.59.3, 80 s. e 93. Per un commento critico cfr. F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1963, 209 ss.

<sup>47</sup> Il saggio è ormai di un secolo fa, ma ancora di grande interesse: E. REDENTI, in *AG*, LXXIX, 1907, 3 ss.; su di esso, cfr. la recensione di V. ARANGIO-RUIZ, in *BIDR*, XXI, 1909, 236 ss., nella quale sono ripresi concetti per noi fondamentali. L'idea di Redenti era quella secondo cui, in tema di obbligazioni divisibili, l'azione fosse sempre *pro parte*: qualora, però, si trattasse di pretese omogenee, esse potevano sommarsi ed essere dedotte in un unico giudizio (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione*, cit., 241), così come essere dedotte in giudizi separati.

<sup>48</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione*, cit., 242: secondo questo Autore, l'esclusione del litisconsorzio avrebbe una portata esclusivamente dottrinale.

<sup>49</sup> G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, Roma, 1963, 270 ss.

<sup>50</sup> F. LA ROSA, *L'actio iudicati* cit., 214.

fosse inteso come volontario. Il passo dice espressamente che il creditore può convenire insieme i due debitori e secondo l'Autrice si tratta di affermazione genuina<sup>51</sup>.

Volgendosi ad analizzare la lettera del paragrafo paolino, in esso si legge, infatti, che il creditore può scegliere (*eligere*) uno dei mandanti anche per l'intero, pur se niente di simile gli sia stato espressamente concesso alla conclusione del mandato. Il *concedere* di cui si parla nel passo – da intendersi come la possibilità di una pattuizione accessoria al contratto – doveva essere, secondo Levy, una pratica che al tempo di Paolo era stata accettata nel diritto dispositivo delle relazioni di mandato<sup>52</sup>. Aggiungeva l'Autore che l'impiego dell'espressione *in solidum* avrebbe dovuto interpretarsi come una marcata opposizione con la responsabilità per parti<sup>53</sup>. Da ciò consegue che il caso descritto nel testo presupponga l'esistenza di una *eadem res* e, dunque, di un comune mandato di credito, anche se poi, nota lo stesso Levy, nulla dice il giurista circa la conseguenza che ci si dovrebbe aspettare, cioè la «Konsumptionsverhältnis»<sup>54</sup>.

A tal proposito, in generale, per quanto riguarda la fattispecie di più mandanti obbligati, Levy segnala come la dottrina, al suo tempo, si fosse mostrata piuttosto restia al riconoscimento di una relazione di consunzione civilistica. D'altra parte, osserva lo stesso Autore, non si può non notare il fatto che non ci sia nessuna pluralità di persone che nelle fonti viene posta sullo stesso piano dei *rei promittendi* più dei *mandatores*. Con varie argomentazioni, che coinvolgono anche l'intervento riformatore di Giustiniano di segno opposto alla consunzione, Levy arriva infine a dire che il valore consuntivo della lite contro uno di essi doveva essere originariamen-

<sup>51</sup> W. LITEWSKI, *Recensione* a G. Sacconi, *Studi*, cit., in *Iura*, XXIV, 1973, 336 si riferisce al nostro testo come uno dei casi nei quali è presente la solidarietà senza che ciò sia espressamente presupposto (*angenommen*) dalle parti; nel senso di una generale responsabilità solidale cfr. O. BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechtes*, in *ZSS*, LCCCVIII, 1971, 237 nt. 87. Si veda, per la rassegna di altre opinioni, A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, 339 ss., che discute il testo soprattutto nella prospettiva della divisibilità dell'*obligatio iudicati*. Sul punto, cursoriamente, P. VOCI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in *Iura*, XX, 1969, 326 e nt. 51, il quale afferma che l'*obligatio iudicati* avesse natura parziaria. Per P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., 208 s., dal passo si ricaverebbe soltanto la non necessità di una pattuizione per la configurazione di una obbligazione solidale, ma non sarebbe possibile trarre da esso principi generali.

<sup>52</sup> Cfr. E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 198 nt. 6 per una disamina analitica della questione, con individuazione della possibilità che la formula ammettesse la contemplazione di due convenuti.

<sup>53</sup> E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 197.

<sup>54</sup> K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., 69 s. afferma che il testo potrebbe deporre nel senso dell'esistenza di tale consunzione. In particolare, sotto il profilo dell'identità dell'obbligazione, l'Autore così si esprime: «Sind sie dagegen Schuldner *de eadem re*, so teilt der Gläubiger, indem er sie vereint belangt, jedenfalls das Risiko ihrer Insolvenz».

te accettato e che questo principio si sarebbe mantenuto saldo per tutto il periodo classico. In tempi recenti, questa idea è stata ripresa dalla Salomone, la quale giunge ad ipotizzare, pur con rapido accenno, che, nel testo qui in esame, parrebbe che la scelta di uno dei *plures mandatores* liberasse gli altri<sup>55</sup>.

Meffert poneva invece l'accento sulla possibilità – o meglio, verosimiglianza – del giudicare cumulativamente i coobbligati, con successiva suddivisione della sentenza di condanna<sup>56</sup>. Oltre al testo qui indagato, Egli adduceva come testimonianze di principi analoghi altri frammenti, come Ulp. 8 *disp.* D. 49.1.10.3 (in cui si parla di *sententia in personas scindere*) e Paul. 6 *resp.* D. 42.1.43 (*pro portione virili ex causa iudicati convenire*)<sup>57</sup>. L'Autore dichiarava però di non essere in grado di ipotizzare come potesse concretamente presentarsi una sentenza di tal fatta, anche se non escludeva che si potesse individuare una responsabilità solidale di più coobbligati, perfino in caso di prestazione naturalmente indivisibile. In questa eventualità, si sarebbe pervenuti ad una sentenza cumulativa (cioè *in solidum*), ma, per evitare la duplicazione della prestazione, l'*actio iudicati* intentata contro uno solo dei condannati avrebbe avuto valore consuntivo.

Recentemente, il passo è stato analizzato anche da Parenti, il quale ne ha suddiviso l'analisi in due parti. Quanto alla prima parte del testo, l'Autore ribadisce come il giurista abbia inteso affermare il principio per cui, in caso di più *mandatores*, l'attore avrebbe potuto operare una scelta su quale convenire in giudizio. L'Autore si sofferma anche, criticamente, sull'opinione del Frezza, secondo cui si sa-

<sup>55</sup> Questa conclusione deve essere in realtà confrontata con l'idea che, già in età classica, nei giudizi di buona fede la consunzione dipendesse dall'effettivo adempimento. A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 338 ss., ed in particolare 340 ss. ha affrontato l'esegesi di Paul. 4 *resp.* D. 17.1.59.3, nell'alveo della più generale questione dei «testi nei quali la nostra locuzione [*causa iudicati*] evoca profili eminentemente processuali». Come si è già osservato, il passaggio ha come oggetto di fondo la pluralità di parti nel processo classico. Di essa soprattutto si occupa l'autrice, richiamando la relativa dottrina e ponendo le questioni relative all'esperibilità *pro parte* dell'*actio iudicati* (su cui cfr., in precedenza, P. APATHY, *Recensione* a G. Sacconi, cit., 344 e, dello stesso Autore, *Recensione* a Meffert, cit., in ZSS, XCIII, 1976, 461 e nt. 22, ove si avanza l'idea che ad una *condemnatio in solidum* si sarebbe gradualmente sostituita una condanna ripartita. Si veda anche 462 e 464 nt. 33).

<sup>56</sup> K. MEFFERT, *Die Streitsgenossenschaft*, cit., 80 s.

