

14-C-531

Dott. EDOARDO CARRELLI

Assistente alla cattedra di Papirologia Giuridica nella Università di Roma

SULLA ACCESSORIETÀ DEL PEGNO

nel diritto romano

In v. čís: 641

Sign: 503



ROMA
TIPOGRAFIA AGOSTINIANA
1934

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRAVNICKÉ FAKULTY
STARÝ FOND 04768
Č. inv.:

Koupi od M. Vokac
Darem od _____
v Brně za Kčs 45-
Inv čis: 33. 148
Sign:

I) Si chiama *actio pigneraticia in rem* o quasi *Serviana* ⁽¹⁾ quella azione *in factum* concessa dal pretore a tutela della garanzia reale costituita mediante pegno; è controverso se, a fianco alla formula *in factum concepta*, ve ne fosse anche un'altra *in jus ex fide bona*.

⁽¹⁾ Si ignora l'epoca cui va fatta risalire questa azione, nè il nome di *actio Serviana* ci dà alcun lume, non essendo riusciti i tentativi di attribuirle all'uno o all'altro dei giuristi di tal nome (secondo JÖRS, *Röm. Rechtswiss. zur Zeit der Republik*, I pag. 153, sarebbe S. Sulpicio Galba pretore nel 567 di Roma, ma a ciò si può obiettare (GIRARD, *Cours*⁸ pag. 818) che essa non può essere anteriore alla *lex Aebutia*; secondo il BRAEMER, *Iurispr. antehadr.* pag. 219, sarebbe S. Sulpicio Rufo contemporaneo di Cicerone: questi però fu soltanto *praetor quaestionum* e non *praetor urbanus* (CICERONE, *pro Murena* 40 21; cfr. GLÜCK, *Pandekten* XIV pag. 14), secondo il VOIGT, *Das Pignus der Römer* pag. 363 e sgg., ma senza addurre alcuna prova, sarebbe S. Sulpicio Galba avo dell'imperatore omonimo (cfr. SCHULIN, *Lehrb. der Gesch. des Röm. Recht* pag. 245 n. 5; NABER, *Observatiunculae, Mnemosyne* n. s. 38 pag. 221 e sgg.).

L'assoluta mancanza di qualsiasi accenno ad un *Edictum de pignoribus* ha indotto il WŁASSAK (*Edikt und Klageform* pag. 127 e sgg.), seguito dal MANICK (*pfandrecht. Untersuch.* I pag. 99), e dal LENEL (*Ed. perpetuum*³ pag. 473), ad avanzare l'ipotesi dell'inesistenza di un apposito *edictum*, e ciò perchè l'azione sarebbe anteriore all'epoca in cui i pretori incominciarono a servirsi della forma edittale, cosicchè si sarebbero poi limitati ad inserirla in calce all'*interdictum Salvianum*, che, nella sua qualità di interdetto funzionava sia da formula sia da editto.

Contro questa ipotesi cfr. HERZEN (*L'origine de l'hyp. romaine* pag. 188 e sgg., che, ammettendo l'inesistenza dell'*Edictum*, nega che l'azione possa farsi risalire oltre i primi anni dell'impero (cfr. anche GIRARD, op. e pag. cit.; CUQ, *Cours* pag. 665 n. 3); in realtà l'antiorità dell'*actio Serviana* all'*interdictum Salvianum* è a priori da escludere, però non si può accertare con precisione neanche l'epoca cui va fatto risalire

Il LENEL ritiene che la formula *in factum* fosse costuita dalle seguenti parti ⁽²⁾:

questo interdetto, non potendosi accogliere l'ipotesi dell'HUSCHKE (*Studien* pag. 373 e sgg.; cfr. anche VOIGT, op. cit. pag. 261; CUQ, *N. R. H.* 1884 pag. 56), per il quale ne sarebbe autore M. *Salvius Otho* avo dell'imperatore omonimo (cfr. GIRARD, op. e pag. cit.); ad ogni modo, avendo la famiglia dei Salvii raggiunto gli *honores* solo sulla fine della repubblica, è da escludere che tanto l'I. S. quanto l'A. S. vadano fatti risalire oltre quest'epoca (RUDORFF, *De juris dictione edictum* pag. 233 n. 1).

L'ipotesi del WLASSAK è stata poi totalmente contestata dal KARLOWA (*Röm. Rechtsgeschichte* II pag. 1278), per il quale l'azione sarebbe un prodotto non dell'attività del *praetor urbanus*, ma del *praetor peregrinus*, e solo più tardi sarebbe stata inserita nell'*Edictum* del primo, ove di conseguenza le sarebbe mancato un *Edictum* apposito, essendo stata posta in calce all'interdetto Salviano, cosicchè i giuristi, che, come Paolo ed Ulpiano, commentavano l'editto del pretore urbano, potevano commentare la formula dell'azione, ma non l'*Edictum*, che li mancava, avendo la sua sede altrove.

Anche la natura di questa azione è controversa; normalmente la si ritiene, e come tale è indicata anche dalle fonti, una azione *in rem* ma questa concezione è stata recentemente negata dall'ALBERTARIO (*In tema di classificazione delle azioni, Rivista di dir. proc.* V pag. 190), per il quale A. tanto l'*actio Serviana*, quanto la *quasi Serviana* sarebbero state concepite come azioni reali soltanto dalla dogmatica giustiniana (cfr. contro SERÈ, *Rend. Acc. Naz. dei Lincei* VI, 5 fasc. 1 2 pag. 31; *B. I. D. R.* 41 pag. 81 e sgg., il quale mantiene fermo, sin dal diritto classico, il principio del carattere reale di queste azioni); la tesi dell'ALBERTARIO è stata parzialmente ripresa dal LA PIRA, che distingue fra azioni *in rem* in senso stretto, e cioè quelle azioni poste a tutela di un *jus in rem*, e nella cui *intentio* vi è l'affermazione di questo diritto, e azioni *in rem* in senso lato, tra le quali rientrano in genere tutte le azioni e gli stessi interdetti, che sul fondamento di una concessione pretoria possono essere esperite contro qualsiasi terzo possessore di una cosa corporale, e che hanno come scopo l'acquisto del possesso di una cosa (LA PIRA, *La struttura classica del pignus, Studii in on. di Cammeo* II pag. 3 e sgg.; *Studii sulla struttura classica della conventio pignoris, Studii Senesi* 47, 1 pag. 61 e sgg., specialmente pag. 72 n. 2; cfr. anche *Studii in mem. di U. Ratti*, pag. 227 e sgg.).

⁽²⁾ LENEL, *E. P.* pag. 473 e sgg.; i precedenti tentativi di ricostruzione possono ormai venir trascurati; cfr. ad ogni modo HUSCHKE, *Studien* cit. pag. 168 e sgg.; *Zsch. für Civilrecht* XX pag. 168; BACHOFEN,

a) *intentio dati pignoris propter pecuniam debitam* ⁽³⁾; b) affermazione che *tunc conveniebat rem in bonis debitoris fuisse*; c) affermazione che *eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum neque per A.^m A.^m stare quo minus solvatur* ⁽⁴⁾; d) clausola arbitraria di restituzione ⁽⁵⁾; e) *condemnatio*.

Il testo sarebbe quindi il seguente ⁽⁶⁾:

« Si paret inter A.^m A.^m et L.^m T.^m convenisse ut ea res qua de agitur A.^o A.^o pignori esse ⁽⁷⁾ propter pecuniam debitam ⁽⁸⁾, eamque rem tum conveniebat in bonis L.¹ L.¹ fuisse, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum ⁽⁹⁾ neque per A.^m A.^m stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrato tuo restituetur, quanti ea res erit iudex N.^m N.^m A.^o A.^o c.s.n.p.a.

II) Questa ricostruzione pone in evidenza il carattere accessorio del pegno, costituito *propter pecuniam de-*

Pfandrecht pag. 48 e sgg.; RUDORFF, *Zsch. für gesch. Rechtswiss.* XIII pag. 226; *de juris dictione edictum* pag. 273; KELLER, *Krit. Jahrbüch.* XI pag. 279; KELLER WACH, *Das röm. Civilproc.* pag. 178; DERNBURG, *Pfandrecht* I pag. 81; FRANCKE, *civ. Abhandl.* pag. 103.

⁽³⁾ Secondo il KELLER (op.cit.), l'*intentio* era basata non sulla *conventio pignoris*, ma sulla *obligatio rei*.

⁽⁴⁾ Secondo il THON (*Zur Lehre von den in factum Aktionem, Zsch. für Rechtsgesch.* II pag. 263 e sgg.), questa clausola non faceva parte dell'*intentio*, ma costituiva una *exceptio*; cfr. infra pag. 16 n. 32.

⁽⁵⁾ Secondo il BACHOFEN e il RUDORFF (opp. citt.) la clausola era alternativa (*nisi restituat aut pecuniam solvat*).

⁽⁶⁾ Si noti che il LENEL ricostruisce la formula della *Quasi Serviana*, non della *Serviana*, della quale abbiamo notizie troppo scarse; in complesso può essere per quest'ultima accolta la ricostruzione del RUDORFF (*de juris dictione edictum* pag. 283).

⁽⁷⁾ A differenza della precedente ed. abbiamo qui solo *pignori*, in luogo di *pignori hypothecae*, avendo il LENEL aderito all'ipotesi del MANNICK, per il quale questa espressione sarebbe postadrianea.

⁽⁸⁾ Secondo il KELLER (op. cit. pag. 156), *ob pecuniam promissam*, secondo il DERNBURG (op. cit. pag. 81), *propter pecuniam creditam*, secondo il RUDORFF (op. cit. pag. 234), *propter pecuniam certam creditam*.

⁽⁹⁾ Secondo il BACHOFEN (op. cit. pag. 49), *satisdatum*.

bitam, carattere che ci viene confermato da numerosi testi, ove vien detto che il pegno è costituito *propter aliquam obligationem* ⁽¹⁰⁾, o, con riferimento al mutuo, *propter pecuniam debitam* ⁽¹¹⁾, o per gli interessi di essa ⁽¹²⁾, o, trattandosi di *invecta* e di *illata, pro pensionibus* ⁽¹³⁾.

L'esistenza di questo rapporto di accessorietà è principio accolto senza discussione, è invece controverso sino a qual punto il pegno debba essere concepito come accessorio, e se esso possa in qualche modo avere caratteri di vita autonoma.

La formula, dicendoci nella sua prima parte che la *conventio pignoris* avviene *propter pecuniam debitam*, fissa sì il principio della accessorietà, ma non ci dice se sia ammissibile una sopravvivenza del pegno all'obbligazione principale, mentre, accettando questa ipotesi, il suddetto principio verrebbe a ridursi in ben più ristretti limiti, e con carattere piuttosto genetico che funzionale.

Ciò viene esaminato nella seconda parte della formula (*eamque... solvatur*). Il pretore elenca tre cause di estinzione: la *solutio*, cioè, come normalmente si ritiene, il soddisfacimento dell'obbligazione principale; la *satisfactio*, cioè la sostituzione della garanzia reale con quella personale; la mora del creditore. E' opinione abbastanza diffusa che, se l'obbligazione principale si è estinta in seguito ad una circostanza estranea alle sopra elencate, il pegno sopravviva; in tal caso il principio di accessorietà va accolto secondo una interpretazione piuttosto restrittiva, ammettendo cioè la necessità dell'obbligazione principale perchè il pegno possa essere costituito, ma non perchè possa per-

⁽¹⁰⁾ D. 20 1 14; h. t. 5 pr.; h. t. 5 2.

⁽¹¹⁾ D. 20 1 1 4; D. 20 4 9 2; D. 13 7 9 1; h. t. 34; h. t. 39.

⁽¹²⁾ D. 20 1 13 6.

⁽¹³⁾ D. 20 2 9; h. t. 2.

durare, avendo esso proprie cause di estinzione già elencate nella formula ⁽¹⁴⁾.

A questa opinione fa contrapposto un'altra ⁽¹⁵⁾, che recentemente è stata svolta a fondo e con copia di argomenti dal RATTI ⁽¹⁶⁾. Questo autore ritiene che la clausola *eamque pecuniam* etc. non abbia quello che nel diritto classico era lo specifico significato di *solvere*, cioè, pagare, ma quello che era il suo significato originario sciogliere, e quindi liberare, significato che essa del resto non ha mai del tutto perduto. Ed infatti, egli osserva, secondo una mentalità propria a tutti i popoli primitivi, tendenti a materializzare i concetti più astratti, il diritto quiritario aveva concepito l'obbligazione come un legame ⁽¹⁷⁾, per il quale il

⁽¹⁴⁾ DERNBURG, op. cit. pag. 515; SAVIGNY, *System V* pag. 386; SIMON, *Arch. für civ. Praxis* XLI pag. 56 e sgg.; BÜCHEL, *Civilrechtl. Erörterungen* I pag. 144; BECKER, *Jahrb. für gem. Recht* IV pag. 417; SCHWARNERT, *Naturalobligationen* pag. 395 e sgg.; SCHOTT, *Jahrb. für Dogmatik* XV pag. 52; WOLFF, *Kam nach. gem. Recht das Pfandrecht die Pfandforderung überleben*; WINDSCHEID, *Pandekten* I pag. 1852; REIN, *Civilprocess* pag. 363; PETRONI in *Glück it.* XIII pag. 452; GIRARD, *Cours* cit. pag. 832; CUQ, *Cours* cit. pag. 668; PEROZZI, *Istituzioni* ² I pag. 374; ARANCIO RUIZ, *Istituzioni* ² pag. 244; LEVY, *Konkurrenz* I pag. 361; HUVELIN, *Cours* I pag. 374.

⁽¹⁵⁾ BONFANTE, *Istituzioni* ⁹ pag. 441, 442; PUCHTA, *System* II pag. 264; SIBER, *Rom. Recht* II pag. 127; MAY, *Elements de droit romain* pag. 512.

⁽¹⁶⁾ RATTI, *Sull'accessorietà del pegno*, Macerata 1927.

⁽¹⁷⁾ MITTEIS, *Privatrecht* I 153; MARCHI, *Storia e comm. dell'obbl. rom.* pag. 60 e sgg.; PEROZZI, op. cit. II pag. 3 e sgg., il quale definisce l'obbligazione come « l'asservimento giuridico personale costituito dal dovere una persona fare una prestazione ad un'altra »; cfr. la definizione datane in Inst. III 13 pr.: « *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura* », definizione che, secondo il FERRINI (*B.I.D.R.* 13 pag. 172), è da attribuirsi a Fiorentino, secondo il KÜBLER (*Z. S. S.* 23, pag. 519) e il MARCHI (*B.I.D.R.* 29 pag. 52), a Papiniano. Cfr. anche AMIRA, *Nordgerm. Obligationenrecht* 2, pag. 153.

Su tal punto si noti poi quello che si ritiene il più antico contratto formale, il *nexum*; nella vastissima letteratura intorno a questo istituto

creditore teneva avvinto a sè il debitore, e questi a sua volta teneva costretta presso di sè la cosa dovuta, la cui sede naturale era il creditore; tanto l'uno che l'altro concetto, secondo il RATTI, appaiono numerose volte nelle fonti più arcaiche.

