

14-C-534

SILVIO ROMANO

APPUNTI  
SUL PEGNO DEI FRUTTI  
NEL DIRITTO ROMANO

---

Inv. čís.: 644  
Sign: 506



C E D A M  
CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI  
GIÀ LITOTIPO - PADOVA 1931 - X



PROPRIETÀ LETTERARIA

*Estratto dagli Annali dell'Univ. di Camerino - Sezione giuridica  
Volume V. - 1931-X*

Koupi od	M. Vokur
Darem od	
v	Rme - za Kčs 60.-
Inv čís:	33. 348
Sign:	

Printed in Italy

TIPOGRAFIA «LA GARANGOLA» SOCIETÀ ANONIMA — PADOVA — 1931-X°

## INDICE

### PREMESSA

§ 1. - Scopo del presente lavoro . . . . .	pag. 1
§ 2. - Sua partizione . . . . .	» 2

### CAPITOLO PRIMO

#### Il pegno dei frutti connesso col pegno sulla cosa fruttifera : a) La costituzione del rapporto.

§ 1. - Necessità di stabilire preliminarmente se e in base a quale titolo il diritto di pegno sulla cosa fruttifera possa estendersi ai frutti di essa . . . . .	pag 3
§ 2. - Elenco delle fonti . . . . .	» 4
§ 3. - Stato della dottrina . . . . .	» 7
§ 4. - Necessità di distinguere le fonti che riguardano il pegno dei frutti da quelle che riguardano il partus ancillae »	12
§ 5. - A) Esame dei testi compresi nel primo gruppo e conclusione in ordine ad essi: a) fr. 1 § 2, Dig. XX, 1; b) fr. 18 § 3, Dig. XIII, 7; c) fr. 16 § 4, Dig. XX, 1; d) fr. 13 pr., Dig. XX, 1; e) cost. 3, Cod. VIII, 14 . . . . .	» 13
§ 6. - B) Esame dei testi compresi nel secondo gruppo e conclusioni in ordine ad essi: a) fr. 26 § 2, Dig. XX, 1; b) fr. 26 § 2, Dig., XL, 5; c) fr. 29 § 1, Dig. XX, 1; d) fr. 18 § 2, Dig., XIII, 7; e) fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33; f) cost. 1, Cod. VIII, 24 (25) . . . . .	» 21

§ 7. - Esame di Paulus, Receptae Sententiae II, 5, 2, e conclusione dell'esegesi . . . . .	Pag. 27
§ 8. - Condizione dei frutti della cosa data in pegno, in assenza di qualsiasi convenzione fra le parti . . . . .	» 32

CAPITOLO SECONDO

**Il pegno dei frutti connesso col pegno sulla cosa fruttifera :**

**b) Requisiti e natura giuridica del rapporto.**

§ 1. - Posizione del problema . . . . .	pag. 35
§ 2. - La formula dell'actio Serviana . . . . .	» 37
§ 3. - A) Il requisito della proprietà al momento della separazione, in ordine ai frutti: esame del 1 § 2, Dig. XX, 1 . . . . .	» 41
§ 4. - Continuazione dell'esame di tale frammento e nostra conclusione . . . . .	» 49
§ 5. - B) Il requisito della proprietà al momento della separazione, in ordine al partus ancillae. Opinione del Dernburg . . . . .	» 58
§ 6. - Esegesi delle fonti: a) fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7 . . . . .	» 61
§ 7. - b) fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33 . . . . .	» 65
§ 8. - c) fr. 29 § 1, Dig. XX, . . . . .	» 68
§ 9. - Conclusioni . . . . .	» 74

CAPITOLO TERZO

**Requisiti e natura giuridica del pegno sui frutti indipendente da quello sulla cosa fruttifera.**

§ 1. - La possibilità di dare in pegno i frutti futuri: esame dei fr. 15 pr., Dig. XX, 1 e 11 3, Dig. XX, 4 . . . . .	pag. 79
§ 2. - Stato della dottrina sui requisiti e la natura del rapporto . . . . .	» 84
§ 3. - Critica della tesi del Göppert; la proprietà dei frutti da parte del debitore al momento della separazione . . . . .	» 86
§ 4. - Critica della tesi dello Schulz; la convalida del pegno di cosa altrui . . . . .	» 91
§ 5. - Conclusioni . . . . .	» 98
fr. 18 § 3, Dig. XIII, 7; c) fr. 16 § 4, Dig. XX, 1; fr. 13	

CAPITOLO QUARTO

**Effetti.**

§ 1. - Il contractus pigneraticius di fronte agli atti intermedi del debitore aventi per oggetto la cosa fruttifera . . . . .	pag 101
§ 2. - e di fronte agli atti intermedi dello stesso debitore aventi per oggetto soltanto i frutti . . . . .	» 106
§ 3. - Effetti del ius pignoris . . . . .	» 112
FONTE CITATE . . . . .	» 116
AUTORI CITATI . . . . .	» 119

---

---

## PREMESSA

---

SOMMARIO: § 1. Scopo del presente lavoro. - § 2. Sua partizione.

### § 1.

Il presente lavoro intende studiare il pegno dei frutti, nel diritto romano, sotto il doppio aspetto che esso può presentare, a seconda che il pegno medesimo si riconnette con quello sulla cosa fruttifera, oppure sono dati in pegno soltanto i frutti, come *res futurae*, indipendentemente dalla cosa che li produce.

Su questo argomento, si ha, come è noto, una letteratura ragguardevole, soprattutto per opera dei giuristi della prima metà del secolo scorso. Gli studi di questi, però, mentre costituiscono dei preziosi contributi per l'interpretazione dommatica delle fonti, limitatamente al diritto giustiniano, prescindono del tutto, o quasi, dal problema storico e, per conseguenza, dalla visione del diritto romano classico.

Recentemente, due studi, l'uno del Chlamtacz e l'altro dello Schulz, portanti rispettivamente le date del 1910 e del 1923, hanno sottoposto il tema ad una minuta ed accurata critica esegetica, giungendo, però, per quanto riguarda il diritto pregiustiniano, a risultati diametralmente opposti.

Questa sostanziale diversità di conclusioni e lo scarso sviluppo dato ad alcuni punti importanti di parecchi pro-

blemi, ci hanno indotto ad un riesame di essi. Ci è sembrato che i suddetti autori, tralasciando di considerare alcuni testi e, più spesso, non arrivando ad una adeguata valutazione di altri, si siano trovati nella necessità di conciliare, attraverso interpretazioni forzate e, molte volte, palesemente erronee, varie contraddizioni che hanno creduto riscontrare nelle fonti e che effettivamente non esistono. Le loro opinioni sono spesso, a nostro avviso, la conseguenza di una confusione, la quale, per altro, vien meno quando, ben precisata e circoscritta la materia per cui i diversi testi dispongono, si restituisce ad essi la loro propria portata.

## § 2.

Divideremo la nostra ricerca nel seguente modo.

La prima e più ampia parte di essa sarà dedicata esclusivamente allo studio del pegno di frutti connesso con quello sulla cosa fruttifera, e conterà di due capitoli, concernenti:

a) il primo, la costituzione, ossia il titolo costitutivo del rapporto;

b) il secondo, i requisiti essenziali e la natura giuridica del rapporto medesimo, avendo specialmente riguardo alle sue diverse fasi, cioè a quella anteriore alla separazione dei frutti e a quella posteriore.

Nel terzo capitolo studieremo le analoghe questioni che sorgono nel caso in cui si ha un pegno a sè stante dei frutti, che non si accompagna a quello della cosa fruttifera.

Un quarto ed ultimo capitolo si occuperà degli effetti del pegno dei frutti, in entrambe le suddette figure e nelle sue varie fasi.

## CAPITOLO PRIMO

### Il pegno dei frutti connesso col pegno sulla cosa fruttifera: a) La costituzione del rapporto.

SOMMARIO: § 1. Necessità di stabilire preliminarmente se e in base a quale titolo il diritto di pegno sulla cosa fruttifera possa estendersi ai frutti di essa. - § 2. Elenco delle fonti. - § 3. Stato della dottrina. - § 4. Necessità di distinguere le fonti che riguardano il pegno dei frutti da quelle che riguardano il «partus ancillae». - § 5. A) Esame dei testi compresi nel primo gruppo e conclusioni in ordine ad essi: a) fr. 1 § 2, D. XX, 1; b) fr. 18 § 3, D. XIII, 7; c) fr. 16 § 4, D. XX, 1; d) fr. 13 pr., D. XX, 1; e) cost. 3, Cod. VIII, 14. - § 6 B) Esame dei testi compresi nel secondo gruppo e conclusioni in ordine ad essi: a) fr. 26 § 2, D. XX, 1; b) fr. 26 § 2, D. XL, 5; c) fr. 29 § 1, D. XX, 1; d) fr. 18 § 2, D. XIII, 7; e) fr. 1 pr., D. XLIII, 33; f) cost. 1, Cod. VIII, 24 (25) - § 7. Esame di Paulus, *Receptae Sententiae* II, 5, 2, e conclusione dell'esegesi. - § 8. Condizione dei frutti della cosa data in pegno, in assenza di qualsiasi convenzione fra le parti.

## § 1.

Sulla risoluzione di parecchi problemi relativi al nostro tema, può influire la risposta che deve darsi ad una questione, anche in questo senso preliminare, e che comunque, in una trattazione sistematica, dovrebbe logicamente precedere ogni altra, ed è, quindi, da esaminarsi al principio della nostra ricerca.

Essa riguarda la estensione del diritto di pegno su una cosa fruttifera ai frutti di questa. Occorre, in altri termini, precisare in ordine al titolo costitutivo del pegno dei frutti, se, nel diritto romano, data in pegno una cosa fruttifera, anche i frutti cadessero, *ipso iure*, per necessità di legge, sotto il vincolo pignoratizio, oppure occorresse una precisa volontà delle parti diretta a tale scopo; e, in quest'ultima ipotesi, se fosse richiesta una clausola espressa o bastasse invece una semplice convenzione tacita.

I testi che più o meno direttamente si riferiscono a tale punto e che, quindi, dobbiamo prendere in esame in questo primo capitolo, dedicato principalmente allo studio della questione accennata, sono ritenuti generalmente discordi ed hanno dato luogo a vive discussioni, il cui primo risultato è stato, naturalmente, quello di dividere la dottrina in vari campi. Le molteplici opinioni manifestate in proposito saranno da noi brevemente riassunte fra poco, dopo che avremo riportato, così come sono ordinate nella compilazione giustiniana, le fonti che costituiscono la base della discussione.

## § 2.

Ecco, pertanto, i passi, che è opportuno tener presenti:

PAULUS, *Receptae Sententiae*, II, 5 § 2.

Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.

fr. 18 §§ 2 e 3, Dig. XIII, 7.

PAULUS, *libro vicensimo nono ad edictum*.

Si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu

ancillae, qui post venditionem natus sit. § 3. Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: « quaeque ex silva facta natave sint ».

fr. 1 § 2, Dig. XX, 1.

PAPINIANUS, *libro undecimo responsorum*.

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos.....

fr. 13 pr., Dig. XX, 1.

MARCIANUS, *libro singulari ad formulam hypothecariam*.

Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

fr. 16 § 4, Dig. XX, 1.

MARCIANUS, *libro singulari ad formulam hypothecariam*.

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit.

fr. 26 § 2, Dig. XX, 1.

MODESTINUS, *libro quarto responsorum*.

Lucius Titius praedia et mancipia quae in praediis erant obligavit: heredes eius praediis inter se divisit

illis mancipiis defunctis alia substituerunt: creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis emptor vindicare recte possit. Modestinus respondit, si neque pignerata sunt ipsa mancipia neque ex pigneratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.

fr. 29 § 1, Dig. XX, 1.

PAULUS, *libro quinto responsorum.*

Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud aliud dominum peperint, non erunt obligata.

fr. 26 § 2, Dig. XL, 5.

ULPIANUS, *libro quinto fideicommissorum.*

Cum quidam Caecilius ancillam, quam pignori obligaverat, dimisso creditore per fideicommissum manumitti voluisset et heredibus creditorem non liberantibus infantes, qui postea erant editi, venissent a creditore, imperator noster cum patre rescripsit secundum ea, quae divo Pio placuerint, ne pueri ingenuitate destinata fraudarentur, pretio emptori restituto perinde eos ingenuos fore, ac si mater eorum suo tempore manumissa fuisset.

fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33.

IULIANUS, *libro quadragensimo nono digestorum.*

Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea

natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.

cost. 3, Cod. VIII, 14.

*Pars ex rescripto imp. ALEXANDRI A.*

Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit (a. 223).

cost. 1, Cod. VIII, 24 (25).

*Imp. ALEXANDER A. Mestriano.*

Partus pigneratae ancillae in pari causa qua mater esse olim placuit (a. 230).

### § 3.

Se si prescinde dall'opinione sostenuta dal Göppert (1) e rimasta isolata, secondo la quale i frutti della cosa data in pegno sarebbero caduti, nel diritto romano, sotto lo stesso vincolo in ogni caso e senza alcuna eccezione, si può dire assolutamente generale l'opinione che il diritto di pegno gravante sulla cosa fruttifera si estenda ai frutti di essa solo quando tale estensione sia voluta dalle parti.

Però, pur rimanendo fermo questo punto, gli autori si sono divisi su un altro, in ordine al quale i vari frammenti che si occupano dell'argomento paleserebbero gravi

---

(1) *Ueber die organische Erzeugnisse*, Halle, 1869, pag. 371 sgg.

discordanze: da una parte, si è sostenuta la tesi, che i giuristi romani richiedessero, per la costituzione del rapporto, una convenzione espressa; dall'altra parte, si è cercato di dimostrare che a tale scopo si ritenesse sufficiente un accordo anche tacito.

Fra i sostenitori della prima tesi, ricordiamo il Warkönig (1), il Puchta (2) e lo Janke (3). È però da osservare che essi, invece di addurre prove positive e concrete in favore della loro opinione, si limitano a indebolire il valore delle fonti che starebbero contro di questa e non hanno, perciò, fatto molto progredire la risoluzione del problema, che del resto, non esaminano da un punto di vista critico: possiamo quindi dispensarci dal prenderli in più diffusa considerazione.

---

(1) *In wie weit erstreckt sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache?* in *Archiv f. die civ. Praxis*, XXII (1839), p. 404. Il Warkönig, la cui opinione merita un cenno speciale, perchè ha evidentemente determinata quella analoga del Puchta e dello Janke, giunge a negare l'estensione per patto tacito del diritto di pegno sui frutti della cosa pignorata, attraverso il seguente ragionamento. Di regola, il creditore pignoratizio cerca la sua garanzia nella cosa pignorata. Egli non vuole acquistare alcun altro diritto, se non quello di potere alienare la cosa pel soddisfacimento del suo credito, e non ha alcun interesse a diminuire il diritto di proprietà del pignorante, al quale lascia il godimento dei frutti e tutte le utilità della cosa. Il creditore pignoratizio non può, dunque, considerare i frutti come oggetto del suo diritto: essi lo sono soltanto prima della separazione, in quanto collegati con la cosa madre e facenti parte integrante di essa, quindi non come oggetti a sè; ma il pignorante, con la separazione dei frutti dalla cosa principale, pone fine ai diritti del creditore pignoratizio su di essi. Per conseguenza, se le parti vogliono cambiare quello che è lo stato normale delle cose, e vogliono, cioè, evitare lo scioglimento del vincolo pignoratizio sui frutti, al momento della separazione di essi, debbono stabilire ciò espressamente.

(2) *Pandekten*, p. 311.

(3) *Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers u. des Pfandgläubigers*, Erlangen, 1862, p. 232 sgg.

Notevoli sono, invece, gli argomenti addotti dal Dernburg (1) e ripresi dallo Schulz (2), in favore dell'estensione anche tacita ai frutti del pegno sulla cosa fruttifera.

Nell'antico istituto della fiducia — osserva il Dernburg — il creditore diveniva proprietario della cosa pignorata e, in conseguenza del suo diritto di proprietà, egli acquistava legittimamente i frutti. Diversamente si comportarono più tardi le cose nel pegno e nell'ipoteca. La concezione romana che il frutto è un oggetto nuovo, al quale la posizione giuridica della cosa principale non passa in alcun modo automaticamente, escludeva che il pegno o l'ipoteca sulla cosa fruttifera si estendesse da per sè ai frutti. Ma con questo principio giuridico è pienamente conciliabile il fatto che i romani erano soliti di pignorare, insieme con una cosa fruttifera, anche il futuro prodotto di essa: chè, anzi, questo uso, dovuto al fatto che, nella vita romana, si era già abituati dalla fiducia a che i frutti cadessero sotto il vincolo del pegno senza patti speciali, si generalizzò sino al punto che, ogni qual volta si dava in pegno una cosa fruttifera, si presumeva sempre che le parti volessero, con ciò stesso, pignorare anche i frutti. L'imperatore Alessandro Severo avrebbe dato riconoscimento a questo principio, dicendo, nella cost. 3, Cod. VIII, 14, a proposito del pignoramento dei frutti: « etsi id aperte non sit expressum et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse ».

Questa tesi è stata, come abbiamo notato, ripresa del

---

(1) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig, 1860, p. 439 sgg.

(2) *Zwischenverfügungen bei Veräußerung u. Verpfändung wesentlichen Sachbestandteile*, in *Bonner Festgabe für E. Zitelmann*, München u. Leipzig, 1923, p. 131 sgg.



tutto recentemente dallo Schulz (1). Egli ha cercato di dimostrare esegeticamente — e questo tentativo, per quanto, a nostro avviso, non sia riuscito, si deve ascrivere a suo merito — come le fonti siano concordi nel ritenere sufficiente, per il pegno sui frutti, un accordo tacito delle parti, incluso in quello sulla cosa principale.

Di altri autori più antichi che già avevano affermato la medesima opinione, s'intende non criticamente, possiamo limitarci a fare cenno in nota (2).

Non sono poi mancati coloro che hanno fatto delle distinzioni, affermando che non necessariamente la medesima regola si applicasse a tutte le categorie dei frutti: così, per i parti degli animali si sarebbe richiesta una convenzione espressa, mentre sarebbe bastata una convenzione tacita per gli altri frutti.

In questo senso si esprime il Bachofen (3) il quale, però, non spiega nè il fondamento nè l'importanza pratica della distinzione per cui, pignorando un fondo, cadrebbero tacitamente in pegno tutti i prodotti agricoli di esso, e, pignorando invece un animale, non si avrebbe lo stesso effetto. Comunque, quel che più importa è che, come vedremo, le fonti non provano affatto questa tesi (4).

(1) Op. e loc. cit.

(2) Possiamo ricordare fra essi: BAKE, *Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat*, Berlin, 1825, p. 118-130; HUSCHKE, *Studien des röm. Rechts*, in *Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozessrecht*, XX (1830), p. 368-373; FRANCKE, *Von den Früchten des Pfandes*, in *Archiv f. die civ. Praxis*, XXX (1847), p. 157 sgg.; DAUDERT, *Ueber den Anspruch des Pfandgläubigers auf die Früchte der verpfändeten Sache* (Diss.), p. 8 sgg.

(3) *Das römische Pfandrecht*, Basel, 1847, p. 146.

(4) Il Bachofen, principalmente, cerca di conciliare la cost. 1, Cod. VIII, 24 con Paul. R. S., II, 5, 2, riferendo la prima al pegno manuale, la seconda all'ipoteca.

Degna di nota è, infine, la seguente opinione del Chlamtacz (1).

Nel periodo della giurisprudenza classica, in ordine al punto se si dovesse ammettere l'estensione del pegno ai frutti soltanto in forza di una convenzione espressa, oppure fosse sufficiente la convenzione tacita, i giuristi non sarebbero stati concordi. Paolo, Cassio e Marciano si dovrebbero sicuramente annoverare fra i sostenitori della prima tesi; ma altri, fra cui Ulpiano e Papiniano, avrebbero, invece, aderito alla seconda. I compilatori, non accogliendo nel Digesto l'opinione di Paolo, espressa in *Receptae Sententiae*, II, 5, 2, si sarebbero con ciò stesso pronunciati in favore dell'estensione tacita, senza per altro preoccuparsi di fare sparire le tracce dell'opposta opinione.

L'Autore cerca di spiegare questa divergenza di vedute, ricollegandola alle discussioni che si sono agitate fra gli stessi giuristi classici intorno alla relazione fra il frutto e la cosa fruttifera (2). Egli prende lo spunto dalla teoria del Sokolowski (3). Come è noto, il Sokolowski ha sottoposto il problema di questa relazione ad un largo esame ed è giunto alla conclusione che l'opinione la quale considera i frutti, anche dopo la separazione dalla cosa madre, come parti di questa, è dovuta ad influenze della dottrina stoica, mentre l'altra, secondo cui i frutti, dopo la separazione,

(1) *O extensyi prawa zastawu na owoce rzecz p prawie rzymkiem i cywilnem prawie niemieckiem* (Dell'estensione del diritto di pegno ai frutti della cosa nel diritto romano e nel dir. civ. tedesco), estratto dalla rivista *Przeglądu prawa i administracyi*. Lwów, 1910, p. 8 sgg. Questo lavoro, che noi abbiamo potuto usufruire completamente, è, di solito, conosciuto attraverso la recensione del BERGER, in *Z. S. St., R. A.*, XXXI, 1910, p. 447 sgg.

(2) Op. cit., p. 53 sgg.

(3) *Die Philosophie im Privatrecht Sachbegriff u. Körper in der klassischen Jurisprudenz u. in der modernen Gesetzgebung*, Halle, 1902, p. 43 sgg.

costituirebbero cose nuove, a sè stanti, sarebbe dovuta ad influenze peripatetiche. Ora, il Chlamtacz avanza l'ipotesi che i giuristi romani sostenitori della estensione tacita ai frutti del pegno sulla cosa principale fossero i seguaci della dottrina stoica, e in quelli che sostengono la necessità della clausola espressa si dovrebbero ravvisare altrettanti seguaci dell'opposta dottrina peripatetica.

Questo l'attuale stato della dottrina: è adesso nostro compito vagliare, sulla base dei testi che abbiamo riportato nel paragrafo precedente, le opinioni esposte e dimostrare la nostra.

#### § 4.

A nostro avviso, e per le ragioni che verremo a mano a mano svolgendo, le ricerche, di cui abbiamo fatto parola, sono incorse nell'errore fondamentale di non distinguere e separare le fonti che riguardano effettivamente il pegno sui frutti, da quelle che concernono invece il *partus ancillae*, e di avere, in conseguenza, fondate le rispettive tesi promiscuamente sulle une e sulle altre. Ciò ha ingenerato una confusione, la quale, oltre che dannosa di per se stessa, ha prodotto l'inevitabile effetto di oscurare la soluzione anche di altri importantissimi problemi relativi al pegno dei frutti. In verità, l'accennata confusione potrebbe in certo modo giustificarsi in base al noto frammento delle *Receptae Sententiae* di Paolo. E, probabilmente, è stato esso la causa dell'equivoco, che altrimenti si dovrebbe dire del tutto strano e incomprensibile. Senonchè, noi riteniamo che non sia il caso di invocare tale frammento, sia perchè è scarsa l'attendibilità di questa fonte, come hanno messo in rilievo i più recenti studi critici su di essa (1), sia perchè il suo contenuto ha una diversa portata.

(1) Confr., per ultimo, sull'argomento, LAURIA, *Ricerche su « Pauli Sententiarum libri »*, in *Annali della R. Università di Macerata*, VI, 1930, p. 33-108 e la precedente letteratura ivi citata.

Pertanto, tralasciando per il momento di prendere in considerazione questo passo, crediamo che, per ristabilire l'esatta interpretazione degli altri, sia necessario e sufficiente riesaminarli, senza lasciarsi fuorviare dal modo con cui il problema è stato finora impostato e risolto. Distinguiamo, perciò, le fonti che ci interessano in due gruppi. Comprendiamo nel primo gruppo: fr. 1 § 2, Dig. XX, 1 (Papiniano); fr. 18 § 3, Dig. XIII, 7 (Paolo); fr. 16 § 4, Dig. XX, 1 (Marciano); fr. 13 pr., Dig. XX, 1 (Marciano); cost. 3, Cod. VIII, 14 (Imp. Alexander, a 223). Facciamo invece rientrare nel secondo gruppo: fr. 26 § 2, Dig. XX, 1 (Modestino); fr. 26 § 2, Dig. XL, 5 (Ulpiano); fr. 29 § 1, Dig. XX, 1 (Paolo); fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7 (Paolo); fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33 (Giuliano); cost. 1, Cod. VIII, 24 (25) (Imp. Alexander, a. 230).

#### § 5.

A) I testi, che abbiamo compreso nel primo gruppo, si riferiscono tutti alla costituzione in pegno, insieme con la cosa madre, di quelle parti di essa che si produrranno in un momento successivo e che i romani consideravano come frutti; essi, per conseguenza, prescindono completamente dal *partus ancillae*, che, come è noto, *non numeratur in fructu* (1).

Per maggiore chiarezza e per poter procedere più spedatamente, crediamo opportuno enunciare anticipatamente le conclusioni, cui ci ha condotto la nostra ricerca sui testi di questo gruppo, conclusioni che in seguito verremo, naturalmente, dimostrando.

Secondo noi, il diritto romano classico richiedeva, per

(1) V. su questo punto, BASANOFF, *Partus ancillae*, Paris, 1929, ultimo lavoro sull'argomento.

l'estensione ai frutti del diritto di pegno gravante sulla cosa fruttifera, sempre e in ogni caso, una convenzione espressa. I compilatori giustinianeî, interpolando la cost. 3, Cod. VIII, 14, hanno mostrato di ritenere pignorati i frutti anche in base ad una semplice convenzione tacita: «etsi id aperte non sit expressum et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse». È, inoltre, molto importante mettere in rilievo che il fondamento di tale estensione è sempre stato, anche pel diritto giustiniano, la volontà delle parti: per quanto riguarda i frutti, non si è mai pensato che essi cadessero in pegno per necessità giuridica, *ope legis*, una volta pignorata la cosa fruttifera.

a) Cominciamo l'esegesi delle fonti con l'esame del

fr. 1 § 2, Dig. XX, 1 (1).

PAPINIANUS, *libro undecimo responsorum*.

Cum praedium pignori daretur, *nominatim*, ut fructus quoque pignori essent, *convenit*. Eos consumptos bona fide emptor utili Serviana.....