<sup>57</sup> Sul testo, A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 341 s. L'autrice si riferisce a D. 42.1.43 usando le parole di Redenti, secondo cui sarebbero da intendersi «dedotte in giudizio tante azioni=obbligazioni *pro parte*» e così sarebbe stata *pro parte* anche la condanna. In particolare, la Salomone afferma (342 s.) che in questo testo si ha riguardo ad una sentenza con più destinatari per un unico importo e che i soccombenti possono essere convenuti *pro portione virili*. Per la Studiosa, inoltre, rimonterebbe a Papiniano il principio, affermato dal giurista, secondo il quale, qualora uno dei tre condannati adempia spontaneamente, non subirà l'*actio iudicati* per il residuo.

rebbe trattato di *mandatores pecuniae credendae*, sostenendo che nel testo non vi siano elementi probanti in questo senso<sup>58</sup>. Ai nostri fini riveste interesse la discussione relativa al tipo di responsabilità collegabile a questa situazione. L'Ascoli, ad esempio, riteneva potersi parlare di responsabilità parziaria<sup>59</sup>, sul presupposto che il testo si riferisse a mandati separati. L'ipotesi interpretativa è oggi aversata da Parenti, per il quale, invece, non sarebbe da dubitarsi né dell'unicità dell'incarico, né del principio della solidarietà dei *mandatores*, a maggior ragione se si volesse accogliere l'idea che si trattasse di *mandatores pecuniae credendae*.

Inoltre, contro la Steiner che afferma che in questo caso si sarebbe applicata l'*epistula Hadriani*, afferma Parenti che si tratta non di beneficio di divisione, ma di mera parziarietà<sup>60</sup>.

Quanto alla seconda parte del brano, il Parenti pone l'accento sull'incidenza della volontà delle parti nella scelta del regime da applicare: se, cioè, in generale si dovesse ricorrere allo schema della solidarietà o a quello della parziarietà. In particolare, Egli ritiene opportuno interrogarsi sulla *ratio* dell'inciso *etiam non sit concessum in mandato*, che vale ad escludere la necessità di una specifica pattuizione. Guardando agli altri contratti consensuali, però, si osserva che in essi la volontà delle parti si appuntava casomai sull'oggetto del contratto, per stabilire se esso fosse o meno unitario. Per il mandato, peraltro, c'è anche da dire che «poiché l'incarico non poteva che essere dato da ciascuno per l'intero, problemi di interpretazione non vi erano, applicandosi comunque la solidarietà»<sup>61</sup>. Parenti ritiene, dunque, che il regime normale per i mandanti dovesse essere quello della solidarietà, ma aggiunge che la responsabilità in solido avrebbe potuto forse essere evitata dividendo l'incarico conferito (ad esempio, per la metà di quello che ci si sarebbe aspettati dal mandatario, o, nel caso specifico del *mandatum pecuniae credendae*, per la metà della somma che si voleva fosse data a mutuo)<sup>62</sup>. Come conclusione più generale,

<sup>58</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 500 nt. 448.

<sup>59</sup> A. ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali (a proposito di uno scritto di Eisele)*, in *BIDR*, IV, 1891, 138 ss.

<sup>60</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 503 e nt. 449.

<sup>61</sup> L. PARENTI, *In solidum* cit., 503. In precedenza, P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., 203 aveva sostenuto che la frase che inizia con *etiamsi* non chiarisce esattamente il pensiero di Paolo, perché lascerebbe aperta la questione se per il giurista occorresse comunque una pattuizione per sancire la responsabilità solidale, o se invece Paolo ritenesse che non fosse possibile, nel caso della pluralità di mandanti, una responsabilità *pro parte*.

<sup>62</sup> L. PARENTI, *In solidum* cit., 504 e nt. 459. Nel caso del *mandatum pecuniae credendae*, sottolinea però Parenti che non si sarebbe prodotta una responsabilità parziaria, ma vi sarebbe stata una pluralità di incarichi. Si noti che K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., 66 nt. 12, aveva descritto la nostra fattispecie come «Streitgenossenschaft bei den unteilbaren Rechtsverhältnissen», ponendo quindi l'accento sull'indivisibilità dell'incarico.

l'Autore giunge a sostenere che Paolo fosse un grande sostenitore della possibilità del regresso, proprio in virtù degli effetti talvolta negativi della solidarietà, e che egli avesse individuato dei correttivi alla solidarietà *ex lege* diversi da quelli di Papiniano.<sup>63</sup>

A proposito del problema della consunzione, sembrano ancora valide le osservazioni di Levy<sup>64</sup>: notava lo Studioso che il verbo *eligere* usato dal giurista non ha affatto in sé il senso di una consunzione civile, ma sta a significare semplicemente la possibilità di una scelta, da compiersi sia in via stragiudiziale che in via giudiziale. La consunzione potrebbe al limite essere vista tra le righe – come problema e non come effetto generale – nell'opposizione che sembra adombrata da Paolo tra *in solidum eligi posse* (dove *eligi=conveniri*) e il successivo *pro parte dimidia conveniri... debere*. Da notare, tra l'altro, che qui Paolo considera l'ipotesi in cui il creditore non si avvalga di questa scelta: egli conviene insieme entrambi i *mandatores*, ottenendo una sentenza che formalmente suona per due persone, ma materialmente *in personas scinditur* e così porta a due *actiones iudicati*, ciascuna per la metà<sup>65</sup>.

5. *La testimonianza di Papiniano in 3 resp. D. 27.7.7 e 11 resp. D. 46.1.52.3.* — Un famoso responso di Papiniano equipara la situazione dei *plures mandatores* a quella dei fideiussori:

Pap. 3 resp. D. 27.7.7: *Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset; placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorem susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequè dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?*

Il passaggio fa riferimento ad una questione sorta in tema di tutela: in particolare, il caso è quello di un accordo tra il pupillo e i garanti del tutore, in base al quale il primo si impegna a rivalersi, alla fine della tutela, innanzi tutto contro il tutore,

<sup>63</sup> L. PARENTI, *In solidum* cit., 505.

<sup>64</sup> E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 198 s.

<sup>65</sup> Nel senso di emblematica testimonianza della possibilità che più soggetti fossero convenuti in un'azione il passo è commentato da P. CAPONE, *De consortibus*, cit., 98 ss. La Studiosa napoletana ripercorre, nel suo lavoro monografico, le principali prese di posizione dottrinali sul tema del litisconsorzio. Si ritiene perciò opportuno rinviare al capitolo specifico, 40 ss., per una disamina delle questioni di fondo e la citazione della relativa bibliografia. Per P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., 203, il testo non riguarda il tipo di responsabilità, ma la chiusura di esso si riferisce alla sentenza.

e solo successivamente contro i garanti<sup>66</sup>. Il giurista arriva ad affermare che contro questi ultimi l'azione si divide, adducendo alcune argomentazioni che tra poco si vedranno.

Il Levy, nell'analizzare il testo, non faceva menzione del mandato, ma si limitava a notare come il passaggio fosse addotto dalla dottrina italiana a favore di una responsabilità ripartita; aggiungeva poi l'Autore che, trattando senza dubbio del *beneficium divisionis*, esso doveva presupporre, al contrario, che la regola normalmente vigente per il caso presentato fosse quella della responsabilità solidale (che infatti era quella applicata ai fideiussori)<sup>67</sup>.