Di conseguenza per il RATTI la frase *eamque pecuniam* etc. significa la liberazione del denaro dai vincoli coi quali lo teneva avvinto compiuta dal debitore non soltanto mediante la consegna al creditore, ma in qualsiasi altro modo, poichè, scomparso l'obbligo di consegnarlo, è evidente che la sua sede naturale diventa il debitore stesso. È evidente che, ammesso tutto ciò, la frase in questione verrebbe ad indicare non solo l'estinzione per adempimento, ma l'estinzione in genere dell'obbligazione.

Da tutto ciò il RATTI deduce che, essendo condizione per l'esperibilità dell'azione la non avvenuta liberazione, il concetto di accessorietà acquista una portata molto maggiore, poichè qualsiasi modo di estinzione dell'obbligazione principale ha come necessaria conseguenza l'estinzione del diritto di pegno.

cfr. HUSCHKE, *Ueber das Recht der Nexum*; BACHOFEN, *das Nexum*; GRAUD, *Des nexi et de la cond. des deb. chez les Romains*; BECKER, *Actionem*; per un riassunto della più antica dottrina DANZ, *Lehrbuch* II pag. 21 e sgg.; per la più recente, gli studi del MITTEIS, del MOMMSEN, del BECKER, del KÜBLER sulle annate 22, 23, 25, della *Zsch. Savigny*, ed inoltre SCHLOSSMANN, *Das nexum*; HUVELIN, in *Daremborg Soglio sub v. nexum*; *Année sociologique* XI pag. 234 e sgg.; XII pag. 482; EISELE, *Studien* pag. 1 e sgg.; PACCHIONI, *Melanges Girard* II pag. 309 e sgg.

Particolarmente intorno al concetto di obbligazione intesa come legame della cosa, cfr. la definizione del *nexum* data da Festo: «... *apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur* » (cfr. SCHLOSSMANN, *Schuldrecht* pag. 38 e passim), e D. 30 12 2 pr. (ULPIANO, 1 *Disputatorium*); da notare anche l'espressione « *agri obligati limitibus et terminibus* », in contrapposto a quelli *soluti*, perchè privi di *finis* (RUDORFF, *Grom. Inst.* pag. 252), e l'altra di « *vectigales obligati* » (HYGINO, pag. 116).

Si tratta di vedere se questa interpretazione possa essere accolta.

Il RATTI adduce a sostegno della propria tesi i seguenti argomenti:

a) testi in cui si dichiara che la locuzione *solvere* esprime non soltanto il pagamento, ma anche la liberazione ⁽¹⁸⁾;

b) testi in cui si contrappone la locuzione *solvere* all'altra *numerare*, e di conseguenza la liberazione al pagamento ⁽¹⁹⁾.

Al primo gruppo appartengono i seguenti testi: D. 42 1 4 7 (ULPIANO 56 *ad Edictum*) « *Solvisse accipere debemus non tantum eum, qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit* ».

In questo testo si dichiara espressamente che la locuzione *solvere* corrisponde in tutto e per tutto all'altra *liberare*, mentre che Ulpiano stesso in altra sede (D. 50 18 176, 45 *ad Sabinum*) ci aveva detto che *solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*.

L'apparente contraddizione fra le due definizioni è preoccupato vari studiosi, che hanno tentato giustificarla con la derivazione da fonti differenti ⁽²⁰⁾: dai libri *ad Edictum* la prima, da quelli *ad Sabinum* la seconda, cosicchè Ulpiano, che aveva trovato l'espressione *solvere* nei libri *ad Edictum* nell'accezione di liberare, non ne avrebbe modificato il significato, mentre lo avrebbe fatto nell'altra sua opera, ove era libero di scegliere l'uno o l'altro.

Non mi sembra che questa ipotesi possa esser accolta:

⁽¹⁸⁾ RATTI, op. cit. pag. 10 n. 3; cfr. anche STEINER, *Datio in solutum* pag. 28 e sgg.; SOLAZZI, *I modi di estinzione delle obbligazioni* pag. 5 e sgg.

⁽¹⁹⁾ RATTI, op. cit. pag. 11 e 12.

⁽²⁰⁾ STEINER, op. cit. pag. 28 e sgg.; SOLAZZI, op. cit. pag. 5.

in realtà Ulpiano non intese dare al parallelo fra le due locuzioni una così grande importanza. Il testo fa parte di un lungo frammento ricavato dal 56 *ad Edictum*, ove si tratta dell'*actio iudicati*, e che commenta le parole del pretore « *condemnatus ut pecuniam solvat* », definendo, rispetto all'*actio iudicati* il significato di *condemnatus* e di *solvere* ⁽²¹⁾, e quest'ultima nel senso che *solvisse accipere debemus* non soltanto chi abbia pagato, ma chiunque si sia liberato dall'obbligazione derivante dal giudicato. E' logico che noi non possiamo dare a questa definizione maggior valore di quanto abbia inteso darle Ulpiano, e cioè limitatamente alla sola *actio iudicati*, tanto più che noi qui stesso troviamo precisato che normalmente *solvere pecuniam* significa pagare il denaro ⁽²²⁾.

Un altro passo tratto dallo stesso frammento conferma tutto ciò: h. t. 4 3 (ULPIANO 56 *ad Edictum*) « *Ait praetor: « condemnatus ut pecuniam solvat ». A iudicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat. Quid ergo siolvere quidem paratus non sit, satisfacere autem paratus sit, [quid dicimus]? Et ait Labeo debuisse hoc quoque adici « neque eo nomine satisfaciatur », fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat. sed ratio pecuniae exigendae haec fuit, quod noluerit praetor obligationes ex obligationibus fieri: idcirco ait « ut pecunia solvatur ». [Ex magna tamen et idonea causa accedendum est ad Labeonis sententiam] ⁽²³⁾.*

Non soltanto l'espressione *solvere* è usata nell'acce-

⁽²¹⁾ LENEL, *Palingenesia* II col. 778.

⁽²²⁾ Cfr. CUGIA, *Acceptilatio* pag. 45; l'inciso *omnem omnino* è da ritenersi compilatorio, è invece la escludersi l'ipotesi del BESELER, *Tijdschrifts* X pag. 239, che ritiene compilatorio lo squarcio « *quae descendit* ».

⁽²³⁾ L'inciso « *quid dicimus* » è intp. (BESELER, *Beitr.* III pag. 148), come anche l'ultimo periodo (KRÜGER, *Dig. h. I.*; cfr. anche PRINGSHEIM, *Z. S. S.* 50 pag. 398, che, oltre che quest'ultimo periodo ritiene insitico anche l'altro « *fieri... habeat* »).

zione di liberare limitatamente all'obbligazione derivante dal giudicato, ma Ulpiano ci dice anche che l'interpretazione estensiva, per la quale era fatto lecito al condannato di ricorrere anche alla *satisfactio*, deriva da una contrastata decisione di Labeone.

D. 46 3 54 (PAOLO 56 *ad Edictum*): « *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solutionem...*, D. 50 16 47 (PAOLO, 56 *ad Edictum*) *liberationis verbum eandem vim habet quam solutionis* » ⁽²⁴⁾.

Anche questi testi hanno preoccupato i critici per la impossibilità di accordarli con la definizione di D. 50 16 176, così che si è pensato che il primo abbia subito rimaneggiamenti ⁽²⁵⁾. In realtà la massima va giustificata allo stesso modo che D. 42 1 4 7.

Ambedue i testi sono ricavati dal 1. 46 *ad Edictum*, ove, come nel corrispondente di Ulpiano, si esamina l'*edictum de iudicatis*: è quindi da credersi che essi trattassero dell'obbligazione derivante dal giudicato, commentando quelle stesse parole del pretore « *condemnatus ut pecuniam solvat* », delle quali Labeone aveva dato la sopra esaminata interpretazione estensiva, ed anche Paolo, come prima Ulpiano, in questi due passi, che nell'originale dovevano costituire un unico frammento ⁽²⁶⁾, si dichiara favorevole a questa interpretazione.

Con ciò non si intende affatto dire che il pretore ab-

⁽²⁴⁾ LENEL, *Paling.* I 690.

⁽²⁵⁾ Lo STEINER (op. cit. pag. 29 n. 2) ritiene il testo intp. da *magisque* in poi, ancor peggio il CUGIA (op. cit. pag. 50 e sgg.), per il quale l'originale era « *solutionis verbum pertinet ad liberationem* », che non significa proprio nulla.

⁽²⁶⁾ L'originale doveva essere il seguente: « *solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem, <quia, ut Labea ait, in obligatione quae ex causa iudicati descendit> liberationis etc.* ».

bia usato l'espressione *solvere* nel significato di liberare, anzi il contrario, poichè con essa egli si era limitato ad accennare all'ipotesi normale di estinzione dell'obbligazione, il pagamento. Sono i giuristi ad estenderne la portata, con la constatazione che essa può estinguersi anche in altro modo (novazione, *acceptilatio*, *solutio per aes et libram*, etc.).

Questi testi quindi, ove, secondo il RATTI, si definiva la *solutio* come un sinonimo di *liberatio*, non hanno quel valore che egli vorrebbe dar loro, ma anzi ne hanno uno del tutto negativo, poichè risulta da essi che nell'*Edictum praetoris urbani*, e precisamente nell'*edictum de iudicatis*, essa era usata nel significato di adempiere una obbligazione, ed è quindi logico pensare che la stessa frase usata in altra parte dell'editto lo fosse col medesimo significato.

In quanto all'interpretazione estensiva dell'*Edictum de iudicatis*, fino a che non ci risulti l'esistenza di una identica per la nostra formula, non ci può interessare.

Restano ora da esaminare quei testi ove viene usata la locuzione *solvere* in contrapposto a *numerare*, come se questa costituisse un *minus* rispetto all'altra.

Ma in ordine a questa prova notiamo anzitutto che, anche ammesso che quanto il RATTI afferma possa venir dimostrato, le conclusioni, che se ne possono ricavare, non hanno alcuna importanza, poichè bisogna dimostrare non che la frase *pecuniamolvere* si trova usata talvolta col significato generico di estinzione dell'obbligazione, ma che invece è usata in tale significato in tutti i testi trattanti dell'*actio pigneraticia*, poichè è evidente che nessun giurista avrebbe usato nel commentario ad una formula una frase ricavata dalla formula stessa, ma dandole un significato diverso, senza altra prospettiva che di far cadere in equivoco il lettore.

E lo spoglio del l. XX del Digesto, e in ispecie dei

frammenti ricavati dai *libri singulares* di Gaio e di Marciano, ci porta a conclusioni opposte, poichè la frase *pecuniamolvere* indica sempre il pagamento ⁽²⁷⁾.

Premesso ciò, passiamo ad esaminare questi testi; essi sono:

D. 16 1 5 (GAIO 9 *ad Edictum prov.*): « *Nec interest, pecuniam solvendi causa numeret an quamlibet rem suam in solutum det...* ».

D. 33 1 21 3 (SCEVOLA 22 *Digestorum*): « *Lucius Titius testamento patriae suae civitati Sebastenorum centum legavit, uti alternis annis ex usuris eiusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur, et adiecit haec verba: « Quod si condicione suprascripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam ».* Postea praeses provinciae ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causa legati rei publicae adiudicavit, post cuius sententiam res publica a plerisque adiudicatis sibi pecuniam percepit. Quaesitum est, an, si res publica condicionibus testamento adscriptis postea non paruerit, legatum ad filios heredes pertineat. Respondit rem publicam voluntati testatoris pareri compellendam, ac, nisi faciat, in his quidem summis, quae [per numerationem vel novationem] solutae sunt, utili repetitione heredes adiuvandos: [ab his vero nominibus, quae neque solverunt rei publicae neque novatione abscesserunt a pristina obligatione, non prohibendos quo minus debitum petant] ».

D. 46 3 49 (MARCIANO l. *sing. ad form. hyp.*): « *Solutam pecuniam intellegimus [utique naturaliter] ⁽²⁸⁾, si numerata sit creditori ».*

Il primo e il terzo possono essere facilmente elimina-

⁽²⁷⁾ Cfr. D. 20 1 13 2; h. l. 6; D. 20 5 5; D. 20 4 11 4; D. 20 5 3 1.

⁽²⁸⁾ L'inciso *utique naturaliter* è certamente intp. (RATTI, op. cit. pag. 12 n. 1).

ti: Gaio e Marciano, contrapponendo la *solutio* alla *numerationem*, intendono certo contrapporre due modi di estinzione dei quali l'uno può essere sussunto all'altro, ma non usano l'espressione *solvere* col significato di liberare, poichè *numerare* non significa puramente e semplicemente pagare, ma come il corrispondente tedesco *bezahlen*, pagare in contanti.

Gaio, nel concetto generale di *solvere*, adempimento dell'obbligazione, può contrapporre il pagamento in contanti alla *datio in solutum*, senza modificare il significato della locuzione *solvere*; e ugualmente Marciano, dicendo che *solutam pecuniam intellegimus si numerata sit creditori*, per precisare che, perchè il pagamento sia valido, occorre la effettiva consegna del denaro al creditore, o a persona da lui indicata, può usare l'espressione *solvere* nel significato di adempimento, pur non commettendo alcuna tautologia.

Resta quindi solo il secondo, ove la frase *in his quidem summis quae per numerationem vel novationem solutae sunt* può far sospettare che Scevola usasse l'espressione *numerare* nell'accezione per cui si usa normalmente *solvere*, e questa in quella di liberare. Si noti però che nello stesso testo la frase *neque solverunt neque novatione abscesserunt a pristina obligatione* ci riporta al significato normale di *solvere*, cioè pagare. Ma anche prescindendo da ciò, l'esame del testo fa sorgere il sospetto che tutta la seconda parte sia stata rimaneggiata: si noti infatti che l'ipotesi prospettata nella *quaestio* era che, essendo scaduta una parte dei *nomina hereditaria*, questi erano stati percetti; degli altri Scevola non ci dice che non erano stati percetti perchè novati, o perchè non ancora percipibili. Se però è lecito discutere sul significato della frase *solvere pecuniam*, non lo è per quella *pecuniam percipere*, con la quale non si può indicare altro che una effettiva riscossione del denaro. È quindi probabile che Sce-

vola trattasse solo di *summae perceptae*, e non di *nomina novata*, e che l'inciso *per numerationem vel novationem* sia interpolato. ⁽²⁹⁾.

Concludendo: l'esame di questo secondo gruppo di testi, a parte l'importanza, a nostro avviso nulla, che si sarebbe dovuto dare alla prova da essi apportata, non ci dà nessuno dei risultati cui il RATTI vorrebbe giungere, poichè la pretesa tautologia fra *numerare* e *solvere* manca del tutto.

Vedremo in seguito come l'esame dei testi trattanti di ipotesi di estinzione dell'obbligazione principale, aventi o non come conseguenza l'estinzione del diritto di pegno, confermi pienamente questa nostra asserzione.

III) Oltre la *solutio*, la formula elenca due condizioni negative per l'esperibilità dell'azione: la *satisfactio*, e la mora del creditore (... *neque eo nomine satisfactum, neque per A^m A^m stare quo minus solvatur...*).

La prima consisteva nella sostituzione della garanzia reale con una personale nelle sue varie forme. È evidente la differenza fra questa ipotesi e quella sopra esaminata: nella prima, l'adempimento dell'obbligazione principale estingueva il diritto di garanzia, nella seconda, fermando l'obbligazione principale, si estingueva il solo diritto di garanzia ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ BESELER, *Beitr.* IV 290 n. 1; che lo ricostruisce nel seguente modo: « *respondit utili repetitione heredes adiuvandos* », la frase *in his quidem summis quae solutae sunt* è però forse classica; intp. è certo l'ultimo periodo da *ab his* in poi.