Su questa famosa legge di Papiniano gli interpreti, come è noto, si sono molto indugiati, dandone le interpretazioni più varie e, talvolta, bizzarre: noi dovremo in seguito e ad altro proposito sottoporla ad un lungo esame. Per il momento, ci interessa la prima frase del testo, che giustamente finora si è sempre salvata dalla critica interpolazionistica, ed è universalmente ritenuta genuina. Da essa traspare netto e preciso il pensiero del giurista classico, che riteneva necessaria, per l'estensione ai frutti del pegno sulla cosa fruttifera, la convenzione espressa: «*nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit*». È stato

(1) La copiosa letteratura su questo testo sarà citata più avanti.

osservato che, derivando il passo dai responsi di Papiniano, è da tener presente che esso appare formulato, più che per enunciare una regola generale, per riprodurre semplicemente gli estremi di fatto di un singolo caso, così come era stato prospettato dalle parti (1). Senonchè, resta sempre rilevante che le parti avevano ritenuto di dovere inserire nel contratto la clausola espressa del pignoramento dei frutti, e non c'è ragione di attribuire a solo eccesso di prudenza questo loro comportamento, quando da altri testi si possono desumere chiari indizi che esse non facevano che uniformarsi ad una regola tassativa. Dall'altro lato, e anche a prescindere da ciò, ci sembra giustificato ritenere che non oziosamente Papiniano abbia sottolineato il fatto che espressamente si era pattuita l'estensione del pegno ai frutti: se questa clausola fosse stata, pel diritto del suo tempo, superflua e non necessaria, avrebbe tralasciato di menzionarla.

b) Questa interpretazione è, del resto, solidamente confortata dal

fr. 18, § 3, Dig. XIII, 7 (2).

PAULUS, *libro vicesimo nono ad edictum*.

Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia

(1) Così lo SCHULZ, op. cit., p. 132. Il CHLAMTACZ, op. cit., p. 7, adduce questo passo a prova della sua opinione che la convenzione espressa fosse richiesta da alcuni giuristi.

(2) EISELE, in *Z. S. St. R. A.*, XIII, 1892, p. 144, ritiene interpolate le espressioni «*quia aliud sit materia aliud navis*» e «*nominatim in dando pignore*». Contra, vedi HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, 1899, p. 174, e FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala, 1919 pagg. 116-117; confr. anche pag. 136. Quest'ultimo riconosce che nel testo c'è qualche cosa di sospetto a causa del «*nominatim*» e dell'«*ait*» ripetuto, ma, in ogni caso, ritiene che sia una

aliud sit materia aliud navis: et ideo *nominatim* in dando pignore adiciendum esse ait: « *quaeque ex silva facta natae sint* ».

La fattispecie prospettata da Paolo non interessa, di per sè, il nostro tema. Si è pignorato un bosco e il legno tagliato è stato adoperato per la costruzione di una nave. Paolo si richiama all'opinione di Cassio, secondo la quale, in questo caso, il pegno non si estende alla nave, « *quia aliud sit materia aliud navis* ». Siamo in tema di estensione del pegno alle cose specificate e, quindi, fuori del nostro argomento. Importante per noi è, però, l'ultima frase del testo: « *et ideo nominatim etc.* ». Il pensiero del giuriconsulto non lascia adito a dubbi: se si voleva estendere il pegno, non solo alle cose prodotte col materiale tagliato dal bosco (*quaeque ex silva facta sint*), ma anche sugli stessi frutti del bosco (*quaeque ex silva natae sint*), si doveva inserire, nel contratto di costituzione in pegno del bosco, la clausola esplicita che il pignoramento si sarebbe esteso alle une e agli altri.

I sostenitori dell'opinione contraria non prendono affatto in considerazione e sembrano ignorare questo testo. Non sappiamo, quindi, come essi avrebbero potuto superare l'ostacolo loro opposto da una così forte conferma del principio che stabiliva la necessità della convenzione espressa.

c) Un altro testo, dal quale, indirettamente, si può ricavare lo stesso principio, è il

---

manifestazione di Cassio, che Paolo ha tutt'al più citata. Su di esso, v. ALBERTARIO, *Recensione al Fehr*, in *Riv. it. per le sc. giur.* 49, 1911, p. 67. V. ancora su questo fr. CHLAMTACZ, op. cit., p. 14-15; BESELER, in *Z. S. St. R. A.*, 45, 1925, p. 463, che espunge la frase « *et ideo-fin.* »; MANICK, in *Paulys Real Encyclopädie*, N. Bearbeitung v. Wissowa-Kroll, 9, 390, s. v. *Hypotheca*.

fr. 16 § 4, Dig. XX, 1 (1).

MARCIANUS, *libro singulari ad formulam hypothecariam*.

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, [nisi extent et res non sufficit].

Qualche volta — dice Marciano — cioè quando il valore della cosa data in pegno non basta a coprire il credito, l'*arbitrium* del giudice deve, nell'azione ipotecaria, prendere in considerazione anche i frutti: soltanto, però, i frutti processuali, cioè quelli prodotti dopo la contestazione della lite. Ma che cosa succede, se i frutti processuali, già calcolati insieme con la cosa fruttifera, non coprono il credito? Può il giudice calcolare nel suo *arbitrium* anche i frutti antecedenti al processo? La risposta di Marciano, allo stato attuale del frammento, è la seguente: può calcolare i *fructus extantes*; non deve calcolare i *fructus consumpti*.

---

(1) v. su questo testo: FABER, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, Lugduni, 1658, 92, 10; 93, 1; ALIBRANDI, *Opere giuridiche e storiche racc. e pubb. a cura dell'Accad. di conferenze storico-giur.* I, Roma, 1896, p. 324; PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, II, Halle, 1873, p. 353, n. 5; EISELE, in *Z. S. St. R. A.*, XVIII, 1897; FRANCKE, op. cit., p. 191 sgg. WARKÖNIG, loc. cit. p. 405; RICCOBONO, in *Mélanges Fitting*, II, p. 481, e in *Riv. di dir. civ.*, III, 1911, p. 60; MITTEIS, in *Z. S. St. R. A.*, 34, 1913, p. 406; CHLAMTACZ, op. cit., p. 19 sgg.; LEVY, in *Z. S. St. R. A.*, 36, 1915, p. 10, n. 3; EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*, Leipzig, 1917, p. 113, 134; BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in *Ann. del Semin. giur. della R. Univ. di Palermo*, VII, 1918, p. 144, n. 2, e in *Bull. Ist. dir. rom.*, XXII, 1922, p. 65, n. 4; BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino, 1919, p. 46; BESELER, in *Z. S. St. R. A.*, 45, 1925, p. 207; SCHULZ, op. cit., p. 132, n. 2, e 149, n. 5.

Senonchè, le ultime parole del testo « nisi extent et res non sufficit », contrastano chiaramente con la precedente espressione: « nam de antecedentibus nihil potest pronuntiare », e sono sicuramente una aggiunta dei compilatori. Cosicchè il testo, originariamente, sanciva il principio che il giudice non doveva affatto prendere in considerazione i frutti preprozessuali: il che è perfettamente coerente con l'altro principio che il diritto di pegno su una cosa non si estende, di solito, ai frutti, tranne convenzione contraria. Che questa convenzione debba essere espressa, in verità, Marciano non dice, ma se si combina questo frammento con gli altri sopra esaminati, che sono espliciti in materia, esso deve sensatamente interpretarsi in questo senso. Comunque, il frammento medesimo può certo citarsi per confermare che il giurista classico escludeva che il creditore pignoratizio acquistasse il diritto di pegno sui frutti come necessaria conseguenza del diritto di pegno sulla cosa madre: se avesse ammesso il contrario, avrebbe dovuto, per coerenza, decidere diversamente la questione accennata, facendo rientrare nella competenza del giudice anche i frutti *antecedentes*.

d) Un testo, a prima vista contrario ai precedenti e, infatti, addotto dallo Schulz (1) a sostegno della sua tesi, è il

fr. 13 pr., Dig. XX, 1 (2).

MARCIANUS, *libro singulari ad formulam hypothecariam*.

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

(1) op. cit., p. 132.

(2) V. su questo testo, EBRARD, op. cit., pp. 97, 114.

Ma è evidente che tale contraddizione non esiste: i figli degli animali compresi nel gregge cadono in pegno, non come frutti, ma in quanto diventano essi stessi elementi dell'*universitas*. Non è, quindi, il caso di parlare qui di una estensione del diritto di pegno ai frutti, e, tanto meno, di vedere in questo testo un argomento per la c. d. teoria della convenzione tacita.

e) Abbiamo, infine, da esaminare la

cost. 3, Cod. VIII, 14 (1).

*Pars ex rescripto* Imp. ALEXANDRI A.

Quamvis fructus pignori datorum praediorum, [etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse] < nominatim pignori esse convenerit >, tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit.

Questa costituzione rimane isolata nel dichiarare che è sufficiente la convenzione tacita per l'estensione ai frutti del diritto di pegno sulla cosa madre. Essa è dell'anno 223, vale a dire presso a poco della stessa epoca di Papiniano e Paolo, i quali, come abbiamo visto, pongono concordemente il principio della necessità della convenzione espressa: essa, sancisce, quindi, un principio contrario a quello che da altri testi risulta vigente in quel tempo, e, per ciò stesso, è sospetta di interpolazione da parte dei compilatori giustiniani. La frase «etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse» è quindi da espungere come insiticia, e deve essere sostituita con l'altra: « nominatim pignori esse convenerit ».

(1) V. su questo testo, CHLAMTACZ, op. cit., p. 12; SCHULZ, loc. cit., p. 133.

Questa nostra osservazione è provata da una analoga interpolazione giustiniana, che può facilmente vedersi in

fr. 29 §§ 1 e 2, Dig. XX, 1 (1).

PAULUS, *libro quinto responsorum*.

Si mancipia, in causam pignoris ceciderunt, ea quoque quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. [Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, *sive specialiter de his convenerit sive non*, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenerit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud aliud dominum peperint, non erunt obligata].

Questo testo si riferisce al *partus ancillae* e ce ne occuperemo ripetutamente in seguito. Per il momento, dobbiamo rilevare come la seconda parte di esso, che abbiamo chiusa fra parentesi quadre, sia completamente di fattura giustiniana. Rinviemo per quanto riguarda la sostanza di questa aggiunta a quanto ne diremo nel capitolo seguente. Basta, per ora, osservare che il « *sive specialiter de his convenerit sive non* », che si vuole ricollegare, per mezzo del « *quod tamen diximus* », col periodo precedente, è, invece, in stridente contrasto con quest'ultimo: « *si mancipia in causam pignori ceciderunt, ea quoque quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt* ». Inoltre, il soggetto di « *peperint* » dovrebbe essere « *mancipia* », e, invece, secondo la costruzione del periodo, è « *adgnata* ».

Ciò posto, vogliamo qui far notare soltanto, a prova dell'interpolazione ravvisata nella cost. 3, Cod. VIII, 14, la rispondenza della frase insitica « *etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione ines-* », che troviamo in tale costituzione, con l'altra del fr.

(1) V. citata più avanti la letteratura su questo frammento.

29 § 1, Dig. XX, 1: « *sive specialiter de his convenerit, sive non* ».

I testi, dunque, del primo gruppo, che abbiamo tutti esaminati, appoggiano pienamente la nostra tesi. Ma necessario complemento dell'esegesi fin qui condotta è quella che adesso dovremo intraprendere.

## § 6.

B) I testi, che abbiamo compreso nel secondo gruppo, riguardano tutti il *partus ancillae*: essi si pongono e risolvono il problema del fondamento della estensione del diritto di pegno sulla schiava al parto della medesima, ma, come abbiamo rilevato, vengono di solito usufruiti, unitamente ai testi del primo gruppo, in appoggio della tesi della convenzione tacita (1) e, in genere, da tutti coloro che si sono occupati del pegno dei frutti (2). Come ciò sia ingiustificato, risulta chiaramente dal breve esame che adesso ne faremo.

a) fr. 26 § 2, Dig. XX, 1 (3).

MODESTINUS, *libro quarto responsorum*.

Lucius Titius praedia et mancipia quae in praediis erant obligavit: heredes eius praediis inter se divisit

(1) In particolare, sono usufruiti in questo senso: il fr. 26 § 2, Dig. XX, 1 dallo SCHULZ, op. cit., p. 134; il fr. 29 § 1, dal FRANCKE, op. cit., p. 172 e dallo SCHULZ, p. 132; la cost. 1 Cod. VIII, 24, dal CHLAMATCZ, op. cit., p. 12 e dallo SCHULZ, p. 133; la cost. 1 Cod. VIII, 24, dal CHLAMATCZ, op. cit., p. 12, e dallo SCHULZ, p. 133; il fr. 1 pr., Dig. XLIII, 23, da questo ultimo, p. 131.

(2) V. p. es. fra gli altri, WARKÖNIC, op. e loc. cit., che non distingue mai in tutto il corso del suo lavoro i due gruppi di testi.

(3) V., in genere, su questo fr., FEHR, op. cit., p. 74; ALBERTARIO, loc. cit., p. 63; ERMAN, *Pignus hypothecae*, in *Mélanges Girard*, I, Paris, 1922, p. 438; EBRARD, op. cit., p. 63 sgg.; SCHULZ, loc. cit.; MANICK, in *Pauly-Wissowa-Kroll, Realenz.*, 9, 375, s. v. *Hypotheca*.

illis mancipiis defunctis alia substituerunt: creditor postea praedium cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis, emptor vindicare recte possit. Modestinus respondit, si neque pignerata sunt ipsa mancipia neque ex pigneratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.

Gli schiavi esistenti nel fondo, al tempo della costituzione del pegno, sono morti; i proprietari ne hanno posto altri, in loro vece. Questi si debbono ritenere gravati di pegno — afferma Modestino — soltanto se per loro era stato concluso uno speciale negozio che li sottoponeva a tale vincolo, o essi erano i discendenti delle schiave originariamente pignorate.

b) fr. 26 § 2, Dig. XL, 5.

ULPIANUS, libro quinto fideicommissorum.

Cum quidam Caecilius ancillam, quam pignori obligaverat, dimisso creditore per fideicommissum manumitti voluisset et heredes creditorum non liberantibus infantes, qui postea erant editi, venissent a creditore, imperator noster cum patre rescripsit secundum ea, quae divo Pio placuerint, ne pueri ingenuitate destituta fraudarentur, pretio emptori restituto perinde eos ingenuos fore, ac si mater eorum suo tempore manumissa fuisset.

Ulpiano è d'opinione che i figli della schiava pignorata rispondano senz'altro e perciò erano stati validamente venduti: soltanto il *favor libertatis* interviene a salvare l'ingenuità dei figli della schiava manomessa per fidecommesso.

c) fr. 29 § 1, Dig. XX, 1 (1).

PAULUS, libro quinto responsorum.

Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. [Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud aliud dominum peperint, non erunt obligata].

Questo passo è stato oggetto di vive critiche, perchè esso dice esattamente il contrario di quanto sarebbe sancito dallo stesso Paolo, in *Receptae Sententiae*, II, § 2: Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.

Vari tentativi sono stati fatti, allo scopo di conciliare Paolo con se stesso.

Così, da taluno (2) è avanzata l'ipotesi che, nelle *Sententiae*, Paolo avrebbe affermata genericamente la necessità di una convenzione pel pignoramento dei frutti, e nel fr. 29 § 1, Dig. XX, 1, avrebbe completato la sua asserzione, specificando in qual modo questa esigenza sarebbe stata soddisfatta: « sive specialiter de his convenerit sive non ». Ma questa interpretazione evidentemente non regge: essa farebbe di Paolo un sostenitore della estensione tacita, il che, come abbiamo visto, non è.

Altri (3) ha creduto che Paolo, abbia cambiato opinione sotto l'influsso della decisione contraria contenuta nella cost. 1, Cod. VIII, 24. Senonchè, non è provato che il 5° libro delle Sentenze sia stato scritto dopo il 230, anzi,

(1) V. nel capitolo seguente la letteratura su questo testo.

(2) CHLAMTACZ, op. cit., p. 16, che, però, la combatte da sè medesimo.

(3) KRIES, *Ueber den Anspruch des Pfandgläubigers*.

tutto fa supporre che esso sia di molto anteriore. Del resto, l'ipotesi si appalesa inaccettabile, solo che si consideri che la costituzione suddetta, quando dispone che il *partus* cade nella stessa posizione giuridica dell'*ancilla* pignorata, usa l'espressione « olim esse placuit », riferendosi così ad una regola applicata fin da un'epoca antecedente a quella in cui ha vissuto Paolo.

Più importante è l'opinione in proposito del CHLAMTACZ (1), il quale ritiene il testo alterato dai compilatori. Egli divide il frammento in due parti: la prima direbbe l'ancillarmente ciò che la seconda ripeterebbe più ampiamente. Questo sarebbe già motivo di sospetto: ma la certezza si avrebbe osservando come la frase « sive specialiter de his convenerit sive non », appare dei compilatori, nel senso che essa documenterebbe l'adesione di Giustiniano alla corrente favorevole all'estensione tacita, di cui la cost. 3, Cod. VIII, 14, secondo il Chlamtacz, sarebbe l'espressione più chiara. In sostanza, il testo, originariamente, avrebbe avuto la formulazione seguente:

Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. [Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit] < si hoc inter contrahentes convenerit et > dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud alium dominum peperint, non erunt obligata.

Giustiniano avrebbe interpolato le parole chiuse fra parentesi quadre, per mettersi in armonia con la cost. 3, Cod. VIII, 50.

(1) Op. cit., p. 17 sgg.

Noi riteniamo inaccettabile la tesi del Chlamtacz. Abbiamo già esaminato in parte questo frammento, anticipando quanto più completamente diremo in seguito su di esso. Per ciò che riguarda i suoi vizi di forma, rimandiamo a quanto abbiamo sopra osservato, e, per i vizi di sostanza, a quel che ne diremo nel capitolo seguente. È nostra opinione che tutta la seconda parte del testo sia di fattura compilatoria. Rimane però in piedi la prima parte, la quale è in stridente contrasto col resto del frammento nella redazione attuale. È, quindi, inesatta l'affermazione del Chlamtacz che la seconda parte non faccia che ripetere con maggior numero di parole ciò che più in succinto dice la prima. Infatti, mentre nel principio del frammento si dice che i figli della schiava data in pegno cadono anch'essi sotto questo vincolo per necessità giuridica, *ex lege*, (eodem iure habenda sunt), invece, alla fine, si richiede, perchè ciò avvenga, una convenzione, sia pure tacita. Ora, se genuino è soltanto il principio del testo, quest'ultimo prova che, nel diritto classico, non la volontà delle parti era il fondamento dell'estensione al *partus* del diritto di pegno, ma la legge. Per il diritto di Giustiniano, al contrario, detta regola non poteva più valere, dal momento che egli introdusse nel testo la frase « sive specialiter de his convenerit sive non », che allude chiaramente ad un accordo fra le parti, che, per giunta, poteva essere anche tacito.

Non hanno bisogno di alcuna spiegazione, tanto sono chiari, i seguenti altri testi:

d) fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7.

PAULUS libro vicensimo nono ad edictum.

Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillae qui post venditionem natus sit.



e) fr. 1. pr., Dig. XLIII, 33.

JULIANUS, libro quadragesimo nono digestorum.

Si colonus ancilla in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.

f) cost. I, Cod. VIII, 24 (25).

Imp. ALEXANDER A. Mestriano.

Partus pigneratae ancillae in pari causa qua mater olim esse placuit.

Dall'esegesi di questo secondo gruppo di testi, noi ricaviamo le seguenti conclusioni:

A differenza di quanto accadeva per l'estensione ai frutti del diritto di pegno gravante sulla cosa madre, la cui base, come abbiamo dimostrato, era sempre la volontà delle parti, i figli della schiava data in pegno, nati durante il vincolo, soggiacevano ad esso, nel diritto classico, per necessità giuridica, *ex lege*: le espressioni « eodem iure habenda sunt » « in pari causa qua mater olim esse placuit », sono prove sicure di questa nostra affermazione.

L'unico accenno ad una convenzione tacita, che troviamo interpolato in fr. 29 § 1, Dig. XX, 1, rivela come, nel diritto giustiniano, si fosse introdotta anche per il *partus ancillae* la stessa regola che si era posta per i frutti in genere. Mentre, però, per quanto riguarda questi ultimi, l'introduzione della convenzione tacita costituiva una semplificazione introdotta nella costituzione del rapporto, restando a base di esso, anche nel diritto giustiniano, la volontà delle parti, invece, relativamente al *partus ancillae*, la riforma di Giustiniano ha voluto significare un cambiamento sostanziale del titolo costitutivo del rapporto:

in altri termini, si è passato da un obbligo *ex lege* ad un obbligo convenzionale.

Resta da osservare che tutti gli scrittori, i quali si sono occupati del nostro argomento, non soltanto hanno esaminato, come si è detto, questi testi mettendoli in un sol fascio con quelli che noi abbiamo distinto collocandoli nel primo gruppo, ma sono altresì caduti in un grave errore di interpretazione. Essi, in altri termini, hanno considerato i testi riferiti, relativi al *partus ancillae*, come parlanti in favore della estensione del pegno in forza di una convenzione tacita, e non si sono accorti che essi, invece, sanciscono questa estensione senza nessun riguardo alla volontà delle parti, *ex lege*: naturalmente, questo equivoco li ha condotti a conclusioni errate.

## § 7.

Contro le nostre asserzioni starebbe il già ricordato passo delle *Sententiae* di Paolo, che ci siamo riservati di esaminare per ultimo e su cui adesso è il momento di fermarci.

In questo testo, infatti, sembra richiesta la convenzione espressa, non solo per l'estensione del diritto di pegno sulla cosa madre ai frutti della medesima, ma anche per l'estensione del pegno al *partus ancillae*, in aperto contrasto con quanto abbiamo visto risultare, in modo inequivocabile, dai frammenti accolti nel Digesto, e ciò è tanto più grave in quanto alcuni di questi frammenti appartengono allo stesso Paolo.

Si osservi, infatti:

PAULUS, *Receptae sententiae*, II, 5, 2.

Fetus vel partus eius rei quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.

PAULUS, *libro vicensimo nono ad edictum* (fr. 18 § 3 Dig. XIII 7).

Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: «quaeque ex silva facta natave sint».

PAULUS, *libro vicensimo nono, ad edictum* fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7).

Si fundus pignoratarius venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.

PAULUS, *libro quinto responsorum* (fr. 29 § 1, Dig. XX, 1).

Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt.

Come si vede, il Paolo delle *Sententiae* si trova in perfetta armonia col Paolo accolto nel fr. 18 § 3, Dig. XIII, 7, in ordine ai frutti, il quale, a sua volta, concorda con gli altri frammenti di Papiniano e Marciano, e con la cost. 3, Cod. VIII, 14, che abbiamo sopra esaminato. Lo stesso passo, però, in ordine al *partus ancillae* è in evidente discordia con gli altri due frammenti del medesimo autore, i quali riproducono una situazione giuridica identica a quella prospettata da Giuliano, Modestino e Ulpiano, nonchè dalla cost. 1, Cod. VIII, 24 (25), anch'essi sopra riportati.

Come si spiega questo stato di cose? Dobbiamo non tener conto della concordia, così significativa, con la quale i testi della compilazione risolvono la nostra questione, e dichiarare tutto ciò opera dei compilatori, sulla base di un frammento, contenuto in un'opera sulla cui origine e natura si hanno tanti dubbi?

Ci sembra che due soluzioni siano qui possibili: o quella di non dare importanza al frammento delle *Receptae Sententiae*, ritenendolo fonte malsicura, oppure di interpretarla in modo da ottenere una conciliazione di essa con gli altri testi.

La prima soluzione è, in certo senso, quella dello Schulz (1), al quale il testo in controversia dà troppo fastidio, in quanto egli ritiene che i classici considerassero ammissibile il pignoramento dei frutti pattuito tacitamente con quello della cosa madre, e il pignoramento del *partus ancillae* con quello dell'*ancilla*. Questo scrittore, senza arrivare ad ammettere che l'autore o il rimaneggiatore postclassico delle Sentenze, o i Visigoti, per ragioni a noi ignote, abbiano alterato il diritto classico, crede che a questo l'autore postclassico, romano o visigoto, abbia attribuito un senso diverso: che, cioè, egli abbia voluto negare il pegno di uso e non lasciar cadere i frutti nella proprietà del pignorante. Per appoggiare la sua tesi, lo Schulz si richiama all'Interpretatio visigotica delle Sentenze di Paolo, che così dice:

Si quis gregem equarum, vaccarum vel ovium accepta mutua pecunia pignori creditori dederit, foetus earum rerum ad debitorem non ad creditorem pertinet. Ita est et si ancillam dederit, et partum ediderit: ad debitorem pertinet, non ad creditorem.

Egli si richiama altresì al Libro siro-romano, che parla nello stesso senso:

L. 99, Arm. 133.

« Ma se un uomo dà in pegno un'asina o una cavalla, e chi dà in prestito fa con chi prende in prestito la condizione che l'animale lavori presso il primo in-

(1) Op. cit., p. 133-134.

vece di pagare il suo denaro, allora il figlio che fa l'animale impegnato appartiene al suo padrone che l'ha pignorato. Ma se un uomo dà ad un altro in pegno un gregge di pecore o capre, e fra essi c'è condizione che i nati dal gregge debbano essere per il pagamento del denaro, ciò è valido..... ».

Noi non riteniamo probabile questa spiegazione. A prescindere da altre considerazioni, il testo dice esattamente: *pignoris iure non tenetur*, e non può quindi avere avuto lo scopo di evitare la proprietà del creditore sui frutti della cosa pignorata: esso si riferisce proprio all'estensione ai frutti del diritto di pegno gravante sulla cosa fruttifera e non prende in considerazione il pegno di uso.

La seconda soluzione — quella conciliante — è seguita dal Dernburg (1). Constatata la lacunosità con cui i frammenti delle *Receptae Sententiae* ci sono pervenuti, egli ritiene probabile la seguente interpretazione. Paolo contrapporrebbe la fiducia, alla quale dedica nella sua opera un posto così importante, al pegno dei frutti. Nella fiducia, il diritto del creditore investe i frutti per necessità giuridica *ex lege*; nella costituzione di pegno, sorge un diritto sui frutti solo in conseguenza di una convenzione fra le parti. Naturalmente, con ciò non sarebbe escluso che questa convenzione si contenesse tacitamente nel pignoramento della cosa principale, cosicchè il giurista avrebbe potuto proseguire: « sed etsi id aperte non sit expressum et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse ».