Il Voci aveva ricostruito il caso nel senso che, essendo finito il rapporto di tutela, la garanzia che i fideiussori avevano prestato risulta successivamente essere a favore di una persona che tutore non è più. Si creerebbe, dunque, quello che l'Autore definisce «il solo rapporto nuovo», in virtù del quale non sarebbero più applicabili le stesse regole valevoli per i pupilli<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Il caso è stato studiato prevalentemente sotto il profilo della tutela e non per gli aspetti legati alla consunzione processuale. In questo senso se ne è occupato, ad esempio, P. VOCI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in *Iura*, XX, 1969, 313 ss. (più specificamente, 328 ss.), che qualifica tecnicamente l'accordo come *cautio indemnitas*.

<sup>67</sup> E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 196. Per altra bibliografia si veda M. A. FENOCCHIO, *Ricerche in tema di fideiussio indemnitas*, in *SDHI*, LXXVII, 2011, 313 nt. 158. G. SACCONI, *Studi*, cit., 20 s. dice che la testimonianza di Cic., *Ad Att.* 16.15.2, in cui si afferma che se il creditore avesse intentato azione contro il debitore principale, la *litis contestatio* avrebbe liberato i garanti potrebbe favorire l'interpretazione secondo cui, in epoca classica, l'azione proposta dal creditore contro il debitore principale avrebbe avuto sicuramente l'effetto di liberare gli *sponsores*; la stessa Autrice (22), rinviando a Gai. 4.101 dice che il termine *fideiussores* sarebbe stato sostituito a *sponsores* (sul punto, diffusamente, M. A. FENOCCHIO, *Ricerche* cit., 312 ss., cui si rinvia). Inoltre non viene minimamente accennato dalla Sacconi al confronto con i *plures mandatores*, dei quali si parla soltanto in una nota, per dire che il riferimento ad essi sarebbe giustiniano. Nello senso, G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche Università di Pavia a ricordo di Castelli, 1939*, Milano, 1940, 243 ss.: l'Autore afferma (277) che in D. 27.7.7 «i garanti sono ormai da considerarsi ordinari fideiussori e non più garanti *rem pupilli salvam fore*»; inoltre, l'equiparazione tra più *mandatores pecuniae credendae* e più *fideiussores* sarebbe giustiniana, così come (326) l'estensione ai *plures mandatores pecuniae credendae* del *beneficium divisionis*).

<sup>68</sup> P. VOCI, *I garanti*, cit., 329. Analogamente cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, Roma, 1916, 126. Su D. 27.7.7 egli sostiene (127) che il *beneficium divisionis* è, per il mandato di credito, di dubbia applicazione. nel ricostruire il problema giuridico, Bortolucci afferma che, posto che i confideiussori si liberano contestando la lite, il problema è se, in quanto coobbligati alla nuova stipulazione, godano o no del *beneficium divisionis*. Papiniano risponde affermativamente argomentando dall'analogia con la fideiussione. Prosegue lo Studioso osservando che «quanto segue è un'inutile aggiunta e per di più falsa (128), se at-

Forse in accordo con questa premessa, l'affermazione di Papiniano *placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorem susceptum videretur* viene poi intesa dallo stesso Autore nel senso che, da un lato, non esista più una vera e propria fideiussione, ma piuttosto un mandato, in cui i fideiussori rivestono la posizione di mandanti; d'altra parte, la funzione di garanzia resterebbe nella sostanza, e per questa ragione il giurista ammetterebbe senza problemi il *beneficium divisionis*.

Il terzo argomento impiegato dal giurista è il seguente: il *beneficium divisionis* è ammesso perché lo sarebbe senz'altro nel caso del mandato di credito avente come protagonisti *plures mandatores*. Il Voci motiva questa soluzione sulla base dell'«affinità sostanziale degli istituti», aggiungendo però che «la parte relativa a questo ultimo argomento è quella su cui più si discute, dubitandosi spesso della sua origine classica. Ma» – conclude lo stesso Voci – «è un punto che non ha connessione con il nostro argomento»<sup>69</sup>.

Ora, a commento di queste considerazioni, si può confermare come in D. 27.7.7 si rincorrono, intersecandosi, piani argomentativi diversi: non è chiaro, in particolare, quale sia l'atteggiarsi della relazione analogica tra fideiussori e *mandatores*. Nella prima parte del passo, infatti, si dice che il *beneficium divisionis* è concesso perché ricorre la sostanza della fideiussione, anche se di fideiussione in senso proprio non si può più parlare, essendo venuto meno il rapporto giuridico principale – la tutela – su cui essa si fondava; nella seconda parte, la relazione appare invertita, poiché il giurista sembra invece giustificare l'ammissibilità della divisione basandosi sulla disciplina dei *plures mandatores*.

Su quest'ultima affermazione papiniana qualche dubbio può essere sollevato, considerato che, in via generale, ai *plures mandatores* non era esteso il *beneficium*

---

tribuita a Papiniano, come autore dell'estensione del *beneficium divisionis*». La ragione è che il giurista, dopo aver argomentato dall'analogia con l'obbligazione fideiussoria, argomenterebbe da quella con il mandato di credito. «Ed è sintomatico il silenzio di Papiniano stesso o di altri giuristi pur posteriori a Papiniano e delle stesse costituzioni, sul *beneficium divisionis* (se esso fosse stato concesso dall'*epistula* Adrianea) in fattispecie nella quale il ricordo ne sarebbe stato opportuno.» L'Autore esemplifica anche citando i testi D. 46.1.52.3, D. 17.1.59.3 (in quest'ultimo «l'azione *pro parte* è data nel *iudicium ex causa iudicati* quando siano stati condannati i comandanti») e C. 8.40(41).23.

<sup>69</sup> P. Voci, *I garanti*, cit., 329. In tal modo l'autore tronca l'esegesi del testo, limitandosi a trarne le conclusioni in tema di tutela e non approfondendo ulteriormente l'aspetto, che invece qui appare centrale, della disciplina del mandato di credito. Come aggancio per l'individuazione dell'eventuale interpolazione Egli rinvia alla lettura della costituzione giustiniana contenuta in C. 4.18.3, del 531.

*divisionis* che era stato concesso ai fideiussori con l'*epistula divi Hadriani*<sup>70</sup>. In questo senso dovrebbe ritenersi che la frase relativa al *mandatum pecuniae credendae* sia di mano compilatoria, in funzione dell'armonizzazione con C. 4.18.3.

Ma non è tutto: il Voci, in altro luogo, dichiara che l'*epistula divi Hadriani* estendeva il *beneficium divisionis* anche ai *mandatores pecuniae credendae*<sup>71</sup>. Precisava l'Autore, però, che il fatto di dividere l'azione rappresentava una possibilità, legata tra l'altro all'eventualità che tutti i debitori fossero solventi; inoltre, qualora le parti avessero pattuito la solidarietà, il rispetto della buona fede avrebbe imposto l'esclusione del *beneficium divisionis*.

L'esegesi del Voci è stata recentemente criticata da Fenocchio, secondo il quale, innanzi tutto, saremmo qui di fronte a veri e propri *fideiussores*, come risulterebbe dimostrato dall'impiego della parola *fideiussores* e non di altre espressioni<sup>72</sup>. Quanto alla seconda parte del testo, quella in cui si fa espresso riferimento al *mandatum credendi*, essa dovrebbe intendersi come descrittiva di una fattispecie non contemplata in precedenza; è per questo che Papiniano, nel discutere la sua posizione, si sente in dovere di fornire una giustificazione, individuandola nell'*aequitas*.

Conclude Fenocchio avanzando l'ipotesi che l'*epistula Hadriani* non prevedesse il *beneficium divisionis* in favore dei diversi mandanti di credito, ma che tale beneficio sia stato introdotto dalla giurisprudenza in età successiva a quella adrianea; in particolare, il riferimento potrebbe essere ai giuristi severiani, se non addirittura allo stesso Papiniano<sup>73</sup>.