⁽³⁰⁾ D. 20 1 5 2; h. t. 6 6; h. t. 14; altri testi (D. 20 1 11 1; D. 44 4 4 8; D. 46 1 63) citano la sola *solutio*, ciò può dar adito al sospetto che l'accordo fra le parti potesse far sì che la *satisfactio* non fosse considerata come condizione risolutiva del contratto di pegno. Se, come ritiene il LENEL, essa faceva parte dell'*intentio*, l'accordo fra le parti non sarebbe stato sufficiente a modificare la formula, se però si accetta l'opinione molto contrastata del THON, per il quale essa costituiva una *exceptio*, ciò può ammettersi.

Si aveva invece *mora accipiendi* quando il creditore impediva l'adempimento dell'obbligazione; in tal caso, mancando il soddisfacimento, il convenuto non avrebbe potuto opporre la *solutio*, ma il pretore negava l'azione togliendo al creditore la possibilità di valersi del proprio diritto.

Secondo il RATTI, la clausola *si per creditorem* etc. si riferiva al fatto del creditore che impediva *non soltanto la materiale esecuzione del debito*, ma in genere *l'estinzione dell'obbligazione nelle forme volute perchè si abbia una valida solutio*.

Notiamo anzitutto che i testi che trattano di ciò si riferiscono nel modo più univoco alla mancata accettazione del denaro ⁽³¹⁾; ed inoltre questa ipotesi non soltanto è infondata, ma anche inammissibile, poichè si correrebbe il rischio di dover considerare come *mora* ogni atto del creditore destinato ad impedire al debitore di liberarsi ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Cfr. D. 46 3 31 e D. 20 4 11 4.

⁽³²⁾ Anche sotto l'aspetto processuale questa parte della formula presenta gravi difficoltà: è infatti controverso se le circostanze ivi elencate debbano considerarsi parte dell'*intentio*, o costituenti una *exceptio*. Questa seconda ipotesi già avanzata dal RUDORFF (*Die Pfandklage Zsch. Gesch. Rechtswiss.* XIII pag. 228), dal KELLER (con carattere di *exceptio* stabile, op. cit. pag. 998), ed in modo meno preciso ed univoco dal BACHOFEN (op. cit. pag. 47), ha trovato il suo più energico assertore nel THON (op. cit. pag. 262 e sgg.), seguito dall'EISELE (*Die materielle Grundlage der exceptio* pag. 104), dall'ARNDTS (*Pandekten* pag. 735, cfr. anche ARNDTS SERAFINI II pag. 578 n. 2), dall'ASCOLI (*Le origini dell'ipoteca* pag. 55 e sgg.), per i quali queste varie cause di estinzione sono elencate nella formula sotto forma di una *exceptio*, da richiedersi volta a volta dal convenuto. Si noti però che questa *exceptio solutionis* sarebbe profondamente diversa da tutte le altre, poichè con essa il convenuto non fa valere un suo diritto col quale elide quello dell'attore, ma ne nega addirittura l'esistenza. Si noti poi che ad essa non accenna alcun testo, poichè non può valere la testimonianza di D. 46 3 49 e di D. 36 1 61, ambedue profondamente intp., e che infine l'inserzione della clausola nell'*intentio* è giustificata dal fatto che con essa il pretore poneva un limite all'indagine del giudice, e non può quindi dirsi che essa fosse posta a tutto vantaggio del convenuto,

IV) Sino ad ora abbiamo esaminato la formula *in factum* ricostruita dal LENEL; è però controverso se, come avveniva certamente per il deposito, e con molta probabilità anche per il comodato ⁽³³⁾, non ve ne fosse stata un'altra *in ius concepta*, naturalmente *ex fide bona*.

L'elenco gajano delle azioni di buona fede non cita nè il comodato nè il pegno ⁽³⁴⁾, però Gaio stesso ci dice per il primo che esso è uno dei casi in cui il pretore *et in ius et in factum conceptas formulas proponit* ⁽³⁵⁾; nel corrispondente paragrafo delle Istituzioni ⁽³⁶⁾ l'elenco viene modificato mediante l'inserzione delle azioni *commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, hereditatis petitio*. Però, mentre per le ultime due l'inserzione è dovuta ad opera dei compilatori, la questione resta aperta per le altre, per le quali si può sostenere, ed è stato sostenuto, che sin dall'epoca classica fossero *bonae fidei iudicia*, non potendosi dare valore al fatto che Gaio in IV 62 non le citi, appunto perchè, malgrado il carattere apparentemente tassativo di questo elenco, la mancanza della citazione del comodato può dar adito al sospetto che anche le altre siano state dimenticate o da Gaio o dal copista.

D'altra parte, se è vero che GAI IV 47 si esprime in modo da lasciar pensare che non fossero le sole azioni de-

come non lo si potrebbe dire per quella « *eamque dolo malo N. i N. i redditam non esse* » dell'*actio in factum depositi*. Cfr. LENEL, *Ursprung und Wesen der exceptio* pag. 52 n. 1; PETRONI, op. cit. pag. 441 e sgg.

⁽³³⁾ GAI 14 47; IV 62; SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede del comodato e del pegno*, *Studii Fadda* VI pag. 333 e sgg.

⁽³⁴⁾ GAI IV 62, sulla derivazione di questo testo da una fonte più antica cfr. SEGRÈ, op. cit. pag. 334 n. 1; ARANGIO RUIZ, *Formule con demonstratio*, *Studii dell'Un. di Cagliari* IV 2° pag. 90.

⁽³⁵⁾ GAI IV 47.

⁽³⁶⁾ IST. IV 6 28, sulla derivazione di questo testo da quello sopra citato di GAI, cfr. FERRINI, *B.I.D.R.* XIII pag. 194.

positi e commodati ad esser munite di doppia formula (*veluti*), bisogna ancora dimostrare che egli, usando questo avverbio, pensasse alla *pigneraticia*, e non ad altra azione ⁽³⁷⁾.

Però nessuno dei testi, mediante i quali si è tentato di provare l'esistenza di una doppia formula per la nostra azione, ha resistito ai colpi della critica ⁽³⁸⁾.

D. 13 6 18 1 (GAIO 9 *ad edictum prov.*): « *Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua eorum actum fuerit, aliae tolluntur* ».

Nella frase « *non solum... actiones* » si è vista una prova dell'esistenza di una doppia formula per le tre azioni elencate, poichè, se era possibile un concorso fra ciascuna di esse e l'*a. legis Aquiliae*, non lo era fra il pegno e il comodato, e fra il pegno e il deposito; Gaio si sarebbe quindi riferito a concorsi di formule e non di azioni. — In realtà la prova non esiste, poichè anzitutto, come rileva il SEGRÈ, sarebbe stato sufficiente, a giustificare il plurale, la doppia formula anche per una sola delle azioni, ed in secondo luogo Gaio non poteva riferirsi alle doppie formule, poichè in tal caso non avrebbe potuto parlare di molteplicità di azioni ⁽³⁹⁾.

Gaio, che aveva citato più azioni singole, ognuna delle quali in concorso coll'*a. L. A.*, volendo dire che

⁽³⁷⁾ Anche il valore di questo indizio è stato però messo in dubbio dal BIONDI, *Judicia bonae fidei, Annali Palermo* VII pag. 234 n. 1.

⁽³⁸⁾ Poichè la critica di questi testi è stata già ampiamente svolta dai sopra citati autori e da altri, mi limito per questa parte soltanto a brevi cenni, in relazione ai dubbii sollevati dal RATTI contro le conclusioni del SEGRÈ, dell'ARANCIO RUIZ e del BIONDI; in relazione al passo di GAIO cfr. anche CAPOCCI, *B.I.D.R.* 36 pag. 139.

⁽³⁹⁾ SEGRÈ, op. cit. pag. 338 n. 1; ARANCIO RUIZ, op. cit. pag. 90; DE RUGGIERO, *B.I.D.R.* 19 pag. 35 e sgg.; contro RATTI, op. cit. pag. 18; cfr. anche BIONDI, op. cit. pag. 236.

ognuna concorrevva singolarmente, sarebbe stato costretto ad una serie di ripetizioni, che non avrebbero dato altro risultato che di affermare una verità lapalissiana.

Ma anche a non voler tener conto di ciò, proprio l'accento al pegno è sospetto: si noti infatti la sconcordanza fra *sive pignus* e *sive commodata res sive deposita*, dalla quale è facile arguire che in origine il testo si limitava al solo comodato e deposito ⁽⁴⁰⁾.

Identiche constatazioni possono farsi per D. 13 7 13 pr. (ULPIANO 38 *ad Edictum*): « *Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticius actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem* ».

Infatti l'inciso *pigneraticius actionibus* non può es-

⁽⁴⁰⁾ SEGRÈ, op. cit. pag. 338 n. 1; secondo il DE RUGGIERO (op. cit. pag. 33 e sgg.) i compilatori avrebbero sostituito *pignus* a *fiduciae causa datum*, contro BIONDI, op. cit. pag. 337 e 338.

Eccessive mi sembrano le critiche del BIONDI, che ricostruisce il testo in tal modo: « *Si commodata res deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt formulae, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae, sed commodati agendo, commodator alteram actionem remittere debet* ». Se però la sconcordanza « *pignus... commodata res... deposita* » ci autorizza ad espungere il primo dei tre contratti, non basta a restringere il testo al solo comodato, essendo inappuntabile l'accento al deposito. Si noti poi che, se Gaio avesse parlato solo delle formule del comodato, non avrebbe potuto dire *de quibus loquimur*, poichè nè qui, nè nel precedente par. si è accennato ad esse; inoltre avrebbe dovuto aggiungere « *verum etiam legis Aquiliae actionis* », e non « *legis Aquiliae* », poichè con questa frase si può intendere soltanto l'azione e non la formula.

È invece intp. il periodo finale (*si qua... tolluntur*), poichè fra una azione penale e una reipersecutoria non vi era consumazione *ipso iure*, ma solo *remissio actionis* (cfr. per il comodato D. 13 6 7 1; e per il testo in es. LEVY, *Konkurrenz* II pag. 65 e sgg.).

sere considerato classico, poichè, anche ammessa l'esistenza di due formule, l'azione era sempre una ⁽⁴¹⁾.

Riguardo alla ben nota C. IV 24 6 (Alessandro, Trophimae a. 225): « *Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur...* », che, secondo il Weiss ⁽⁴²⁾, era diretta a confermare, contro la pratica provinciale, il principio che il *periculum rei* gravava sul pignorante, anche ess è sicuramente interpolata: la dottrina del *casus maior*, che qui trova una energica affermazione, è, con un consenso sempre maggiore, ricondotta al diritto giustiniano ⁽⁴³⁾, ed è quindi da accettarsi l'ipotesi dell'ARANCIO RUIZ, per il quale il testo in origine trattava soltanto della perdita del pegno in seguito ad *adgressura latronum*, decidendo negativamente nei riguardi della responsabilità del creditore, ed in tal caso tutta la sua prima parte va considerata compilatoria ⁽⁴⁴⁾.

Minore importanza viene riconosciuta a D. 47 2 62 1 (AFRICANO 8 *Questionum*): « *His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinquas...* (par. 3). *Nisi quod in his amplius*

⁽⁴¹⁾ SEGRÈ, op. cit. pag. 381 n. 1; ARANCIO RUIZ, op. cit. pag. 90; LENEL, E. P. pag. 255; BESELER, Beitr. III pag. 182; BIONDI, op. cit. pag. 235; LEVY, op. cit. pag. 67 n. 5; I *Basilici* (XXI 1 13) hanno il singolare.

⁽⁴²⁾ WEISS, *Pfandrehtliche Forschungen* I pag. 76 e sgg.

⁽⁴³⁾ DE MEDIO, *B.I.D.R.* 20 pag. 157 e sgg.

⁽⁴⁴⁾ Diversa ipotesi è sostenuta dal BIONDI (op. cit. pag. 240 e sgg.) che, lasciando intatto il resto del testo, ricostruisce « *a nullo praestantur* », e ciò perchè la irresponsabilità per *casus maior* era affermata indifferentemente alla natura del giudizio. Contro RATTI (op. cit. pag. 22), secondo il quale, essendo ciò vero anche per diritto giustiniano, è inammissibile che i compilatori abbiano intp. in tal modo il testo.

sit, quod, si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omni modo damnum praestare cogendus est: id enim bonae fidei convenire ».

Africano concederebbe al creditore derubato dal servo la *pigneraticia* contraria ⁽⁴⁵⁾; a parte il fatto che bisognerebbe dimostrare che questa azione era *in ius* e non *in factum* ⁽⁴⁶⁾, appar chiaro che nell'originale non era questa l'azione concessa al creditore, e che il testo è stato malamente interpolato.; infatti anzitutto la frase *damnum decidere oportere* è frase tecnica dell'azione di furto, ed inammissibile che sia stata usata per la *pigneraticia*, in secondo luogo la clausola di *noxae deditio* poteva essere inserita in un'azione penale, ma non in una contrattuale. Il testo evidentemente diceva: « *furti agendo* ».

Identiche constatazioni possono farsi per il par. 3, ove la *fides bona*, base del diritto dell'attore di respingere la pretesa del convenuto *sciens* di inserire nella formula la clausola di *noxae deditio*, può essere attribuita solo a coloro che hanno sostituito nel par. 1 la *pigneraticia contraria* all'azione di furto, poichè l'obbligo dello *sciens* di subire il giudicato senza potersi liberare mediante la consegna del figlio o del servo poteva riguardare l'azione di furto ma non certo un'azione *ex fide bona* ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Secondo l'EISELE (*Z. S. S.* 30 pag. 140) e il DE RUGGIERO (op. cit. pag. 26 n. 1) il testo trattava della fiducia.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. BIONDI, op. cit. pag. 90 e sgg., secondo il quale i *iudicia contraria di pegno*, deposito e comodato sono tutti *in factum*; cfr. anche KÜBLER, *Z. S. S.* 38 pag. 92 e sgg.; BETTI, *Studi sulla litis aestimatio* I pag. 17.

⁽⁴⁷⁾ BIONDI, op. cit. pag. 114 e 118; al testo sopra esaminato viene riallacciato D. 13 7 31 (AFRICANO 8 *Questionum*), anch'esso profondamente intp., ma sulla cui ricostruzione i critici non sono d'accordo, pare però che debba riferirsi alla *fiducia* (FERRINI, *Arch. Giur.* III pag. 454; *Gluck it.* XIII pag. 380; GÖPPERT, *Z. S. S.* XIII, pag. 341; UBBENLOHDE, *Realcontr.* pag. 88; LENEL, *Paling. Africano* 108; HECK, *Z. S. S.* 10, pag. 125 e sgg.; OFERTMANN, *Fiducia* pag. 41; SEGRÈ, op. cit. pag. 335 n. 3; DE RUGGIERO,

Non hanno naturalmente valore quei testi che attualmente trattano del pegno, ma dei quali si è potuto dimostrare che originariamente trattassero della fiducia, e che l'inserzione del pegno è dovuta ai compilatori ⁽⁴⁸⁾.