Ma anche questa ipotesi del Dernburg, oltre a non essere sufficientemente provata, ha, per noi, come del resto quella dello Schulz, un vizio d'origine. Sia l'una che l'altra si preoccupano di conciliare la necessità di una con-

(1) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I Leipzig, 1860, p. 441-442

venzione espressa, richiesta da Paolo, per l'estensione del diritto di pegno ai frutti, con la tesi, a loro avviso, fondata sulle fonti, che bastasse invece una semplice convenzione tacita. Ora, noi crediamo di avere dimostrato che, riguardo ai frutti, il frammento delle *Sententiae* non fa che ripetere quello che dicono i testi accolti nella compilazione giustinianea, i quali tutti affermano la necessità della convenzione espressa. Per noi, quindi, la questione si riduce di molto e consiste nel conciliare l'analoga necessità richiesta dal Paolo delle *Sententiae* pel *partus ancillae*, con quanto si ricava dalle altre fonti, alcune dello stesso Paolo, le quali concordemente proclamano che il *partus ancillae* cade in pegno per necessità giuridica, *ex lege*, senza bisogno della volontà delle parti diretta in tale senso. Il testo, quindi, secondo la nostra opinione, è solo parzialmente discorde. È, però, nostra convinzione che anche tale disarmonia sia più apparente che reale. In altri termini, riteniamo che Paolo non abbia affatto voluto riferirsi al *partus ancillae*, ma abbia voluto soltanto parlare dei frutti e, quindi, anche del parto degli animali. E allora, non essendo autorizzati a dare al termine «partus» il significato generico di «prodotto», cioè di «frutto», non rimane che ritenere il «vel partus» una glossa del commentatore visigoto. In questo modo, anche questo frammento delle Sentenze viene a dirci solamente che per l'estensione ai frutti del diritto di pegno sulla cosa madre è richiesta la convenzione espressa, lasciando così impregiudicata la questione pel *partus ancillae*, la quale è, in altri testi, chiaramente e ripetutamente risolta nel senso che già conosciamo. Ci sembra che il contenuto dei passi di Paolo compresi nel Digesto e che abbiamo messo a confronto con quello delle Sentenze, sia sufficiente a rendere non arbitraria la nostra tesi.

Eliminate così le difficoltà che derivano da questo frammento, possiamo riaffermare le nostre conclusioni:

1) l'estensione ai frutti del diritto di pegno gravante sulla cosa fruttifera, nel diritto romano classico, avveniva soltanto se le parti vi avessero provveduto con una convenzione espressa; il diritto giustiniano ritenne sufficiente una convenzione tacita;

2) il *partus* della schiava data in pegno cadeva sotto lo stesso vincolo, pel solo fatto del pignoramento della madre, cioè *ex lege*. Giustiniano modificò la natura della costituzione del rapporto, sostituendo all'obbligo legale la convenzione anche tacita.

### § 8.

Nel diritto classico, dunque, qualora mancasse una convenzione che sottoponesse espressamente i frutti al vincolo pignoratizio, e, nel diritto giustiniano, in assenza di un accordo anche tacito in questo senso, i frutti (e nel diritto di Giustiniano anche il *partus ancillae*) rimanevano liberi da qualsiasi vincolo e nella più assoluta disponibilità del debitore pignorante.

Quest'ultima naturale conseguenza dei principii suddetti è stata vivamente combattuta dal Chlamtacz (1), il quale fa in proposito le seguenti osservazioni. Si presuppone pignorata una cosa fruttifera, senza che si sia convenuto nulla riguardo ai frutti. L'estensione del diritto di pegno sulla cosa ai frutti di essa è contraria all'interesse del debitore. I frutti sono destinati alla consumazione; questa conduce alla capitalizzazione, la quale, a sua volta, produce un aumento del patrimonio: dunque, è interesse del debitore di concedere i frutti in proprietà al creditore, perchè essi così concorreranno all'estinzione del debito e permetteranno che la cosa, libera dal pegno, ritorni pri-

(1) Op. cit., p. 45 sgg.

ma nelle sue mani. Tutto ciò procurerebbe un vantaggio anche al creditore, perchè egli potrebbe soddisfare più agevolmente le sue pretese e venire più presto in possesso del suo credito. Per conseguenza, in mancanza di una qualsiasi convenzione — conclude il Chlamtacz — si deve presumere che i frutti cadano in proprietà del creditore pignoratizio e vadano a scomputo degli interessi e del capitale: soltanto quando, secondo la natura del rapporto e le circostanze del caso, non si può ciò presumere, i frutti sono liberi da ogni diritto del creditore e rimangono in proprietà e nella disponibilità del debitore. Viceversa, in tutti i casi in cui agisce la detta presunzione, e perciò il pegno sulla cosa attribuisce al creditore il diritto di acquistare in proprietà i frutti, questo diritto sarebbe analogo a quello dell'usufruttuario: come quest'ultimo, così anche il creditore pignoratizio acquisterebbe i frutti con la percezione.

Noi torneremo sull'argomento quando dovremo trattare degli effetti del pegno sui frutti. Rileviamo, però, fin da ora, come non sia accettabile la tesi, del resto arbitraria, del Chlamtacz. Se le fonti attribuiscono qualche volta al creditore il diritto di vendere i frutti e di conteggiare il provento a scomputo degli interessi e del capitale, è a ritenersi che ciò avvenisse soltanto quando le parti lo stabilivano. Ad ogni modo, è certo che, in quei casi in cui il creditore poteva usare di quelle facoltà, ciò non faceva come proprietario dei frutti, ma sempre come investito del diritto di pegno sulla cosa madre e, quindi, i relativi atti di alienazione dei prodotti di essa dovevano, in qualche modo, essere autorizzati dallo stesso debitore. Dall'altra parte, il ragionamento puramente astratto su cui poggia la tesi del Chlamtacz non è neppure esatto. Se è interesse del debitore che i frutti destinati alla consumazione siano capitalizzati, non è altrettanto vero che sia necessario, perchè ciò avvenga, che essi siano attribuiti in proprietà al

creditore: può benissimo il debitore pensare a disporne nel modo che crede più favorevole al suo tornaconto, e così i suoi diritti saranno meglio salvaguardati che nel caso in cui il pignoratario sia autorizzato a compiere atti, che avranno sempre di mira più la soddisfazione del suo credito che l'interesse del debitore. Che a questo giovi spogliarsi della proprietà dei frutti, non è facile credere. E qualche volta, del resto, ciò può non essere nemmeno nell'interesse del creditore, come quando questi si trovi nella impossibilità di occuparsi dei frutti o, comunque, ritenga preferibile o più comodo che ciò faccia il pignorante.

---

---

CAPITOLO SECONDO

**Il pegno dei frutti connesso col pegno sulla  
cosa fruttifera: b) Requisiti e natura giu-  
ridica del rapporto.**

SOMMARIO. — § 1. Posizione del problema. — § 2. La formula dell'*actio Serviana*. — § 3. A) Il requisito della proprietà al momento della separazione, in ordine ai frutti: esame del fr. 1 § 2, Dig. XX, 1. — § 4. Continuazione dell'esame di tale frammento e nostra conclusione. — § 5. B) Il requisito della proprietà al momento della separazione, in ordine al *partus ancillae*. Opinione del Dernburg. — § 6. Esegesi delle fonti: a) fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7. — § 7. b) fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33. — § 8. c) fr. 29 § 1, Dig. XX, 1. — § 9. Conclusioni.

§ 1.

Le indagini contenute nel primo capitolo ci hanno portato a precisare il titolo costitutivo del diritto di pegno sui frutti e ci hanno fornito gli elementi, che ora ci serviranno come punto di partenza per la soluzione di un altro problema fondamentale: quello concernente la determinazione della natura giuridica del nostro rapporto, e, contemporaneamente, dei requisiti richiesti per l'esistenza di esso.

La questione deve essere posta nei seguenti termini: quando sorge il diritto (reale) di pegno sui frutti? L'atto costitutivo di un diritto di pegno sopra una cosa fruttifera

e sopra i frutti ancora pendenti di essa, deve considerarsi come un insieme di due negozi distinti: cioè, da un lato, come una convenzione dalla quale sorge subito il diritto di pegno sulla cosa madre, e, dall'altro lato, come una convenzione, con cui il debitore si obbliga a costituire un nuovo diritto di pegno sui frutti, al momento della separazione di essi, con l'effetto di far sorgere da questo momento — e solo da esso — il diritto reale sui frutti medesimi? In questo caso, sarebbe inesatto parlare di estensione ai frutti del diritto di pegno sulla cosa fruttifera, ma si dovrebbe dire che, accanto al pegno su di questa, sorge un altro e distinto diritto di pegno sui frutti. Oppure, deve ritenersi che, al momento della convenzione, la costituzione del pegno sui frutti sia già piena ed efficace di fronte ai terzi, tanto quanto quella del pegno sulla cosa madre?

È superfluo notare l'importanza della questione, che, oltre all'interesse teorico, ha anche e soprattutto un interesse pratico. A seconda, infatti, che si accolga l'una o l'altra di queste tesi, si dovrà diversamente considerare e valutare il comportamento degli atti dispositivi eventualmente compiuti dal pignorante, aventi per oggetto la cosa fruttifera e, per conseguenza, i frutti ancora non separati di essa, di fronte al diritto di pegno, sorto o, viceversa, non sorto ancora su questi. In altri termini, dipende dalla risoluzione di tale problema la determinazione degli effetti del rapporto che studiamo.

A parte le opinioni espresse dai più antichi (1), i

(1) VOET, *ad Pandectas*, XX, 1 § 3; WESTPHAL, *Vom Pfandrecht*, p. 17; SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht*, p. 351; GOESCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, II, p. 323; SCHILLING, *Lehrbuch der Institutionen*, II, p. 189 nota e § 207; HUSCHKE, *Studien*, cit., p. 368 sgg.; GESTERDING, op. cit., § 48; SINTENIS, *Handb. des gemeinen Pfandrechts*, Halle 1836, p. 462; BACKE, op. cit., p. 126 sgg.; WARKOENIG, op. cit., p. 404 sgg.; FRANCKE, op. loc. cit., p. 164 sgg.; DERNBURG, op. cit., I, p. 442 sgg.; IANKE, op. cit., p. 254 sgg.; HEIMBACH, op. cit., p. 45 sgg.

quali si sono occupati dell'argomento in modo incompleto, e, talvolta, partendo da una inesatta posizione delle questioni ad esso inerenti, noi abbiamo oggi due teorie opposte, che sono state sostenute, attraverso un esame critico delle fonti, rispettivamente dal Chlamtacz (1) e dallo Schulz (2). Il Chlamtacz esclude che la convenzione riguardante la costituzione del diritto di pegno sui frutti della cosa pignorata possa da per sè far sorgere su di essi un diritto reale, e ritiene, in conseguenza, che prima della separazione, tale convenzione non possa produrre altro che effetti obbligatori fra le parti. Lo Schulz, invece, distingue fra il diritto classico e il diritto giustiniano: nel primo, il pegno sui frutti avrebbe operato di fronte a qualsiasi terzo, come lo stesso diritto di pegno sulla cosa madre; il secondo non avrebbe lasciato nascere il diritto reale se il debitore, più tardi, non fosse diventato proprietario dei frutti separati.

Questa divergenza di opinioni si ricollega ancora una volta all'accennata confusione che ha fatto esaminare in un sol fascio i testi relativi ai frutti e quelli relativi al *partus ancillae*. Solo distinguendo secondo questo criterio le fonti, è possibile, a nostro modo di vedere, giungere ad una esatta soluzione del problema.

All'esame dei testi, in cui è da osservarsi questa distinzione, giova, intanto, premettere alcune osservazioni di carattere generali.

§ 2.

Già, per la sua stessa natura, riesce difficile concepire un diritto reale sopra un oggetto inesistente. Che inesistenti come cose a sè siano i frutti prima della separazio-

(1) op. cit., p. 21 sgg.

(2) op. cit., p. 134 sgg.

ne, è un principio intorno al quale non vi sono serie divergenze ed è, ad ogni modo, sancito da recise affermazioni delle fonti. Queste, dicono espressamente che i *fructus pendentes*, i *fetus pecorum*, nonchè i *partus ancillae*, « nondum sunt, futura tamen sunt » (1), che « fructus quamdiu solo cohaereant fundi esse » (2), che « fructus pendentes pars fundi videntur » (3), che « arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo » (4), etc. Nessun dubbio, quindi, può aversi che i romani considerassero i *fructus* e i *partus* come un tutt'uno con la cosa che li produce e, perciò, prima della separazione, insuscettibili in sè e per sè di speciali rapporti giuridici (5).

(1) fr. 15, Dig. XX, 1 (GAIUS, libro singulari ad formulam hypothecariam).

(2) fr. 62 (61) § 8, Dig. XLVII, 2 (AFRICANUS, libro octavo quaestionum).

(3) fr. 44, Dig. VI, 1 (GAIUS, libro vicensimo nono ad edictum provinciale).

(4) fr. 40, Dig. XIX, 1 (POMPONIUS, libro trigesimo primo ad Quintum Mucium). Non meno espliciti in proposito sono i seguenti testi: fr. 25 § 6, Dig. XLII, 8 (VENULEIUS, libro sexto interdictorum): Fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere se Labeo ait, utrum dumtaxat qui maturi an etiam qui immaturi fuerint, praetor significet: ceterum etiamsi de his senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis possessionem restitui oportere. Nam cum fundus alienaretur, quod ad eum fructusque eius attineret, unam quandam rem fuisse, id est fundum, cuius omnis generis alienationem fructus sequi: nec eum, qui hiberno habuerit fundum centum, si sub tempus messis vindimiae fructus eius vendere possit decem, idcirco duas res, id est fundum centum et fructus decem eum habere intellegendum, sed unam, id est fundum centum, sicut is quoque unam rem haberet, qui separatim solum aedium vendere possit. - fr. 12 § 11, Dig. XXXIII, 7 (ULPIANUS, libro vicensimo ad Sabinum): Ea vero, quae solo continentur, instrumenti fundi non esse Cassius scribit, veluti harundineta et salicta, antequam caesa sint, quia fundus fundi instrumentum esse non potest: sed si caesa sint, puto contineri, quia quaerendo fructui deserviunt.

(5) Cfr. in questo senso e in genere MANCALEONI, *Studi sull'acquisto dei frutti in forza dei diritti reali sulla cosa fruttifera*, Sassari, 1896, I: *L'acquisto dei frutti da parte del proprietario*, p. 13 sgg., e l'ampia letteratura ivi citata.

Ma, a parte il peso che può avere questa considerazione relativa ai diritti reali in genere, è da osservare, per quanto più particolarmente riguarda il diritto di pegno, che la costituzione di esso su frutti ancora inesistenti come cose a sè trova un ostacolo insormontabile nel requisito dell'*in bonis fuisse debitoris tunc cum conveniebat*, che, come è noto, la formula dell'*actio Serviana* richiedeva per l'oggetto pignorato. Vero è che la mancanza nelle fonti dell'editto sull'*actio Serviana* (1) rende arduo e complicato il problema della ricostruzione della formula medesima. Tuttavia, nei vari tentativi che si sono fatti per raggiungere questo scopo, il requisito suddetto è stato incluso in essa dall'Huschke (2), dal Rudorff (3) e, per ultimo, dal Lenel (4), la cui ricostruzione è la seguente:

(1) Fra gli autori che hanno cercato di spiegare questa mancanza, v. WLASSAK, *Edict u. Klageform*, Jena, 1882, p. 129; MANICK in *Pauly-Wissowa-Kroll, Realenz.* 17, 352-353; PETRONI, *La formula ipotecaria* (Appendice al Commentario del GLÜCK, trad. it., XIII<sup>o</sup>; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.*, II, 1, Leipzig, 1901, p. 1279; HERZEN, *L'origine de l'hypothèque romaine*, cit., p. 111 sgg.; ARANCIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in dir. romano*, in *Arch. giur.* LXXXII, 1909, p. 149.

(2) *Ueber das Salvianische Interdict*, in *Studien des röm. Rechts*, Breslau, 1830, che propone la seguente ricostruzione: Si paret Stichum esse ex his rebus de quibus convenit inter colonum, cuius tum in bonis erant, et actorem ut quaecumque in fundum invecta, importata ibi nata paratave essent ea pro mercedibus eius fundi pignori essent...

(3) *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*. Lipsiae, 1869, § 272, p. 233. La formula del Rudorff è la seguente: Iudex esto: Si paret hominem, quo de agitur, esse ex his rebus, de quibus inter A.<sup>m</sup> A.<sup>m</sup> et N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> (Lucium Titium) cuius in bonis is homo tum fuit convenit, ut quae in fundum, de quo agitur, invecta, illata, importata, ibi nata factave essent, ea A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> pro mercede eius fundi pignori hypothecaeve essent, neque eam mercedem A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> solutam eove nomine satisfactum esse, neque per A.<sup>m</sup> A.<sup>m</sup> stare quo minus solvatur satisve fiat, nisi arbitrato tuo N.<sup>s</sup> N.<sup>s</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> eum hominem restituat ut eam pecuniam solvat quanti ea res erit, tantam pecuniam N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

(4) *Edictum perpetuum* (3<sup>a</sup> ed.), Leipzig, 1927, p. 493 sgg.

Si paret inter A.<sup>m</sup> A.<sup>m</sup> et L. Titium convenisse, ut ea res q.d.a. pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisset eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A.<sup>m</sup> A.<sup>m</sup> stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup>. c.s.n.p.a.

Ciò non toglie, d'altra parte, che alcuni scrittori — e fra questi è da menzionare principalmente il Karlowa (1) — neghino l'esistenza nella formula dell'*in bonis fuisse debitoris tunc cum conveniebat*. Inoltre, il Volterra (2), in un recente lavoro, ha chiaramente ed esaurientemente dimostrato come debba accogliersi, su questo punto, una teoria intermedia. La conclusione alla quale questo Autore è pervenuto è che nell'*actio Serviana* l'onere della prova che la cosa data in pegno si trovasse *in bonis debitoris* al momento della *conventio*, spettava al creditore solo quando questi agiva contro un terzo possessore; quando, invece, il creditore dirigeva l'azione contro il debitore possidente, questi non poteva opporgli l'eccezione che egli non aveva avuto *in bonis* la cosa al tempo della *conventio*. A noi sembra che si debba accedere a questa tesi intermedia e di essa terremo conto nel quarto capitolo quando dovremo occuparci degli effetti del pegno dei frutti.

(1) op. cit., p. 1284.

(2) *Osservazioni sul pegno di cosa altrui*, Roma, 1930, p. 17 segg. Il Volterra con acuta e convincente esegesi dimostra come i testi, richiamati per la ricostruzione della formula dell'*actio Serviana*, possano provare l'applicazione da parte dei giuristi classici del requisito dell'*in bonis fuisse* solo in ordine all'azione rivolta contro il terzo, non già contro il debitore, e che, quindi, non esiste contraddizione fra questi testi e il fr. 21, Dig. XX, 1: questo passo sarebbe, perciò, genuino, a differenza di quanto sostengono il Lenel ed altri autori, che lo ritengono interpolato dai compilatori.

Ma, a prescindere dal modo accennato, con cui, nel processo civile romano, si comportava il principio dell'*in bonis*, resta ancora da osservare che questo, in altro senso, non veniva applicato con rigore assoluto. Intendiamo riferirci al

fr. 34 § 2, Dig. XX, 1.

SCAEVOLA, libro vicensimo septimo Digestorum.

Creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis habet habiturusve esset: quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignoris esse coeperint. Respondit coepisse.

In altri termini, Scevola, pochissimi anni dopo la redazione dell'editto di Salvio Giuliano, riteneva valida la *actio Serviana* intentata contro il pignorante, per un diritto di pegno costituito su cose che, non *tunc cum conveniebat*, ma in un momento successivo, erano entrate *in bonis* del debitore. Però questo testo, se interpreta con una certa larghezza il requisito di cui è parola, non lo esclude affatto: in sostanza, esso ci dice che, nel pegno di cose future, pel quale si ha l'impossibilità materiale che la cosa si trovi *in bonis debitoris tunc cum conveniebat*, è sufficiente che essa venga a trovarsi in questa condizione in un momento posteriore. Però, soltanto da questo momento può dirsi che sia sorto il diritto reale sopra l'oggetto pignorato, il che esclude che il pegno possa considerarsi costituito al tempo della *conventio*.

### § 3.

A) In modo specifico, per quanto riguarda il pegno dei frutti, il requisito dell'*in bonis debitoris fuisse*, richiesto in genere dalla formula dell'*actio Serviana* e da



Scevola largamente interpretato per riferirlo alle cose future, è contemplato dal

fr. 1 § 2, Dig. XX, 1.

PAPINIANUS, *libro undecimo responsorum*.

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Intorno a questo passo, che è stato annoverato fra i più difficili del *Corpus iuris*, si ha, come è noto, una letteratura antica e recente, che ha cercato di risolvere nei modi più svariati ed arbitrari le numerose questioni, cui esso ha dato luogo. Non tutte queste questioni e le relative interpretazioni sono per noi direttamente interessanti. Tuttavia, anche di esse gioverà fare un cenno (1) sia pure breve, specialmente in quanto, nonostante che originariamente avessero carattere e scopi puramente dommatici, hanno poi suggerito o determinato una critica, il cui risultato è stato quello di negare, come vedremo, la genuinità di gran parte del testo. Anche per l'esatta valutazione di questa critica, della quale ci occuperemo nel paragrafo seguente, non sarà quindi inutile un sommario esame delle più importanti interpretazioni che non hanno messo in dubbio la totale appartenenza a Papiniano dell'oscuro responso.

(1) Esse sono state brevemente riassunte dal CARUSI, *Interpretazione della l. l. § 2 de pign. XX, 1*, in *Foro Abruzzese*, 1880, p. 4 sgg. e dal VOLTERRA, *Osservazioni cit.* p. 42 sgg.

Di solito, gli scrittori si indugiano e mettono a prova la loro fantasia, nel tentativo di ricostruire la fattispecie che avrebbe dato luogo alla decisione.

Sono dati sicuri che un fondo fosse stato pignorato espressamente insieme ai frutti e che ci fosse un terzo compratore, rispetto al quale si domanda se il creditore pignoratizio potrà con l'*actio Serviana* ripetere i frutti che il compratore medesimo ha consumati, quando egli sia stato in buona fede. A tale domanda si risponde negativamente.

Si presuppone, dunque, una vendita. Il primo punto controverso è se sia stato venduto lo stesso fondo pignorato o soltanto i frutti. L'opinione di gran lunga dominante è per la prima ipotesi. La seconda è stata vivacemente sostenuta dal Warkönig (1), ma la sua tesi ha provocato ampie recise confutazioni (2). Contro di essa, si è specialmente osservato che, a prescindere da altri motivi, se fosse vera, la seconda parte del frammento (« pignoris etenim » - « separatur ») non starebbe in armonia con quanto precede: dei frutti che il proprietario del fondo ha percepiti non potrebbe infatti dirsi che « nunquam debitoris fuerunt », in modo che questa parte dovrebbe riferirsi ai frutti *extantes*, il che non risulta. E sarebbe inoltre strano che il giureconsulto, per quanto riguarda la restituzione di questi ultimi, che egli, almeno direttamente, non contempla, avesse formulato la ragione della decisione, mentre non avrebbe neppure accennato alla *ratio decidendi* sulla questione che formava oggetto immediato e diretto del suo responso.

(1) *op. e loc. cit.*, p. 409 sg.

(2) vedi HEIMBACH, *Die Lehre von der Früchte*, Leipzig, 1843, p. 222; FRANCKE, *Von den Früchten des Pfandes*, loc. cit., p. 189; P. ROSSI, *La legge 1 § 2 Dig. de pign. XX, 1*, in *Studi Senesi*, I, 1884, p. 40 sgg.; CARUSI, loc. cit.; VOLTERRA, *op. cit.*, p. 44 nota 2. V. Anche SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Reivindicatio*, Leipzig, 1907, p. 106.

Posto che si sia venduto lo stesso fondo pignorato, rimane incerto chi sia stato il venditore. Sono possibili le seguenti ipotesi:

1) La vendita è stata fatta dal debitore pignorante che non aveva la proprietà del fondo. In questo senso hanno interpretato il passo gli scolasti bizantini, il Ienius e il Gmelin (1), e questa interpretazione è adesso ritenuta la più probabile dallo Schulz (2), che, però, come vedremo, è d'opinione che il testo sia largamente interpolato. Si è in contrario obiettato che allora si sarebbe costituito un pegno su cosa altrui; che il pegno sarebbe perciò invalido; e che, in conseguenza, mancherebbe la stessa base per ogni controversia sulla restituzione dei frutti. Nè sarebbe lecito presupporre che il pegno fosse stato convalidato dopo l'usucapione compiuta dall'acquirente, perchè ciò non dice Papiniano (3). Senonchè, si potrebbe fare anche l'ipotesi che il debitore avesse la proprietà del fondo nel momento della costituzione del pegno e avesse egli stesso alienato il fondo medesimo dopo averne perduto la proprietà: a questa ipotesi accenna il Volterra (4), che, tuttavia, nota che essa non ha importanza per la decisione e che, comunque, il giureconsulto non se ne occupa; che, poi, almeno quando il debitore costituiva il pegno, egli fosse proprietario, risulterebbe chiaro nell'ultima frase che pone in luce la differenza che corre con i frutti, « qui nunquam debitoris fuerunt ».

2) La vendita è stata fatta dal debitore pignorante proprietario del fondo. Sostengono questa opinione Ac-

(1) V. citazioni in Glück, *Comm.* XVIII, p. 347, n. 35.

(2) *op. cit.*, p. 140.

(3) *confr.* CARUSI, *loc. cit.*, p. 7; in senso contrario; SCHULZ, *op. cit.*, p. 140.

(4) *op. cit.*, p. 51.

curio (1), Bacovio (2), Gesterding (3), Janke (4), Bethman-Holweg (5), a prescindere, per ora, dal Carusi, che non crede il testo genuino, e della cui opinione diremo quindi in seguito. Secondo gli autori citati, il *bona fide possessor* di cui parla il testo (si è però notato che l'ablativo *bona fide* si potrebbe riferire, non all'*emptor*, ma alla parola *consumptos*), sarebbe, naturalmente, non uno che abbia acquistato in buona fede il fondo *a non domino*, ma chi abbia fatto tale acquisto ignorando il pegno. Il giureconsulto avrebbe detto che il diritto di pegno, poichè esso non si estingue per successivi trapassi della proprietà, persiste sul fondo, ma non sui frutti, che non furono mai del debitore. Si obietta, fra l'altro, sempre nel presupposto della genuinità del testo, che il ragionamento varrebbe anche per i frutti *extantes*, mentre Papiniano parlerebbe solo dei *consumpti*. E altre distinzioni si dovrebbero fare, e sono state fatte (6), in riguardo all'obbligo di prestare i frutti, a seconda che questi siano stati seminati dal debitore, ma raccolti e consumati dal compratore; oppure seminati dal debitore, ma raccolti e conservati dal compratore; o, infine, seminati e raccolti da quest'ultimo: distinzioni di cui, invece, nel testo non c'è traccia. Si è, inoltre, osservato che il proprietario del fondo non ha bisogno dell'occupazione per acquistare la proprietà dei frutti percepiti dopo la compra: nè giova la spiegazione di Janke che l'usucapione sarebbe stata necessaria per cangiare il dominio da bonitario in civile, perchè, già ai tempi di Papiniano, il dominio bonitario

(1) *Glossa ad h. l.*

(2) *De act. disput.* II Th. 38; *De pign.* II, 11, n. 2 sgg.