L'ultimo in ordine di tempo ad occuparsi del testo è stato Parenti, nell'ambito di una più generale dimostrazione della propensione di Papiniano per la regola della parziarietà<sup>74</sup>. Egli, in particolare, riprende la discussione relativa alla genuinità della parte del testo nella quale si menziona il *beneficium divisionis* per i mandanti di credito<sup>75</sup>. L'autore commenta infatti la soluzione papiniana, notando come la frase di cui si tratta appaia sconnessa rispetto al resto, qualsiasi ne sia la lettura interpretativa che si voglia accogliere. In primo luogo, sostiene Parenti, non è chiaro se il tratto in cui si parla del *beneficium* faccia riferimento alla fattispecie dei *mandatores* oppure a quella dei *tutores*, descritta subito sopra. In quest'ultimo caso, es-

<sup>70</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 575, 577 e, in particolare, 605; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Torino, 2011, 483, per il rinvio a Gai. 3.121.

<sup>71</sup> P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *IURA*, XXI, 1970, 123 e nt. 168 cfr. anche C. 4.18.4.

<sup>72</sup> M. A. FENOCCHIO, *Ricerche*, cit., 325.

<sup>73</sup> M. A. FENOCCHIO, *Ricerche*, cit., 327. Per questo egli ritiene erronee le opinioni di tutti coloro che, in precedenza, avevano pensato che il tratto relativo ai *mandatores* fosse interpolato.

<sup>74</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 447 ss.

<sup>75</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 448 e nit. 313 per una rassegna di bibliografia.

sa apparirebbe superflua, considerata l'esistenza di una diversa motivazione, già fornita dal giurista con le parole *quod onus fideiussorum susceptum videretur*. Se, invece, dovessimo riferirla – come, per la verità, sembrerebbe più plausibile – ai *mandatores*, si potrebbe pensare che Papiniano stesse introducendo un'ipotesi nuova, che fino a quel momento non era contemplata. Anche questa considerazione è però smentita dal fatto che, in realtà, il giurista utilizza il confronto con i *mandatores* come un principio già riconosciuto.

Se, quindi, da un lato, è legittimo avanzare più di un sospetto sulla genuinità del tratto in esame, dall'altra parte si potrebbe anche ritenere che il riferimento al *beneficium divisionis* sia genuino.

E' condivisibile, invero, il fatto che nella parte immediatamente precedente del passo il giurista sembri ritenere che, finita la tutela, non si sia più in presenza di una fideiussione, ma solo della sostanza di essa. Che il rapporto così creatosi corrisponda ad un mandato di credito<sup>76</sup>, risulta invece solo in via di ipotesi. In questa prospettiva, e sostenendo la classicità del testo, senz'altro si potrebbe affermare che, da un lato, Papiniano non prescinda dalla qualifica dell'obbligazione dei *mandatores* come solidale, individuando, sebbene implicitamente, l'esistenza della *eadem res* sul piano dell'accordo fondante il contratto consensuale. D'altra parte, il giurista estende la divisibilità dell'azione anche al caso del mandato, superando in qualche modo la sopracitata regola della solidarietà.

Nulla vieta però di sostenere, anche senza bisogno di ricorrere allo schema del mandato, ma basandosi soltanto sulla sostanza del rapporto di garanzia, che si possa tracciare un nesso tra la concessione del *beneficium divisionis* e la *eadem res* che lega tra loro le obbligazioni dei *plures fideiussores*. Il problema della consunzione resta in tal modo sullo sfondo, 'assorbito', per così dire, da quello della divisione dell'azione.

Il testo è usualmente citato in connessione con un altro paragrafo papiniano:

Pap. 11 resp. D. 46.1.52.3: *plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, 'absolutione quoque secuta' non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.*

Secondo la lettera del testo, in caso di esistenza di più mandanti di un medesimo credito, il mandatario potrebbe scegliere uno solo di essi come convenuto in funzione di garanzia: se costui venisse assolto, comunque gli altri non sarebbero liberati, perché la liberazione – dice il giurista – avviene soltanto *pecunia soluta*.

---

<sup>76</sup> O forse ad un mandato semplice, come dice P. FREZZA, *Garanzie delle obbligazioni*, 1, 1962, 139.

Il passo era stato analizzato dall'Albertario<sup>77</sup> proprio sotto il profilo che qui interessa. Affermava infatti l'Autore, riferendosi anche a C. 8.40.23 (Diocl. et Max. Antipatro, a. 294)<sup>78</sup>, che «mentre è certo che nell'epoca anche diocleziana il confideiussore restava liberato per la lite contestata con un altro confideiussore, i due testi affermano che per i *plures mandatores* lo stesso effetto non si aveva che col pagamento operato da uno di essi»<sup>79</sup>.

Lo stesso Albertario aveva poi riportato le opinioni dell'Ascoli e dell'Eisele, che spiegavano la differenza di disciplina desumibile dai testi citati con la circostanza che negli ultimi due si farebbe riferimento a mandati separati, ma secondo l'Autore questa spiegazione introdurrebbe «arbitrariamente in essi una circostanza che non vi è accennata»<sup>80</sup>. Anzi, contro questa ricostruzione si porrebbe l'osservazione del Binder, per il quale si tratterebbe di un unico mandato, come dimostrerebbe il richiamo all'*eadem pecunia*<sup>81</sup>.

Continua Albertario affermando che la regola per i classici sarebbe stata quella della consumazione dell'azione per tutti gli altri *mandatores*, anche nel caso in cui il mandante chiamato in giudizio fosse stato poi assolto, rendendosi così di fatto impossibile la soddisfazione dell'attore. Seguono una serie di considerazioni relative alla giustificazione dell'interpolazione del testo<sup>82</sup>.

Questa ricostruzione era stata criticata dalla Sacconi, per la quale il passaggio dovrebbe essere letto per quello che rappresenta, vale a dire come una soluzione concretamente propugnata da Papiniano, e dunque non sarebbe possibile desumere da esso serie ragioni per sostenere l'interpolazione dell'inciso *absolutioe quoque secuta*<sup>83</sup>. Continuava l'Autrice con questa considerazione: «si può osservare che il particolare dell'assoluzione poteva apparire, almeno in linea psicologica, co-

<sup>77</sup> E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, 107 ss.

<sup>78</sup> C. 8.40.23 (Diocl. et Max. AA. et CC. Antipatro): *reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire vel, satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet* (a. 294).

<sup>79</sup> E. ALBERTARIO, *Corso*, cit., 108.

<sup>80</sup> E. ALBERTARIO, *Corso*, cit., ancora 108. L'Autore fa anche l'esegesi di C. 8.40.28, con particolare riferimento all'espressione *statutum est*. Egli pensava che il testo giustiniano, nel richiamare una statuizione precedente (quella secondo cui la *litis contestatio* con uno dei confideiussori non avrebbe liberato gli altri, ma ciò sarebbe avvenuto soltanto con l'effettivo adempimento) facesse riferimento al rescritto diocleziano, ma in una versione interpolata dai compilatori del Codice del 529 (110). Due anni dopo il principio sarebbe stato esteso, dallo stesso Giustiniano, ai debitori principali. Per D. 45.2.9 cfr. 57 e 106.

<sup>81</sup> J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Aalen, 1899, 352.

<sup>82</sup> E. ALBERTARIO, *Corso*, cit., 108 s.

<sup>83</sup> G. SACCONI, *Studi*, cit. 93.

me una conferma della liberazione degli altri e ad esso quindi il giurista faccia riferimento nell'intento di dissipare ogni possibile dubbio, anche in considerazione dell'eventualità che gli altri coobbligati ritenessero di poter invocare l'autorità del giudicato»<sup>84</sup>.