Quanto finora si è detto è rivolto piuttosto a dimostrare la mancanza di indizii a favore di una doppia formula, che a dare una risposta affermativa o non in merito alla domanda se questa doppia formula esistesse. Tale risposta è stata data dal BIONDI, per il quale il diritto classico non avrebbe mai conosciuto una formula *in jus* per il pegno. Gli argomenti, sui quali il BIONDI appoggia la propria tesi, sono stati in gran parte esaminati sopra, ed ora possiamo limitarci a quelli cui finora non si era accennato, e cioè a) la possibilità da parte del creditore pignoratorio di servirsi della *exceptio doli*, e di ottenere mediante essa una *retentio pignoris*, riconosciutagli da Gordiano (C. VIII 26 2), mentre, come si sa, l'*exceptio doli inest bonae fidei iudiciis*; b) il non essere riconosciuta la *pigneraticia* fra le azioni per le quali era ammessa compensazione *ex eadem causa* ⁽⁴⁹⁾.

In quanto al primo argomento, non hanno certo va-

op. cit. pag. 26; KÜBLER, Z. S. S. 38 pag. 91; contro BIONDI, op. cit. pag. 104, che continua ad attribuirle al pegno.

⁽⁴⁸⁾ D. 13 7 24 pr. (LENEL, Z. S. S. 3 pag. 110; *Paling* II pag. 903; *E. P.* pag. 291; GRADENWITZ, Z. S. S. 7 pag. 47; OERTMANN, *Fiducia* pag. 23 e *passim*; EISELE, Z. S. S. 13 pag. 137; APPLETON, N. R. H. 19 pag. 494 e sgg.; CUCUSI, *Glück* it. 13 pag. 396 e sgg.

D. 18 2 20 (LENEL, op. cit. pag. 118 e 291 n. 5; OERTMANN, *Fiducia* pag. 27; ROTONDI, *Opere* II pag. 146.

D. 13 3 50 (BESELER, *Beitr.* III pag. 182; Z. S. S. 45 pag. 443; GRADENWITZ, op. cit. pag. 47; LENEL, *E. P.* pag. 101; OERTMANN, *Fiducia* pag. 40.

Un altro argomento è dato dal fatto che anche per il pegno la responsabilità è basata sull'*utilitas contrahentium*, ma cfr. SEGRÈ, op. cit. pag. 348 e sgg.

⁽⁴⁹⁾ Per il primo BIONDI, op. cit. pag. 234, per il secondo pag. 162.

lore le obiezioni del RATTI ⁽⁵⁰⁾, per il quale la frase del rescritto significherebbe « una semplice obiezione fatta dal convenuto in giudizio (nella *stadio in iudicio*, o anche in quello *in iure*), basandosi sul dolo, senza riferirsi per altro ad una inserzione della *exceptio* nella formula », poichè la frase indica tecnicamente proprio l'inserzione dell'*exceptio* nella formula ⁽⁵¹⁾, ed ammessa l'altra ipotesi il convenuto non si sarebbe valso nè dell'eccezione di dolo nè di altra, limitandosi semplicemente a dimostrare l'esistenza di altri crediti non garantiti con pegno.

Riguardo alla compensazione, essa sarebbe quella ammessa *ex eadem causa e arbitrio iudicis* per i *bonae fidei iudicia*, non naturalmente quella ottenuta mediante l'inserzione dell'*exceptio doli*, che ci porterebbe anzi a conclusioni opposte ⁽⁵²⁾.

Di compensazione nei riguardi del pegno tratta solo D. 13 7 24 pr. (ULPIANO 30 *ad Edictum*), testo ampiamente rimaneggiato, e che nella seconda parte, dove appunto si trova l'accento alla compensazione, è ritenuto unanimamente compilatorio.

Ma il valore di questi due argomenti può essere diminuito da qualche constatazione: per il primo, se il rescritto di Gordiano si riferisce indubbiamente ad un'azione *in factum*, ciò non esclude l'esistenza di quella *in jus*, tanto più che l'origine di questa sarebbe sempre molto tarda, così che la dottrina si sarebbe modellata sulla formula *in factum*; lo stesso può dirsi per il secondo, poichè l'inclusione del contratto di pegno fra i *bonae fidei iudicia*

⁽⁵⁰⁾ RATTI, op. cit. pag. 20.

⁽⁵¹⁾ HEUMANN SECKEL, *Handlexicon* sub v. *exceptio*.

⁽⁵²⁾ Per la quale però la più recente dottrina romanistica (BIONDI, *La compensazione in diritto romano*, Annali Palermo XII pag. 53 e sgg.; SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano* pag. 137 e sgg., etc.); tende ad affermare che il famoso rescritto di Marco Aurelio (Inst. IV 6 30) trattasse della sola *cognitio*, ma cfr. contro ARANGIO RUIZ, *L'exceptio in diminuzione della condanna* pag. 3 e sgg.

essendo avvenuta in un'epoca, in cui il regime della *cognitio*, e della compensazione mediante l'*exceptio doli* avevano acquistato una posizione predominante, non è da meravigliarci se tale inclusione non ha lasciato quelle tracce che ha lasciato invece per il deposito e per il comodato.

In ogni modo, anche ammessa l'esistenza di questa formula, essa non può esser fatta risalire al primo secolo dell'impero, come vorrebbe il RATTI⁽⁵³⁾; l'annalità e l'intrasmissibilità dell'azione *in factum* le rendevano nettamente preferibile quella *in jus*, così che, se sin dal primo secolo dell'impero le parti avessero avuto a disposizione due formule, la prescelta sarebbe stata sempre questa; ciò è avvenuto per il comodato e per il deposito, ma non per il pegno, chè anzi i giuristi, e in particolar modo Gaio e Marciano nei loro *commentarii ad formulam*, trattano sempre e soltanto di quella *in factum*. Quindi, anche a voler ammettere questa inclusione, essa sarà sempre posteriore all'epoca della compilazione dei commentarii di Gaio e di Marciano, e di conseguenza è da escludere una sua influenza sulla elaborazione dei principii generali dell'istituto, essendosi essa verificata quando già l'istituto si era modellato sulla formula *in factum*, l'unica commentata dai giuristi.

Possiamo così passare a trattare di quei testi che esaminano ipotesi di estinzione di un'obbligazione principale garantita con pegno, e che si riferiscono alla clausola in esame.

1) D. 16 1 13 1 (GAIO 9 *ad Edictum prov.*): « *De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actio-
ne opus, cum quasi Serviana (quae et hypothecaria voca-*

(53) RATTI, op. cit. pag. 25.

tur) in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam ».

Il testo viene normalmente interpretato in tal senso: una donna intercede mediante *expromissio* a favore di un creditore che aveva garantito con pegno; quando il creditore agisce contro costei, essa oppone l'*exceptio S. C. Velleiani*: non occorre però al creditore un'*actio restitutoria*, essendo ancora efficace l'*actio Serviana*, *quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam*⁽⁵⁴⁾.

Alcuni giungono a queste conclusioni mediante l'ipotesi della sopravvivenza dell'obbligazione naturale a quella civile estinta per novazione, essendo la prima sufficiente a che il pegno possa sopravvivere ed anche essere costituito⁽⁵⁵⁾.

Secondo altri l'obbligazione del *prior debitor* è estinta dalla novazione solo formalmente perdurando *iure praetorio*, e quindi la formula ipotecaria può dare valida difesa al creditore, mentre, se questi, invece che con pegno, fosse stato garantito da un fideiussore, costui sarebbe liberato, e occorrerebbe un'*actio restitutoria*⁽⁵⁶⁾.

A questa concezione sono state sollevate sennate critiche dal RATTI⁽⁵⁷⁾.

Prescindendo dall'ipotesi della sopravvivenza dell'*obligatio naturalis*, ipotesi che può essere tenuta presen-

(54) Secondo il FEHR (*Beiträge zur Lehre von röm. Pfandrecht* pag. 51), l'originale sarebbe *cum Serviana* (cfr. anche SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, B.I.D.R. 25 pag. 107; LENEL, *E. P.* pag. 493 n. 1; contro MANICK, *R. Aenc. Pauly Wissowa sub v. Hypothecaria*). Secondo il FEHR (l. c.), l'EBERARD (*Digestenfr. ad form. hyp.* pag. 71, e il SOLAZZI (l. c.), sarebbe anche compilatorio l'inciso « *quae... dicitur* »; contro MANICK (l. c.).

(55) GLOSSA *h. l.*; SAVIGNY, *System V* pag. 386; GIDE, *Etudes sur la novation* pag. 77 e 78; cfr. D. 20 1 5 pr.

(56) DERNBURG, *Pfandrecht II* pag. 583.

(57) RATTI, op. cit. pag. 26 e sgg.

te solo per diritto giustiniano, resta a vedere se, come vorrebbe il DERNBURG, l'*expromissio* della donna abbia estinto solo formalmente l'obbligazione del *prior debitor*.

Ma, come si sa, quando la donna intercedeva mediante *expromissio*, sostituendosi al debitore principale, non era negata la validità della *expromissio*, ma si concedeva alla donna un'eccezione personale nascente dal S. C. Velleiano; non si negava quindi al creditore il diritto di esser pagato, ma si negava che la donna avesse l'obbligo di pagare ⁽⁵⁸⁾.

Ammissa quindi la validità della novazione, non si può neanche discutere sulla sopravvivenza o meno del diritto di pegno, poichè è pacifico che la novazione estinguesse l'obbligazione e gli accessori ⁽⁵⁹⁾.

Quindi Gaio non avrebbe potuto dire che l'azione Serviana era ancora utile, poichè, con l'*intercessio* della donna, valida *jure civili*, pur non essendovi stata *solutio*, vi era verificata l'altra causa di estinzione del diritto di pegno, la *satisfactio*.

Un'ipotesi completamente diversa è stata avanzata dal RATTI ⁽⁶⁰⁾: la frase « *in his utilis sit* », riferita sistematicamente ai pegni concessi dal *prior debitor*, potrebbe in-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. GAI III 176.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. D. 13 7 11 1 (ULPIANO 28 *ad Edictum*); C. VIII 26 2 (GORDIANO, *Festo* a. 239); è invece probabilmente intp. D. 46 2 18 (PAOLO 57 *ad Edictum*): « *Novatione legitime facta, liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt* ». Secondo il FEHR (op. cit. pag. 73), l'originale aveva *fiducia*: ciò spiega però la sconcordanza fra *hypothecae* e *pignus*, ma non la nessuna relazione fra i due principi, uno dei quali nel testo appare di troppo (secondo il DE RUGGIERO, *B.I.D.R.* XI pag. 49 e sgg. è intp. anche *legitime*). Il confronto con D. 23 1 34, che nell'originale costituiva col nostro unico frammento (LENEL, *Paling.* I 696; secondo il quale D. 23 1 34 precedeva D. 46 2 18; il contrario MADEA, *Mora* pag. 52) rende preferibile la seguente ricostruzione: « *novatione facta usurae non currunt, lite contestata currunt* ».

⁽⁶⁰⁾ RATTI, op. cit. pag. 29.

vece riferirsi a quelli concessi dalla donna a garanzia della propria intercessione, e ciò in una di quelle circostanze nelle quali essa non poteva valersi della *exceptio S. C. Velleiani*. E appunto di queste circostanze tratta Gaio nel par. precedente del nostro frammento (*aliquando, licet alienam obligationem suscipiat, mulier, non adiuvatur hoc senatus consulto, etc.*).

Se quindi la donna ha interceduto per il proprio fideiussore, liberandolo, e il creditore ha accettato questa intercessione, con la quale ha perduto la garanzia della fideiussione, ciò può essere avvenuto solo perchè essa a sua volta gli ha dato altra garanzia, evidentemente dei pegni, ed in tal caso, pur avendo l'intercessione della donna estinto il diritto del creditore sui pegni concessi dal fideiussore, non occorre *actio restitutoria*, potendo egli agire contro la donna.

Tale ipotesi è ben congegnata e giustifica l'affermazione di Gaio altrimenti inspiegabile. Il fatto che il testo, nella sua odierna redazione non parli dei pegni concessi dalla donna, non le toglie valore, poichè, come ha dimostrato l'EBRARD ⁽⁶¹⁾, esso è un riassunto dell'originale giano. Si può piuttosto domandare se l'eliminazione di di quello che per Gaio era il punto fondamentale della trattazione sia stata casuale, come sembra vogliano il RATTI e l'EBRARD, o invece espressamente voluta. In realtà l'aver riferita la frase che giustifica l'inutilità della concessione dell'*a. restitutoria*, invece che ai pegni della donna, a quelli del *prior debitor*, credo possa essere spiegata solo ammettendo che i compilatori ritenessero ancora validi, malgrado la novazione, i pegni concessi da costui. A tale risultato potevano giungere solo ammettendo la sopravvivenza dell'obbligazione naturale a quella civile estinta dalla novazione e,

⁽⁶¹⁾ EBRARD, op. cit. pag. 71.

come vedremo in seguito, questa è appunto la strada da essi prescelta ⁽⁶²⁾.

II) D. 20 1 13 4 (MARCIANO, *l. sing. form. hyp.*): « *Etiamsi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet. Et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit et damnatus sit, aequae hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo sive cum fideiussore sive cum utriusque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem* ».

La questione trattata da Marciano si riallaccia ad uno dei più gravi problemi della scienza romanistica, quello della efficacia estintiva della *litis contestatio*: il processo contro il debitore ha avuto il suo corso regolare, e questi che, *ante l. c.*, era tenuto a dare, ora è obbligato a *iudicatum facere* ⁽⁶³⁾.

Tutto ciò costituisce la premessa: l'obbligazione dedotta in giudizio era garantita con pegno, si domanda che sia avvenuto della garanzia reale ⁽⁶⁴⁾. Marciano dichiara

⁽⁶²⁾ Cfr. D. 4 4 50 (POMPONIO 9 *Epistularum*), per l'ipotesi di *intercessio* fatta da un minore di 25 anni: l'ultimo periodo (*ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum*) è intp. (*ideoque*; si noti che nella *quaestio* non si parla di pegni): anche qui, secondo i compilatori, il diritto di pegno sopravvive alla novazione (*manet*), ciò che può essere spiegato solo in base alla sopravvivenza dell'*o. n.*

⁽⁶³⁾ GAI III 180; l'efficacia estintiva della L. C. è stata negata dal COGLIOLO (*Trattato dell'eccezione di cosa giudicata*; cfr. anche la replica alla recensione dello SCIALOIA in *Arch. Giur.* XXXIII pag. 399 e sgg.), dal BESELER (*Beitr.* IV pag. 1 e sgg.), e dal DONATUTI (*Studii sul procurator*, *Arch. Giur.* LXXXIX pag. 6 e sgg.); ma cfr. contro GUARNERI CITATI (*Ancora sugli effetti della l. c. nel proc. form. rom.*, *B.I.D.R.* 44 pag. 163 e sgg.).

⁽⁶⁴⁾ Il testo à *hypotheca*, ma cfr. FEHR, *Beitr.* pag. 83 84; ALBERTARIO, *R. I. S. G.* 49 pag. 66 e sgg.

espressamente che essa sopravvive, poichè l'*a. pigneraticia* ha proprie condizioni di estinzione, la *solutio* e la *satisfactio*, che qui mancano.

Il testo è sospetto di interpolazione, in ispecial modo la lunga digressione sul *defensor*, che si può considerare senz'altro compilatoria ⁽⁶⁵⁾; la critica però non si è limitata ad espungerne solo questa parte, ma ha investito l'intero testo, ponendo in dubbio anche la classicità del primo periodo.