(3) *Pfandrecht*, § 48.

(4) *Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers u. des Pfandgläubigers.* p. 254 sgg.

(5) *Das 20 Buch der Pandekten*, p. 15 sgg.

(6) JANKE, *op. e loc. cit.*



dava luogo all'acquisto dei frutti in pieno dominio quiritario (1).

3) La vendita è fatta, non dal debitore pignorante, ma da un terzo che è un *bonae fidei possessor*. Fra i sostenitori di questa opinione, che è quella più largamente accolta, si cita anche il Cuiaco (2), ma il fatto è che la sua opinione è incerta. Essa è anche condivisa dal Faber, ma egli ritiene, come è noto, che il testo sia interpolato, e, per conseguenza, di lui ci occuperemo più avanti. È inoltre da menzionarsi il Backe (3). Egli, invero, osserva che, invece di ricorrere alla motivazione del giureconsulto, sarebbe bastato spiegare il principio che i frutti consumati non si debbono restituire, invocando il motivo molto semplice che la consumazione estingue il diritto di pegno. Ma, poi, cerca di giustificare la spiegazione di Papiniano, rilevando che, ove i frutti non fossero stati impegnati *nominatim*, ma tacitamente, al pignorante sarebbe rimasta la facoltà di consumare i frutti che era solito consumare, mentre, essendo intervenuto un patto espresso sui frutti, opportunamente il giureconsulto, invece di appellarsi alla semplice consumazione, avrebbe ricorso alla ragione che essi « *numquam debitoris fuerunt* ». A parte quanto noi abbiamo sopra detto circa l'impossibilità di un pegno tacito sui frutti, è da ricordare la osservazione che, se il creditore avrebbe potuto ripetere dal debitore i frutti anche consumati, questi frutti non avrebbe invece potuto ripetere dal possessore che li consumò in buona fede e quindi senza dolo cessò di possederli (4).

(1) Per queste ed altre obiezioni, v. Rossi, op. cit., p. 38 sgg. e lo stesso CARUSI, loc. cit., p. 8-9.

(2) IV, 1285 sgg.

(3) *Diss. Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat*, Berlin, 1825, p. 191-195.

(4) Rossi, op. cit., p. 46-47.

Nella sua parte sostanziale, l'opinione del Backe è seguita dal Francke (1). Egli ritiene che sia necessario ammettere che la vendita sia stata fatta da un terzo, giacché il successivo proprietario di un fondo non può essere condannato alla restituzione dei frutti *extantes* al creditore pignorantizio, mentre ciò si comprende da sè per il *bonae fidei possessor* di una cosa altrui. La decisione di Papiniano che il convenuto non debba restituire i frutti consumati sarebbe chiara; chiaro pure il principio che con l'usucapione della cosa non è tolto il diritto di pegno, ragione per cui il giureconsulto dice che la « *quaestio pignoris* » è diversa dall'« *intentio dominii* ». Ma egli non si dissimula che resta oscuro il collegamento di questi principii con la decisione: una vera questione sull'obbligo di restituire i frutti consumati non poteva farsi, giacché su di essi, « *qui nunquam debitoris fuerunt* », non era mai sorto un diritto di pegno e perciò era fuori luogo invocare il principio « *b. f. possessor fructus consumptos suos facit* ». Tuttavia, sarebbe da ritenere che quanto di incongruo e di superfluo è nel passo sia da imputarsi alla formulazione del quesito fatta da un laico, che il giureconsulto avrebbe riportato nel suo responso. Quanto ai frutti *extantes* che il *b. f. possessor* notoriamente dovrebbe restituire *officio iudicis*, nulla Papiniano direbbe, neppure implicitamente: e così verrebbe meno la contraddizione, notata da altri (Warkönig, Heimbach), che mentre Papiniano da un lato dice che non si debbono restituire i frutti che non appartennero mai al debitore, dall'altro lato si dovrebbe restituire gli *extantes* che sono di proprietà del *b. f. possessor*.

Anche il Dernburg (2) è d'opinione che si tratti di una vendita fatta da un terzo ad un *b. f. possessor*; che è

(1) op. e loc. cit., p. 183 sgg.

(2) op. cit. I, p. 444 sgg.

chiara la decisione riguardo alla mancanza dell'obbligo di restituire i frutti consumati, ma non trova una sufficiente spiegazione del principio aggiunto con « pignoris etenim causam... », che implicherebbe uno strano scrupolo e una strana risoluzione. Papiniano non avrebbe dovuto dire che il diritto di pegno sussiste anche dopo l'usucapione della cosa pignorata: questo perdurare del diritto di pegno era impossibile, giacchè il diritto non era mai esistito. Secondo il Dernburg, la spiegazione sarebbe tuttavia la seguente: Papiniano avrebbe implicitamente espresso il pensiero che i *fuctus extantes* debbono essere restituiti e questo pensiero giustifica da « etenim » in poi.

Invece, il Vangerow (1) ed altri seguaci dell'opinione che la vendita sia stata fatta da un terzo ritengono che Papiniano abbia voluto stabilire un paragone fra l'usucapione e la consumazione, il che, è stato osservato (2), non solo non risulta, ma non avrebbe senso.

Il diverso trattamento che il testo, implicitamente, farebbe ai *fructus extantes* e a quelli *consumpti* è spiegato poi dal Rossi (3) ricordando che il possessore di buona fede è obbligato *officio iudicis* a restituire i primi, a differenza dei secondi, non solo al proprietario, ma anche al creditore pignoratizio. Ma gli è stato obbietato (4), che tale restituzione non sarebbe più un effetto diretto dell'azione ipotecaria e che questa non si può equiparare alla *rei vindicatio*, tanto più che il testo stesso afferma che « *quaestio pignoris ab intentione domini separatur* ».

Invece il Manigk (5), fondandosi sull'affermazione contenuta nel nostro frammento, che i frutti non siano

(1) *Pand.* I, § 370.

(2) Rossi, loc. cit., p. 41 nota.

(3) p. 38 sgg.

(4) CARUSI, loc. cit., p. 11; VOLTERRA, op. cit., p. 43 nota 1.

(5) *Glaubigerbefriedigung durch Nutzung*, p. 46.

mai stati in proprietà del debitore, ritiene che essi, prima della consumazione, appartenessero al creditore e non al possessore di buona fede: in altri termini, che il patto con cui si davano in pegno fosse un patto anticretico. In contrario si è rilevato (1) che è da escludersi, non essendo provato da altri testi, che i classici attribuissero tale figura al patto suddetto.

#### § 4.

Possiamo, dopo ciò, intraprendere l'esame della critica interpolazionistica, cui il nostro frammento è stato fatto segno.

Si ritiene oramai quasi universalmente (2) che la parola « *consumptos* » originariamente non facesse parte del responso di Papiniano, ma sia stata in esso introdotta dai compilatori. Questa interpolazione, che era stata già segnalata dal Fabro, si desumerebbe dalle seguenti considerazioni. Anzitutto, la decisione che il creditore pignoratizio non può pretendere i frutti consumati dal possessore di buona fede, pone implicitamente una distinzione fra i *fructus consumpti* e quelli *extantes* e costringe a de-

(1) PARTSCH, *Archiv f. Papyrusforschung*, V. p. 513; Schulz, op. cit., p. 141 nota 3; VOLTERRA, op. cit., p. 45-46.

(2) Confr. FABER, *De erroribus pragmaticorum* cit. 95, 2, 3; BACHOFEN, *Das röm. Pfandrecht* cit., I, p. 65, nota 4; PERNICE, *Labeo* cit., I, 2, p. 560, n. 1; LENEL, *Palingenesia*, I, col. 930, n. 652; MANCALEONI, *Studi sull'acquisto dei frutti* cit., I: *L'acquisto dei frutti da parte del proprietario*, p. 28; II: *L'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede*, p. 74; CZYHLARZ, continuazione del Glück (trad. it.) libro XLI, p. 491 (v. anche p. 373 n. 27; p. 400 sgg.; p. 514); SIBER, op. cit., p. 104, n. 2 e p. 108; FEHR, op. cit., p. 114 n. 4; CHLAMTACZ, op. cit., p. 29 sgg.; FERRINI, *Pandette*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1917, p. 273, n. 3; SCHULZ, op. cit., p. 140 sgg.; VOLTERRA, op. cit., p. 45.

durre che la limitazione posta per i primi non valesse per i secondi: ora, ciò non è in armonia, anzi è in contraddizione con la motivazione data. Infatti, nella redazione attuale, il frammento viene a dire, da un lato, che il creditore non può vantare alcun diritto sui frutti consumati perchè essi « *nunquam debitoris fuerunt* »; dall'altro lato, che egli può esercitare l'*utilis Serviana* per ottenere la consegna dei frutti esistenti. Ma il principio del diritto classico era che « *bonae fidei possessor fructus suos facit mox a solo separati sint* », il che vuol dire che, nel caso specifico, anche gli *extantes* non caddero mai in proprietà del debitore: Papiniano, quindi, ritenendò valida l'*utilis Serviana* diretta al conseguimento di questi ultimi, non terrebbe più conto del requisito, da lui stesso richiesto, della proprietà dei frutti da parte del pignorante. In secondo luogo, si osserva come il « restituere » accenna ad una azione restitutoria, la quale era impossibile per i frutti consumati.

Nonostante che queste difficoltà e incongruenze vengano eliminate togliendo la parola « *consumptos* », il Carusi (1) ritiene che a tale eliminazione non debba procedersi. Egli invero osserva che il passo, come si trova nel Digesto, ha tutta l'aria di essere qualche cosa di diverso da quello che scrisse Papiniano, ma tuttavia rinuncia a qualsiasi ricostruzione, che sarebbe troppo ardua. Per

(1) Loc. cit., n. 10. Secondo il Carusi, il frammento contemplerebbe il caso in cui si sarebbe dato in pegno il proprio fondo insieme ai frutti e poi dallo stesso proprietario si sarebbe venduto il fondo, prima di percepire i frutti, ad un terzo, che compra ignorando il pegno. Papiniano direbbe che il trasferimento di proprietà, comunque avvenga, anche in conseguenza di una usucapione, non estingue il pegno; ma ciò vale pel fondo, che era nel dominio del debitore, non per i frutti per i quali quest'ultimo non ebbe mai un diritto di proprietà, giacchè essi quando cominciarono ad esistere come cose a sè stanti caddero nella proprietà del compratore, che li ha percepiti e in parte consumati. Questo il significato del passo, almeno dal punto di vista del diritto giustiniano. Anche il MANICK, come sopra abbiamo notato, non accetta l'emendazione del testo: op. cit., p. 46.

quanto poi riguarda l'interpolazione del « *consumptos* », dopo aver rilevato che è « curioso pretendere che Papiniano dovesse qui parlare anche degli *extantes* perchè al Fabro non può sembrare che per essi valga la stessa soluzione data pei *consumpti* », ritiene che, in questo modo, dovrebbe essere considerato interpolato l'ablativo *bona fide* che egli riferisce a *consumptos*: resterebbe così il solo *emptor*, e Fabro cadrebbe in contraddizione con sè stesso, dal momento che egli crede che nel caso di mala fede si debbano restituire i frutti *extantes*. Senonchè, l'opinione che le parole *bona fide* si debbano riferire al *consumptos*, già prima sostenuta dal Gesterding e dallo Scheurl, è generalmente ritenuta infondata e tutto induce a confermare la comune opinione che l'espressione *bona fide emptor* equivalga a quella *bonae fidei emptor*, che ha un significato tecnico ben preciso. Anche noi non esitiamo, quindi, ad affermare che il « *consumptos* » sia stato introdotto dai compilatori, i quali hanno voluto applicare il principio giustiniano che il proprietario ha diritto ai frutti esistenti presso il possessore di buona fede: al posto di questa parola, si deve probabilmente leggere « *perceptos* », come ha proposto il Czychlarz, o, secondo il Siber, « *consecutos* ».

Ma la critica del frammento non si è arrestata qui.

Il Siber (1) ritiene interpolata la frase *quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur*, il cui contenuto non si accorderebbe col diritto classico. Secondo questo A., l'espressione *intentio domini* significherebbe la *rei vindicatio*, perciò si dovrebbe interpretare la frase nel senso che il nuovo proprietario deve, anzitutto, restituire i frutti al creditore pignoratizio che intenta l'*actio Serviana*, ma egli può più tardi, dopo l'estinzione del diritto di pegno, richiederli con la *rei vindicatio*. Senonchè Pa-

(1) op. cit., p. 108.

piniano prima ha detto « pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit », e quindi il caso da lui esaminato non contemplava affatto la perdita del diritto di pegno: cadrebbe, con questo, il presupposto dell'interpretazione suddetta. Dato ciò, non resterebbe altro che interpretare la frase in questione nel senso che il creditore pignoratizio non può invocare il suo diritto di pegno di fronte alla *rei vindicatio* del nuovo proprietario. Il che sarebbe un assurdo pel diritto classico e potrebbe forse spiegarsi dal punto di vista del diritto giustiniano, nel quale, come si ricaverebbe da altri testi, il proprietario della cosa pignorata si sarebbe potuto difendere di fronte all'*actio pignoratitia* del debitore mediante la *rei vindicatio*, e non con la *exceptio dominii* (1).

Lo Schulz (2), invece, ritiene che le parole « quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur », insieme alle altre « quod in fructibus simile (vedremo a momenti come poi il « simile » sarebbe stato mutato in « dissimile ») est », siano una glossa postclassica. Egli, inoltre, procede alla seguente critica del testo.

Cancellata la parola « consumptos » — osserva lo Schulz — il frammento viene in sostanza a dirci questo.

(1) Contro l'interpretazione del Siber, v. H. KRUEGER, recensione al lavoro di quest'ultimo, in *Zeitsch. f. das Privat u. öff. Recht der Gegenwart* XXXVI, 1903, p. 413. Il Krüger ritiene che l'espressione *intentio dominii* voglia alludere all'*exceptio dominii*, e interpreta l'intero frammento in questo modo: il compratore in buona fede non deve restituire i frutti al creditore pignoratizio; invero, il diritto di pegno non si estingue se un terzo acquista la proprietà della cosa pignorata, anche per mezzo dell'usucapione, giacchè l'*actio Serviana* non è contrastata con l'*exceptio dominii*; diversamente avviene per i frutti, giacchè essi non sono caduti mai sotto il diritto di pegno. In senso contrario al Krüger, v. SCHULZ, op. cit., p. 142. Contro Siber, si è pronunciato da ultimo, LEFÈVRE, *De la situation juridique du propriétaire qui devient par erreur locataire de son propre fonds*, in *Mélanges Cornil*, II, Gand-Paris 1926, p. 60, n. 2.

(2) op. cit., p. 143 sgg.

Il creditore pignoratizio non ha per i frutti alcuna azione; l'acquisto della proprietà, anche mediante usucapione, non estingue il diritto di pegno; ma i frutti raccolti dal *bonae fidei possessor* cadono nella proprietà di lui e non in quella del pignorante: per conseguenza, il diritto di pegno sopra di essi non può sorgere. Decisione e spiegazione concorderebbero con la parte interpolata del fr. 29 § 1, Dig. XX, 1, di Paolo, mentre sarebbero in contrasto con un testo di Giuliano contenuto in fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33; inoltre la forma del frammento lascerebbe a desiderare in quanto, invece di costruire la proposizione con « quamquam - tamen », essa comincia con « etenim », come se nelle parole immediatamente seguenti dovesse contenersi la spiegazione della decisione e non piuttosto un argomento ad essa contrario. Per queste ragioni, lo Schulz dichiara il testo sicuramente interpolato: Papiniano avrebbe deciso semplicemente: « eos perceptos bona fide emptor restituere cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit », cioè che il pegno sui frutti sussiste e continuerebbe a sussistere anche se il possessore di buona fede avesse usucapito il fondo.

L'interpolazione, rispondente a quella operata nel testo di Paolo e in contraddizione col pensiero espresso da Giuliano, si spiegherebbe nel modo seguente. Il fr. 1 § 2, Dig. XX, 1 appartiene, come il fr. 29 § 1, Dig. h. t. (Paolo), alla massa papiniana, mentre la decisione di Giuliano (fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33) alla massa sabiniana. La commissione della massa papiniana avrebbe difeso il principio; che il diritto di pegno sui frutti sarebbe potuto sorgere solo se in seguito il pignorante fosse diventato proprietario dei frutti medesimi, e, per conseguenza, avrebbe rimaneggiato il fr. 29 § 1, e il fr. 1 § 2 citati. In una seconda fase, nella compilazione del titolo XX, 1, il frammento, essendo di Papiniano, fu posto al principio di esso: questo fatto lo avrebbe messo in particolare evidenza

e avrebbe richiamato sopra di esso gli occhi della commissione plenaria, la quale lo avrebbe più largamente interpolato, riferendo la decisione ai frutti consumati. Indicando col corsivo la glossa postclassica, col maiuscolo le modificazioni della commissione incaricata di spogliare la massa papiniana, col grassetto l'interpolazione della commissione plenaria, e mettendo in parentesi le parole cancellate dai compilatori, così lo Schulz presenta il testo:

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos [consumptos] < perceptos > bona fide emptor utili Serviana restituere [NON] cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, *quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus [DIS] simile est, [QUI NUNQUAM DEBITORIS FUERUNT].*

Certamente, c'è da restare ammirati di fronte ad una così perfetta e minuziosa conoscenza, quale dimostra lo Schulz, dei lavori preparatori del Digesto, e, viceversa, da rimanere mortificati per la nostra persistente ignoranza in proposito, che le sue informazioni non riescono a dissipare. Comunque, a parte ciò, l'affermazione dello Schulz che il testo sia così largamente interpolato poggia sul presupposto che esso, da un lato, sia in contrasto col fr. 1, Dig. XLIII, 33 (Giuliano), e, dall'altro lato, concordi con fr. 29 § 1, Dig. XX, 1 (Paolo). Il peso di questa argomentazione, viceversa, cade, ove si consideri che tutti e due questi testi, con i quali il frammento di Papiniano viene posto a confronto, trattano del *partus ancillae*, cioè di un caso che, come abbiamo dimostrato, deve essere trattato a parte e che, ad ogni modo, non può essere preso come termine di paragone. Se poi si considera che i vizi di forma segnalati, a prescindere dalla solita generica os-

servazione circa la tortuosità del discorso, si riducono all'uso dell'« etenim », che è — ciò è vero — una parola prediletta da Triboniano (1), ma si trova anche in molti testi sicuramente genuini (2), si arriva alla conclusione che la tesi dello Schulz è interamente da respingere.

L'unica modificazione che richiede il nostro passo è, secondo noi, quello di cancellare la parola « *consumptos* »; dopo di che la decisione di Papiniano è semplice e chiara.

Un debitore dà in pegno un fondo e, fra le parti, si conviene espressamente che sotto tale vincolo cadranno anche i frutti futuri. Il fondo nel frattempo passa nelle mani di un compratore di buona fede, contro il quale il creditore intenta l'*actio Serviana* ed esige, oltre il fondo, anche i frutti. Il primo dovrà essere consegnato dal convenuto, perchè, quand'anche questi dimostrasse di averne acquistato per usucapione la proprietà, non perciò rimarrebbe annullato il diritto di pegno: la *causa pignoris* non si estingue. Viceversa, il *bona fide possessor* non sarà tenuto a restituire i frutti perchè questi non essendo mai stati in proprietà del pignorante, non sono soggetti al vincolo di pegno (3).

Per quanto riguarda le questioni particolari, cui ha dato luogo la ricostruzione della fattispecie che avrebbe formato oggetto del responso di Papiniano, riteniamo che siano chiari i seguenti punti:

1) Il debitore, al momento della costituzione del pegno, aveva *in bonis* il fondo. Se fosse stato altrimenti, non si comprenderebbe la frase finale « *qui nunquam debito-*

(1) Confr. HEUMAN-SECKEL, s. v. *etenim*, p. 176; GUARNERI-CITATI, *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazioni nei testi giuridici romani*, Milano, 1927, p. 85 e autori ivi cit.

(2) p. es. confr. fr. 35, Dig. X, 2 (Papiniano); fr. 29, Dig. XXXIII, 7 (Labeone).

(3) Ad interpretazioni analoghe sono pervenuti MANCALEONI, op. cit., p. 28; CHLAMTACZ, op. cit., p. 30; VOLTERRA, op. cit., p. 50.

ris fuerunt ». Essa implicitamente ci dice che, diversamente dai frutti, il fondo era in quella condizione e appunto perciò va restituito al creditore.

2) Il *bonae fidei possessor* ha comprato il fondo e non i soli frutti, altrimenti non si spiegherebbero le parole « *pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur* », le quali alludono chiaramente all'obbligo del convenuto di consegnare il fondo.

Per il resto, è irrilevante, ai fini della nostra ricerca, stabilire se il *bonae fidei emptor* abbia comprato il fondo dal debitore oppure da un terzo: possiamo, quindi, disinteressarci di tale questione (1).

Questa interpretazione, diremo così, letterale del frammento, ci porta a concludere che Papiniano non abbia fatto altro, nella sua decisione, che applicare il principio classico, contenuto nella formula dell'*actio Serviana*, che richiedeva il requisito dell'*in bonis debitoris fuisse tunc cum conveniebat*, principio interpretato, trattandosi di frutti, cioè di cose future, nel senso, che abbiamo già accennato, di Scevola. E, poichè il frammento esaminato è l'unico, fra tutti quelli della compilazione, che si occupa del nostro problema, dobbiamo ritenere senz'altro provata la nostra asserzione.

Dobbiamo, dopo ciò, domandarci: per quanto riguarda il diritto giustiniano, era necessario, perchè il diritto di pegno potesse sorgere, che i frutti, al momento della separazione, fossero in proprietà del pignorante?

(1) Confr., nello stesso senso, VOLTEIRA, op. cit., p. 51, il quale si serve del testo per mettere in luce come, nella fattispecie, l'*actio Serviana* sia diretta, non già contro il debitore, ma contro il terzo possessore. Con ciò egli viene a provare come, in ordine al pegno di cosa altrui, questo frammento non si trovi in contrasto col fr. 21 § 1, Dig. XX, 1, che ritiene ammissibile l'*actio Serviana* intentata contro il debitore non proprietario della cosa data in pegno.

Ci sembra che, in risposta a tale questione, si debbano fare le seguenti considerazioni.

Il diritto classico stabiliva che il possessore di buona fede acquistasse i frutti appena questi fossero separati dal suolo (1). I compilatori, rimaneggiando alcuni testi classici (2), nel senso che il *bonae fidei possessor* debba restituire i *fructus extantes* e non quelli *consumpti* (3), hanno implicitamente negato che con la separazione egli acquistasse i frutti, i quali, per conseguenza, venivano acquistati dal proprietario; soltanto, in vista della buona fede, lo hanno esonerato da ogni responsabilità circa i frutti già consumati sino al momento della *litis contestatio*. Giustiniano, quindi, interpolando nel fr. 1, § 2, Dig. XX, il principio che i frutti esistenti presso il possessore di buona fede fossero gravati dal pegno, si è mantenuto perfettamente coerente al requisito richiesto dalla formula dell'*actio Serviana*, requisito che pertanto deve ritenersi ancora necessario per il suo diritto.

È, quindi, in errore il Chlamtacz (4), quando osserva che, se si dovesse decidere la questione tenendo presente il solo frammento di Papiniano, si dovrebbe considerare la proprietà dei frutti da parte del debitore irrilevante pel diritto giustiniano. Ed erronea è pure l'affermazione di questo A., che, siccome tale requisito è ri-

(1) Confr. fr. 13, Dig. VII, 4; fr. 25 § 1, Dig. XXII, 1; fr. 28, Dig. XXII, 1; fr. 48 § 6, Dig. XLVII, 2.

(2) Confr. fr. 4 § 2, Dig. X, 1; fr. 1 § 2, Dig. XX, 1; fr. 40, Dig. XLI, 1; fr. 4 § 19, Dig. XLI, 3.

(3) Il MANCALEONI, op. cit., p. 65 sgg., ritiene che l'obbligo del possessore di buona fede di restituire i *fructus extantes* sia stato introdotto dalla giurisprudenza negli ultimi anni del diritto classico. Sarebbe così sorta, su questo punto, una divergenza fra gli ultimi giureconsulti, alcuni dei quali dovettero restare attaccati al vecchio principio, mentre altri dovettero essere propensi a concedere al proprietario la restituzione dei frutti esistenti. Giustiniano avrebbe risolto definitivamente la questione.

(4) op. cit., p. 31.



chiesto dal fr. 29 § 1, Dig. XX, 1, esso fosse indispensabile per la costituzione del pegno sui frutti, anche dal punto di vista dei compilatori. La conclusione è giusta, ma la deduzione del fr. 29, § 1, cit., il quale riguarda il *partus ancillae*, è ancora una volta la conseguenza della mancata distinzione dei testi, secondo il criterio da noi indicato.

§ 5.

B) Per quanto riguarda il *partus ancillae* e sempre in ordine al punto se fosse richiesto il requisito della proprietà del pignorante al momento della separazione, è necessario, per giungere ad una conclusione, l'accurato esame di tre testi e, più precisamente, del fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7, del fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33 e del fr. 29 § 1, Dig. XX, 1.

Questa esegesi servirà, contemporaneamente, a fondare la nostra opinione e a dimostrare l'erroneità delle dottrine finora formulate su questo punto. A tale proposito, è da notare che dalle due opposte correnti, delle quali, sempre senza fare distinzione fra *partus* e *fructus*, l'una afferma e l'altra nega che sia necessario, perchè sorga su entrambi il diritto di pegno, che il pignorante sia proprietario di essi al momento della separazione, si stacca notevolmente la tesi avanzata dal Dernburg (1), sia pel punto di vista da cui muove, sia per le conclusioni cui giunge. Nonostante che la sua opinione non sia accettabile, si deve riconoscere a questo autore il merito grandissimo di avere intravisto, sia pure su basi errate e senza una visione generale del problema, la necessità di distinguere, per il punto particolare di cui trattiamo, i frutti dal parto della schiava.

(1) op. cit., I, p. 446 ssg.

L'attenzione del Dernburg su questa distinzione è richiamata dalla differenza di trattamento che le fonti fanno tra i frutti e il *partus ancillae*, per ciò che riguarda la furtività: differenza che si può, specialmente, ricavare dal fr. 4 § 19, Dig. XLI, 3 e dal fr. 48 § 5, Dig. XLVII, 2

fr. 4 § 19, Dig. XLI, 3.

PAULUS, libro quinquagesimo quarto ad edictum.

Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit.

fr. 48 § 5, Dig. XLVII, 2.

ULPIANUS, libro quadragensimo secundo ad Sabinum.

Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem. [Sed in hoc posteriore casu furti actio cessat]. Sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique peperit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit.

Infatti, i prodotti degli animali rubati, come il latte, la lana, i figli, sono considerati furtivi soltanto se sono stati separati dal ladro o da un *malae fidei possessor*; chè se, invece, li ha separati un possessore di buona fede, essi sono liberi da ogni vizio, anche se si sono sviluppati presso l'autore del furto. Al contrario, il figlio della schiava, che nasce presso un possessore di buona fede, è considerato furtivo, se esso è stato concepito presso il ladro o un possessore di mala fede; occorre che sia concepito presso il *bonae fidei possessor*, per sottrarsi a tale qualità. Questa diversità di regime, che, per i frutti, fa dipendere la furtività dalla separazione, e, per il *partus an-*

*cillae*, dal concepimento presso il ladro o un possessore di mala fede, non si potrebbe spiegare altrimenti — secondo il Dernburg — che col principio « *conceptus pro iam natu habetur* ». Così, del resto, si esprime Giuliano, quando in fr. 26 Dig. I, 5, motiva la furtività del figlio della schiava:

fr. 26, Dig. I, 5 (1).

JULIANUS, *libro sexagesimo nono digestorum*.

Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item matris vel patris condicionem sequitur; praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem peperit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur.....

Dopo questa premessa, il Dernburg giunge, attraverso l'esame degli stessi testi, che fra poco prenderemo anche noi in esame, alla seguente conclusione, che, come vedremo, ci sembra da respingere. Il contrasto fra *partus ancillae* e *fructus*, che si riscontra relativamente alla furtività, riappare anche nel diritto di pegno: il frutto viene investito dal vincolo di pegno se esso è separato presso il pignorante, in modo che questo ne diventa proprieta-

(1) Vedi su questo testo: PERNICE, *Labeo*, I, p. 202; HUSCHKE, in *Z.S. St.R.A.*, X, 1889; FADDA, *Diritto delle persone*, Napoli, 1910, p. 23; RABEL, *Grundzüge des röm. Privatrechts*, Leipzig u. Berlin, 1915, in *Enc. der Rechtswissenschaft v. Holtzendorff-Kohler*, p. 412, n. 2; PEROZZI, *Istit.* (2<sup>a</sup> ediz.), I, 1923, p. 86, n. 2; ALBERTARIO, *Conceptus pro iam natu habetur*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, XXXIII, 1923, p. 19; RATTI, *Studi sulla captivitas*, II, ivi, XXXV, 1927, p. 67, n. 3.

rio; il figlio della schiava, invece, è pignorato anche se fu soltanto concepito presso il pignorante, sebbene poi nasca presso un terzo possessore (1).

## § 6.

a) Possiamo adesso iniziare l'esegesi che ci siamo proposti con l'esame del

fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7 (2).

PAULUS, *libro vicensimo nono ad edictum*.

Si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundum transeat: sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.

L'interpretazione di questo passo ha dato luogo a varie discussioni.

(1) Già i testi relativi al *partus ancillae* erano apparsi ad altri autori anteriori al Dernburg discordanti, in ordine al requisito della proprietà del pignorante. In particolare il VOER, *Ad Pandectas*, XX, 1 § 3 e l'HUSCHKE, op. e loc. cit., seguiti dal WARKÖNIC, op. cit., p. 407 sgg., hanno cercato di mettere d'accordo le diverse decisioni contenute nei frammenti del Digesto, con l'accordo le diverse decisioni contenute nei frammenti del Digesto, con le seguenti distinzioni: 1) se il figlio della schiava è nato presso il proprietario pignorante o il suo erede, è sempre soggetto al diritto di pegno; 2) se è nato presso il compratore in buona fede della schiava, cade sotto il vincolo del pegno se già concepito presso il pignorante o il suo erede; diversamente resta liberato, se è stato concepito presso un terzo,

(2) Su questo testo, v. FABER, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, cit. 60, 4; HUSCHKE, *Studien des römischen Rechts*, I, p. 371, e *Von der Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist*, in *Zeitschr. f. Civilrecht u. Processrecht* del Linde, XX, 1845, p. 250 sgg.; FRANCKE, op. cit., p. 173 sgg.; DERNBURG, op. cit., I, p. 449 sgg.; VANCEROW, *Lehrb. der Pandekten* (7<sup>a</sup> ed.), I, Marburg-Leipzig, 1863, p. 827; CHLAMTACZ, op. cit., p. 35 sgg.; SCHULZ, op. cit., p. 136 sgg.

L'Huschke (1) ha cercato di dimostrare che esso non riguarda affatto la nostra questione, nel senso che non si riferirebbe al *partus* di una schiava data in pegno, ma al *partus* di una schiava venduta. In altri termini, il senso delle parole di Paolo sarebbe il seguente. Se viene venduta una cosa data in pegno, essa è acquistata dal compratore gravata dallo stesso diritto, perchè questo, come *ius in re aliena*, è insensibile ai cambiamenti della persona del proprietario del fondo: « manere causam pignoris quia cum sua causa fundum transeat ». Ora — proseguirebbe Paolo — secondo lo stesso principio, cioè secondo il principio che il compratore conseguè la cosa *cum sua causa*, vanno a lui, non soltanto gli *incommoda*, come il vincolo di pegno, ma anche i *commoda*, come, p. es. il *partus* che la schiava venduta mette al mondo dopo la conclusione del contratto. Del *partus ancillae* il giureconsulto parlerebbe non di proposito, ma solo a titolo di esempio, e sarebbe non il *partus ancillae pigneratae*, ma il *partus ancillae venditae*. Paolo, quindi, nella seconda parte del testo, confermerebbe, servendosi di tale esempio, che nella vendita, *res transit cum sua causa*, in conformità della regola, da lui espressa chiaramente altrove, per cui « secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda » (2). Per conseguenza, il testo in discussione dovrebbe essere integrato nel modo che segue:

sicut in partu ancillae, qui post venditionem natum sit < dicimus rem cum sua causa ad emptorem transire >.

La suesposta interpretazione, che fa del frammento discusso un passo del tutto estraneo al problema del pe-

(1) op. cit., loc. cit.

(2) fr. 10, Dig. L, 17.

gno sulla discendenza della schiava, è stata accolta, senza riesame, dal Francke (1) e dal Chlamtacz (2), e ad essa aderisce sostanzialmente anche lo Schulz (3), il quale ritiene la frase finale « sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit » una glossa o una mal destra abbreviazione di una dimostrazione classica, operata dai compilatori. È ovvio che, sbarazzandosi di tale frase, ogni interpretazione diversa da quella proposta dallo Huschke rimane priva di fondamento.

A noi sembra, però, che l'interpretazione del frammento debba essere diversa.

Si legga il § 1 dello stesso fr. 18, che esaminiamo:

Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus qui postea adcreverit, pignori erit: eadem causa est alluvionis. § 2. Si fundus pigneratus venierit.....

Il paragrafo 1 costituisce una specie di premessa, con la quale si dice che se Tizio dà in pegno un fondo di cui ha la nuda proprietà, e poi gli si accresce l'usufrutto, anche questo cadrà sotto il vincolo del pegno; *eadem causa* sarà investito dal pegno un eventuale accrescimento alluvionale. Il testo, poi, nel paragrafo 2, scende ad una ap-

(1) op. e loc. cit.

(2) op. e loc. cit.

(3) op. e loc. cit. La proposizione è formulata così malamente — afferma lo Schulz — che non è possibile comprendere a quale caso il giureconsulto propriamente pensasse. Secondo lui, ci sono tre possibilità: 1) è pignorato solo il figlio atteso, ma allora il paragone fra l'attuale diritto di pegno sul fondo e il futuro diritto di pegno sul parto non regge; in ogni caso, doveva dirsi: « partu pignerato »; 2) è pignorata la schiava; ma in questa ipotesi, doveva dirsi: sicuti in ancilla pignerata, quam debitor vendidit »; 3) non sono pignorati nè la schiava nè il figlio, ma la schiava è stata venduta e la proposizione vuol dire che la schiava spetta al compratore *cum sua causa*, cioè anche col figlio nato dopo la conclusione della vendita. Questa terza possibilità sembra allo Schulz la più verosimile.

plicazione della regola contenuta già nella premessa, mettendo quest'ultima in relazione con l'altro principio, secondo il quale, se si vende un oggetto gravato di pegno, esso, anche presso il compratore, rimane gravato da tale vincolo, « quia cum sua causa fundus transeat ». E l'applicazione è la seguente: se io vendo una schiava pignorata, il compratore dovrà sopportare che anche il *partus* sia pignorato. Ciò avviene perchè il figlio della schiava pignorata cade sotto lo stesso vincolo automaticamente, per disposizione di legge, indipendentemente dal fatto che il pignorante sia o meno proprietario di esso, cioè *causa rei*, allo stesso modo che l'usufrutto o l'*alluvio*, che si accrescono al fondo pignorato, cadono anch'essi sotto il pegno.

Ci sembra che il testo, così coordinato nei due suoi paragrafi, risulti chiaro e non sia suscettibile di altra interpretazione. Se pure la forma di esso non è delle più felici (1), non perciò cessano di essere gratuite le osservazioni del Chlamtacz (2), relative all'oscurità che esso presenterebbe.

(1) Non ci sembra, per altro, indispensabile aggiungere alla fine del frammento le parole « dicimus pignoris causa manere », come fa la Glossa e come approva il Dernburg.

(2) Secondo il Chlamtacz, Paolo avrebbe voluto, con l'ultima frase, motivare la sua asserzione che il diritto di pegno passa al nuovo acquirente del fondo venduto. Se in realtà, egli osserva, il giureconsulto, con le parole « sicut in partu ancillae qui post venditionem natus sit », avesse voluto dire che nel nuovo acquirente della schiava passa il pegno gravante sulla sua discendenza, allora una simile asserzione sarebbe una enunciazione a parte e non una motivazione dell'osservazione precedente. Infatti — continua l'A. — a chi non è chiara l'asserzione che il diritto di pegno insieme al fondo passa all'acquirente, a costui non chiarirà nulla la analogia che insieme alla schiava venduta passa al nuovo acquirente il pegno sui figli nati da essa presso di lui, poichè certamente la questione della estensione ai frutti del diritto di pegno era in realtà più incerta della questione del passaggio del pegno sull'oggetto stesso all'acquirente.

§ 7.

b) Del resto, rimedierebbe alla poca chiarezza di questo giureconsulto e conferma ad ogni modo la nostra tesi il

fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33.

JULIANUS, libro quadragesimo nono digestorum.

Si [colonus] <debitor> ancillam [in fundo pignoris nomine duxerit] <pignori dederit> et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia [utile interdictum] <utilem Servianam> reddi oportet.

Alcuni scrittori antichi, fra i quali principalmente l'Huschke (1), il Francke (2) e il Daudert (3), la cui opinione è stata di recente ripresa dal Chlamtacz (4), dànno la seguente interpretazione del testo. Il *colonus* ha dato in pegno al locante tutto l'inventario del fondo, con la clausola generale usata in tali casi « ut quaecumque in praedia inducta in vecta importata ibi nata paratave essent, pignori essent » (5): a questo appartiene anche la schiava. In seguito, egli vende la schiava, la quale partorisce presso il compratore. Poichè il *partus* non è nato « ibi », il locante non può ottenere la consegna di esso, non sorgendo il diritto di pegno per la mancanza del requisito dell'*in bonis* richiesto dalla formula dell'*actio Serviana*. Ciò nonostante gli viene concesso l'interdetto Sal-

(1) *Studien* cit., p. 371.

(2) *Op. cit.*, p. 175 sgg.

(3) *Op. cit.*, p. 77.

(4) *Op. cit.* p. 40.

(5) Cfr. fr. 32, Dig. XX, 1.

viano, mediante il quale il locante può conseguire ugualmente lo scopo. Da ciò, per altro, secondo gli autori sopra menzionati, non si potrebbe desumere che il testo riconosca il *partus* gravato di pegno e, per conseguenza, che Giuliano non ritenga necessaria, per la nascita di tale diritto, la proprietà del pignorante al momento della separazione. La concessione dell'interdetto sarebbe, invece, dovuta alla speciale destinazione di esso e alla natura di azione rescissoria, che spesso si riscontra negli interdetti restitutori: in altri termini, l'*interdictum Salvianum* rescinderebbe l'alienazione fatta ai danni del locante, ricorrendo alla finzione di considerare come nata nel fondo locato la discendenza che, invece, è venuta alla luce presso il compratore.

Senonchè, come oramai generalmente si ritiene, dopo la dimostrazione del Lenel (1), il passo originariamente trattava dell'*actio Serviana utilis*, e furono i compilatori a introdurre al posto di questa l'*interdictum Salvianum*; in conseguenza di questa modificazione, il testo fu rimaneggiato, per adattarlo ad essa, e così, al posto di « debitor », si sostituì « colonus », e venne introdotta la frase « in fundo pignoris nomine duxerit », che si rivela di natura compilatoria dall'espressione « in fundo », tipicamente bizantina, in luogo di « in fundum ». Il testo originario diceva, dunque, semplicemente:

Si debitor ancillam pignori dederit, et eam venderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utilem Servianam reddi oportet (2).

(1) *Quellenforschungen in den Edictcommentarien*, in *Z. S. St., R. A.*, III, 1882, p. 180 sgg. Confr. anche SCHULZ, op. cit., p. 135 e VOLTERRA, op. cit., p. 49 nota 1.

(2) Il LENEL, op. e loc. cit., mantiene nel testo le parole « in fundo », che corregge in « in fundum ». In ciò è seguito dallo SCHULZ, loc. cit.

Esso, ammettendo che si potesse agire con l'*actio Serviana* per ottenere la restituzione del parto della schiava pignorata e successivamente venduta, viene anche ad ammettere che il diritto di pegno su di esso è sorto, nonostante che non si sia verificata l'esigenza della proprietà del pignorante al momento della separazione. Questo requisito doveva quindi nel diritto classico essere irrilevante per il *partus ancillae*.

Per sfuggire a questo risultato, il Keller (1), il Baron (2) e, da ultimo, il Chlamtacz (3), hanno affermato che il compratore non è diventato proprietario della schiava, giacchè con l'alienazione della cosa pignorata si sarebbe commesso un furto: essendo così invalida la vendita, la proprietà della schiava sarebbe rimasta al pignorante e quindi anche la discendenza gli apparterebbe. Giuliano, concedendo al creditore l'*actio Serviana*, avrebbe rispettato e seguito l'esigenza richiesta nella formula di essa.

Ma questo tentativo di salvare, pel diritto classico, il requisito dell'*in bonis* in ordine al *partus ancillae*, cade per le seguenti considerazioni.

È infatti da osservare che, da un lato, non ogni alienazione della cosa pignorata da parte del pignorante costituisce furto, e, dall'altro, che, anche quando ricorrono gli estremi di questo, le fonti dicono che il compratore diventa proprietario. Si legga la

cost. 12, Cod. VIII, 27 (4).

*Impm.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Zotico*.

Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non

(1) *Pandekten*, p. 390, nota 11.

(2) *Pandekten*, (7 ed.) § 192, p. 135.

(3) *Op. cit.*, p. 42.

(4) Confr. su questo testo c. in genere, sulla questione, DE RUGGIERO, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, II, 1910, p. 61.

consentiente distraxit, dominium cum sua causa translulit ad emptorem.

Non crediamo che di fronte a questa decisione si possa ancora esitare e considerare erronea l'argomentazione suddetta.

Rimane così confermata l'interpretazione da noi accettata del fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33, e, con ciò. è ancora una volta provato quanto, nel paragrafo precedente, abbiamo detto riguardo al fr. 18 § 2, Dig. XIII, 7, che ammette anch'esso la validità del pegno sul figlio della schiava pignorata, il quale sia nato presso il compratore e sia quindi caduto in proprietà di questo.

Ma, oltre ciò, un altro importantissimo risultato è posto in luce dall'esame del testo di Giuliano. I compilatori, togliendo dal frammento l'*actio Serviana* e adattando la decisione del giurista classico al caso dell'interdetto Salviano, hanno mostrato chiaramente come essi, al contrario di quanto veniva ammesso nel diritto anteriore, ritenevano indispensabile la proprietà del pignorante al momento della separazione, anche per il pegno sul *partus ancillae*: è stata appunto questa la ragione per la quale essi, non potendo più ammettere l'esperibilità della *Serviana* nel caso presentato dal testo, invece di escludere la decisione di Giuliano dalla compilazione, l'hanno adattata all'interdetto Salviano. Diversamente, essi non avrebbero proceduto alle interpolazioni indicate.

### § 8.

c) Rimane un ultimo testo, il fr. 29 § 1, Dig. XX, 1, già esaminato ad altro riguardo parzialmente. Esso è il solo dei passi riguardanti il *partus ancillae*, il quale richiede, come condizione essenziale per la nascita del diritto di pe-

gno, la proprietà del pignorante al momento della separazione.

fr. 29 § 1, Dig. XX, 1.

PAULUS, libro quinto *responsorum*.

Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud alium dominum peperint, non erunt obligata.

Gli autori, che si sono occupati del nostro argomento, fanno generalmente seguire a questo testo la stessa sorte del fr. 1 § 2, Dig. h. t.: ciò perchè, come più volte abbiamo rilevato, essi unificano i due casi del pegno sui frutti e del pegno sul parto della schiava. Così il Chlamtacz (1), il quale ritiene che potesse sorgere il diritto di pegno sui frutti, e quindi anche sul *partus ancillae*, solo quando si fosse avverato al momento della separazione, se non a quello della convenzione, il requisito dell'*in bonis* contenuto nella formula dell'*actio Serviana*, da un lato ammette la genuinità del fr. 1 § 2 cit., e, dall'altro, si appoggia al frammento di Paolo per costenerne la sua tesi. Viceversa, lo Schulz (2), il quale attribuisce al pegno sui frutti, sin dal momento della convenzione, la stessa effi-

(1) Op. cit., p. 28. Si ricordi che questo Autore ammette che il fr. 29 § 1, Dig. h. t. sia stato interpolato dai compilatori, non però allo scopo di insinuare in esso il requisito della proprietà, bensì per introdurre al posto della convenzione espressa la convenzione tacita. Vedi nel capitolo precedente la ricostruzione proposta dal Chlamtacz e le nostre osservazioni in proposito.

(2) Op. cit., p. 137 sgg.

cacia *erga omnes* esplicita dal pegno sulla cosa madre, come si libera dalla legge di Papiniano, così dichiara interpolato il fr. 29 § 1, Dig. h. t. (1).

Seguendo il criterio fino ad ora adottato, noi riteniamo che si debba giungere ad una conclusione su questo testo, senza lasciarsi vincolare da quella qualsiasi interpretazione che si voglia dare del fr. 1 § 2 cit. Giova, anzi, prescindendo nella maniera più assoluta da quest'ultimo, mettere a confronto il nostro frammento con gli altri due che trattano la stessa questione e che abbiamo esaminato poc'anzi.

fr. 29 § 1, Dig. XX, 1  
PAULUS, libro quinto  
responsorum.

Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. [Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud alium dominum peperint non erunt obligata].

fr. 18 §§ 1, 2, Dig. XIII, 7.

PAULUS, libro vicen-  
simo nono ad edictum.

Si nuda proprietas pignori data sit, usus fructus, qui postea ad creverit, pignori erit. § 2. Si fundus pignoraturs venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.

fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33

IULIANUS, libro qua-  
dragensimo nono dige-  
storum.

Si [colonus] <de-  
bitor> ancillam [in  
fundo pignoris nomine  
duxerit] <pignori de-  
derit> et eam vendi-  
derit, quod apud emp-  
torem ex ea natum est,  
eius adprehendendi gra-  
tia [utile interdictum]  
<utilem Servianam>  
reddi oportet.

(1) Il testo in questione non ha formato oggetto di discussione da parte degli scrittori più antichi, i quali si limitano a dare di esso un'interpretazione letterale. Solo il DERNBURG, op. cit., p. 451, ricorre ad un espediente per conciliare il frammento con la sua tesi che, mentre per il pegno sui frutti si sarebbe richiesta la proprietà del debitore al momento della separazione, pel pegno sul *partus ancillae* sarebbe stato sufficiente il solo con-

Il confronto fra questi testi mostra come il fr. 29 § 1, Dig. XX, 1 giunga ad una soluzione completamente opposta a quella cui perviene il fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33 di Giuliano, nella sua redazione originale; e, ciò che più importa, pone in luce come Paolo, nel quinto libro dei suoi responsi, contraddice a quanto egli stesso ha scritto nel ventinovesimo libro *ad edictum*. Si noti, più particolarmente, la perfetta antitesi delle due espressioni: « ceterum si apud alium dominum peperint non erunt obligata » e « sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit ». Tutto ciò dà luogo a legittimi sospetti. D'altra parte, poichè la decisione data da Paolo nei libri *ad edictum* concorda col frammento di Giuliano, i motivi di sospetto si concentrano tutti sul fr. 29 § 1. Il quale, del resto, dà luogo a molti rilievi. Esso, infatti, comincia con l'affermazione categorica che i figli della schiava pignorata « eodem iure habenda sunt », alludendo chiaramente ad una necessità giuridica, ad una norma che sancisce tale principio; viceversa, nella seconda frase, si dice che gli stessi figli sono soggetti al pegno « sive specialiter de his convenerit sive non », alludendo altrettanto chiaramente ad una convenzione espressa o tacita e trasformando il titolo costitutivo del rapporto da un obbligo *ex lege* in un obbligo di natura convenzionale. Esiste, quindi, non soltanto una contraddizione fra i due testi di Paolo, ma anche un contrasto fra due periodi di uno stesso frammento del giurista classico.

cepimento del figlio presso il pignorante. Questo Autore ritiene che il testo in esame riguardasse il caso di pignoramento di un fondo contemporaneamente a quello degli schiavi addetti al fondo stesso, considerati come *universitas*. Ciò spiegherebbe come si consideri decisiva per il sorgere del diritto di pegno la nascita presso il pignorante, anzichè il semplice concepimento: il figlio nato presso un terzo, anche se concepito presso il pignorante, non potrebbe appartenere a questa *universitas*, e quindi non potrebbe essere oggetto del pegno.

Oltre a ciò, è da considerare la forma del passo. Già è stato osservato (1) come esso non abbia, se non nel primo periodo, « si mancipia — habenda sunt », lo stile di un responso. Va poi notata l'inesattezza di tutto il discorso. Il soggetto della proposizione « quod — vel heredem eius » è *adgnata*; soggetto di « peperint » è *mancipia* e le ultime parole « non erunt obligata » si riferiscono di nuovo ad *adgnata*: scambio di soggetti questo tipicamente bizantino (2). Infine, il « quod ita procedit » è stato più volte segnalato come sospetto di interpolazione (3).

Queste considerazioni ci portano a concludere che la seconda parte del frammento è da ritenersi completamente di fattura dei compilatori (4). Nessun peso in contrario ci sembra che abbiano le osservazioni dell'Oertmann (5), il quale dichiara che, ammettendo delle interpolazioni, nulla si acquisterebbe per la trattazione dommatica. Secondo questo A., l'« alius dominus » sarebbe un acquirente che avrebbe acquistato la proprietà della schiava madre indipendentemente dal precedente proprietario pignorante, p. es., per usucapione o pel verificarsi di una condizione risolutiva. Ciò sarebbe provato dall'espressione « si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius », dove « heres » starebbe a significare non solo il

(1) CZYHLARZ, op. cit., p. 375, n. 27; SCHULZ, op. cit., p. 137.

(2) Cnfr. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, p. 109.

(3) Cfr. BESELER, *Beiträge*, 4, III, 182; BONFANTE, in *Scritti giur. per F. Schupfer*, Roma, 1898, p. 5; GUARNERI-CITATI, *Indice cit.*, s. v. *Procedere*, p. 70; HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon cit.*, s. v. *Procedere*; RICCOBONO, in *Bull. Ist. dir. rom.* XX, p. 98; ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel dir. rom. classico e nella legislazione giustiniana*, Milano, 1924, p. 26.

(4) Per l'interpolazione del testo, vedi ancora: LENEL, *Palinnesia*, Paul, 1841; EISELE, in *Z. S. St., R. A.*, XIII, 1892, p. 125; MANICK, op. cit., p. 71, nota 3; CZYHLARZ, op. cit., p. 418, nota 27; PRINGSHEIM, op. cit., pag. 71, nota 3.

(5) *Die Pfandung stehender Früchte*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, XLI, p. 11 sgg.

successore a titolo universale, ma anche quello a titolo particolare. Con ciò la decisione di Paolo concorderebbe con quella di Giuliano. Senonchè, osserva bene lo Schulz (1), « all'accoglimento di questa interpretazione è d'ostacolo la nozione da lungo tempo acquisita che i classici dominano sufficientemente il loro linguaggio, per esprimere i loro pensieri chiaramente e non ambigualmente. Che Paolo nomini espressamente l'erede del pignorante, ma che abbia voluto anche menzionare il successore a titolo particolare del pignorante stesso; che egli, d'altra parte, parli di un « alius dominus », ma con ciò abbia voluto menzionare solo un proprietario che non è successore giuridico del pignorante; che, in altre parole, Paolo si sia compiaciuto di una maniera di scrivere nella quale la parte più importante rimane inespressa, ciò oggi nessun romanista vorrà più credere ». A ciò noi possiamo aggiungere che, quand'anche si volesse ammettere il significato che l'Oertmann vuol dare all'« alius dominus », la decisione di Paolo sarebbe ancora in contrasto con le altre fonti, le quali non pongono affatto e non avevano ragione di porre questa limitazione per l'acquirente a titolo originario.

Terminata così l'esegesi che ci eravamo proposti, è chiara la conclusione che ne traggiamo.

Il diritto romano classico non richiedeva, in ordine al pegno sul *partus ancillae*, che questo fosse caduto in proprietà del debitore al momento della separazione: esso rimaneva gravato da tale vincolo, anche senza che si fosse verificata questa circostanza, che, invece, abbiamo visto essere essenziale pel pegno sui frutti. L'interpolazione, sopra dimostrata, del fr. 29 § 1, Dig. XX, 1, e l'adattamento del fr. 1 pr., Dig. XLIII, 33 all'interdetto Salviano, provano, d'altra parte, come il diritto giustiniano abbia

(1) Op. cit., p. 139.



introdotto questo requisito anche per il *partus ancillae*, estendendo ad esso il regime già applicato dal diritto classico per i frutti. Quali, poi, possano essere state le ragioni di questa riforma, è un'altra questione, alla quale tenteremo di dare una qualche risposta nel paragrafo che segue.

§ 9.

I risultati, cui siamo pervenuti nel corso del presente capitolo, si posson riassumere nel modo seguente.