Di D. 46.1.52.3 si è occupato anche Marrone<sup>85</sup>, citandolo innanzi tutto a sostegno dell'idea che anche per le azioni *in personam*, e non solo per quelle *in rem*, le fonti neghino l'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo formulare. In particolare, l'opinione adottata da Marrone è quella per cui, nel caso di più mandanti dello stesso credito, in età classica la *litis contestatio* avvenuta con uno solo di essi non avesse effetti estintivi, dovendosi semmai attendere l'effettiva *solutio*. In questa prospettiva, secondo Marrone, il semplice accertamento dell'inesistenza del debito in capo ad uno solo dei *mandatores* non avrebbe impedito l'azione contro gli altri per l'adempimento del medesimo debito<sup>86</sup>.

L'idea dello Studioso siciliano è da lui presentata come controcorrente rispetto a quelle di altri autori, per i quali l'efficacia liberatoria della *solutio* sarebbe stata introdotta soltanto dai giustinianeî. Secondo Marrone già in età classica si sarebbe affermato, per il caso dei *mandatores*, il principio della liberazione conseguente sol-

---

<sup>84</sup> G. SACCONI, *Studi*, cit. 94. La Studiosa conclude (95) la disamina del testo con un collegamento a C. 8.40.23: tale costituzione non avrebbe innovato rispetto ai principi vigenti in materia in età precedente, ma «non fa altro che ribadire quanto può desumersi dalle stesse testimonianze dei giuristi classici, per cui più mandanti vengono liberati non dalla *litis contestatio* o dall'*electio* di uno solo di essi, ma soltanto dall'effettivo integrale soddisfacimento del mandatario».

<sup>85</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 151 ss.

<sup>86</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 152. Parla di «Solutionskonkurrenz» P. APATHY, *Recensione* a G. Sacconi, cit., 344; ID., *Recensione* a K. Meffert, *Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974, 464 ritiene che Meffert non porti indicazioni sufficienti a negare il principio dell'effettiva *solutio* avanzata nel passo. Si veda anche W. LITEWSKI, *Litis contestatio et obligations solidaires passives dans les bonae fidei iudicia en droit romain classique*, in *RHDFE*, LIV, 1976, 154 s.: D. 46.1.52.3 sarebbe una chiara testimonianza dell'inesistenza dell'effetto estintivo della *litis contestatio* nel caso della pluralità di *mandatores*. In questo caso l'espressione *plures mandatores eiusdem pecuniae credendae* indicherebbe l'esistenza di un mandato comune e non di mandati separati (154 nt. 17). Così inteso, il testo rappresenterebbe un'eccezione rispetto ai principi classici. Del resto, sostiene ancora l'Autore, occorre osservare che si tratta di un passaggio tratto dai *responsa* di Papiniano e che probabilmente qui il giureconsulto stava rispondendo ad una questione concreta, forse posta da un profano di diritto relativamente alle conseguenze di un'assoluzione intervenuta nel processo intentato contro uno solo dei *mandatores* (155). Papiniano spiega, allora, che non è la *litis contestatio* a liberare i *mandatores*, anche in caso di *absolutio*, ma l'effettivo pagamento.

tanto all'avvenuto adempimento (negli altri casi di obbligazioni solidali, invece, come si è visto la liberazione avrebbe costituito un effetto della *litis contestatio*)<sup>87</sup>.

In questo frammento compare ancora il riferimento alla scelta operata dal creditore, a sostegno ulteriore della non esistenza del litisconsorzio necessario<sup>88</sup>.

Per concludere, si ricordi come Parenti abbia accennato al testo in connessione con D. 27.7.7, appena esaminato, per sostenere che in realtà Papiniano non ammettesse il *beneficium divisionis* per i *mandatores*; se, infatti, così non fosse stato, il giurista avrebbe specificato che si trattava di azione *in solidum*, ma tale precisazione non compare, sostituita invece dalle parole *si unus iudicio eligatur*<sup>89</sup>. Da queste argomentazioni si desumerebbe, indirettamente, una propensione della Studioso per un intervento interpolazionistico su D. 27.7.7.

6. *Aspetti dell'attuale disciplina di solidarietà e regresso.* — Per riagganciarsi brevemente alla disciplina vigente, che prevede il diritto di regresso tra condebitori, si potrebbe richiamare la relazione tra l'art. 1306 c.c., in tema di obbligazioni solidali, e l'art. 2909 c.c.

Recita il primo:

Art. 1306 c.c.: '*Sentenza* - La sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori. Gli altri debitori possono opporla al creditore, salvo che sia fondata sopra ragioni personali al condebitore; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi.'

Altrettanto noto il secondo:

---

<sup>87</sup> M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 152 nt. 80, con bibliografia interpolazionistica: in particolare le critiche degli interpolazionisti si appuntavano sul tratto *absolutioe quoque secuta*, nel suo significato di mancata conferma dell'esistenza del debito. Nel senso della genuinità si esprime peraltro senza riserve P. SCHMIEDER, *Duo rei*, cit., 205.

<sup>88</sup> Cfr. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., 46 nt. 2, e la recensione di APATHY, in ZSS, XCIII, 1976, 464 per D. 46.1.52.3 e 17.1.59.3: quest'ultimo ritiene che, nel passaggio, non vi siano elementi sufficienti per negare la 'Solutionskonkurrenz'; aggiunge che la responsabilità dei coobbligati sarebbe stata alleggerita attraverso la suddivisione della condanna in sede di *actio iudicati*, (462 e nt. 26). Si veda anche H. WIELING, *Subjective Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, in ZSS, CII, 1985, 320, ove si afferma che relativamente ai giudizi di buona fede il diritto romano conosce un'eccezione alla «Konsumtionkonkurrenz». Il testo qui esaminato è richiamato come esempio del fatto che la sentenza pronunciata contro uno dei coobbligati non estendesse il suo valore agli altri.

<sup>89</sup> L. PARENTI, *In solidum*, cit., 451 e nt. 325 per una critica alle posizioni di Fenocchio, secondo il quale si tratterebbe non di *stipulatio* ma di *fideiussio indemnitis*.

Art. 2909 c.c.: *‘Cosa giudicata - L’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa’*.

Sul rapporto tra questi due articoli si è svolto in dottrina un ampio dibattito, del quale ci si limiterà in questa sede a riportare soltanto alcuni elementi. Potremmo affermare, sintetizzando i problemi di coordinamento tra le due norme, che la questione può essere guardata sotto un duplice punto di vista: da un lato, quello del problema dei rapporti tra condebitori e tra condebitori e creditore; dall’altro, quello del litisconsorzio.