Indizi di interpolazione sarebbero l'*id est* legante l'affermazione della sopravvivenza dell'*a. pigneraticia* con la frase della formula che giustifica questa sopravvivenza, e che è considerata espressione tipicamente triboniana ⁽⁶⁶⁾, e l'incompletezza della regola « *id est... satisfactum est* » ⁽⁶⁷⁾.

Riguardo al primo, non vi è dubbio che moltissimi testi, ove si trovano le espressioni *hoc est* e *id est*, siano opere dei compilatori, i quali erano costretti ad usare queste ed analoghe espressioni.

Però, mentre l'EISELE, con sano criterio critico, ricavava il carattere insitico di queste glosse, esaminandole nella loro sostanza, altri, eccessivamente consequenzialisti, si sono limitati ad affermare compilatorie queste frasi, solo perchè vi si notano locuzioni come *hoc est* e *id est*, dimenticando che esse pure sono di buona classicità ⁽⁶⁸⁾. Ciò è appunto avvenuto qui dove si è vista in questa espres-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. FEHR, *Beitr.* 83 e 84.

⁽⁶⁶⁾ FEHR, *Beitr.* 83 e 84; EBRARD, op. cit. pag. 107 n. 55; RATTI, op. cit. pag. 31; contro LEVY, *Konk.* I pag. 361 n. 5; uno studio sistematico su questa locuzione è stato fatto dall'EISELE (*Z. S. S.* 7 pag. 18 e sgg.; XI pag. 1 e sgg.) per il quale molte delle delucidazioni unite in tal modo a frammenti classici sono sì insitiche, ma ricavate da passi di altri giuristi classici.

⁽⁶⁷⁾ FEHR, *Beitr.* pag. 83; EBRARD, op. cit. pag. 107 n. 55.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. per es. CICERONE, *Att.* IV 16; *ibid.* 7 etc.

sione una prova dell'origine compilatoria dell'intero periodo ⁽⁶⁹⁾, mentre è evidente che, ragionando in tal modo, non si pone a fuoco la questione, poichè la prova dell'interpolazione va ricercata, secondo il sano criterio dell'EISELE non nell'*id est*, ma nella stessa deduzione esplicativa collegata mediante l'*id est*.

Si può fin da ora affermare che, se questa non presenta a sua volta altri indizii di interpolazione, il fatto che sia usata l'espressione *id est* non può essere considerato come elemento di sospetto.

Ma noi qui ci troviamo di fronte ad una delucidazione non solo logicamente giustificabile, ma addirittura necessaria, poichè sarebbe stato per lo meno strano se Marciano avesse affermato che il diritto di pegno sopravvive all'estinzione per l. c. dell'obbligazione principale, perchè ha proprie condizioni di estinzione, senza indicare quali siano queste condizioni, che pure costituiscono il fulcro del suo ragionamento. E ciò egli fa nel modo metodicamente migliore, inserendo cioè quelle parole della formula, mediante le quali il diritto di pegno era svincolato da quello di credito.

Cade così il primo motivo di sospetto, il secondo è poi inesistente: il FEHR e l'EBRARD rimproverano i compilatori di aver mutilato il testo, poichè la regola « *id est... satisfactum est* » sembra interrotta in tronco e priva di continuazione. Ci potremmo in verità domandare che mai doveva aggiungere Marciano, che aveva già completamente sviscerata la questione, e nulla più aveva da dire ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ Das Sätzchen « *id est... tenet* » darf als sicher unecht gelten; denn explicative Deduktionen mit der Einleitung *id est* sind typisch interpolatorisch... ». EBRARD, op. cit. pag. 107 n. 55.

⁽⁷⁰⁾ Si noti che Marciano non avrebbe potuto citare la *mora accipiendi*, poichè la *denegatio actionis* avrebbe escluso non solo il *iudicatum* ma anche la l. c.; nè poi può essere serio motivo di dubbio l'uso di *hypothecaria* e di *hypotheca* in luogo di *pignus* e di *pigneraticia*, poichè qui, come

È facile però constatare che la lunga digressione sul *defensor* ha fatto sì da relegare in fondo al testo l'ultima parte dell'originale marciano (*nec... actionem*), che nel luogo ove è collocata costituisce un'inutile ridondanza, e trova invece la sua logica sede in continuazione a *satisfactum est*. Infatti, se la novazione volontaria aveva effetti di *satisfactio* ed era causa di estinzione del diritto di pegno (D. 16 1 13 1), altrettanti effetti non produceva la novazione necessaria, nè poteva dirsi *satisfactum creditorum* solo perchè aveva l'*a. iudicati*.

L'originale sarebbe quindi il seguente:

« *Etiamsi creditor iudicatum debitorem fecerit, pignus manet, quia suas condiciones habet pigneraticia actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, nec per hoc videtur satisfactum creditori quod habet iudicati actionem* ».

Dal passo di Marciano si possono ricavare due principi:

a) l'esistenza del diritto di pegno non dipende da quella del diritto di credito, cosicchè, non verificandosi le cause di estinzione dell'*a. pigneraticia* elencate nella formula, l'estinzione dell'obbligazione principale gli risulta indifferente;

b) mentre la novazione volontaria ha valore satisfattorio, e quindi estintivo, il *iudicium acceptum*, pur estinguendo l'obbligazione, principale, non ha valore satisfattorio e non estingue il diritto di pegno.

Tali conclusioni, logica conseguenza di quanto dice MARCIANO, sono state poste in dubbio dal RATTI ⁽⁷¹⁾, il quale ritiene che la massima possa essere enunciata nel seguente modo:

« Il pegno non perdura se si estingue il diritto di

altrove, i compilatori si sono limitati ad operare la sostituzione senza modificare altrimenti il testo.

⁽⁷¹⁾ RATTI, op. cit. pag. 31 e sgg.

credito (*ipso iure o per exceptionem*), quest'ultimo d'altra parte perisce, prescindendo da altro motivo d'indole formale, se vi è stata *solutio o satisfactio* ».

È evidente che interpretare così il testo significa falsarlo completamente: Marciano non dice che il pegno non perdura se vi è stata estinzione del diritto di credito, dice anzi l'opposto, perchè, di fronte all'estinzione di questo, constata che *a. pigneraticia* ha sue proprie condizioni di estinzione, che non sempre coincidono con quelle della obbligazione principale; in secondo luogo l'accento alla *solutio* e alla *satisfactio* viene dal RATTI arbitrariamente riferito all'obbligazione principale, poichè sia la redazione del testo, sia la fonte da cui l'accento è ricavato, impongono di riferirlo all'*a. pigneraticia*.

Qualche dubbio solleva ancora il RATTI sulla mancanza di elementi satisfattorii nella l. c. ⁽⁷²⁾, ma non vi è alcun dato da cui si possa ricavare che essa sia una vera e propria novazione ⁽⁷³⁾: se hanno ambedue effetti parzialmente identici, nulla ci dice che questa identità sia totale ⁽⁷⁴⁾.

Il RATTI, negando a questo testo la fiducia che merita, per ovviare all'inconcepibile situazione che ne deriverebbe, è costretto a ricorrere all'ipotesi di una garanzia personale imposta *in iudicis* al debitore.

Questa ipotesi è però del tutto priva di documenta-

⁽⁷²⁾ RATTI, op. cit. pag. 32 e 33 e n.

⁽⁷³⁾ GRADENWITZ, *Festschr. Becker* pag. 385 e sgg., il quale rileva che solo in Vat. Fr. 203 (PAPINIANO) si usa l'espressione *novare*, e che Gaio, elencando le cause di estinzione dell'obbligazione, le esamina separatamente (III 176 e 179 novazione; III 180 *litis contestatio*).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. D. 46 2 29 (PAOLO 24 *Quaestionum*), ove l'inciso « *si... actum est* », e la chiusa da *ut solet* in poi sono intp., ma non la prima parte fino ad *exercentes*, poichè gli indizi visti dal BESELER (*Beitr.* II 119; III 108), e dall'HAYMANN (*Z. S. S.* 40 pag. 288) e cioè le frasi *quod nemo dixit, e multa exempla ostendunt*, mentre poi gli esempi citati sono due, non possono ritenersi serii indizi di interpolazione.

zione testuale, mentre il principio affermato in D. 20 1 13 4 trova conferma in quanto viene stabilito per *a. pigneraticia in personam*:

D. 13 7 11 pr. (ULPIANO 28 *ad Edictum*): « *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito vel si fideiussor conventus sit* ».

Il debitore, pagato il debito, poteva intentare l'*a. pigneraticia in personam*, ma Ulpiano ne nega l'esperibilità ove il creditore abbia convenuto il debitore, e sia avvenuta la contestazione della lite ⁽⁷⁵⁾.

È evidente quindi che noi qui ci troviamo di fronte ad uno di quei casi in cui l'estinzione dell'obbligazione principale non ha estinto il diritto di pegno.

III) D. 20 1 13 5 (MARCIANO l; s. *ad form. hyp.*): « *si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicione non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt* » « *si condicio extiterit nec pecunia solvatur restitui hypothecam si in rerum natura sit* ».

Marciano si prospetta due ipotesi apparentemente connesse, in realtà diverse: pegno costituito a garanzia di un'obbligazione condizionata, pegno costituito sotto condizione a garanzia di un'obbligazione pura.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. anche D. 20 1 16 6 (MARCIANO l. s. *ad form. hyp.*) ove il debitore condannato non può riavere il pegno se non dopo aver pagato l'intera somma per cui è stato condannato; i compilatori, per ragioni di *humanitas*, riducono l'obbligo all'ammontare dell'obbligazione originaria. Cfr. anche C. VIII 26 2, ammettente anch'essa la sopravvivenza del diritto di pegno alla sentenza, ma che probabilmente si riferisce al regime della *cognitio*.

La prima non presenta gravi difficoltà: la formula dell'*a. pignareticia* richiedeva la valida esistenza dell'obbligazione al momento della costituzione della garanzia, doveva quindi escludersi l'esperibilità dell'azione fino a che la condizione non si fosse verificata ⁽⁷⁶⁾.

Maggiori difficoltà presenta la seconda ipotesi ⁽⁷⁷⁾: in linea di stretto principio, essendo necessaria per l'esperibilità dell'azione la convenzione di pegno e la mancata *solutio* o *satisfactio*, ed avendosi la prima, e non la seconda, l'esperibilità dell'azione potrebbe esser ammessa anche *pendente condicione*; ciò costituirebbe però un'evidente iniquità ai danni del convenuto, costretto a consegnare il pegno prima del verificarsi della condizione, e, per ovviare a ciò, Marciano, o chi per lui, dichiara da respingersi la domanda dell'attore rivolta a conseguire il pegno, ma ammette che possano essere imposte al convenuto *arbitrio iudicis* cauzioni per la consegna del pegno nel caso che la condizione si verifichi e manchi il pagamento.

Sulla classicità di questa decisione si possono sollevare ampie riserve: a parte i gravi indizii stilistici (*ideoque, cautiones interponendae* ⁽⁷⁸⁾), la sciocca osservazione *si in rerum natura sit*, la decisione stessa è tale da far sospettare gravemente della sua origine compilatoria.

⁽⁷⁶⁾ L'inciso « *sed si... poterit* » è intp. (ENNECERUS, *Rechtsgeschäft* pag. 361; EISELE, *Z. S. S.* XI pag. 22; KRÜGER, *Digesto h. l.*; FEHR, *Beitr.* pag. 84; EBRARD, op. cit. pag. 105; SIBER, *Die Passivleg. bei der r. v.* pag. 129; RATTI, op. cit. pag. 36; contro MANICK, op. cit.; VASSALLI, *Dies vel condicio*, *B.I.D.R.* 27 pag. 231; a parte ogni altro indizio, prova l'intp. il fatto che esso può essere spiegato solo con la riforma di Zenone abolente la *plus petitio tempore* (C. III 10 1 pr.).

⁽⁷⁷⁾ La seconda parte del testo è ritenuta intp. dal FEHR, *Beitr.* 84; dall'EBRARD, op. cit.; dal SIBER, op. cit.; dallo SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, *Festschr. Zietelmann* pag. 100 n. 1; e limitatamente alle *cautiones*, LEVY, *Zur Lehre der sogenannt. Act. Arbitr.* *Z. S. S.* 36 pag. 10.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. *Indice* del GUARNIERI *sub voce cautio*.

Già il SIBER ⁽⁷⁹⁾ ha rilevato che, rifiutandosi il convenuto di dare le *cautiones*, il giudice non avrebbe potuto negare il pegno all'attore, anche *pendente condicione*: ciò è ammissibile per diritto giustiniano, ma non per quello classico, poichè è noto che il primo tende a considerare i negozi sottoposti a condizione alla stessa stregua di quelli sottoposti a termine, e che, mentre, per diritto classico, la sede naturale del pegno resta, sino al verificarsi dell'evento, il debitore, per quello giustiniano è già il creditore ad acconsentire che, *pendente condicione*, il debitore lo conservi.

Ciò spiega il regime delle *cautiones*, ma ne rende evidente l'inammissibilità per diritto classico, che, da un punto di partenza opposto, non poteva arrivare ad identici risultati: il passo doveva dire che l'*actio pigneraticia* intentata *pendente condicione* dal creditore doveva essere respinta *in toto*.

Si può ora completare la ricostruzione del testo genuino: la risposta ad ambedue le domande era la stessa, e cioè che tanto il creditore che aveva agito con la *pigneraticia*, pendente la condizione apposta all'obbligazione principale, quanto quello che aveva agito, pendente la condizione apposta alla convenzione di pegno, non avevano agito *recte*, poichè nulla era ancora dovuto, ed essendo incorsi nella *plus petitio tempore*, perdevano il loro diritto ⁽⁸⁰⁾.

IV) D. 36 1 61 pr. (PAOLO 4° *Quaestionum*): « *De-*

⁽⁷⁹⁾ SIBER, op. cit. pag. 129.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. però VASSALLI (op. cit.), che nega per diritto classico gli effetti della *p. p. t.* sull'azione intentata *pendente condicione*; anche il RATTI (op. cit.) cerca di distinguere fra le due ipotesi, avendo per discriminante il fatto che nella seconda l'obbligazione è già *praesens*, e che quindi il creditore deve essere maggiormente protetto: ma tanto nell'uno quanto nell'altro caso il creditore non agisce *recte*, e non vi è ragione perchè il rischio della *p. p. t.* al quale è sottoposto nel primo venga eliminato nel secondo.

bitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure dominii id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatus sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem tenet, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset... ».

Un debitore *sub pignore* nomina erede il creditore, con l'obbligo di restituire l'eredità alla propria figlia; questi, che ha subodorato l'inganno, non vorrebbe adire l'eredità, ma *coactus iussu praetoris*, si sottomette ⁽⁸¹⁾, restituendola poi, secondo quanto era stabilito, alla figlia del debitore. Scaduto il debito, e cercato inutilmente di vendere il pegno, domanda all'imperatore di essere autorizzato a conservarlo in proprietà.

Diversa era però la questione prospettata da Paolo

⁽⁸¹⁾ Premessa fondamentale dell'intera questione, malgrado che Paolo, data la sua evidenza, non vi accenni neanche, è che l'ammontare del debito superasse il quarto dell'ammontare dell'eredità, poichè nel caso contrario il diritto alla quarta falcidia avrebbe tolto ogni sospetto al creditore.

nell'originale, poichè la traccia del rifacimento posteriore è evidente: classico, salvo il breve inciso « *id est debitoris* » ⁽⁸²⁾, sino a *restituit*, il testo è sicuramente interpolato nel periodo successivo; a prova di ciò possono addursi indizii formali e sostanziali: *desiderabat permitti, iure dominii possidere*, i due *cum*, e sopra a tutto il fatto che il testo si riferisce all'istituto dell'*impetratio dominii* ⁽⁸³⁾.