Poichè i *fructus pendentes*, i *fetus pecorum*, i *partus ancillae*, prima del *tempus editionis*, erano considerati inesistenti come cose a sè e non potevano, quindi, formare oggetto di diritti, così, per diretta conseguenza di tale concezione, al momento in cui si conveniva di dare in pegno la cosa fruttifera e i frutti non ancora separati di essa, oppure una schiava incinta, non poteva sorgere immediatamente un diritto reale sui frutti medesimi o sul figlio della schiava. Questa asserzione è confortata dal fr. 1 § 2, Dig. XX, 1, il quale, come abbiamo visto, richiede che i frutti, perchè su di essi sorga effettivamente il diritto di pegno, cadano in proprietà del pignorante al momento della separazione. E a ciò si conforma anche il fr. 34 § 2, Dig. XX, 1, che, pel caso di costituzione in pegno di cose future, stabilisce che debba interpretarsi con una certa larghezza il requisito dell'*in bonis fuisse debitor tunc cum conveniebat*, contenuto nella formula dell'*actio Serviana*, ma, ad ogni modo, mantiene il principio che la cosa data in pegno cada *in bonis* del debitore, sia pure in un momento successivo a quello della convenzione.

Diversamente si comportano le fonti nei riguardi del *partus ancillae*: per questo, abbiamo visto come il diritto classico non richiedesse affatto che il pignorante divenisse proprietario del *partus*, al momento in cui questo era

*editus*, e come, invece, il diritto giustiniano abbia introdotto questa necessità. Potrebbe, quindi, credersi che, nel diritto classico, costituendosi in pegno una schiava incinta, si intendesse già da questo momento, costituito anche il diritto reale di pegno sul parto futuro di essa. Ciò sarebbe assolutamente inesatto e, diciamo pure, assurdo, considerato che, come per i frutti, così anche per il *partus*, continuava a sussistere la stessa impossibilità giuridica di un attuale diritto reale, cioè l'inesistenza dell'oggetto. La ragione per cui, nel diritto classico, non era richiesto il suddetto requisito, stava nel fatto che il figlio della schiava data in pegno cadeva, come abbiamo dimostrato, sotto lo stesso vincolo *ipso iure*, in forza di una disposizione di legge. Poichè la legge ha efficacia generale, i terzi erano tenuto a sapere che, pel fatto stesso della costituzione del pegno sulla schiava, il parto di essa si sarebbe trovato nella medesima condizione, e quindi si rendeva possibile, senza compromettere le aspettative di alcuno, di considerare irrilevanti, agli effetti della costituzione del rapporto, tutti gli atti dispositivi compiuti eventualmente dal pignorante prima della separazione del *partus*, anche se essi portavano alla conseguenza della perdita della proprietà di questo. Tutto ciò, per altro, non significa che si riconoscesse già costituito un diritto reale sul *partus* al momento della *conventio*, e, se, praticamente, si producevano effetti analoghi, questi erano dovuti alla natura del titolo costitutivo del pegno sul figlio della schiava, che non era la *conventio*, ma la legge. Ciò è tanto vero che nel fr. 29 § 1, Dig. XX, 1, nel quale, come abbiamo visto, i compilatori hanno introdotto la necessità che il *partus* cadesse in proprietà del pignorante al momento della nascita, troviamo anche richiesta, per la costituzione del pegno, la convenzione fra le parti. Ciò vuol dire che i compilatori, dopo aver mutato sostanzialmente il titolo costitutivo del rapporto, sostituendo all'obbligo *ex lege* un obbligo di

natura contrattuale, si son trovati costretti a richiedere, anche pel *partus ancillae*, il noto requisito che già i classici avevano stabilito pei frutti: il che è del tutto naturale e coerente ove si consideri che un obbligo stabilito per convenzione può aver valore solo per le parti contraenti e si esaurisce entro quasi ambito.

Il fondamento della diversità di regime tra *fructus* e *partus*, in ordine al pegno, sta dunque nel titolo costitutivo di tale diritto, diverso per gli uni e per gli altri. L'unico punto che si potrebbe desiderare che fosse chiarito, è quello concernente la spiegazione del motivo per cui i classici hanno richiesto per il pignoramento dei frutti la volontà delle parti, mentre facevano cadere in pegno per necessità giuridica il figlio della schiava, e, dall'altro lato, la spiegazione delle ragioni per cui Giustiniano ha uniformato i due casi, estendendo al *partus* il trattamento che già il diritto classico aveva stabilito per i frutti. Come spesso accade in questioni del genere, è impossibile arrivare a risultati sicuri, basati su una documentazione testuale, ma bisogna necessariamente contentarsi di un'ipotesi.

Ora, una spiegazione potrebbe essere la seguente. Il far cadere in pegno, *ipso iure*, per disposizione di legge, il figlio della schiava data in pegno, sembra molto probabile che fosse dovuto ad una interpretazione estensiva del principio che i figli nati non *ex iustis nuptiis* dovevano seguire sempre la condizione della madre, per quanto riguardava la determinazione del loro *status*. Questa interpretazione estensiva dovette venir meno nel diritto giustiniano, che avrebbe invece applicato quel principio con minore rigore e in una sfera più limitata.

A questo proposito può soccorrerci una tesi avanzata dall'Albertario (1), la quale può riassumersi nei seguenti termini. In rapporto alla nota regola *conceptus pro iam nato*

(1) Op. e loc cit.; vedi anche *Conceptus pro iam nato habetur (Postilla)*, in *Arch. giur.*, XCIX (XV, 4<sup>a</sup> serie), 1928, p. 151 sgg.

*habetur*, si sarebbe avuta nel diritto classico la coesistenza di due principii: l'uno di *ius civile*, secondo il quale la capacità giuridica del concepito *ex iustis nuptiis* era sempre regolata nel senso che costui seguiva in ogni caso la condizione del padre e acquistava la capacità *ex tempore editionis*; l'altro *iuris gentium*, secondo il quale il *vulgo quaesitus* seguiva sempre la condizione della madre ed acquistava la capacità *ex tempore editionis*. In seguito, soprattutto dopo l'editto di Caracalla del 212, col quale fu estesa la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell'Impero, poichè venne gradatamente meno ogni distinzione fra *ius civile* e *ius gentium*, si ebbe, in ordine alla capacità giuridica del concepito, questa conseguenza: che, anzichè verificarsi il sopravvento di un principio sull'altro, con la scomparsa di uno di esso, si pervenne alla fusione delle due regole in una sola; si stabilì, in altri termini, che si dovesse applicare o l'una o l'altra, a seconda che l'applicazione o dell'una o dell'altra giovasse di più al concepito. Fu così abolita, in ordine a questo punto, la distinzione fra *concepti ex iustis nuptiis* e *vulgo quaesiti*, e sia per gli uni come per gli altri si introdusse l'idea del *commodum*: per tutti si applicò così il principio « *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agatur* ».

Ora, non ci sembra azzardato ritenere che questa evoluzione nell'applicazione del principio suddetto abbia esercitato qualche influenza anche sul pegno del *partus ancillae*. In altri termini, ci sembra probabile che la possibilità di applicare anche ai nati fuori matrimonio il principio « *conceptus pro iam nato habetur* », come rese possibile la determinazione del loro *status* avendo riguardo al momento, non della nascita, ma del concepimento, se ciò arrecava ad essi un vantaggio, così dovette far venir meno la causa giustificatrice dell'accennata interpretazione estensiva per cui il *partus ancillae* si considerava gravato di pegno pel solo fatto che sottoposta a tale vincolo si tro-

vava la madre. Chè anzi, potendosi considerare un *com-mundum* per lo schiavo la sottrazione di esso al diritto reale di pegno, era perfettamente coerente che, nel diritto giustiniano, il nuovo principio fosse applicato, come già quello prima vigente, al nostro caso. Con ciò doveva pure cadere la natura legislativa del titolo costitutivo del pegno sul figlio della schiava e doveva apparire spontaneo e consequenziale riferire ad esso quanto già valeva per i frutti: donde la necessità della convenzione fra le parti e del requisito che il *partus* fosse *in bonis* del pignorante al momento della nascita. Una volta, poi, estesa tale regola al figlio concepito prima che la madre cadesse sotto il vincolo del pegno, essa dovette venire applicata, quasi naturalmente, anche al figlio concepito quando il diritto di pegno sull'*ancilla* era già sorto; e ciò al fine di raggiungere l'uniformità di regime, in ordine al pegno tra *fructus* e *partus*, e, in genere, per tutte le cose future.

Ciò, s'intende, diciamo in linea di ipotesi. Ad ogni modo, ci sembra chiaro che occorre distinguere, sia per diritto classico sia per diritto giustiniano, il *contractus pigneraticius* e l'*ius pignoris*. Il primo spiegava la sua efficacia meramente obbligatoria fra le parti dal momento della conclusione: esso, nel diritto classico, occorre sempre espressamente per i frutti, mentre si limitava alla costituzione del pegno sulla schiava, essendo il rapporto concernente il *partus* della schiava pignorata regolato *ex lege*; nel diritto giustiniano, doveva contemplare, espressamente o tacitamente, così i frutti come il *partus*. Il secondo, cioè l'*ius pignoris*, non sorgeva che con la separazione dei frutti o con la nascita del figlio; per i frutti, sempre che in tale momento cadessero in proprietà del pignorante; pel figlio, nel diritto classico anche se ciò non si verificava; pel diritto giustiniano, solo quando si verificava, come per i frutti.

## CAPITOLO TERZO

### Requisiti e natura giuridica del pegno sui frutti indipendente da quello sulla cosa fruttifera.

SOMMARIO: § 1. La possibilità di dare in pegno i frutti futuri: esame dei fr. 15 pr., Dig. XX, 1 e 11 § 3, Dig. XX, 4. - § 2. Stato della dottrina sui requisiti e la natura del rapporto. - § 3. Critica della tesi del Göppert; la proprietà dei frutti da parte del debitore al momento della separazione. - § 4. Critica della tesi dello Schulz; la convalida del pegno di cosa altrui. - § 5. Conclusioni.

#### § 1.

Alla trattazione del titolo costitutivo, dei requisiti, della natura giuridica del pegno dei frutti connesso con quello sulla cosa madre, crediamo opportuno far seguire immediatamente la trattazione del rapporto sorgente dalla costituzione in pegno dei soli frutti, indipendentemente dalla cosa che li produce. Poichè, come è ovvio, nessuna questione particolare può, in questo caso, sorgere intorno al titolo costitutivo, possiamo limitarci all'esame dei requisiti e della natura giuridica di tale diritto di pegno.

fr. 15 pr., Dig. XX, 1.

GAIUS, *libro singolari de formula hypothecaria*.

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus an-

cillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata: idque servandum est, sive dominus fundi convenerit, aut de usufructu aut de his quae nascuntur, sive is qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.

Il testo, per alcune vere e proprie sgrammaticature che esso presenta e per le incongruenze che risultano evidenti ad una prima lettura, non può essere stato scritto da Gaio così come appare nella sua redazione attuale: con tutta sicurezza, può dirsi che esso è stato rimaneggiato dai compilatori e, prima ancora, deturpato da glossemi di commentatori postclassici. A tale conclusione sono pervenuti tutti gli autori i quali lo hanno sottoposto ad un esame critico, sebbene essi non siano poi d'accordo nella sua ricostruzione (1).

D'altra parte, perchè non venga esagerata o, comunque fraintesa, la portata delle innovazioni giustinianee o altrimenti postclassiche, occorre esaminare il frammento, mettendolo in relazione con un altro passo dello stesso

(1) Il FEHR, op. cit., p. 76, così ricostruisce il testo: « et quae futura sunt pignori dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae: idque servandum est sive dominus fundi convenerit, sive is qui usumfructum habet, sicut Iulianus scribit ». Questa ricostruzione è accettata dal SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges Girard*, Paris, 1912, II, p. 522, n. 2. (526), salvo la soppressione di « fetus pecorum », che egli ritiene ingiustificata. Invece, lo SCHULZ, op. cit., p. 120, è d'opinione che dell'intero testo siano genuine solo le parole « et quae nondum sunt, futura tamen sunt, pignori dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum, sicut Iulianus scribit ». V. ancora su questo frammento, EXNER, *Kritik des Pfandrechtsbegriff nach röm. Recht*, Leipzig, 1873, p. 109 n. 209; SIBER, op. cit., p. 91 n. 1; PAMFALONI, in *Bull. Ist. dir. rom.*, XXII, 1910 p. 113; CHLAMTACZ, op. cit., p. 27; EBRARD, op. cit., p. 97; PRINGSHEIM, in *Z. S. St.*, R. A. XLIV, 1924 p. 432; MANICK, in *Pauly-Wissowa-Kroll, Realenz.*, 9, 368, 23, s. v. *Hypotheca*; VOLTERRA, op. cit., p. 21 segg.

Gaio, estratto pure dal *liber singularis de formula hypothecaria*:

fr. 11 § 3, Dig. XX, 4 (1).

GAIUS, *libro singulari de formula hypothecaria*.

Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint pignori, aequae quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.

Qui Gaio, ammettendo implicitamente la possibilità di dare in pegno cose future, si domanda se, al momento della convenzione, il debitore fosse, nel caso di pignoramento dei frutti, proprietario o usufruttuario della cosa fruttifera, e, per l'ipotesi di costituzione in pegno del *partus ancillae*, proprietario della schiava. Ci occuperemo più avanti di questo requisito richiesto dal giureconsulto classico: per ora, ci basta rilevare come, se si confronta questa legge del Digesto col fr. 15 sopra citato, sia facile vedere che in quest'ultimo Gaio non ha fatto che ripetere, in linea generale, lo stesso principio. Il che vuol dire che i rimaneggiamenti operati in questo passo non hanno alterato nella sostanza il pensiero espresso originariamente da Gaio. Chè anzi, se si osserva attentamente il frammento, si può facilmente constatare che l'alterazione di esso è do-

(1) Lo SCHULZ, op. cit. p. 121, ritiene il testo rimaneggiato dai compilatori. Indizi: lo scambio di « pignus » e « hypotheca »; « si de futura re concenerit... et in fructibus si convenit; « quaeritur an... fuit... aequae quaeritur... an fuerit »; « sicut est de partu » invece di « sicut de partu » « sicut est si de partu convenerit »; il testo comincia con una fattispecie astratta, adduce poi un esempio e risolve la questione solo in ordine a quest'ultimo. Noi però, riteniamo che, malgrado questi vizi di forma, il frammento risponda nella sostanza al pensiero di Gaio.

vuta quasi interamente a glosse di qualche commentatore pregiustiniano.

Infatti, nell'espressione « et quae nascuntur sint hypothecae obligata », le parole « sint obligata », oltre ad essere superflue, sono sgrammaticate in quanto non si accordano con « dari possunt ». Del resto, anche la proposizione « et ea quae nascuntur » è illogica, giacchè sopra sono nominate cose che già sono nate, i frutti pendenti, che fisicamente già esistono: nè deve ingannare la frase « res quae nondum sunt », alla quale il giureconsulto non ha certo voluto dare il significato di cose inesistenti fisicamente, ma quello di cose inesistenti solo giuridicamente. Già a suo tempo il Mommsen aveva proposto la sostituzione delle parole « et ea quae » con « simulatque », e l'Huschke aveva tentato di accomodare la discordanza sostituendo « ut ea quum ». In tal modo si dovrebbe tradurre la proposizione « fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum simulatque nascuntur sint hypothecae obligata » così: « i frutti pendenti, i parti degli animali e della schiava, appena sono separati, sono gravati di pegno ». Senonchè, a prescindere dall'affermazione che si vorrebbe attribuita a Gaio, l'anzidetta correzione del testo presupporrebbe che a « nascuntur » si potesse dare il significato di « separantur »: viceversa, se si confrontano i luoghi delle fonti (1), nei quali ricorre l'espressione « fructus nascuntur », è facile vedere che « nascuntur » è usato nel senso di « crescere », « venir su ».

A nostro modo di vedere, le parole « et ea - nascuntur » hanno tutta l'apparenza di una glossa. Probabilmente, nel testo si faceva solo l'esempio dei *fructus pendentes*: il commentatore postclassico, volendo completare l'enumerazione, deve avere aggiunto a fianco « et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata », volendosi con ciò riferire ai

(1) Cfr. p. es., fr. 58, Dig. VII, 1; fr. 19 § 1, Dig. XIX, 2.

*fetus pecorum* e ai *partus ancillae* ». I compilatori giustiniani poi, hanno essi stessi completato l'enumerazione, influenzati forse dalla stessa glossa, che per altro si sono dimenticati di togliere, ed hanno, invece, incorporato nel testo: « fetus pecorum, partus ancillae », devono quindi ritenersi di origine compilatoria.

Che i due esempi sopra citati non facessero parte del testo originario, è provato, anzitutto, dal fatto che, nel seguito del frammento, si parla di *dominus fundi*: ora, tale espressione calza perfettamente al caso dei frutti pendenti, ma non a quello del *fetus pecorum* e del *partus ancillae*, per i quali si doveva parlare di proprietario dell'animale o della schiava. Inoltre, il testo afferma che il pegno può essere costituito sia dal proprietario che dall'usufruttuario: ciò è giusto per i frutti e, quindi anche pel parto degli animali, ma è un errore riferirlo anche al *partus ancillae* che, non essendo considerato come frutto, non viene acquistato dall'usufruttuario: si avrebbe, infatti, in questo caso la costituzione in pegno di una cosa che, non solo non è *in bonis* del debitore, ma nemmeno in seguito potrà esserlo, in base all'usufrutto (1).

Tutto ciò prova la nostra asserzione e induce a credere che l'aggiunta di *partus ancillae*, operata insieme a quella di *fetus pecorum*, sia dovuta ad una svista dei compilatori, i quali non si sono accorti che il testo, in seguito, parlava anche dell'usufruttuario, e non del solo proprietario.

Quanto, poi, alle parole « aut de usufructu aut de his quae nascuntur » (2), esse debbono considerarsi come un

(1) Cade, quindi, la ricostruzione proposta dal FEHR, riportata sopra.

(2) Questa espressione è ritenuta interpolata dallo SCHULZ, secondo il quale essa richiamerebbe il passo certamente non genuino contenuto in fr. 11 § 2, Dig. XX, 1: « usufructus an possit pignori [hypothecae] dari, quesitum est [sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum

necessario complemento alla glossa precedente, fatto dallo stesso commentatore: questi deve aver voluto dire, coerentemente ai principii, e ha detto in modo alquanto strano ed oscuro, che il proprietario può costituire il pegno sia sui frutti che sul *partus ancillae*, negando implicitamente che l'usufruttuario possa costituire lo stesso diritto su quest'ultimo.

In conclusione, ci sembra che, date queste premesse, il frammento di Gaio si possa ricostruire nel modo seguente, indicando col corsivo le glosse postclassiche e chiudendo fra parentesi quadre le innovazioni giustiniane:

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, [hypothecae] <pignori> dari possunt, ut fructus pendentes [partus ancillae, fetus pecorum] *et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata*: idque servandum est, sive dominus fundi convenerit, *aut de usufructu aut de his quae nascuntur*, sive is qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit (1).

## § 2.

I due passi sopra esaminati — il fr. 15 pr., Dig. XX, 1 e il fr. 11 § 3, Dig. XX, 4 — i quali pongono, per la costituzione in pegno delle cose future e, in particolare, dei frutti e del parto della schiava, la condizione che il debitore sia proprietario o, limitatamente ai frutti, usufruttuario della cosa madre, al momento della convenzione,

---

usum fructum habet] et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem ..... ». Per l'interpolazione di questo frammento, vedi SIBER, op. cit., p. 91.

(1) Per altra via, giunge ad una simile restituzione del testo genuino il VOLTERRA, il quale, però, abbrevia l'espressione « et quae nondum sunt, futura tamen sunt » nell'altra « et quae futura sunt ».

hanno dato luogo a gravi errori nella determinazione dei requisiti e della natura del rapporto.

Secondo una dottrina, formulata dal Göppert (1) e accolta dallo Oertmann (2), il quale ne sostiene l'applicabilità anche nel moderno diritto civile tedesco, si potrebbero dare in pegno soltanto quei frutti che già esistono almeno in germe e sui quali il costituente abbia una legittima aspettativa, che a lui può derivare in forza di un diritto di proprietà o di usufrutto sulla cosa fruttifera. Soltanto coesistendo questi due elementi, si potrebbe dar vita ad un valido diritto di pegno: questo sorgerebbe soltanto al momento della separazione dei frutti, ma subito si produrrebbe un « vincolo reale sulla cosa, simile a quello prodotto dal pegno condizionato » (3), il quale darebbe luogo, *condizione esistente*, ad un vero diritto reale di pegno, indipendentemente dal fatto che in quel momento l'oggetto di tale diritto si trovi nelle mani del pignorante o di qualsiasi terzo. Il Göppert perviene a questa conclusione attraverso un confronto fra il pegno dei frutti futuri e il pegno di cose altrui. Per quest'ultime il pegno sussiste se il pignorante, in seguito, ne diventa proprietario: ciò dovrebbe bastare anche per il pegno dei frutti. Quindi, se le fonti chiedono di più, cioè la proprietà o l'usufrutto del pignorante sulla cosa madre, ciò vorrebbe dire che, verificandosi questi presupposti, subentra anche un effetto speciale che vada oltre quello che si produce per il pegno di cosa altrui: il vincolo reale, che sorgerebbe immediatamente.

Contro questa opinione si è pronunciato lo Schulz (4), il quale ritiene che sia indifferente che i frutti al momento della costituzione del pegno, siano o meno esistenti in ger-

(1) op. cit., p. 234.

(2) op. e loc. cit.

(3) GOEPPERT, op. cit., p. 235.

(4) op. cit., p. 122 sgg.

me, ed esclude che possa sorgere immediatamente un vincolo reale sopra di essi, prima che siano separati. D'altra parte, egli, nell'ammettere la possibilità di dare in pegno i frutti futuri, sostiene che, per la validità di tale costituzione, fosse necessario:

1) un diritto di aspettativa sui frutti al momento della convenzione. Però, per tale diritto di aspettativa, lo Schulz intende quello che può avere, non soltanto il proprietario o l'usufruttuario, ma anche un'altra persona, come, p. es., l'affittuario di un fondo. È appunto in dipendenza di tale concetto che questo A., come abbiamo visto, ha ricostruito il fr. 15 pr. Dig. XX, 1 ed ha dichiarato certamente rimaneggiato dai compilatori il fr. 11 § 3, Dig. XX, 4, senza per altro riuscire ad accertare il testo genuino;

2) la proprietà del debitore sui frutti al momento della separazione. Questo secondo requisito, secondo lo Schulz, non è espressamente posto dalle fonti, ma deve presumersi.

Un breve esame di entrambe queste dottrine ci mostrerà come esse siano sostanzialmente errate.

### § 3.

Per combattere la tesi del Göppert, si potrebbero qui richiamare tutte quelle osservazioni di carattere generale da noi fatte nel precedente capitolo, quando abbiamo negato che il pegno sui frutti connesso con quello sulla cosa fruttifera avesse nel diritto romano, fin dal momento della convenzione, la stessa efficacia assoluta, *erga omnes*, di un diritto reale. Quella tesi, infatti, anche nel caso di costituzione in pegno dei frutti futuri isolati, troverebbe un ostacolo insormontabile nel requisito dell'*in bonis fuisse*, contenuto nella formula dell'*actio Serviana*, sia pure largamente interpretato per quanto riguarda la sua applicazione al pegno di cose future.

Più particolarmente, valgono per il caso che studiamo le seguenti considerazioni:

1) È nettamente contrario alle fonti e alle idee romane concepire un diritto reale per sé stante sui frutti durante la loro coesione con la cosa fruttifera (1). La connessione fra quest'ultima e i suoi prodotti organici, energicamente e chiaramente affermata dalle fonti, rende impossibile l'esistenza di qualsiasi diritto reale sui frutti che non sia quello che investe tutta la cosa alla quale essi sono naturalmente uniti. Non solo nessun giureconsulto romano prospetta una veduta diversa, ma le fonti offrono esempi che positivamente l'escludono. Si ricordi, fra gli altri (2), il fr. 40 Dig. XIX, 1 (3), nel quale si fa il caso di un proprietario che, dopo aver venduto gli alberi germoglianti nel suo fondo e dopo aver ricevuto una somma a tale titolo, non vuole più consegnarli. Pomponio nega al compratore la *rei vindictio*, perchè gli alberi formano un tutt'uno con il fondo e, quindi, non può essere ancora sorto su di essi il diritto di proprietà da parte dell'acquirente. Il testo è significativo come affermazione di un principio che evidentemente impedisce che sui frutti ancora pendenti possa sorgere non solo un vero e proprio diritto di pegno, ma anche un vincolo reale avente la stessa efficacia.

2) Contrariamente a quanto afferma lo Schulz (4), le

(1) Cfr. sulla questione MANCALEONI, op. cit., p. 13 sgg.

(2) Inst. II, §§ 31 e 32; fr. 13 pr., Dig. X, 3; fr. 9 § 2, Dig. XXXIX, 2; fr. 7 § 13, Dig. XLI, 1; fr. 8, Dig. h. t.; fr. 26 § 2, Dig. h. t.; etc.

(3) POMPONIUS, libro *trigesimo primo ad Quintum Mucium*. Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae. POMPONIUS: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habet actionem. - V. su questo testo: MANCALEONI, op. cit., p. 15; FADDA, *Dig.*; BOYER, *Recherches histor. sur la résolution des contrats*, Paris, 1924, p. 87 sgg.; PRINGSHEIM, in *Z. S. St. R. A.*, XLIV, 1924, p. 432; BESELER, *ivi*, XLV, 1925, p. 467.

(4) op. cit., p. 127.

fonti richiedono, anche pel sorgere del diritto di pegno sui frutti, indipendente da quello sulla cosa fruttifera, la proprietà del debitore al momento della separazione.

fr. 62 (61) § 8, Dig. XLVII, 2.

AFRICANUS, libro octavo quaestionum.

Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent. Si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat. Sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emptor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus. Etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. Quod certe in proposito non aequè dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptor eos suo nomine cogat?

Un locatario — ci dice Africano — ha dato in pegno al locante, per garanzia dei diritti derivanti a quest'ultimo dal contratto di locazione, i frutti del fondo locato. Se il locatario asporta senza autorizzazione i frutti dal fondo, commette un furto di pegno e, contro di lui, viene concessa al locante l'*actio furti*. Ma — si domanda — se il locatario vende i frutti pendenti e il compratore stesso li raccoglie *suo nomine*, al locante spetta ugualmente l'*actio furti*?