Busnelli, ad esempio, dopo aver affrontato i problemi relativi all’individuazione di un criterio unitario per la definizione delle obbligazioni solidali<sup>90</sup>, a proposito della norma dell’art. 1306 c.c. individuava alcuni nodi problematici. Uno di essi è rappresentato dall’alternativa, che si presenta in capo a chi sostiene una definizione unitaria di obbligazione soggettivamente complessa, tra «sostenere che la perfetta scindibilità di cause – creduta deducibile dall’art. 1306 a conferma della ipotizzata pluralità di rapporti – si riscontra in tutte le obbligazioni soggettivamente complesse; o, viceversa, riconoscere che il carattere dell’inscindibilità, invocato per talune di esse, è tendenzialmente comune a tutte, e dimostrare nel contempo la compatibilità dell’art. 1306 con la struttura unitaria dell’obbligazione soggettivamente complessa (anche se ad attuazione solidale)»<sup>91</sup>. L’Autore, nel propendere per la bontà della seconda strada interpretativa, precisava altresì la sussistenza del «principio generale della correlazione fra contitolarità e litisconsorzio necessario», deducendone la conseguenza che la norma rilevante in tema di solidarietà non debba essere l’art. 1306 c.c., bensì quella dell’art. 102 c.p.c., al quale il primo derogherebbe.<sup>92</sup>

Queste considerazioni sono sostanzialmente riprese in alcune moderne trattazioni sulle obbligazioni, alle quali non si può che rinviare per argomentazioni più dif-

---

<sup>90</sup> F. D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 53 ss. In particolare, rilevarebbero i caratteri della pluralità di soggetti, della *eadem res debita* e della *eadem causa obligandi*, fermo restando il problema delle obbligazioni solidali a cosiddetto interesse unisoggettivo, cioè quelle con funzione di garanzia, nelle quali mancherebbe il terzo requisito. Sul tema delle obbligazioni solidali cfr. a titolo esemplificativo, M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 75 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 298 ss. e F. D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 329 ss.; F. M. ANDREANI, *Regresso (azione di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1998, 704 ss.; U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e decadenza*, Napoli, 1980.

<sup>91</sup> F. D. BUSNELLI, *L’obbligazione*, cit., 397.

<sup>92</sup> F. D. BUSNELLI, *L’obbligazione*, cit., 398.

fuse<sup>93</sup>: da osservare, per quello che qui interessa, che la tendenza della dottrina attuale è quella di negare che l'art. 1306 postuli l'esistenza del litisconsorzio necessario per i coobbligati solidali, con la conseguenza di aprire la strada alla possibilità di giudicati contrastanti<sup>94</sup>.

In sostanza, può verificarsi che «i vari rapporti obbligatori, in considerazione del diverso gioco di tali effetti [cioè il fatto che le posizioni dei condebitori possano essere disciplinate in modo contrastante], potranno essere decisi in modo del tutto indipendente l'uno dall'altro» e «disomogenea e confliggente potrà poi essere anche la 'sistemazione' dei rapporti reciproci tra i condebitori allorché si passi all'esame del versante interno dell'obbligazione, ossia in relazione ai crediti di regresso»<sup>95</sup>.

Volgendosi ad una lettura diretta di una ricognizione interpretativa promanante dalla stessa Corte di Cassazione<sup>96</sup>, si osserva come la disciplina dell'art. 1306 c.c. venga intesa non come riferita al giudizio di regresso, ma a quello intentato dal creditore contro un altro dei condebitori; per il regresso ci si dovrebbe invece rivolgere alla norma generale del 2909 c.c. La stessa autorevole giurisprudenza ha sostenuto che il condebitore non condannato sia comunque terzo rispetto al giudizio intervenuto tra il creditore e un altro obbligato e quindi rispetto ad entrambe le parti in causa e perciò non subisce gli effetti della cosa giudicata (né in un secondo giudizio intentato contro di lui dal creditore, né nel giudizio di regresso).

<sup>93</sup> Cfr., ad esempio, G. ROSSETTI e M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, V, *Le figure speciali*, a cura di L. Vacca e S. Patti, Padova, 2005, 714 e 745 ss. Per la distinzione tra obbligazioni correali e obbligazioni solidali in senso stretto, cfr. 742 ss. Si veda anche, per ragguagli bibliografici, 711 nt. 1.

<sup>94</sup> G. ROSSETTI e M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni*, cit., 877 s. Di qui la necessità di analizzare, da un lato, la ripercussione sui condebitori delle vicende di uno di loro, dall'altro il problema dell'estensione agli altri degli effetti della sentenza pronunciata contro uno solo (risolta, peraltro, nel senso dell'estensione dei soli effetti favorevoli). Tali osservazioni si fondano sul presupposto, ben sintetizzato da C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 699, che «le obbligazioni solidali costituiscono un insieme collegato di più rapporti obbligatori», pur nella consapevolezza che tale ricostruzione crea, ad esempio, la difficoltà di spiegare come mai un solo adempimento estingua l'obbligazione per tutti.

<sup>95</sup> G. ROSSETTI e M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni*, cit., 880. E ancora (881) «potrà accadere che, qualora dopo una prima 'assoluzione' altro condebitore solidale venga evocato in giudizio e questi - consapevole o meno - non eccepisca la sentenza favorevole, e poi soccomba, il primo debitore vittorioso possa ugualmente venire evocato in regresso, senza poter eccepire il giudicato di assoluzione già conseguito, che nell'ottica del condebitore attore in regresso è comunque frutto di un procedimento svoltosi *inter alios*».

<sup>96</sup> *Corte Suprema di Cassazione. Relazione su questioni di massima di particolare importanza* in alcuni procedimenti del 2007 e 2008, datata 4 maggio 2009, 26 s.

Rileva, in particolare, quanto affermato in Cass. 21 settembre 2007: «la norma dell'art. 1306 c.1 c.c. costituisce applicazione alla particolare categoria delle obbligazioni solidali del generale principio dell'art. 2909 c.c. per cui gli effetti del giudicato si producono tra le parti, i loro eredi e aventi causa.» La massima di tale sentenza recita: «In caso di obbligazione solidale dal lato passivo, l'accertamento del debito nei riguardi di uno solo dei condebitori non richiede la necessaria partecipazione al giudizio anche dell'altro e non fa stato nei suoi confronti; ciò non impedisce tuttavia al debitore escusso di agire in rivalsa verso il condebitore solidale, adducendo il fatto di aver dovuto soddisfare le ragioni del comune creditore, fermo restando che il convenuto in questo secondo giudizio è libero di proporre tutte le eccezioni idonee a paralizzare la pretesa dell'attore, anche in relazione a quanto già accertato nella precedente causa cui egli non ha partecipato».

Per contro, in dottrina sono state avanzate anche opinioni militanti nel senso di ritenere che la sentenza pronunciata contro uno dei condebitori faccia stato nel giudizio di regresso da questi intentato verso l'altro condebitore. In particolare, si può ricordare la non recentissima affermazione di Costa, per il quale l'intervenuta sentenza contro uno dei condebitori non potrebbe ritenersi del tutto indifferente per un altro condebitore, il quale, in realtà, avrebbe interesse all'intervento adesivo. Tale intervento veniva definito dall'Autore come intervento litisconsortile<sup>97</sup>.

In questo contesto la disamina non può essere approfondita come meriterebbe: sia allora sufficiente richiamare alcune recentissime pronunce giurisprudenziali, dalle quali sarà possibile trarre le linee guida cui si ispirano attualmente lo corti nell'affrontare questi problemi.

Posto che, a livello di principi generali, la regola della facoltatività del litisconsorzio in tema di obbligazioni solidali è riaffermata da Cass. Civ. VI-3, ord. 9 maggio 2013 n. 10924, si possono considerare alcuni recenti orientamenti, che vanno in questa direzione, oltre che in quella della non vincolatività del giudicato nei confronti del coobbligato rimasto terzo rispetto alla controversia. Si veda, ad esempio, Cass. Civ., III sezione, 26 giugno 2013, n. 161171: «Il giudice di appello, premesso che nella specie vanno applicate le norme in tema di obbligazioni solidali e non quelle riguardanti i rapporti fra i soci, ha applicato il principio per cui i condebitori rimasti estranei al giudizio non possono ritenersi pregiudicati dalla sentenza sfavorevole emessa a carico di altro condebitore; ha rilevato che il B. ben avrebbe potuto opporsi alla pretesa del fisco, sulla base della sentenza emessa in favore del C.