Posto ciò, cade quella che, nella redazione attuale del testo, è la domanda cui Paolo è incaricato di rispondere; si tratta ora di vedere quale essa fosse, il luogo dell'*impetratio dominii*.

Paolo anzitutto si domanda che sia avvenuto dell'obbligazione principale, e dichiara che « *aditione quidem hereditatis obligatio confusa est* »; sulla classicità di questo punto non vi è luogo a dubbii.

È viceversa discussa la risposta data da Paolo al secondo quesito, è anzi oggetto di controversie il quesito stesso (*videamus... obligatio*): alcuni hanno pensato che l'inciso « *sublata... obligatio* » dovesse intendersi come un quesito secondario da risolversi successivamente a quello principale, se cioè la confusione abbia estinto anche l'obbligazione naturale ⁽⁸⁴⁾; altri invece, ricollegando questa frase con l'altra « *remanet... obligatio* » hanno ritenuto che esse vadano interpretate nel senso che, se è necessario, perchè il pegno perduri, la sopravvivenza almeno dell'obbligazione naturale, basta il solo fatto che esso

⁽⁸²⁾ KRÜGER, *Digesto* h. 1.

⁽⁸³⁾ NABER, *De lege commissoria*, *Mnemosyne* 32 pag. 81 e sgg., C. Th. III 2 1 = C. VIII 34 3; il passo non può riferirsi alla disposizione di Caracalla, per la quale era lecito pattuire che, non pagato il debito, il creditore diventasse proprietario del pegno a titolo di compra vendita, considerandosi per prezzo il capitale e gli interessi (D. 20 1 16 9, imp.).

⁽⁸⁴⁾ VOSS, *Ius offerendi* pag. 338 e sgg.; THON, op. cit. pag. 275 e n. con la letteratura ivi cit.; EISELE, *Jherings Jahrb.* 32 pag. 406; KRETSCHMAR, *Theorie der confusion* pag. 32 e sgg.; pag. 123 e sgg.; PETRONI, op. cit. pag. 451, e letteratura ivi cit.

sussista, perchè la si possa considerare sopravvivenza, così che questa perdurerebbe non solo per, ma anche mediante il pegno ⁽⁸⁵⁾.

Questa seconda interpretazione è inammissibile, poiché non si comprenderebbe più quale sia la causa e quale l'effetto della sopravvivenza del pegno e dell'obbligazione naturale; ma neanche la prima può essere accolta, dovendosi ritenere in tanto l'inciso « *sublata... obligatio* », quanto il periodo « *remanet... obligatio* » ⁽⁸⁶⁾.

Il principio della sopravvivenza dell'obbligazione naturale all'estinzione puramente formale dell'obbligazione civile, benchè ripetutamente affermato nelle nostre fonti, non può essere considerato classico: già in D. 20 1 13 4 si è visto come l'estinzione dell'obbligazione principale in seguito alla l. c. non impedisse la sopravvivenza del pegno, non perchè le sopravvivesse un'o. n., ma perchè *suas condiciones habet hypothecaria actio id est etc.*; anche nel testo qui esaminato la sopravvivenza del diritto di pegno all'estinzione per confusione dell'obbligazione principale viene giustificata nello stesso modo (*verum est... pecuniam*), così che qui stesso il principio della sopravvivenza dell'o. n. viene a costituire un'inutile riempitura ⁽⁸⁷⁾.

Il quesito posto da Paolo era dunque il seguente: « *videamus ne et pignus liberatum sit* » ⁽⁸⁸⁾. E' ora da esaminare la soluzione che ne dà: egli distingue fra due ipotesi,

⁽⁸⁵⁾ WINDSCHEID, *Pandekten* 1 2 pag. 225; DERNBURG, *Pfandrecht* II pag. 577; 591; *Pandekten* 1 2 pag. 290.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. la dimostrazione datane dal BESELER, *Beitr.* IV 184; SIBER, *Naturalis obligatio (Gedenkschr. Mitteis)* pag. 70; BIONDI, op. cit. pag. 133 n. 1; contro LEVY, *Konkurrenz* I pag. 361 n. 5; PRINGSHEIM, *Z. S. S.* 46 pag. 361.

⁽⁸⁷⁾ Che la l. c. estinguesse l'obbligazione senza lasciar dietro a sé alcuna o. n. è dimostrato dall'intp. della frase « *licet... permanet* » in D. 12 2 60 pr. (cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*² pag. 378 e n. 1.

⁽⁸⁸⁾ Secondo il BESELER (*Beitr.* III 184), l'originale sarebbe « *sublata obligatio* », ritengo però che tutto l'inciso sia intp.

che la cosa stia nelle mani del creditore o stia invece in quelle della fideicommissaria. E' ovvio constatare quanto sia illogica questa distinzione: essendosi Paolo prospettata la domanda se il diritto di pegno sia estinto o non, non può passare ad altra indagine, se non dopo averle dato una risposta: infatti non sapendo noi ancora se l'erede abbia conservato il suo diritto di pegno, che interesse abbiamo a sapere se possiede la cosa o non? Se a tutto ciò si aggiungono i gravi indizii di interpolazione (*atquin, de effectu rei, quod eveniret* etc.) ⁽⁸⁹⁾, non può sembrare azzardata l'ipotesi che anche questa parte del testo sia dovuta a posteriore rifacimento, cosicchè questo lungo squarcio inserito più tardi nel testo avrebbe separato la domanda *ne et pignus liberatum sit* dalla sua naturale risposta, che anche qui è la frase « *verum est enim non esse solutam pecuniam* ». Un attento esame del contenuto ci darà la prova di questa asserzione.

Incominciamo con l'escludere un'ipotesi avanzata dal RATTI ⁽⁹⁰⁾, che osserva che nella prima parte del testo appaiono un *creditor heres*, un *debitor* e una *fideicommissaria*, mentre nella successiva si parla di un *fideicommissarius*: il cambiamento di sesso in uno dei personaggi lo induce a pensare che la prima questione sia stata già risolta, e che si sia passati ad esaminarne una seconda con soggetti almeno in parte diversi. Ciò è inammissibile: se questo cambiamento di sesso costituisce una delle tante e gravi scorrettezze che si notano nel testo, non è però l'unica, e la spiegazione del RATTI neanche tocca le altre; inoltre questa parte, benchè certamente appartenente ad altra mano, è così aderente alla *quaestio*, da doversi escludere che vi si tratti di altra materia.

Può avvenire dunque che nel momento in cui si domanda che sia avvenuto del diritto di pegno, la cosa stia

⁽⁸⁹⁾ BESELER, *Beitr.* IV pag. 284; RATTI, op. cit. pag. 41.

⁽⁹⁰⁾ RATTI, op. cit. pag. 41.

nelle mani del creditore, o in quelle della fideicommissaria.

Nel primo caso, il *creditor actor idemque heres* (!) *nulla actione a fideicommissario conveniri potest*, poichè, delle due possibili azioni, a costui non può essere concessa nè la pigneraticia, che è azione ereditaria, nè quella del fidecommesso, perchè egli possiede *quasi creditor*.

Riguardo alla prima, è facile constatare che, argomentando in tal modo, si deve giungere a conclusioni opposte ⁽⁹¹⁾: appunto perchè la pigneraticia è un'azione ereditaria, il fideicommissario ha diritto di intenderla, sia pure in via utile. E' probabile quindi che essa non competesse a costui, ma non per i motivi addotti dal poco abile autore della frase ⁽⁹²⁾.

Non meno gravi osservazioni possono farsi per l'azione del fidecommesso, che sarebbe negata perchè l'erede possiede la cosa *quasi creditor*: giustamente osserva il RATTI che, indicando *quasi* o identità o analogia, non può essere accolto nè il primo significato, perchè Paolo dice che *aditione hereditatis obligatio confusa est*, e che quindi l'erede non è più creditore, nè il secondo, perchè Paolo non avrebbe certo espresso il proprio parere basandolo sul criterio del presso a poco.

Se poi il pegno è nelle mani della fideicommissaria, *et hic Serviana actio tenebit, verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem*. La classicità di questo periodo è stata posta in dubbio dal RATTI ⁽⁹³⁾, il quale osserva che

⁽⁹¹⁾ THON, op. cit. BECKER, *Die processualische Confusion* pag. 14; KRETSCHMAR, op. cit. pag. 32; WINDSCHEID, *Pandekten*; PETRONI, op. cit.; BESELER, *Beitr. cit.*; RATTI, op. cit.

⁽⁹²⁾ Il CUIACIO (Op. VIII 2399) elimina l'equivoco, rendendo la frase negativa con l'inserzione di un *non* (cfr. anche PUNTSCHART, *Moderne Theorie der Privatrecht* pag. 236); con ciò si sostituisce ad un errore un altro più grave, poichè la *pigneraticia* era effettivamente ereditaria.

⁽⁹³⁾ RATTI, op. cit. pag. 43.

l'et hic è fuori luogo, poichè ricollegato grammaticalmente alla frase precedente, nella quale invece si nega l'azione, e chè la frase *actio tenet* è tipicamente compilatoria.

Ritengo invece questa parte del testo, sino a *pecuniam*, classica. Certo *l'et hic* è fuori luogo, ma ciò non ha importanza, sapendo noi che nell'originale aveva tutt'altra sede, riacciandosi alla frase « *videamus... liberatum sit* », della quale tuttora costituisce la risposta. Con essa veniva a dirsi che anche qui, come in tutti gli altri casi, pur essendovi stata estinzione dell'azione personale, in mancanza di una effettiva *solutio*, l'*actio tenet*. E ciò vale non solo per l'ipotesi che la fideicommissaria detenga il pegno ma anche per l'altra.

Altro motivo di sospetto sarebbe dato dall'uso del verbo *tenet*, per un'azione pretoria, della quale non si può dire che competeva. Paolo però non dice *actio competit*, ma *actio tenet*, e questa frase indica non una spettanza *ex jure civili* dell'azione, ma un'applicabilità di essa al caso prospettato, e non è certo questa l'unica volta che venga usata per un'azione pretoria ⁽⁹⁴⁾.

Tanto meno accettabili sono le osservazioni del RATTI intorno alla frase « *verum est... pecuniam* ». Egli nota che, posto questo principio sarebbe bastato precisare la non avvenuta *solutio* per concludere affermativamente riguardo alla spettanza dell'azione. A ciò si può obiettare che, anche ammesso che la *quaestio* fosse nell'originale quale ci è pervenuta, l'indagine di Paolo sarebbe stata sempre giustificabile, poichè, se il pegno può perdurare, anche estinta l'obbligazione da esso garantita, è logico però che si indaghi anzitutto se questa sia in vita, essendo nell'affermativa inutile ogni altra ricerca.

Se poi si ammette che nell'originale la questione pro-

⁽⁹⁴⁾ Cfr. D. 13 5 16 3 per l'*actio de pecunia constituta*; D. 47 10 11 1 per l'*actio aestimatoria iniuriarum*; D. 43 16 1 32 per l'interdetto *de vi et d. vi armata*; cfr. *Voc. Jur. rom sub v. actio*.

spettata a Paolo fosse se il creditore aveva ancora il diritto di pegno, cade ogni ragione di sospettare della classicità della frase in esame, poichè in tal caso Paolo doveva iniziare la propria indagine col ricercare se l'obbligazione principale era estinta o non.

E' invece certamente interpolata la frase « *quemadmodum... exceptionem* », dovendosi accogliere la brillante dimostrazione che il RATTI ne dà. Nei riguardi della forma, un indizio è dato dalla frase stessa « *actionem amittere propter exceptionem* », poichè con l'eccezione il convenuto riconosce implicitamente l'esistenza del diritto dello attore, limitandosi ad eliminarne gli effetti ⁽⁹⁵⁾. Ma anche sostanzialmente essa è sospetta, poichè mentre vorrebbe costituire uno schiarimento della precedente, è invece motivo di nuove difficoltà.

Infatti, come rileva il RATTI ⁽⁹⁶⁾, essa non può riferirsi nè all'azione in genere, poichè Paolo trattava precedentemente della sola Serviana, e perchè poi non si potrebbero ridurre tutte le eccezioni al denominatore comune della mancata *solutio*, nè alla pigneraticia, perchè si verrebbe con ciò a dire che l'azione non è stata concessa perchè il denaro non è stato pagato ⁽⁹⁷⁾, ponendo a base dell'eccezione quello che invece è il fondamento della pretesa dell'attore; nè poi all'azione del fidecommesso, sia perchè per essa vale quanto si è osservato per la azione in genere, sia perchè si era già detto che l'azione non compete alla figlia, e quindi l'ipotesi che vada respinta con un'eccezione contrasta col precedente diniego.

⁽⁹⁵⁾ RATTI, op. cit. pag. 44 n. 1, e letterat. ivi cit., in particolar modo BETTI, *Dell'opposizione dell'exceptio alla actio*, cfr. anche *Voc. cit. sub. v. actio*.

⁽⁹⁶⁾ RATTI, op. cit. pag. 44.

⁽⁹⁷⁾ Secondo il THON, op. cit. pag. 277, essa sarebbe l'*exceptio solutionis*, inserita nella formula con le parole *eamque pecuniam rell.*, ma cfr. contro PETRONI, op. cit. pag. 452 e sgg.

Può invece considerarsi parzialmente classica la parte successiva del testo (*igitur... obligatio*). Secondo il RATTI, anche questa, salvo forse l'accenno alla *retentio*, sarebbe compilatoria, ma quest'ipotesi va respinta.

Indubbiamente interpolato, lo si è già visto sopra, è il periodo « *remanet... obligatio* », come anche l'accenno alla *condictio indebiti*, che contrasta sia con la fattispecie attuale, sia con quella originaria, dato che, se il debitore ha pagato, Paolo non può nè dire che *obligatio confusa est*, essendo questa estinta per pagamento, nè domandarsi *ne et pignus liberatum sit*, poichè la *solutio* estingue necessariamente il diritto di pegno. Resta invece la prima parte (*igitur... competit*), che deve essere ritenuta classica, non essendo altro che la chiusa del ragionamento iniziato da Paolo con le parole « *et hic... tenebit* ».

Il RATTI ⁽⁹⁸⁾ ritiene invece compilatoria anche questa parte, poichè, egli osserva, mentre sembra ripetere soluzioni precedenti, in realtà dice cose nuove. Ciò è da escludere: se la fattispecie era limitata alla ipotesi che il creditore avesse o non il diritto di *retinere* il pegno, Paolo si

⁽⁹⁸⁾ RATTI, op. cit. pag. 45; un indizio sarebbe dato dalla costruzione « *non tantum... sed etiam* », che si nota in molti testi intp. (per un elenco cfr. BIONDI, op. cit. pag. 132 n. 4; cfr. anche GRUPE, *Zur Sprache der Gaiianische Digestenfragmenten* Z. S. S. 18 pag. 217; RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno Annali Palermo* 3, 4 521; ALBERTARIO, *B.I.D.R.* 26 pag. 123; DONATUTI, *Annali Perugia* 33 pag. 323; BIONDI, op. e n. cit., il quale esamina anche questo testo; contro BESELER, *Beitr.* IV 183). Di fatto per questa e per le analoghe, ci troviamo di fronte a costruzioni usate dai compilatori per estendere ai loro usi decisioni classiche, però anche qui la prova dell'intp. va ricavata non dalla costruzione che è di buona classicità, ma dal contenuto del passo (cfr. RICCOBONO, op. e pag. cit.; per i numerosi testi in cui essa si nota cfr. *Voc. sub v. sed*; si nota del resto anche in GAI II 66; ULP. *Reg.* VIII 1; PAULI *Sent.* II 31 10).