Nel primo caso non v'ha nessun dubbio circa l'esperibilità dell'azione di furto da parte del locante, perchè il diritto di pegno è sorto. Ed è sorto perchè, come dice Africano, il *colonus* « quia voluntate domini eos (fructus) percipere videatur, suos fructus facere », vale a dire perchè il pignorante è diventato proprietario dei frutti al momento della separazione. Ecco, quindi, che torna in causa il noto requisito dell'*in bonis*, che sta a fondamento della validità

del diritto di pegno sui frutti futuri, e la cui mancanza impedisce il sorgere del diritto stesso. Dall'altra parte, il frammento ci offre ancora un argomento contro la tesi del Göppert, giacchè, se, come egli sostiene, fosse sorto subito al momento della convenzione un vincolo reale, si sarebbe avuto qui un caso di pegno gravante su cose appartenenti allo stesso pignoratario: prima della percezione da parte del locatario, infatti, è certo che i frutti del fondo locato appartengono ancora al locante.

Per quanto riguarda il secondo caso prospettato dal testo, la *ratio dubitandi* pel giureconsulto sta nel fatto che i frutti non sono mai caduti in proprietà del debitore costituente: «qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptor eos suo nomine cogat?». Questa è ancora una prova della necessità del requisito dell'*in bonis*, agli effetti della nascita del diritto di pegno: chè, se tale esigenza non ci fosse stata, non si comprenderebbe la ragione del dubbio. Ad ogni modo, anche in questa ipotesi, si dice che il pegno sorge e che si ha, conseguentemente, un furto di esso a danno del locante. Si deve però desumere da questa decisione, che il giurista classico non ritenesse necessaria la proprietà del debitore sui frutti al momento della separazione?

Lo Schulz (1) devia, per così dire, la questione, in quanto ritiene che la chiusa del testo di Africano spieghi la decisione di questo secondo caso nel senso che, non essendo diventati nè il locatario nè il compratore proprietari dei frutti, si avrebbe, non un furto di pegno, ma un furto di cose in proprietà del locante, e perciò verrebbe concessa a quest'ultimo l'*actio furti*. Questa spiegazione, per altro, non varrebbe pel diritto classico perchè il testo, a partire da « *etenim rell* », sarebbe interpolato dai compilatori (2).

(1) op. cit., p. 109.

(2) Indizii della non genuinità sarebbero i seguenti; 1) i due accusativi con l'infinito non dipendono da alcun verbo; 2) « dicitur » invece di « dici »; 3) se nel secondo caso è data l'*actio furti* perchè il locatario non è diventato proprietario dei frutti, questa azione si dovrebbe negare nel primo caso, giacchè qui il locatario ha acquistato la proprietà



Contro lo Schulz, si è pronunciato recentemente il Ratti (1), il quale, senza occuparsi direttamente della nostra questione, si serve del testo per appoggiare la sua tesi che il diritto di godimento del locatario, nel caso di locazione a termine, sia autonomo e indipendente dalla volontà attuale del locante: ciò in contrasto con l'opinione tradizionale, che configura il godimento della cosa locata come un godimento raggiunto *quotidie et singulis momentis* per mezzo di una serie continua di prestazioni da parte del locatore a favore del conduttore (2). Il frammento di Africano, riconoscendo che il compratore sia diventato proprietario dei frutti da lui percepiti direttamente, dimostrerebbe tale diritto autonomo di godimento del locatario: diversamente, quest'ultimo non avrebbe potuto trasmettere al compratore quel potere autonomo di percezione, che costituisce appunto la causa del suo valido acquisto (3).

Veramente, accettando la tesi del Ratti, si dovrebbe ammettere un diritto di pegno su cose che in realtà non sono mai state in proprietà del debitore. Tuttavia, non si deve credere che ciò sia in contraddizione con quanto abbiamo finora cercato di dimostrare: si poteva, infatti, ap-

(1) *Sul diritto di godimento del locatario*, in *Studi di dir. commerciale in onore di C. Vivante*, Roma, II, 1931, p. 504 sgg.

(2) È noto come la dottrina romanistica configuri l'acquisto dei frutti della cosa locata come acquisto mediante *traditio* o *quasi traditio*. Cfr. EXNER, *Traditio*, Wien, 1867, p. 19; CZYHLARZ, *cont. Glück*, XLI, p. 459 sgg.; VANGEROW, *Pand. I.*, § 312, p. 576; WINDSCHEID, *Pand. I.*, § 186; ZIEBARTH, *Realexecution u. Obligation*, p. 45; DEGENKOLB, *Platzrecht u. Miete*, p. 168; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 634, n. 1.

(3) Il RATTI interpreta il « *voluntate domini* », nel quale la dottrina tradizionale vede un'altra prova del concetto della *quasi traditio*, non nel senso di una volontà del locante di trasferire i frutti all'atto della percezione, bensì nel senso di autorizzazione di godimento espressa dal locante al momento della consegna. Cfr., in tale senso, anche BONFANTE, *Corso di dir. romano*, II, *La proprietà*, sez. II, Roma, 1928, p. 130.

plicare alla vendita da parte del locatario dei frutti pendenti dati in pegno al locante e percepiti direttamente dal compratore, una finzione, che per un caso, in certo senso, analogo, ci è prospettata dal

fr. 24 § 1, Dig. XIX, 2

PAULUS, *libro trigesimo quarto ad edictum*.

Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

Qui, per salvare dagli effetti della sublocazione, il diritto di pegno a favore del primo locante (1), si ricorre alla finzione di considerare i frutti come percepiti, anziché dal sublocatario, dal locatario; e ciò allo scopo di far realizzare il requisito dell' *in bonis*. Ecco, quindi, un'altra prova della necessità di esso: non si sarebbe, infatti, sentito il bisogno di ricorrere a questo espediente, se il diritto di pegno fosse potuto sorgere indipendentemente dalla proprietà del pignorante sui frutti, al momento della separazione.

Così, l'infondatezza della tesi del Göppert ci sembra che risulti dimostrata, senza che occorra invocare altri argomenti.

#### § 4.

L'errore, poi, della tesi dello Schulz sta nell'affermazione che, per la validità del pegno sui frutti futuri, fosse necessario un diritto di aspettativa da parte del pi-

(1) Una decisione analoga contiene il fr. 53, Dig. XIX, 2 PAPIANUS, *libro undecimo responsorum*: qui fideiussor extitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, rei publicae non tenetur: sed fructus in eadem causa pignoris manent.

ignorante sui frutti medesimi, al momento della convenzione costitutiva del rapporto. Questa limitazione appare del tutto ingiustificata, ove si consideri che era ammessa nel diritto romano la convalida del pegno di cosa altrui (1) quando, in un momento successivo, il debitore diventasse proprietario della cosa pignorata: non vediamo, infatti, nel silenzio delle fonti, quale potrebbe essere stata la ragione determinante, per il pegno dei frutti, una condizione più sfavorevole di quella fatta in generale, al pegno di cose non appartenenti al debitore. Vero è, però, che secondo lo Schulz, il sopra accennato principio generale in tema di convalida del pegno di cosa altrui, sarebbe stato sostituito dai bizantini alla regola classica, secondo la quale si sarebbe accordata al creditore l'azione di pegno soltanto nel caso che il pignorante, al tempo del pignoramento, avesse avuto un'aspettativa giuridica sulla cosa: ma è proprio dovuto a questo inesatto punto di partenza, se egli è giunto a conclusioni per noi inaccettabili.

L'esame delle fonti, nel quale il recente studio del Volterra, ci sarà di valido aiuto, mostrerà chiaramente

(1) Cfr. sul pegno di cosa altrui, specialmente, GMELIN, *Comm. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae quod creditor in re sibi non propria constituit*, Ulma, 1778; MEYER, in *Archiv. f. civ. Praxis*, IX, 1826, p. 12 sgg.; MUELLER, *ivi*, XI, 1828, p. 392 sgg.; TROTSCHKE, *Ueber das Pfandrecht an die Sachen die zur Bestelungszeit dem Schuldner nicht gehörten*, in *Ztschrft f. Civilr. u. Process. v. Linde*, XIX, 1843, p. 81 sgg.; HUSCHKE, *Von der Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist*, *ivi*, XX, 1845, p. 176 sgg.; WINDSCHEID, *Ueber l. 9 § 3. Dig. qui potiores*, *ivi*, N. F. III, 1847, p. 424 sgg.; MENCKE, *De rebus a non domino obligatis*, Berolini, 1868; LEVI S., *Die Verpfändung einer fremden Sache nach röm. Recht*, Breslavia, 1894. Per quanto riguarda la letteratura più recente, v. SCHULZ, *op. cit.*, p. 123 sgg., che però si limita a considerare solo alcuni testi relativi alla convalida del pegno di cosa altrui, che saranno anche da noi esaminati; e, soprattutto, VOLTERRA, *Osservazioni cit.*, al quale si deve un'acuta ed esauriente indagine critica sulle fonti che riguardano l'argomento.

tutta la infondatezza del presupposto da cui muove lo Schulz.

fr. 41 Dig. XIII, 7.

PAULUS, *libro tertio quaestionum*.

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: [hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur].

L'ultima parte del testo, *hoc enim rell.*, è stata dimostrata completamente interpolata dal Beseler (1). La prima parte, sicuramente genuina, pone il principio che, se viene data in pegno una cosa altrui e questa in seguito diventa proprietà del pignorante, viene concessa al creditore l'azione di pegno in via utile; ciò, viceversa, non av-

(1) *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 82; IV. Tübingen, 1920, p. 123. Indizii: « hoc modo » per « hoc casu »; « competendam » per « dandam »; « eundem debet » per « eundem esse dominum atque eum qui, etc. »; « qui pecuniam debet » per « qui rem obligavit »; « convenisset » per « convenerit »; « ut ex suo mendacio arguatur » e « improbe resistit », espressioni di evidente sapore bizantino. Lo SCHULZ, *op. cit.*, p. 125 e il VOLTERRA, *op. cit.*, p. 68, seguono per questa seconda parte del frammento il BESELER. Il SEGRÈ, *op. cit.*, p. 590, n. 5, (591), ritiene interpolata la frase « sed si rell. ». Il BONFANTE, *Lezioni di dir. rom. nell'Univ. di Pavia*, 1912-1913, p. 211; e in *Corso cit.*, VI, *Le successioni*, Città di Castello, 1930, p. 150, limita l'interpolazione alla frase « nec rell. », che egli dichiara campata in aria, senza soggetto, enfatica e strana nella sua ipotesi del *mendacium* e certamente oscura.

viene se Tizio ha pignorato una cosa di Caio, senza il consenso di questi, e Caio più tardi diventa erede di Tizio.

Questa differenza di trattamento non ha persuaso lo Schulz, il quale, prendendo spunto da una scorrettezza presentata dal testo, vale a dire dall'uso di «non est idem», invece di «idem non est», sostiene che Paolo originariamente avesse dato un'identica soluzione ai due casi, e che sarebbero stati i compilatori a togliere questa uniformità. Per il più preciso accertamento di questo punto, lo Schulz si richiama al

fr. 22 Dig. XX, 1.

MODESTINUS, *libro septimo differentiarum*.

Si Titius, qui rem meam ignorante me creditorum suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus [directo quidem] non conualescit, [sed utilis pigneraticia dabitur creditorum].

La forma interpolatizia tipica «directo quidem ..... sed etc.» è stata rilevata dal Ferrini (1) e dal Di Marzo (2), il quale presenta così il testo genuino:

Si Titio, qui rem meam ignorante me creditorum suo pignori obligaverit, heres extitero, utilis pigneraticia non dabitur actio.

(1) *Pandette*, p. 559, n. 4.

(2) *Postille critiche ed esegetiche*, in *Arch. giur.*, LXX, 1903, p. 531, e *Nota al fr. 41, de pignorat. act.* 13, 7 e *al fr. 22, de pignoribus*, 20, 1, ivi citata, che ci è stato impossibile rintracciare. V. ancora su questo frammento, RABEL, *Grunzüge* cit., p. 495, n. 4; RICCOBONO, in *Z. S. St., R. A.* XLIII, 1922, p. 381; BONFANTE, nella trad. it. del Glück, *Pand.*, XXIX, 1, p. 470; e in *Corso* cit., VI, cit., p. 150; SUMAN, *Saggi minimi di dir. romano*, Roma, 1919, p. 12, n. 9; VOLTERRA, *op. cit.*, p. 69.

Questa ricostruzione, che prova come i compilatori abbiano introdotto nel frammento, contrariamente a quanto decideva Modestino, la convalida del pegno anche in testa all'erede, è pienamente seguita dallo Schulz, il quale fonda su di essa la sua conclusione relativa al passo di Paolo: anche in questo sarebbero stati i bizantini a introdurre il principio della convalida del pegno di cosa altrui col successivo acquisto della proprietà da parte del pignorante (1). Il testo originario avrebbe detto:

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, non datur utilis actio pigneraticia. Idem dicendum est, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero.

Senonchè, come giustamente ha osservato il Volterra (2), lo Schulz, nel trarre le suddette illazioni dai testi esaminati, non ha tenuto conto di un principio del diritto romano, oscuratosi nell'età bizantina, in base al quale — lo riferiamo con le stesse parole del Bonfante (3) — «l'erede non è mai vincolato da un rapporto nullo di fronte al defunto nè è tenuto a rispettare la sua volontà, come sarebbe stato invece tenuto nelle stesse circostanze il defunto a rispettare la propria». Questa regola spiega pienamente la distinzione posta nel fr. 41 Dig. XIII, 7 (Paolo) e confermata dal fr. 22 Dig. XX, 1 (Modestino), in ordine alla convalida del pegno, fra il caso in cui il debitore diventa proprietario e quello nel quale il debitore dà in pegno la cosa di un terzo che poi gli succede come erede; ed essa giustifica nel modo più

(1) In ciò lo SCHULZ si distacca dal BESELER, il quale ammette che Paolo concedesse l'*actio utilis* in entrambi i casi.

(2) *Op. cit.*, p. 71.

(3) *Corso* cit. VI, p. 151.

soddisfacente la negazione al creditore, nel secondo caso, dell'azione di pegno, concessa invece nel primo. Cosicché, si deve ammettere col Volterra, che il pegno di cosa altrui si convalida quando il debitore diventa in seguito proprietario della cosa, mentre, conformemente ai principii classici in ordine alla successione, tale convalida non può aver luogo se il debitore abbia dato in pegno cose dell'erede.

Nè gli altri testi richiamati dallo Schulz riescono a scalzare questa affermazione.

fr. 7 § 2 Dig. XIV, 6.

ULPIANUS, libro vicesimo nono ad edictum.

Sed et si filius familias patre suo relegato vel longo tempore absente dotem pro filia promiserit et rem patris pignori dederit, senatus consultum cessabit. Patris tamen res non tenebitur: plane si patri heres extiterit filius et pignus persequatur, exceptione [doli] <rei pigneratae> summovebitur.

Il testo fa il caso del figlio che dà in pegno la cosa del padre. Il diritto di pegno non sorge validamente; però, se in seguito il figlio diventa erede del padre e persegue la cosa data in pegno, il creditore può respingerlo mediante una *exceptio*. Senonchè, come ha dimostrato il Beseler (1), l'*exceptio* di cui parla il testo non è l'*exceptio doli*, ma l'*exceptio rei pigneratae*. Ciò dimostra che il diritto di pegno è diventato valido col successivo acquisto della cosa da parte del debitore.

L'ultimo testo invocato dallo Schulz è la

(1) *Miscellanea: exceptio doli gegen den vindizirenden Verkäufer*, in *Z. S. St., R. A.*, XLV, 1925, p. 245.

cost. 5 Cod. VIII, 15 (16).

*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. Eutycho.*

Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, [ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneraticiae daretur].

Non è dubbio, dopo la critica del Biondi (1), che la costituzione è stata rimaneggiata dai compilatori. *Ordinaria actio* per indicare l'*actio directa*; *pigneraticia* senza *actio*; *sed tamen aequitatem facere* invece di *sed tamen aequitatem facit*; l'avverbio *facile* (2), dimostrano in modo evidente la natura compilatoria delle parole chiuse fra parentesi quadre. Tuttavia, se ciò ci obbliga a cancellare dal testo genuino la decisione conforme al concetto classico chiaramente espresso nelle fonti sopra esaminate non per questo si deve accettare la ricostruzione dello Schulz, il quale conserva la frase *actionem super pignore non competere*, facendo così negare a Diocleziano, in modo generale, la convalida del pegno di cosa altrui, pel successivo acquisto di essa da parte del debitore (3). Il principio che ammet-

(1) *La convalida del codicillo fatta dall'incapace*, Palermo 1911, pag. 17, n. 1. La tesi del BIONDI è stata accolta dal DI MARZO, op. e loc. cit., p. 531; TAUBENSCHLAG, *Röm. Privatrecht zur Zeit Diocletians*, p. 171; RABEL, *Grundzüge* cit., p. 495, n. 4; BONFANTE, *Corso* cit., VI, p. 150 n. 1; SCHULZ, op. cit., p. 124; VOLTERRA, op. cit., p. 53. Il BESELER, *Beiträge*, IV, p. 129, segna l'interpolazione senza citare il BIONDI.

(2) Notato dal VOLTERRA, op. cit., p. 53.

(3) Il VOLTERRA, dopo avere osservato che una ricostruzione sicura della cost. è quasi impossibile, fa la seguente ipotesi. La questione proposta all'imperatore doveva riguardare, in generale, la convalida del pegno di cosa

te tale convalida risulta sufficientemente dimostrato dai fr. 22, Dig. XX, 1; 41, Dig. XIII, 7; e 7 § 2, Dig. XIV, 6.

§ 5.

Venuto meno il suo presupposto, cade la tesi dello Schulz, come già quella del Göppert. D'altra parte, gli elementi che sono risultati dall'esame delle fonti e dalla critica di entrambe queste opinioni, sono sufficienti per giungere ad una conclusione ben precisa da contrapporre a quelle finora avanzate in ordine alla questione che ci occupa.

Come per il pegno dei frutti connesso con quello sulla cosa fruttifera, così anche nel rapporto sorgente dalla costituzione in pegno dei frutti futuri indipendentemente dalla cosa che li produce, occorre distinguere, sia pel diritto classico che pel diritto giustiniano, il *contractus pigneraticius* dal *ius pignoris*. Il primo spiegava, fin dal momento della sua conclusione, effetti puramente obbligatori fra le parti; per la nascita del secondo, occorre, invece, non soltanto che i frutti fossero separati, ma anche che, dopo tale atto, essi cadessero in proprietà del debitore costituente. Irrilevante era, agli effetti dell'esistenza del diritto reale di pegno, il fatto che, al momento della convenzione, la cosa fruttifera si trovasse o meno in proprietà o in usufrutto del pignorante, oppure che questi avesse o meno una qualsiasi aspettativa giuridica sui frutti di essa. La richiesta di questo elemento sarebbe stata ingiustificata e avrebbe costituito una stonatura di fronte al principio che ammetteva la convalida del pegno di cosa

---

altrui, senza occuparsi particolarmente dell'azione che il creditore poteva promuovere. I compilatori avrebbero voluto meglio specificare e avrebbero dichiarato che era concessa al creditore un'*actio utilis* e non l'azione diretta.

altrui nel caso che il debitore divenisse successivamente proprietario di essa. Non è da credere, però, che quel requisito, del quale si fa espressamente parola nelle fonti, fosse addirittura senza influenza in ogni stadio del nostro rapporto: ciò sarebbe assolutamente inesatto. La collocazione del fr. 11 § 3, Dig. XX, 4 nel titolo *qui potiores in pignore*, ci mostra chiaramente come la proprietà o l'usufrutto della cosa e la legittima aspettativa sui frutti che da tali diritti poteva sorgere nel pignorante, dovesse avere una qualche importanza per quanto riguardava gli effetti del rapporto: sarà, quindi, nel capitolo seguente che questo punto formerà oggetto del nostro esame.

---

---

---

## CAPITOLO QUARTO

### Effetti.

SOMMARIO: § 1. Il *contractus pigneraticius* di fronte agli atti intermedi del debitore, aventi per oggetto la cosa fruttifera; - § 2. e di fronte ad altri atti intermedi dello stesso debitore, aventi per oggetto soltanto i frutti. - § 3. Effetti del *ius pignoris*.

#### § 1.

Lo studio dei principali effetti che si producono con la costituzione in pegno dei frutti, sia questo pegno connesso con quello sulla cosa fruttifera, sia indipendente da esso, ci pone davanti al problema dell'efficacia, rispetto al nostro rapporto, degli atti dispositivi eventualmente compiuti dal pignorante prima della separazione dei frutti e, quindi, anteriori alla nascita del diritto reale di pegno.

I risultati cui noi siamo giunti nel corso del presente lavoro, ci obbligano a dissentire dalle conclusioni alle quali, in ordine a questo punto, è pervenuto lo Schulz (1). Questo Autore, come si ricorderà, costruisce diversamente le due figure che può assumere il rapporto che ci occupa e, per conseguenza, riconnette a ciascuna di esse effetti diversi. Più particolarmente:

a) Nel caso in cui cosa madre e frutti fossero stati pignorati insieme al medesimo creditore, nel diritto clas-

---

(1) op. cit., p. 146 sgg.

sico, il pignoramento dei frutti, secondo lo Schulz, fin dal momento della *conventio*, era efficace di fronte ai terzi quanto il diritto di pegno sulla cosa madre. Era, quindi, indifferente che i frutti stessi, dopo la separazione, cadessero o meno in proprietà del pignorante, il quale poteva, senza arrecare alcun danno al creditore, alienarli, isolatamente o insieme alla cosa fruttifera, costituire un usufrutto su quest'ultima e, in definitiva, disporre di questa e di quelli nel modo che ritenesse più opportuno. In forza del diritto di pegno sulla cosa madre, il creditore pignoratizio acquistava un diritto di pegno sui frutti separati, allo stesso modo che l'usufruttuario acquistava la proprietà dei frutti percetti in forza dell'usufrutto. Tutto ciò sarebbe caduto nel diritto giustiniano, perchè i bizantini non vollero lasciar sussistere il pegno sui frutti, se il debitore, al momento della separazione, non fosse diventato proprietario di essi.

b) Se erano stati pignorati soltanto i frutti e non contemporaneamente la cosa madre, sia nel diritto classico sia nel diritto giustiniano, si attribuiva al rapporto un'efficacia più debole, nel senso che qualunque mutamento nella condizione giuridica della cosa madre coinvolgeva il pegno sui frutti. Viceversa, non esercitava alcuna influenza sulla esistenza di quest'ultimo qualsiasi disposizione intermedia avente per oggetto i soli frutti. Questo principio classico avrebbe suggerito ai compilatori di foggare in corrispondenza ad esso il pignoramento dei frutti che avveniva unitamente al pignoramento della cosa madre.

Senonchè, l'identità di regime che noi abbiamo ravvisato nelle due sudette figure; la distinzione che abbiamo posto in rilievo fra *contractus pignoratitius* e *ius pignoris*; la proprietà del pignorante al momento della separazione, che abbiamo dimostrato essere stata richiesta per i frutti in ogni periodo del diritto romano; e, infine, lo speciale

trattamento fatto dal diritto classico al *partus ancillae*, ci conducono a conclusioni ben diverse da quelle ora esposte. È ovvio, poi, che le stesse ragioni valgono a giustificare il nostro dissenso anche dalla tesi del Göppert (1), il quale, senza distinguere fra costituzione in pegno dei soli frutti e costituzione in pegno di cosa madre e frutti, riconnette all'un caso e all'altro gli stessi effetti che lo Schulz ravvisa, pel diritto classico, nell'ipotesi che cosa madre e frutti erano stati pignorati insieme.

In altri termini, coerentemente a quanto abbiamo sopra sostenuto, noi riteniamo che tutti gli atti dispositivi compiuti dal debitore sulla cosa fruttifera, i quali portassero alla conseguenza di non fare acquistare a lui stesso la proprietà dei frutti al momento della separazione, impedissero anche (diverso, nel diritto classico, il caso di costituzione in pegno della schiava incinta) il sorgere del diritto reale di pegno. Da questo principio, che è in diretta connessione col requisito dell'*in bonis* compreso nella formula dell'*actio Serviana*, discendono i seguenti corollari.

1) Se il debitore, prima della separazione dei frutti, vende la cosa costituita in pegno insieme a quest'ultimi, oppure vende la cosa che dovrà produrre i frutti dati isolatamente in pegno, il diritto di pegno sui frutti non sorge. Alla stessa conclusione si arriva se il pignorante dona il fondo o dispone di esso per legato.

2) Ugualmente, il diritto di pegno non sorge se il debitore, dopo la *conventio*, costituisce un usufrutto a favore di un terzo sulla cosa fruttifera. Nè vale qui la considerazione (2) che i frutti nel momento che intercede fra la separazione e la percezione appartengono al proprietario del fondo e può quindi realizzarsi il requisito dell'*in bonis*. Per l'usufrutto, il momento della perce-

(1) op. cit., p. 234 sgg.

(2) DERNBURG, op. cit., p. 443.

zione dei frutti è il momento della realizzazione e non del sorgere del diritto. In altri termini, già fin dal tempo dell'atto costitutivo del rapporto, l'usufruttuario ha acquistato un diritto a percepire i frutti, in base ad un rapporto reale, la cui efficacia assoluta, erga omnes, non può essere intralciata dal *contractus pignoratiticius* intervenuto fra il proprietario del fondo e il suo creditore. Per quanto, dunque, ci sia un qualche intervallo di tempo nel quale il debitore è proprietario dei frutti pignorati, ciò nonostante, il sorgere del *ius pignoris* è impedito dall'esistenza di un usufrutto, che è già diventato perfetto in un'epoca anteriore e che già, fin da tale epoca, ha cominciato a spiegare gli effetti che gli derivano dalla sua natura di diritto reale.

3) Se il debitore perde il possesso della cosa, bisogna distinguere fra diritto classico e diritto giustiniano. Nel primo, il pegno dei frutti non sorgeva se la cosa cadeva nelle mani di un possessore di buona fede, il quale, in quell'epoca, aveva diritto, come tale, ai frutti separati; sorgeva, invece, se il possessore era in mala fede. Nel secondo, il pegno veniva ad esistenza, sia che il possessore fosse stato in buona o in mala fede: soltanto, il *bonae fidei possessor* era esonerato da ogni responsabilità in ordine ai *fructus consumpti*.

4) Tutte le considerazioni fatte sopra in riguardo alla vendita, alla donazione, al legato, all'usufrutto e alla perdita del possesso della cosa fruttifera, non valevano, nel diritto classico, pel *partus ancillae*, costituito in pegno insieme con la schiava madre. Come si ricorderà, in quell'epoca, il parto della schiava pignorata cadeva anch'esso sotto il medesimo vincolo, *ex lege*: tutte le disposizioni intermedie del debitore, pertanto, si infrangevano contro questo vincolo posto dalla legge. Nel diritto giustiniano, invece, dopo il mutamento operato dai compilatori nel titolo costitutivo del pegno sul *partus ancillae*, valgono per quest'ultimo le stesse norme poste pel pignoramento dei frutti.