---

<sup>97</sup> S. COSTA, *L'intervento in causa*, Torino, 1953, 51 s.; si vedano anche A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria: art. 404 1 comma, c.p.c.*, Napoli, 1965, 201 s. e E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992, 237. Più recentemente, sul litisconsorzio cfr. A. PATELLI, *Il litisconsorzio nel processo civile*, Torino, 2001.

(quale effetto a lui favorevole), ma non può far ricadere su quest'ultimo l'esito sfavorevole della controversia da lui personalmente promossa».

Rileva, ancora, l'ordinanza 24 luglio 2013 n. 18027 della VI sezione della Cassazione Civile, la quale recita: «in base alla consolidata giurisprudenza di questa Corte, premesso che dal principio stabilito [dall'art. 2909 cod. civ.](#) - secondo cui l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa - si evince, *a contrario*, che l'accertamento contenuto nella sentenza non estende i suoi effetti, e non è vincolante, rispetto ai terzi (Cass., Sez. Un., n. 9631 del 1996), il giudicato può, tuttavia, quale affermazione obiettiva di verità, spiegare efficacia riflessa anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto processuale. Ma tali effetti riflessi del giudicato, oltre gli ordinari limiti soggettivi, sono impediti quando il terzo sia titolare di un rapporto autonomo e indipendente rispetto a quello in ordine al quale il giudicato interviene, non essendo ammissibile né che egli ne possa ricevere un pregiudizio giuridico, né che se ne possa avvalere a fondamento della sua pretesa, salvo che tale facoltà sia espressamente prevista dalla legge, come nel caso delle obbligazioni solidali, ai sensi [dell'art. 1306 c.c.](#), comma 2 (cfr. *ex plurimis*, Cass. nn. 250 del 1996, 5320 del 2003, 5381 e 11677 del 2005, 7523 del 2007)». Nella specie, si nega ancora una volta qualsiasi efficacia vincolante del giudicato intervenuto tra due parti rispetto alla controversia che veda coinvolto il titolare di un distinto ed indipendente rapporto obbligatorio con le stesse.

Si legga, da ultimo, quanto affermato in Cass. Civ., III sez., 6 agosto 2013 n. 18666, in tema di responsabilità del conducente di un veicolo coinvolto in un incidente stradale e relativamente alla responsabilità in solido del proprietario del veicolo medesimo e della sua compagnia assicuratrice: si sostiene che «non sussista un nesso di inscindibilità o di dipendenza, in quanto le obbligazioni solidali, pur nell'identità della prestazione gravante su ciascun debitore, trovano fondamento in rapporti distinti ed autonomi, cosicché la pronuncia emessa nei confronti di uno dei condebitori non costituisce presupposto imprescindibile della decisione concernente gli altri. Non sussiste, pertanto, l'obbligo, da parte del giudice, di disporre l'integrazione del contraddittorio (in questo senso, Cass. n. 15358 del 6/7/06)».

Inutile, forse, sottolineare ancora come da queste decisioni emerga una costante tendenza a limitare gli effetti del giudicato rispetto ai coobbligati solidali rimasti estranei al giudizio. Con questa certezza, ci avviamo a formulare qualche osservazione conclusiva.

**7. Conclusioni.** — L'analisi dei passi compiuta nelle pagine precedenti si inquadra nel tema generale dell'efficacia della *litis contestatio* rispetto alla posizione dei condebitori solidali, nel caso di giudizio mosso dal creditore nei confronti di uno so-

lo di essi. Nello specifico, si è qui voluta limitare l'analisi esegetica ad alcuni testi aventi ad oggetto un peculiare contratto, quello del *mandatum pecuniae credendae*, con particolare riferimento all'azione contraria, intentata dal mandatario contro uno dei mandanti dai quali avesse ricevuto l'incarico. Si è già avuto modo di ricordare come le fonti selezionate siano quelle che, da sempre, hanno suscitato grande interesse in dottrina; inoltre, essendo il mandato un contratto di buona fede, esso assurge ad esempio emblematico anche per altre figure affini<sup>98</sup>; tra l'altro, l'istituto del *mandatum pecuniae credendae* sembra aver costituito, già in età tardo-classica, un momento di passaggio tra la regola della consunzione collegata alla *litis contestatio* e quella della liberazione conseguente a *solutio*, come si è sottolineato in precedenza<sup>99</sup>.

E' ora il tempo di dedicarsi a qualche ulteriore riflessione d'insieme.

Prendendo l'avvio da D. 17.1.60.2, di Scevola, è d'uopo sottolineare, come già visto, che esso non si riferisce all'azione contraria di mandato, bensì a quella diretta. Il testo è però comunque degno di nota, perché esso offre elementi per affrontare alcune questioni comuni agli altri passi, prima tra tutte quella della qualifica dell'obbligazione. Infatti, l'uso dell'espressione *in solidum* da parte del giurista è connesso con la chiamata in giudizio, ma non esprime nulla di certo, sul piano sostanziale, relativamente alla natura solidale dell'obbligazione (che, infatti, non è data per pacifica dagli Studiosi). Il dubbio sorge perché Scevola, forse più interessato ad altri profili della fattispecie, non fornisce appigli per individuare l'eventuale fondamento di tale solidarietà. Sul punto si era espressa, tra gli altri, la Steiner, desumendo la configurazione dell'obbligazione come solidale dalla comunanza dell'incarico così come conferito nel caso concreto, vale a dire dalla circostanza che l'amministrazione fosse stata affidata contemporaneamente a due persone. Peraltro, come già notava questa Autrice, a causa dell'essenzialità della descrizione scevoliana resta comunque aperto un altro punto: quello relativo all'incidenza della volontà delle parti nell'individuazione della solidarietà, nel senso che non si può capire se, nel II secolo, fosse riconoscibile, in casi diversi dalla *stipulatio* con pluralità di debitori, una solidarietà 'di diritto' basata su circostanze oggettive, e quindi indipendente dalle determinazioni dei protagonisti del contratto.

Nella specie, il giurista si limita a chiarire che ciascuno dei due deve essere convenuto *pro solido* (per non dicendo nulla circa l'eventuale convenibilità di entram-

<sup>98</sup> Si veda, per tutti, ancora E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 204 ss., ma i testi relativi alla pluralità di parti nei contratti di buona fede meriterebbero una trattazione autonoma, che in questa sede non è stato possibile condurre. Certo, anche alla luce di quanto si dirà appresso, non è più accettabile l'idea rigida, che l'Autore propugnava, di una consunzione civilistica, basata sulla *litis contestatio*, anche per i contratti diversi dalla *stipulatio*.

<sup>99</sup> Cfr. sopra, § 2.

bi), dunque per l'intera prestazione, ma domanda al giudice di buona fede di limitare l'ammontare della condanna a quello del debito. Questo caso sembra affrontato da Scevola con un'implicita equiparazione dell'obbligazione dei *mandatores* a quella dei condebitori solidali da *stipulatio*: ciò si nota nella parte introduttiva, ove il giurista si domanda se un simile incarico dato da due persone debba essere trattato processualmente come se si trattasse di una 'normale' obbligazione in solido; ma questo condizionamento si vede anche nella seconda parte del passo, ove lo stesso Scevola si rende conto di non poter prescindere dai caratteri peculiari dei giudizi di buona fede, e ritiene perciò equo (probabilmente dovendo fare i conti con la 'regola' dell'efficacia estintiva della *litis contestatio* propria delle azioni da *stipulatio*) evitare le conseguenze estreme della discrezionalità accordata al giudice, pronunciandosi nel senso che egli non debba condannare ad un ammontare superiore a quello del debito.