Qui poi essa era necessaria, poichè, mentre la domanda prospettata era se il creditore potesse *retinere* il pegno, Paolo si domanda invece se questo sia o non estinto, e concludendo per la negativa, è logico che deduca spettare al creditore *non tantum retentio sed etiam petitio*.

domanda invece se il pegno sia o non estinto (*videamus* etc.) e a tale domanda risponde « *verum est enim non esse solutam pecuniam* » e quindi *actio tenet*. E' logico che questo ragionamento concluda non limitatamente al diritto del creditore di *retinere* il pegno, ma estendendosi ad ambedue le ipotesi, *retentio* e *petitio*.

L'ultima parte del testo, per opinione pressochè unanime, è ritenuta in gran parte classica ⁽⁹⁹⁾: il creditore *coactus iussu praetoris* ad adire l'eredità, può invocare o un pagamento anticipato, o una *cautio de indemnitate*.

Giunti a tal punto, credo si possa tentare la ricostruzione del testo: il creditore, costretto ad adire l'eredità, chiede se, avvenuto ciò, possa *retinere* il pegno; Paolo gli risponde che l'obbligazione principale è estinta per confusione, ma non il diritto di pegno, non essendosene verificate le condizioni di estinzione, *solutio* o *satisfactio*, e che di conseguenza gli spetta non soltanto la *retentio*, ma, nel caso che la cosa non stia nelle sue mani, anche l'azione Serviana; sarebbe stato però preferibile se, *ante aditam hereditatem*, il pretore gli avesse concesso l'anticipato pagamento o la *cautio de indemnitate* ⁽¹⁰⁰⁾.

A questa nostra ricostruzione si potrebbero sollevare alcune difficoltà, nessuna però insormontabile.

Una prima si può ricavare dall'opera stessa del RATTI, il quale ritiene che, essendo estinta l'obbligazione, e quin-

⁽⁹⁹⁾ Cfr. però BESELER, *Beitr.* IV 183, il quale espunge l'accento alla *cautio*, limitando il diritto del creditore al solo pagamento.

⁽¹⁰⁰⁾ *Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae: cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit: <quaeritur an pignus retinere possit>. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem ne et pignus liberatum sit: et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius [de indemnitate esset ei cautum, vel (?)] soluta pecunia esset... ».*

di anche il diritto di pegno, il creditore nell'originale non avesse che un mero *ius retentionis*, in luogo del vecchio *ius pignoris* ⁽¹⁰¹⁾. Questa ipotesi è inaccettabile: anzitutto il testo non parla di un *jus retentionis* vero e proprio ma di una *retentio* e di una *petitio*, in secondo luogo essa non vale ove il pegno stia ancora nelle mani della fidecommisaria, ed è evidente che se Paolo ha riconosciuto nel primo caso il diritto di *retinere* il pegno, non può in questo secondo non riconoscergli quello di esigerne la consegna.

Altra difficoltà è che, ammesso che il creditore conservasse intatto il suo diritto di pegno, è strano che Paolo si preoccupasse di concedergli anche l'anticipato pagamento o le *cautiones de indemnitate*: riguardo a ciò si può però osservare che il contegno fraudolento del debitore aveva sempre danneggiato il creditore facendogli perdere la possibilità di esperire l'azione personale, e lasciandogli la sola *pigneraticia*, che a sua volta, poteva estinguersi per una delle tante circostanze che provocano la perdita del diritto, per es. la distruzione della cosa. In tal caso, egli sarebbe rimasto privo di ogni tutela giuridica, e ciò in conseguenza del contegno fraudolento del debitore; è logico quindi che Paolo si preoccupi di questa eventualità, e lo metta in condizione di parare il colpo.

Poteva ancora darsi che la domanda fatta a Paolo fosse se l'obbligazione era o non estinta: in tal caso tutta la seconda parte del testo da *videamus* in poi, sarebbe compilatoria. Ma anche questa ipotesi va respinta: basta infatti rileggere il primo periodo del testo, certamente classico, per convincersi che la questione verteva sul pegno: infatti Paolo, nel caso contrario, avrebbe detto *debitor*, e non *debitor sub pignore*; se invece si è preoccupato di porre in luce l'esistenza della garanzia reale, ciò è avvenuto perchè

⁽¹⁰¹⁾ RATTI, op. cit. pag. 46 e sgg.; particolarmente la lunga indagine sul funzionamento della *cautio*.

questa aveva importanza fondamentale. Se poi, a riscontro di ciò, noi troviamo due frasi, nella prima delle quali si domanda se il pegno è estinto, e nella seconda, in base a parole della formula, si decide negativamente, dobbiamo concludere che Paolo del pegno trattava.

Accettata questa ricostruzione, se ne possono ricavare i seguenti dati:

a) Paolo, pur dichiarando estinta l'obbligazione principale, considera valido il diritto di pegno, perchè le cause di estinzione della *pigneraticia* non si sono verificate;

b) anche a voler ammettere che la *lex* 61 pr. sia interpolata in quella parte ove noi abbiamo visto la risposta originaria di Paolo, e che le parole della formula siano state inserite dai compilatori, il principio della possibile sopravvivenza del pegno al credito resta immutato, poichè, se così non fosse, Paolo avrebbe dovuto dedurre l'estinzione del primo da quella del secondo, e dire: « ... *obligatio confusa est, ergo et pignus liberatum est* », ciò che egli non fa.

Si noti poi che la risposta negativa non sarebbe stata assurda: se la riunione in unica persona delle qualità di creditore e debitore ha estinto per confusione l'obbligazione principale, d'altra parte neanche il pegno può perseverare, *domino constituto creditore* ⁽¹⁰²⁾; di conseguenza dall'*aditio hereditatis* Paolo avrebbe dovuto dedurre l'estinzione per confusione anche del diritto di pegno ⁽¹⁰³⁾, concedendo al creditore, a seconda dei casi, un *jus retentionis* o un'*actio restitutoria*. Ma di ciò nelle fonti non vi è traccia, e l'unica soluzione possibile è quella sopra prospettata. Ad ogni modo, anche a voler ammettere nel caso specifico l'estinzione del diritto di pegno, essa sarebbe provocata non dall'estinzione dell'obbligazione principale, ma

⁽¹⁰²⁾ Cfr. D. 44 2 30 1 (*Infra* pag. 45).

⁽¹⁰³⁾ THON, op. cit. pag. 256 n. 59; SAVIGNY, *System* V pag. 445.

dalla riunione in un'unica persona delle qualità di proprietario della cosa, e di titolare di un *jus in re aliena*;

c) i compilatori, inserendo nel testo l'accenno all'*o. n.*, pongono in luce la sostanziale differenza fra il loro pensiero e quello classico: allo stesso modo del testo di Marciano sopra esaminato, ove la sopravvivenza del diritto di pegno all'obbligazione principale estinta per l. c. è ricavata anch'essa, per quanto ci risulta da D. 12 6 60 pr., dalla sopravvivenza di un'*o. n.*, qui il principio che l'*o. n.* sopravvive per e mediante il pegno trova un'energica affermazione, cosicchè l'interpretazione del WINDSCHEID, inammissibile per diritto classico, diventa l'unica accettabile per quello giustiniano.

V) D. 44 2 30 1 (PAOLO 14 *Quaestionum*): « ... *in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extintum sit dominis adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem* ».

Essendosi risolta con una transazione una vertenza fra Mevio e Tizio, il secondo, in base agli accordi, rinuncia in favore del primo alla proprietà di alcuni beni; tra questi, di un fondo, su cui precedentemente aveva costituito un pegno a favore di un terzo. Passatane la proprietà a Mevio, un terzo agisce contro di lui e ottiene il fondo, e solo più tardi Mevio trova fra vecchie carte un chirografo dello stesso Tizio, da cui risulta che, in data precedente, costui aveva dato lo stesso fondo in pegno all'avo di Mevio; vorrebbe ora sapere se può agire contro il terzo per riottenere il fondo, senza tenere l'*exceptio rei iudicatae*.

Paolo risponde: riguardo all'*exceptio r. i.*, non vi è da temere, poichè si potrebbe opporre solo se nel primo giudizio fosse stata controversa la proprietà del fondo; è invece dubbio se il diritto di pegno non sia estinto, essendo

stato Mevio proprietario del fondo, *neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore*, ma anche ciò è da escludere, *quia verum est et pignori datum et satisfactum non esse*, per la qual ragione non è da temere l'*exceptio r. i.*

Il testo, nella redazione attuale, è non poco inconcludente, e ha dato molto da fare ai critici: si è infatti giustamente osservato che, affermato con tanta energia il principio della confusione del diritto di pegno, la chiusa, con cui si concede l'azione, è per lo meno illogica, poichè, date le premesse, la risposta negativa si impone. Quindi, anche ad ammetterne la classicità, è evidente che esso ha subito delle mutilazioni tali, che una parte di quei dati, in base ai quali Paolo arrivava alla concessione dell'*actio Serviana*, a noi deve mancare.

Già secondo la Glossa il testo veniva interpretato supponendo che per qualche motivo Mevio non fosse mai stato effettivo proprietario della cosa, ipotesi però che è ben facile respingere, poichè Paolo parla di *dominium acquisitum* e di *dominus constitutus creditor*, e quindi la premessa della sua trattazione è che Mevio è stato effettivamente proprietario della cosa.

Secondo altri, Paolo si sarebbe limitato a domandarsi se, *dominio acquisito*, vi era stata confusione del diritto di pegno, e che abbia concluso che, malgrado ciò, l'azione abbia continuato a sussistere, non essendosene verificate le condizioni di estinzione ⁽¹⁰⁴⁾. Senza voler entrare per il momento nell'esame esegetico del testo, mi limito ad osservare che, nella sua redazione attuale, Paolo esprime qualche cosa di più di un semplice dubbio, poichè la frase « *neque enim... creditore* » è una dichiarazione netta e decisa,

⁽¹⁰⁴⁾ WENING INGENHEIM, *Das Pfandrecht auf eigener Sache*, *Archiv für civ. Praxis* VI pag. 148 e sgg.; per la più antica letteratura intorno a questo testo, e in genere intorno al pegno su cosa propria cfr. WINDSCHEID, *Pandekten* 1 2 pag. 426 n. 25.

con cui Paolo non si pone una domanda, ma anzi risponde a quella che si era posta nella frase precedente (*numquid... sit*): data la risposta, avrebbe dovuto concludere negativamente, ciò che invece non fa.

Più aderente al testo è un'altra interpretazione che, già avanzata dal BACHOFEN, deve la sua piena trattazione al DERNBURG ⁽¹⁰⁵⁾.

Secondo il DERNBURG, Paolo non pone in dubbio l'estinzione del diritto di pegno, questa però non produce a sua volta quella dell'*actio hypothecaria*, che gli spettava prima della confusione, poichè questa agisce sul diritto, ma non sull'azione, che, essendo *in factum concepta*, non si basa sull'esistenza in un determinato momento del diritto di pegno, ma sull'esservi stata una convenzione di pegno, e sull'esser mancata *solutio* o *satisfactio*, cosicchè, essendovi le condizioni positive, e mancando le negative, l'azione compete a Mevio regolarmente.

Anche questa interpretazione è inaccettabile: Paolo anzitutto parla di *pignus*, e con questa parola si intende non soltanto il diritto di pegno ma anche l'azione, e quindi la frase *neque enim* etc. si riferisce ad ambedue. In secondo luogo la distinzione fra diritto di pegno e *actio pignoratitia* è, da parte di un giurista classico inamissibile, poichè, mentre la concezione moderna dei rapporti giuridici ne permette l'esame nello stato di pacifico godimento, il diritto romano in genere, ma in specie gli istituti del diritto pretorio non permettono una distinzione fra diritti soggettivi e azioni scaturenti da questi diritti, ma le azioni e i varii mezzi tecnici creati dal pretore costituiscono un

⁽¹⁰⁵⁾ BACHOFEN, *Pfandrecht* pag. 85 e sgg.; DERNBURG, *Pfandrecht* II pag. 527 e sgg.; cfr. anche BASILICI LI 2 27; secondo il FRANCKE (*civ. Abhandl.* pag. 211), e il WANGEROW (*Pandekten* par. 392), essa competeva solo nel caso che il creditore avesse acquistato la proprietà della cosa ignorando il suo diritto di pegno.

precedente di fronte ai rapporti da essi difesi ⁽¹⁰⁶⁾, cosicchè, dicendo Paolo che il pegno non perdura *domino constituto creditore*, egli si riferisce non tanto all'*jus pignoris*, quanto all'*actio pigneraticia*.

Un'altra interpretazione è stata proposta dal WINDSCHEID ⁽¹⁰⁷⁾, il quale ritiene che il diritto di pegno scompaia per quelle che sono le sue normali finalità, sopravvivendo invece come diritto di impedire agli altri eventuali creditori di soddisfarsi sulla cosa. E' evidente che, ammessa questa interpretazione, ci troviamo di fronte ad una facoltà del creditore che col diritto di pegno non ha più nulla a che vedere, e che per diritto classico va respinta, poichè qui scopo del diritto di pegno è quello di assicurare al creditore il soddisfacimento di un'obbligazione, mediante l'appropriazione totale o parziale del valore di una determinata cosa.

Possiamo ora passare all'esame del testo. Esso è indubbiamente interpolato; di ciò è facile notare tracce formali e sostanziali: l'oblativo assoluto « *domino constituto creditore* » ⁽¹⁰⁸⁾, l'uso del verbo *competere* per un'azione pretoria quale era la pigneraticia ⁽¹⁰⁹⁾, il contrasto fra le frasi « *numquid... adquisito* » e « *neque... creditore* », ove il semplice dubbio della prima diventa principio recisamente affermato nella seconda, la frase « *quare... exceptionem* » fuori luogo.

Sulla ricostruzione di questo testo ci troviamo di fron-

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten* 1 2 pag. 428 n. 27; BONFANTE, *Istituzioni*⁹ pag. 105; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*² pag. 97 e sgg.

⁽¹⁰⁷⁾ WINDSCHEID, *Pandekten* 1 2 pag. 426 e sgg.

⁽¹⁰⁸⁾ EBRARD, op. cit. pag. 54 e sgg.; BESELER, *Beitr.* II pag. 147; RATTI, op. cit. pag. 54 e sgg.; sull'uso dell'ablativo assoluto cfr. EISELE, *Z. S. S.* VII pag. 23 e sgg.; GRUPE, *Zur Sprache der gaisischen Digestenfragmenten* *Z. S. S.* 18 pag. 312 e sgg.; BESELER, *Beitr.* III pag. 115.

⁽¹⁰⁹⁾ WLAŠAK, *Römische Prozessgesetze* I pag. 46 e sgg.

te a due tendenze recisamente opposte, delle quali l'una fa capo al RATTI, l'altra al BESELER.