5) Il diritto di pegno sorgeva nel caso che al debitore proprietario della cosa fruttifera subentrasse un erede: il diritto di proprietà di questo era considerato equivalente all'analogo diritto del pignorante.

6) Se il debitore, dopo la costituzione del pegno, dà in locazione la cosa fruttifera, il diritto di pegno sui frutti viene ad esistenza. Infatti, sia aderendo alla dottrina dominante, che costruendo l'acquisto dei frutti della cosa locata come acquisto mediante *traditio* o *quasi traditio*, sia accogliendo la recente tesi del Ratti (1), per cui il locatario godrebbe in maniera indipendente dalla volontà attuale del locante, rimane indubitato che il locatario fa suoi i frutti con la percezione. Vi sarà, quindi, un momento, sia pure ideale, fra la separazione e la percezione, nel quale i frutti si troveranno in proprietà del pignorante. Ora, a differenza di quanto avviene nell'usufrutto, base del godimento del locatario, non è un diritto reale, ma soltanto la volontà del locante, sia pure intendendo quest'ultima non come una volontà di trasferire all'atto della percezione, bensì come autorizzazione di godimento espressa all'atto della consegna del fondo locato. Il che vuol dire che, prima della separazione dei frutti sussistono due aspettative basate su diritti non reali — quella del creditore al pegno dei frutti e quella del locatario alla proprietà dei frutti — e deve avere la prevalenza la più antica: cioè quella al pegno sui frutti. Il locatario acquisterà, dunque, i frutti gravati di pegno.

Resta da osservare che, anche nei casi sopra esaminati in cui il diritto reale di pegno non può sorgere perchè il debitore, in un modo o in un altro, si priva volontariamente o comunque per sua colpa, della proprietà dei frutti separati, il *contractus pignoratiticius* è perfettamente valido e fra le parti spiega i suoi effetti. Il che vuol dire che il creditore potrà esperire contro il debitore pignorante

(1) op.e loc. citt.



le azioni da contratto, per ottenere il risarcimento. Lo stesso accadrà se i frutti costituiti in pegno non si produrranno per dolo o colpa del pignorante.

Si deve, infine, ritenere che anche pel pegno dei frutti fossero ammessi alcuni casi di convalida, secondo principii analoghi a quelli che valevano per la convalida di pegno di cosa altrui (1).

§ 2.

Per quanto riguarda gli atti intermedi compiuti dal pignorante, aventi per oggetto i frutti, indipendentemente dalla cosa che li produce, tutto dipende da un problema, su cui dobbiamo intrattenerci preliminarmente.

Abbiamo visto come nei due casi di costituzione in pegno dei frutti, il diritto reale sorga soltanto con la separazione dei frutti medesimi e a condizione che il debitore pignorante ne sia diventato proprietario. Riteniamo, però, che una volta raggiunta la coesistenza di tutti gli elementi necessari ed una volta sorto il diritto reale di pegno, questo spieghi i suoi effetti, non *ex nunc*, ma *ex tunc*, cioè fin dal momento dell'atto costitutivo del rapporto, o, in altre parole, riconnettiamo al nostro rapporto efficacia retroattiva.

Si potrebbe, forse, muovendo dalla considerazione dei negozi giuridici su cose future come negozi condizionati,

(1) Cfr. su questo punto, VOLTERRA, op. cit., p. 65 sgg. Oltre il caso, da noi sopra esaminato (v. retro, p. 92 segg.), in cui il debitore diventa in seguito proprietario della cosa, i giureconsulti classici ammettevano la convalida del pegno di cosa altrui, quando interveniva il consenso del proprietario, interpretando il consenso come mandato a costituire il pegno. I testi classici sono stati rimaneggiati dai compilatori, i quali distinguono se il creditore sia in buona o in mala fede, e dichiarano valido il pegno nei confronti del proprietario della cosa, ove questi abbia agito fraudolentemente nei riguardi del debitore.

invocare, contro questa nostra affermazione, che essa è, in certo modo, in contrasto con i risultati dei più recenti studi, che hanno fatto cadere pel diritto classico il dogma della retroattività della condizione, ed hanno, invece, dimostrato come esso sia di origine quasi certamente giustiniana, o, almeno, postclassica (1). Ma occorre ricordare che, se è indubbiamente esatta l'enunciazione di questo principio come regola generale, questa, per altro, non ha mai costituito, nemmeno pel diritto classico, una norma assoluta e inderogabile e si è sempre riconosciuta ammissibile una diversa volontà delle parti, espressa o presunta. Così, a parte la decisione contenuta nel fr. 42 pr., Dig. XLIV, 7, per cui il *pater familias* acquisterebbe il credito da stipulazione condizionale conclusa dal sottoposto alla sua potestà, anche se *existente condicione* il rapporto di potestà sia cessato (2) abbiamo, per rimanere nel nostro campo, il riconoscimento dell'efficacia retroattiva del diritto di pegno, qualora questo venga costituito a garanzia di un'obbligazione condizionale. Si confronti, infatti, il

fr. 11 § 1, Dig. XX, 4.

GAIUS, *libro singolari de formula hypothecaria*.

Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius

(1) VASSALLI, *Dies vel condicio*, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, XXVII 1915, p. 192 sgg.; RUCCOBONO, *Formazione del dogma della trasmissibilità all'eredità dei rapporti sotto condizione*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo, 1925, p. 365; GUARNERI-CITATI, *Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condicione*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, Milano, 1930, III, p. 447.

(2) Il VASSALLI, op. cit. p. 215, n. 1, non crede che questo principio deponga a favore della retroattività del rapporto condizionale: la decisione non avrebbe potuto essere diversa, in omaggio al principio del diritto di famiglia romano per cui la persona in potestà stipulando non è che la voce del dominus o del pater. Contra: PEROZZI, *Istit.*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1928, I, p. 165, n. 1.

credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Quod et melius est.

Il testo, confermato da un'analogia decisione di Africano, contenuta in fr. 9 §§ 1 e 2, Dig. XX, 4 (1), e, ciò nonostante, ritenuto interpolato dal Vassalli (2), costituisce una deroga al principio della irretroattività del verificarsi della condizione, in base ad una diversa volontà delle parti. Scopo di esse, infatti, è che il pegno prenda grado anteriore a qualsiasi altro diritto di pegno che possa eventualmente costituirsi sulla stessa cosa, prima del verificarsi della condizione: diversamente verrebbe meno, in tutto o in parte, la garanzia cui mirano i contraenti. Ora, ci sembra che anche nella costituzione in pegno dei frutti futuri, debba vedersi una volontà delle parti diretta a fare in modo che il rapporto si trovi nelle condizioni migliori per esplicitare tutta la sua funzione di garanzia: e niente meglio che la retrodatazione degli effetti del diritto reale di pegno, posto in essere con la presenza di tutti i requisiti

(1) AFRICANUS, *libro octavo quaestionum*. § 1. Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, qui postea quicquam debere coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit. § 2. Sed et si heres ob ea legata, quae sub condicione data erant, de pignore rei suae convenisset et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit ac post condicio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.

(2) Il VASSALLI, *op. cit.*, p. 233, dubita che la soluzione del testo introdotta con la formula dubitativa « sed vereor » sia stata sostituita dai compilatori a « idem dicendum est, si ». Il PEROZZI, *op. e loc. cit.*, ritiene invece genuina la frase « sed vereor... melius est », che, come interpolazione, sarebbe troppo ben fatta. Per quanto poi riguarda il fr. 9 §§ 1 e 2, Dig. XX, 4, il VASSALLI riconosce che esso non desta ragioni di sospetto.

voluti della legge potrebbe soddisfare lo scopo delle parti. La retroattività del nostro rapporto può, quindi, essere giustificata dal fatto che l'efficacia *ex nunc* non sarebbe sufficiente ad attuare le finalità patriche cui è diretto il rapporto stesso.

Del resto, a prescindere da queste considerazioni d'indole generale, noi possiamo trovare nelle fonti significative affermazioni, le quali riguardano negozi giuridici aventi per oggetto i *fructus* e i *partus*, e sono, quindi, a preferenza di ogni altra, atte a suffragare la nostra tesi. Più particolarmente e in primo luogo, è da richiamare il

fr. 8 pr., Dig. XVIII, 1 (1)

POMPONIUS, *libro nono ad Sabinum*.

Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.

In questo testo, Pomponio, pur subordinando il perfezionamento del contratto di compra vendita dei frutti o del parto di una schiava alla separazione degli uni e alla nascita dell'altro, fa decorrere gli effetti del contratto stesso

(1) Non crediamo che il testo sia stato rimaneggiato dai compilatori, e ci sembra pertanto da respingere la ricostruzione fattane dal BESELER, *Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen röm. Rechte*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, VIII, 1928, p. 287: < Sabinus ait: > nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. < itaque, si fructus aut partus futuri venierint, tunc venditio perfici intellegitur, cum fructus maturi fiunt aut partus eduntur. Quod si dolo malo venditoris sit, quominus partus nascantur aut fructus maturi fiant, de dolo malo agendum erit. Ille putat etiam eo nomine > [—] ex empto agi posse. Confr. su questo testo anche PRINGSHEIM, in *Z. S. St., R. A.* 44, 1924, p. 430, n. 7.

fin dal momento della conclusione di esso. E questa decisione è importantissima perchè autorizza la formulazione di un principio generale, per cui tutti i negozi giuridici aventi per oggetto cose future, una volta diventati perfetti, agiscono con efficacia retroattiva. Si deve, quindi, ritenere che anche il pegno costituito sui frutti o sul parto della schiava, debba essere sottoposto allo stesso trattamento: per tale rapporto, anzi, il fine della garanzia, che esso si propone, rende già da se stesso giustificabile la retrodatazione degli effetti, a prescindere dall'esistenza di una regola più ampia applicabile a tutte le *res futurae*.

Del resto, argomentando *a contrario* dal frammento di Pomponio, in materia di compravendita, possiamo giungere ad una conferma delle affermazioni fatte sopra. Infatti, se Tizio, dopo aver costituito un diritto di pegno a favore di Caio, sui frutti del proprio fondo, vende ad un terzo i frutti medesimi, prima della separazione di essi, poichè è certo — lo dice il fr. 8, Dig. XVIII, 1 — che gli effetti della vendita sono retrodatati al momento della sua conclusione, si dovrebbe ammettere, ove non si accettasse la nostra tesi, che il pegno dei frutti non sorge per mancanza di un requisito essenziale: la proprietà del debitore al momento della separazione. Ora ciò è smentito chiaramente dal noto fr. 62 § 8, Dig. XLVII, 2 di Africano, il quale, come abbiamo veduto, riconosce valido il pegno costituito dal locatario in favore del locante sui frutti del fondo locato, anche se il locatario ha successivamente venduto i frutti medesimi, prima della separazione. Il che dimostra come anche gli effetti del pegno vengano retrodatati al momento della costituzione del rapporto, e quindi ad un'epoca anteriore a quella in cui è avvenuta la vendita dei frutti.

Infine, la collocazione del fr. 11 § 3, Dig. XX, 4 di Gaio nel titolo *qui potiores in pignore* e il contenuto dei precedenti paragrafi dello stesso frammento, costituiscono

ancora una prova in favore della retroattività. In tutto il testo, infatti, non si fa che parlare della priorità dei diritti di pegno, e si riconosce fra l'altro, efficacia retroattiva ad un tale diritto costituito a garanzia di un credito condizionale; il § 2, poi, decide diversamente pel pignoramento degli *invecta et illata*, nel senso che per questo si fanno datare gli effetti del contratto dall'effettiva illazione, e nel § 3 — che più direttamente ci interessa — si dice:

Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint pignori aequae quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.

Una logica interpretazione del testo non può non collegare questa parte con quanto immediatamente precede, e non può portare ad una soluzione diversa dalla seguente: ove il debitore costituente il pegno sui frutti o sul *partus ancillae* avesse avuto, *conventionis tempore*, la proprietà del fondo o della schiava madre, oppure, limitatamente al primo, l'usufrutto di esso, il diritto di pegno avrebbe avuto efficacia retroattiva.

Con ciò crediamo di avere non soltanto una prova della veridicità della nostra tesi in materia di effetti del pegno sui frutti, ma anche una conferma dell'affermazione fatta nel precedente paragrafo, quando abbiamo negato che l'aver o meno un'aspettativa giuridica sui frutti o sul parto al momento del contratto, avesse potuto spiegare un'influenza decisiva sulla nascita del diritto reale. Unico requisito imposto alla validità di quest'ultimo era — come abbiamo dimostrato — che il pignorante fosse proprietario al momento della separazione: un diritto di proprietà o di usufrutto al momento della stipulazione,

era rilevante soltanto per gli effetti del rapporto e serviva a determinare se questo dovesse avere o meno efficacia retroattiva.

Così, ritornando al punto di partenza, cioè alle relazioni fra il *contractus pigneraticius*, avente per oggetto i frutti, e gli atti dispositivi compiuti dal debitore in ordine a questi ultimi isolatamente, dopo la stipulazione del contratto, ma prima della separazione dei frutti medesimi, siamo in grado di formulare una regola generale. Poichè, una volta venuto ad esistenza, il diritto reale di pegno spiega i suoi effetti retroattivamente sin dal momento del titolo costitutivo del rapporto, esso prende sempre data anteriore a tutti gli atti cui abbiamo qui accennato, ed ha su di essi la prevalenza. È questo il principio secondo il quale le fonti, come abbiamo visto, decidono l'unico caso da esse preso in considerazione in tale materia, quello, cioè, della vendita dei frutti fatta dopo la loro costituzione di pegno.

§ 3.

Dal momento in cui, cadendo i frutti separati in proprietà del debitore, sorge, sulla base del *contractus pigneraticius*, il diritto reale di pegno, cominciano ad esplicarsi, con l'efficacia retroattiva che abbiamo veduto, tutti gli effetti normali del diritto di pegno e al pignoratario vengono a spettare le facoltà, le attribuzioni, gli obblighi, le azioni che la legge accorda ad ogni creditore pignoratizio.

Senza indugiarcene partitamente su di essi, è da rilevare che, nel caso in cui siano stati costituiti in pegno cosa fruttifera e frutti, il pignoratario, al quale sia stato trasferito il possesso della cosa, ha l'obbligo di amministrare la cosa stessa entro i limiti e gli scopi della sua con-

servazione e di usare la comune diligenza perchè si producano i frutti. Inoltre, egli dovrà curare la conservazione di questi ultimi, e, ove si tratti di frutti deteriorabili, o destinati normalmente alla vendita, dovrà procedere agli atti di amministrazione necessari. Naturalmente, il ricavato dalla vendita ed i frutti civili pervenuti nelle mani del creditore, dovranno essere imputati a scomputo del credito garantito.

Ciò si desume dai seguenti passi:

fr. 23 pr., Dig. XX, 1.

MODESTINUS, *libro tertio regularum*.

Creditor praedia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit.

cost. 1, Cod. IV, 24.

Imp. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Metrodoro*.

Fructus ex piguore percepti in debitum computantur, et cum totum debitum adaequant, actio tollitur et pignus redditur. Cum vero fructus debitum etiam excedunt, qui superant redduntur.

cost. 1, Cod. VIII, 27.

Imp. ALEXANDER A. *Pacatae*.

Fundum pignori obligatum, si creditor ex fructibus debitum persecutus est, cum ipso iure pignus obligatione liberatum sit, distrahere minime potest.

È noto che, movendo da questa necessità di imputazione dei frutti nel senso accennato, il Manigk (1) ha so-

(1) op. cit., p. 52 sgg. A conclusioni in certo senso analoghe perviene, come abbiamo visto (v. retro, p. 32 sgg.), il CHLAMTACZ, op. cit., p. 45 sgg.

stenuto l'esistenza di una funzione autosatisfattoria del pegno fruttifero in base alla quale il creditore pignoratorio, come tale, avrebbe diritto alla proprietà dei frutti. Senonchè, a provare la inesattezza di questa affermazione sulla quale, in questi nostri brevi appunti, non possiamo fermarci a lungo (1), basti rilevare come le fonti, già anche da noi esaminate, nel corso del nostro studio, parlino sempre di pegno dei frutti, e non mai di proprietà dei frutti del pegno; ed è poi vano l'espedito, cui ricorre la dottrina contraria, di riferire i testi al solo caso del pignoratorio che non possenga. In secondo luogo, come ha osservato il Ratti (2), se veramente il creditore avesse diritto ai frutti del pegno, non si spiegherebbe la decisione del

fr. 1 § 15, Dig. XLI, 2.

PAULUS, libro quinquagesimo quarto ad edictum.

Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem), nec creditor, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat.

Infatti, se il pegno avesse quella funzione autosatisfattoria veduta dal Manigk, il pignoratorio dovrebbe acquistare il possesso per mezzo della schiava pignorata, così come l'acquistano, per mezzo del servo, l'usufruttuario e il possessore di buona fede; e non si arriverebbe alla grave conseguenza dell'impossibilità di un acquisto

---

(1) Ci rimettiamo, in ordine ad essa, alla confutazione, che ne fa il RATTI, *Note esegetiche sui cosiddetti frutti percipiendi*, in *Annali delle Università toscane*, N. S., XIV, 1930, p. 71 sgg.

(2) *ivi*, pag. 73.

del possesso, così a favore del debitore, come a favore del creditore.

In conclusione, il creditore pignoratorio non può vantare alcun diritto di proprietà sui frutti del pegno, e, se i testi dicono che, quando la somma ricavata dai frutti raggiunge l'ammontare del credito, è tolta al pignoratorio l'azione derivante da esso, ciò non costituisce affatto una prova della tesi del Manigk: si tratta, nel caso, di una estinzione del debito *ope exceptionis*, e non di una estinzione *ipso iure*, come dovrebbe avvenire se il pignoratorio avesse acquistato in proprietà i frutti.

---

---

## FONTI CITATE

---

- Paul., Sententiae, 11, 5, 2. p. 4, 10, 11, 12, 23, 27, sgg.  
Inst., II, 1 §§ 31 e 32. p. 87.  
Dig., I, 5, fr. 26. p. 60.  
VI, 1, fr. 44. p. 32.  
VII, 1, fr. 58. p. 82.  
VII, 4, fr. 13. p. 57.  
X, 1, fr. 4 § 2. p. 57.  
X, 2, fr. 35. p. 55.  
X, 3, fr. 13 pr. p. 87.  
XIII, 7, fr. 18 § 1. p. 63 sgg., 70.  
XIII, 7, fr. 18 § 2. p. 4, 13, 25, 28, 58, 61 sgg., 68, 70.  
XIII, 7, fr. 18 § 3. p. 4, 13, 15 sgg., 28.  
XIII, 7, fr. 41. p. 93, 95, 98.  
XIV, 6, fr. 7 § 2. p. 96, 98.  
XVIII, 1, p. 8 pr. p. 109, 110.  
XIX, 1, fr. 40. p. 38, 37.  
XIX, 2, fr. 19 § 1; p. 82.  
XIX, 2, fr. 24 § 1. p. 91.  
XIX, 2, fr. 53. p. 91.  
XX, 1, fr. 1 § 2. p. 5, 13, 14 sgg., 42 sgg., 63, 70, 74.  
XX, 1, fr. 11 § 2. p. 83.  
XX, 1, fr. 13 pr. p. 5, 13, 18 sgg.  
XX, 1, fr. 15. p. 38, 79 sgg., 84, 86.  
XX, 1, fr. 16 § 4. p. 5, 13, 17 sgg.  
XX, 1, fr. 21 § 1. p. 40, 56.  
XX, 1, fr. 22. p. 94, 95, 98.  
XX, 1, fr. 23. p. 113.  
XX, 1, fr. 26 § 2. p. 5, 13, 21 sgg.  
XX, 1, fr. 29 § 1. p. 6, 13, 20, 21, 23 sgg., 26, 28, 53, 54, 58, 68 sgg., 75.

- XX, 1, fr. 32. p. 65.  
XX, 1, fr. 34 § 2. p. 41, 74  
XX, 4, fr. 9 §§ 1 e 2. p. 108.  
XX, 4, fr. 11 § 1. p. 107.  
XX, 4, fr. 11 § 3. p. 81, 84, 86, 99, 110, sgg.  
XXII, 1, fr. 25 § 1. p. 57.  
XXII, 1, fr. 28. p. 57.  
XXXIII, 7, fr. 12 § 11. p. 38.  
XXXIII, 7, fr. 29. p. 55.  
XXXXIX, 2, fr. 9 § 2. p. 87.  
XL, 5, fr. 26 § 2. p. 6, 13, 22.  
XLI, 1, fr. 7 § 13. p. 87.  
XLI, 1, fr. 8. p. 87.  
XLI, 1, fr. 26 § 2. p. 87.  
XLI, 1, fr. 40. p. 57.  
XLI, 2, pr. 1 § 15. p. 114.  
XLI, 3, fr. 4 § 19. p. 57. 59.  
XLII, 8, fr. 25 § 6. p. 38.  
XLII, 33, fr. 1 pr. p. 6, 13, 21, 26, 53, 54, 58, 65 sgg., 70, 71, 73.  
XLIV, 7, fr. 42 pr. p. 107.  
XLVII, 2, fr. 48 § 5. p. 59.  
XLVII, 2, fr. 48 § 6. p. 57.  
XLVII, 2 fr. 62 (61) § 8. p. 38, 88 sgg. 110.  
L, 17, fr. 10. p. 62.  
Cod. IV, 24, c. 1. p. 113.  
VIII, 14, c. 3. p. 7, 9, 13, 14, 19 sgg., 24, 28.  
VIII, 15 (16), c. 5. p. 37.  
VIII 24 (23), c. 1. p. 7, 10, 13, 21, 23, 26, 28.  
VIII, 27, c. 1. p. 113.  
VIII, 27, c. 12. p. 67.  
Lib. Siro-romano. L. 99 Arm. 133. p. 29 sgg.

---

## AUTORI CITATI

---

- ACCURSIO, p. 44.  
ALBERTARIO, p. 16, 21, 60, 72, 76 sgg.  
ALIBRANDI, p. 17.  
ARANGIO RUIZ, p. 39.  
BACHOFEN, p. 10, 49.  
BACKE, p. 10, 36, 46, 47.  
BACOVIO, p. 45.  
BARON, p. 67.  
BASANOFF, p. 13.  
BERGER, p. 11.  
BESELER, p. 16, 17, 72, 87, 93, 95, 96, 97, 109.  
BETHMAN - HOLWEG, p. 45.  
BETTI, p. 17.  
BIONDI, p. 17, 97.  
BONFANTE, p. 72, 90, 93, 94, 95, 97.  
BOYER, p. 87.  
CARUSI, p. 42, 43, 44, 45, 46, 48, 50.  
CHLAMTAZ p. 1, 11, 12, 15, 16, 17, 19, 21, 23, 24 sgg., 32 sgg., 37, 49.  
55, 57, 61, 63, 64, 65, 67, 69, 80, 113.  
CUIAGIO, p. 46.  
CZYHLARZ. p. 49, 51, 72, 90.  
DAUDERT, p. 10, 65.  
DEGENKOLB, p. 90.

DERNBURG, p. 9, 30, 36, 47, 48, 58 sgg., 61, 64, 70, 103.  
DE RUGGIERO, p. 67.  
DI MARZO, p. 94, 97.  
  
EBRARD, p. 17, 18, 21, 80.  
EISELE, p. 15, 72.  
ERMAN, p. 21.  
EXNER, p. 80, 90.  
  
FABER, p. 17, 46, 49, 51, 61.  
FADDA, p. 60, 87.  
FEHR, p. 15, 21, 80, 83.  
FERRINI, p. 49, 94.  
FRANCKE, p. 10, 17, 21, 36, 43, 47, 61, 63, 65.  
  
GESTERDING, p. 36, 45, 51.  
GLUECK, p. 44.  
GMELIN, p. 44, 92.  
GOEPPERT, p. 7, 85, 86 sgg., 98, 103.  
GOESCHEN, p. 36.  
GUARNERI CITATI, p. 55, 72, 107.  
  
HEIMBACH, p. 36, 43, 47.  
HERZEN, p. 15, 39.  
HEUMAN-SECKEL, p. 55, 72.  
HUSCHKE, p. 10, 36, 39, 60, 61, 62, 63, 65, 82, 92.  
  
JANKE, p. 8, 36, 45.  
JENSIUS, p. 44.  
  
KARLOWA, p. 39, 40, 90.  
KELLER, p. 67.  
KRIES, p. 23.  
KRUEGER H., p. 52.  
  
LAURIA, p. 12.  
LEFÈVRE, p. 52.  
LENEL, p. 39, 49, 66, 72.  
LEVY E., p. 17.

LEVY S., p. 92.  
  
MANCALEONI, p. 38, 49, 55, 57, 87.  
MANIGK, p. 16, 21, 39, 48, 50, 72, 80, 113, 144, 115.  
MENCKE, p. 92.  
MEYER, p. 92.  
MITTEIS, p. 17.  
MOMMSEN, p. 82.  
MUELLER, p. 92.  
  
OERTMANN, p. 72, 73, 85.  
  
PAMPALONI, p. 80.  
PARTSCH, p. 49.  
PERNICE, p. 17, 49, 60.  
PEROZZI, p. 60, 107, 108.  
PETRONI, p. 39.  
PRINGSHEIM, p. 27, 80, 87, 109.  
PUCHTA, p. 8.  
  
RABEL, p. 60, 94, 97.  
RATTI, p. 60, 90, 105, 114.  
RICCOBONO, p. 17, 72, 94, 107.  
ROSSI, p. 43, 46, 48.  
RUDORF, p. 39.  
  
SCHEURL, p. 51.  
SCHILLING, p. 36.  
SCHULZ, p. 1, 9, 10, 15, 17, 18, 19, 21, 29, 30, 37, 44, 49, 52  
sgg., 61, 63, 66, 69, 72, 73, 80, 81, 83, 85 sgg., 87, 89, 90, 91 sgg.,  
98, 101, 102.  
SCHWEPPE, p. 36.  
SEGRÈ, p. 30, 93.  
SIBER, p. 43, 49, 51, 52.  
SINTENIS, p. 36.  
SOKOLOWSKI, p. 11.  
SUMAN, p. 94.  
  
TAUBENSCHLAG, p. 97.  
TROTSCHKE, p. 92.



VANGEROW, p. 48, 61, 90.

VASSALLI, p. 107, 108.

VOET, p. 36, 61.

VOLTERRA, p. 40, 42, 43, 44, 48, 49, 55, 56, 66, 80, 84, 92, 93 sgg.: 106.

WARKOENIG, p. 8, 21, 36, 43, 47, 61.

WESTPHAL, p. 36.

WINDSCHEID, p. 90, 92.

WLASSAK, p. 39.

ZIEBARTH, p. 90.

SEMINÁRNÍ  
Hist.-práv.



KNIHOVNA  
oddělení

REV15

ÚK PrF MU



3129S04771