A ciò si può aggiungere un'altra considerazione: sempre per i caratteri fluidi dell'azione di buona fede, si può pensare che per il giudice sarebbe stato in astratto possibile non solo emanare una condanna esorbitante rispetto al debito, ma anche condannare il convenuto al pagamento di una sola parte del debito medesimo. In tale seconda eventualità, se l'attore avesse successivamente tentato un secondo giudizio contro l'altro mandatario, il secondo giudice avrebbe deciso per la condanna o l'assoluzione tenendo presente il criterio dell'avvenuta o meno soddisfazione del creditore.

Guardando alla fattispecie in questi termini, sembra logico ritenere che, proprio in virtù dei caratteri dell'azione di buona fede, il baricentro non potesse che spostarsi sulla soddisfazione del creditore, pur intravedendosi ancora in Scevola i condizionamenti dovuti all'analogia con le obbligazioni da *stipulatio* (di qui la reticenza a definire *in solidum* l'obbligazione, riservando tale espressione al versante processuale).

Il carattere solidale dell'obbligazione fa da sostrato anche alla fattispecie considerata da Paul. 4 resp. D. 17.1.59.3<sup>100</sup>, il quale, pur trattando – come già Scevola – un problema di natura processuale, parla di *unum ex mandatoribus in solidum eligere*.

Il giurista precisa infatti che al mandatario è riservata la scelta di uno solo dei mandanti, *etiamsi non sit concessum in mandato*. Sul piano processuale la frase, così come è espressa, lascerebbe intuire l'esistenza di una 'regola', forse più simile ad una prassi che ad una concettualizzazione, secondo cui più coobbligati venissero normalmente convenuti insieme. *A contrario*, però, ricaviamo che anche la soluzione dell'azione contro uno solo fosse ammessa dalla giurisprudenza, indipendentemente dalle pattuizioni delle parti.

---

<sup>100</sup> Su cui si veda sopra, § 4.

Non si può non ricordare che, a rigore, il verbo *eligere*, che generalmente la dottrina interpreta come una scelta di natura processuale, potrebbe anche indicare una scelta in senso sostanziale, cioè una semplice richiesta di adempimento: da questo angolo visuale, saremmo certo più vicini ad una definizione dell'obbligazione dei *plures mandatores* come solidale.

Quanto al profilo della consunzione, nel nostro passaggio esso mostra di rimanere sullo sfondo: l'attore, infatti, non si avvale della facoltà di scelta accordatagli, e conseguentemente a ciò Paolo pone l'accento sulle vicende successive alla sentenza di condanna pronunciata contro due convenuti. Per questa ipotesi, egli afferma con una certa lapidarietà che *necessario* occorrerà convenire i singoli, *ex causa iudicati*, ciascuno per la propria parte. Il concetto è espresso con l'abbinamento dei verbi servili '*posse*' et '*debere*', dato dal quale si dovrebbe inferire una sorta di progressione interpretativa, che aveva portato anche Paolo (a maggior ragione rispetto a Scevola) a privilegiare un'impostazione focalizzata sulla soddisfazione del creditore.

Del resto, anche nell'altro testo paolino sopra analizzato, cioè D. 15.4.1.4,<sup>101</sup> sembrava già portato a compimento il salto in avanti testimoniato da D. 17.1.59.3 relativamente alla qualifica dell'obbligazione come solidale. Paolo, infatti, in D. 15.4.1.4 non si limita a dare per scontato che la responsabilità dei mandanti sia solidale, ma vi equipara i *domini qui duo iusserunt*: in assenza di un fondamento contrattuale, il presupposto dell'equiparazione sembra possa individuarsi nella *eadem res*, realizzata, nella specie, dal comando comune.

Il punto di arrivo sembra essere infine rappresentato dal passaggio papiniano di D. 27.7.7<sup>102</sup>, ove i fideiussori, pur non più tecnicamente tali, ricevono, per il fatto di aver assunto un *onus fideiussionis*, un trattamento favorevole (quello del *beneficium divisionis*), a motivo dell'analogia di questa situazione con quella dei *plures mandatores eiusdem pecuniae*. Qui è come se la disciplina del mandato, con la connessa 'nuova regola' dell'estinzione dell'obbligazione dipendente dall'effettivo adempimento, fosse a tal punto ritenuta preferibile a quella dell'efficacia estintiva legata alla *litis contestatio*, da divenire essa stessa il paradigma cui uniformare la situazione di soggetti assimilati ai fideiussori.

Ricapitolando, dobbiamo osservare come in un primo momento la giurisprudenza rappresentata da Scevola non osasse definire solidale l'obbligazione dei *plures mandatores*, anche se, sulla base dell'individuazione, con criteri ispirati alla buona fede, dell'*eadem res* (vale a dire la *eadem pecunia* o la comunanza dell'incarico), ammetteva senza problemi la convenibilità in solido. Lo stesso Scevola si pronuncia nel senso di affidare alla discrezionalità del giudice l'ammontare del-

---

<sup>101</sup> Cfr. sopra, ancora § 3.

<sup>102</sup> Sopra, § 5.

la condanna contro un solo mandatario, ma con il limite della corrispondenza con quanto dovuto. Da ciò, in via interpretativa, si ricaverebbe anche che al giudice fosse demandato il potere di ridurre corrispondentemente la condanna dell'altro mandatario, eventualmente convenuto in seguito. In tal modo, come si è visto, la strada è ormai aperta alla valutazione della soddisfazione del creditore, dalla quale sola dipenderà, giocoforza, la consumazione dell'azione.

Con Paolo la solidarietà dei *mandatores* sembra assodata, ed anzi da essa il giurista trae argomento per equipararvi, sempre attraverso il veicolo della divisione *ex causa iudicati*, altre situazioni non contrattuali, ad esempio quella del *iussus* dato da due *domini*.

Papiniano, infine, con procedimento contrario rispetto a quello usato dalla giurisprudenza a lui precedente, si appoggia proprio alle regole vigenti per i *mandatores* nel suggerire un trattamento equitativo per i (*quasi*) *fideiussores*. Non a caso proprio a questo stesso giurista appartiene il testo Pap. 11 resp. D. 46.1.52.3, che riassume bene tutti i principi fin qui descritti, collegando la liberazione di tutti i coobbligati all'effettiva *solutio*.

Possiamo allora confermare che, senz'altro al tempo di Paolo e di Papiniano, qualora si accertasse, con criteri ispirati alla buona fede che sorreggeva il contratto di mandato<sup>103</sup>, la sussistenza di una *eadem res*, l'obbligazione dei *plures mandatores* poteva essere definita solidale. D'altra parte, il diritto classico non avrebbe conosciuto nulla di simile al litisconsorzio necessario (anche modernamente, come si è visto, l'obbligazione solidale dà luogo a litisconsorzio facoltativo<sup>104</sup>), ma avrebbe ammesso che il creditore scegliesse se convenire insieme i coobbligati oppure rivolgersi ad uno solo: i testi analizzati mostrano, vieppiù, che il principio della liberazione conseguente all'effettivo adempimento si sarebbe affermato attraverso la mediazione della suddivisione della condanna *ex causa iudicati*.

<sup>103</sup> Ma, come si è visto, il mandato è solo lo spunto per osservazioni più generali.

<sup>104</sup> Anche se in alcune ipotesi sussistono «nessi di stretta interrelazione tra le varie responsabilità», cosa che si verifica «quando le posizioni dei coobbligati presentino obiettiva interrelazione, alla stregua della loro strutturale subordinazione anche sul piano del diritto sostanziale». Cfr. nt. 84, *Relazione*, 32 s.