Secondo il RATTI ⁽¹¹⁰⁾, la frase « *neque... creditore* », sarebbe sì interpolata ma non altro che il riassunto di una più vasta trattazione pauliana, ove si affermava l'estinzione del diritto di pegno a causa della confusione; in quanto al contrasto fra il *numquid* e il *sit* da una parte e la recisa negazione della seconda frase dall'altra, esso viene eliminato sostituendo il *numquid* con un *quod* e il *sit* con un *est*.

Tale ricostruzione è inaccettabile: ammetto che siano stati i compilatori a riassumere la massima di Paolo con la frase « *neque... creditore* », ma non posso accogliere l'altro caposaldo dell'ipotesi del RATTI, la sostituzione del *numquid* e del *sit* nel suesposto modo.

Se i compilatori avessero avuto una sensibilità così raffinata da sentire il bisogno di trasformare la frase da negativa in dubitativa, solo perchè poi l'azione viene concessa, questa sensibilità non li avrebbe dovuti abbandonare nella redazione della frase successiva, che è in così stridente contrasto col resto del frammento. Ed in realtà l'originale pauliano era effettivamente dubitativo, come ci dimostra la frase con cui ha inizio la trattazione, (*in proposita... movet*), poichè il verbo *movere* non indica una certezza, ma un dubbio, e quindi, a voler negare che Paolo si prospettasse la questione sotto forma dubitativa, si correrebbe il rischio di dover ritenere interamente interpolati i due ultimi periodi, e per conseguenza di ammettere che Paolo non si sia neanche prospettata la possibilità di una confusione.

In quanto al secondo periodo, mentre sono d'accordo

⁽¹¹⁰⁾ RATTI, op. cit. pag. 54 e sgg.; secondo il quale sarebbe indizio di interpolazione anche il *numquid*, (esso si trova effettivamente in testi intp. quali D. 26 10 3 8; SOLAZZI, *Minore età*, pag. 163; LENEL, *Z. S. S.* 35 pag. 184; D. 36 6 4 2, KOSCHAKER, *Z. S. S.* 37 pag. 325; D. 41 1 63 2; SCHULZ, *Z. S. S.* 35 pag. 95) che però in un testo, ove la forma dubitativa si imponeva, non può essere considerato tale.

nel ritenere interpolata la frase « *actio... competit* », e nel riconoscere col RATTI e col BESELER che la chiusa « *quare... exceptionem* » è fuori luogo, pongo le mie riserve sulla frase « *verum... non esse* », per la quale gli argomenti avanzati dal RATTI, a prova della sua origine compilatoria, sono insussistenti.

Secondo il RATTI, l'argomentare la sopravvivenza del diritto di pegno dalla esistenza delle condizioni positive, e dalla inesistenza di quelle negative imposte dalla formula costituirebbe un servile e gretto atteggiamento della giurisprudenza dinanzi alle parole del pretore ⁽¹¹¹⁾.

Ciò in pratica si riduce ad un apprezzamento del tutto subbiettivo, che può indurci tutt'al più a deplorare tale atteggiamento, e non a negarne l'esistenza. Ma l'aver svincolata l'esistenza del diritto di pegno da quella del diritto di credito non è un atteggiamento gretto e servile, ma il riconoscimento di una necessità economica inderogabile, poichè abbandonare il primo alle sorti del secondo significava frustrarne interamente gli scopi. E tale necessità fu sentita non soltanto da giuristi classici, che sfruttarono a tal fine le parole della formula, ma anche e non meno dai compilatori, che, non avendo più la possibilità di usare i mezzi usati dai primi, posero a contributo il concetto di obbligazione naturale, per giungere a risultati pressochè identici.

Possiamo ora passare alla ricostruzione del BESELER. Questi, come il RATTI, considera interpolata la frase « *neque... creditore* »; ritiene invece interamente classico il periodo successivo, salvo che fra « *satisfactum non esse* » « *quare puto* » mancherebbe un lungo brano, nel quale veniva data una più ampia motivazione alla concessione dell'*actio pigneraticia* ⁽¹¹²⁾.

Neanche questa ricostruzione mi sembra accettabile:

⁽¹¹¹⁾ RATTI, op. cit. pag. 55 e 56.

⁽¹¹²⁾ BESELER, *Beitr.* II pag. 147.

anzitutto la frase « *actio competit* » usata per un'azione *in factum* è sospetta, e in secondo luogo l'esistenza di una vasta lacuna fra *satisfactum non esse* » e « *quare puto* » non spiega l'ultima frase, poichè nella lacuna si sarebbe sempre trattato di argomenti che con l'*exceptio rei iudicatae* nulla avevano a che vedere.

Io credo che il testo possa essere ricostruito nel seguente modo:

« *In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, < sed... >* ».

Il testo continuava con un lungo brano, ove si giustificava mediante la confusione l'impossibilità di concedere l'azione, brano che a noi non è pervenuto, ma che è stato riassunto dai compilatori nella frase « *neque... creditore* ». Essi quindi non si sarebbero limitati a riassumere questa massima, ma, portandola avanti alle parole ricavate dalla formula, alle quali essa nell'originale faceva da contrappeso, ne avrebbero rovesciato completamente il significato.

Ammessa questa ricostruzione, ci troveremmo finalmente di fronte ad un'ipotesi di estinzione del diritto di pegno, pur essendo mancato il soddisfacimento dell'obbligazione principale. Ma con ciò l'interpretazione da noi data alla formula non resta scossa, poichè l'estinzione del diritto di pegno non deriva da quella del diritto di credito, che anzi, data la fattispecie, si può ancora ritenere in vita, ma dal fatto che il diritto di pegno non può perdurare « *domino constituto creditore* » ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹³⁾ Viene spesso citato a fianco al testo sopra esaminato anche C. VIII 19 1 (*imp. ALEXANDER Athenioni* a. 230), che però tratta di materia completamente diversa, e cioè della situazione in cui viene a trovarsi il creditore pigneraticio di grado inferiore, nel caso che il *prior creditor* si serva del proprio diritto e venda il pegno.

VI) C. VIII 32 1 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Hilario a. 197*):

« *Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datus probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit* » ⁽¹¹⁴⁾.

L'interrogante ha rilasciato un pegno a garanzia di una somma di denaro prestatagli, ma non ancora consegnatagli; poichè in effetto questa somma non gli vien più data, vuole riottenere il pegno, teme però che, essendosi verificate le condizioni positive necessarie per la *pigneraticia in rem*, e non le negative, il creditore possa opporgli l'*exceptio pignoris*. Rispondono gli imperatori che egli è in errore, poichè tali condizioni si sono verificate solo apparentemente, « *nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit* », e che di conseguenza egli può esperire la *rei vindicatio* ⁽¹¹⁵⁾.

Argomentando dalle parole della formula, alle quali il rescritto si riferisce espressamente (*nam intentio rell...*),

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. anche la *lex geminata* C. IV 30 1, nella quale unica variante è « *neque numeratae* » in luogo di « *neque redditae* »; i compilatori, inserendo questa seconda nel titolo « *de non numerata pecunia* » l'avrebbero modificata in tal modo (cfr. BUCHHOLZ, *Die Geminationen in Codex Justinians*, *Zschr. für Civilrecht N. F.* XIV pag. 249; NABER, *Mnemosyne* XXXI pag. 226 e sgg.; BONFANTE, *Istituzioni* pag. 450 n. 3; sull'interpretazione del testo in esame cfr. FRANCKE, op. cit. pag. 104; BACHOFEN, op. cit. pag. 45 e sgg.; HUSCHKE, *Zschr. für Civilrecht* 20 pag. 168 e sgg.; RUDORFF, *Zschr. für gesch. Rechtswiss.* XIII pag. 228 n. 25.

⁽¹¹⁵⁾ Che sia propria questa, e non la *pigneraticia in personam*, l'azione concessa nel rescritto è indicato senza alcun dubbio dalla frase « *in rem experiri potes* », mentre, si sa, l'azione concessa al debitore per riottenere il pegno, dopo aver soddisfatto il credito, era *in personam*. Non è da escludere che in origine il testo dicesse, il luogo di *intentio, exceptio dati pignoris*.

gli imperatori deducono l'inesistenza del diritto di pegno, e la conseguente inespugnabilità dell'*actio pigneraticia* (*eademque ratione rell...*) dalla mancanza di un'obbligazione principale da garantire (*quam si de fide rell...*). Potremmo credere di trovarci di fronte ad una recisa affermazione della accessorietà assoluta del pegno, ma questa interpretazione può essere facilmente eliminata, ponendo il testo a riscontro coll'*intentio* della nostra formula.

Questa infatti poneva come condizione dell'espugnabilità dell'azione la *conventio pignoris propter pecuniam debitam*, ed è evidente che questa condizione non si è verificata, poichè, non avendo il creditore fatto fronte ai proprii impegni, la *pecunia* non soltanto non è debita nel momento in cui la questione viene prospettata agli imperatori, ma non lo è stata mai, così che il diritto di pegno è stato costituito senza che vi fosse un'obbligazione da garantire.

Che questa sia l'interpretazione da accogliersi è dimostrato dallo stesso mezzo giuridico che gli imperatori concedono all'interrogante: se il caso prospettato fosse stato considerato come un normale caso, nel quale l'estinzione dell'obbligazione principale avesse provocato anche l'estinzione del diritto di pegno, si sarebbe potuto concedere solo la *pigneraticia in personam*; se invece gli imperatori ammettono che l'interrogante potesse agire anche con la *rei vindicatio*, ciò avviene perchè, non essendo mai sorto il diritto di pegno, il creditore fino ad ora ha posseduto indebitamente la cosa.

Il testo è importante anche sotto un altro aspetto: la frase « *intentio dati pignoris neque redditae pecuniae* », colla quale si riassume l'*intentio* della formula, non può indicare che l'effettivo soddisfacimento dell'obbligazione principale; di conseguenza si deve ritenere che, perchè il creditore possa intentare la *pigneraticia in rem*, occorra che vi sia stata convenzione di pegno e che la somma non sia

stata restituita (*reddita*). Se gli imperatori nel parafrasare le parole della formula, hanno ritenuto lecito lo scambio di *solvere* con *reddere*, ciò significa che per loro il valore delle due parole era identico.

VII) I risultati cui siamo giunti ci permettono ora un più equo apprezzamento di quel testo in cui con maggiore energia che in ogni altro viene posto in evidenza il principio dell'indipendenza funzionale del pegno, C. VIII 30 2 (GORDIANO, *Festo* a. 240): « *Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota* ».

Nei testi fino ad ora esaminati questo principio era stato prospettato sì, ma in ordine a problemi particolari e con decisioni che non assurgevano mai al valore di principi generali, ciò avviene invece in questo testo, ed in modo così comprensivo da preoccupare i critici, che hanno cercato di restringerne a portata a qualche caso specifico.

In questo ordine di idee è da esaminare anzitutto un'ipotesi avanzata, sia pure con molte ambagi, dal RATTI ⁽¹¹⁶⁾, che cioè il testo sia stato rimaneggiato dai compilatori.

Occorrerebbe però determinare quanta parte di esso sia dovuta al rimaneggiamento triboniano, e ciò in un testo così compatto da rendere impossibile la separazione di una massa classica da elementi posteriori. Ammesso, poi che esso sia interamente compilatorio, bisognerebbe spie-

⁽¹¹⁶⁾ RATTI, op. cit. pag. 59 e 60; indizii di interp. il plurale « *vincula pignoris* » e la frase « *actione submota* »; quest'ultima però si nota anche in C. II 20 5, e in C. VIII 44 21 pr.; in realtà l'unico punto nel testo che possa effettivamente dare adito a sospetti si ha nella qualifica di *personalis*, in luogo di *in personam*, data all'azione principale (cfr. GUARNERI CITATI, *Indice sub v. actio*); ma ciò può essere facilmente spiegato tenendo presente che nell'originale era con molta probabilità indicato con maggior precisione quale fosse l'*actio submota*, e che i compilatori, allo scopo di generalizzare il principio, hanno eliminato questa azione, sostituendola con l'aggettivo *personalis*, col quale la massima viene estesa ad ogni possibile *actio in personam*.

gare la ragione per cui compilatori hanno creato una *inscriptio* puramente immaginaria, attribuendolo a Gordiano.

Tutto ciò nell'ipotesi di un'interpolazione giustiniana, ipotesi che è quella avanzata dal RATTI, che parla recisamente di attività compilatoria; resta l'altra di un'interpolazione pregiustiniana: il rescritto di Gordiano sarebbe stato successivamente glossato con questa frase, che poi, finita nel testo, la si sarebbe attribuita direttamente all'imperatore. Questa ipotesi però contrasta con lo stesso aspetto esteriore del testo, cui la frase « *intellegere debes* » dà tutta l'apparenza non di un glossema, ma proprio della chiusa di un rescritto, e, in ogni caso, rispetto alla nostra ricerca, sarebbe svuotata di ogni contenuto, poichè bisognerebbe ammettere che nel rescritto Gordiano avesse deciso affermativamente in merito alla sopravvivenza del diritto di pegno, in un caso in cui il diritto di credito era estinto solo formalmente.

Quanto vi è di vero nell'ipotesi di un rimaneggiamento è che il carattere generico e indeterminato del testo, tanto più poi trattandosi di un rescritto, che non può essere stato emesso che per decidere di un singolo caso sottoposto all'esame dell'imperatore, lascia supporre che i compilatori abbiano stroncato la chiusa dal testo, rinunciando a riportare la fattispecie per cui la massima era stata emessa.

In ordine a questa fattispecie sono state sollevate varie ipotesi, che devono essere esaminate singolarmente.

a) *Prescrizione* ⁽¹¹⁷⁾: data l'epoca del rescritto (240 *post. Chr.*), va esclusa quella trentennale delle azioni introdotta solo molto più tardi da Teodosio II, restano così tutti gli altri casi precedentemente conosciuti, ed in parti-

⁽¹¹⁷⁾ Tale è l'opinione tradizionale (cfr. per la letteratura SIBER, *Naturalis obligatio, Gedenkschr. Mitteis* pag. 37); la sopravvivenza veniva ricavata da quella della obbligazione naturale a quella civile estinta in tal modo (cfr. SAVIGNY, *System* V pag. 440 e sgg.; DERNBURG, *Pfandrecht* II pag. 575 n. 1).

colar modo quella annuale delle azioni pretorie. Si può domandare se il decorso dell'anno utile, estinguendo l'azione e il diritto, estinguesse anche la garanzia reale: la redazione della formula sembrerebbe escluderlo, ma la questione nelle fonti non viene trattata ex professo. In mancanza di dati diretti, il RATTI ha cercato di portar luce su questo punto, esaminando quanto viene stabilito per la garanzia personale, e le conclusioni cui giunge, attraverso l'esame di D. 46 3 38 4, sono negative ⁽¹¹⁸⁾; da ciò egli deduce che anche il pegno si sarebbe dovuto estinguere.

Non contesto le conclusioni del RATTI in merito al passo citato, mi limito a constatare che esse possono valere per la sola fideiussione, o in genere per l'*adpromissio*, ma che non soltanto non possono venir estese per analogia al pegno, ma neanche agli altri casi di intercessione.

Infatti, se la fideiussione va considerata come un'obbligazione accessoria nel più ampio significato della parola ⁽¹¹⁹⁾, non si può dire lo stesso nè per il *mandatum pecuniae credendae*, nè per il *constitutum debiti alieni*, nel primo dei quali la responsabilità non derivava da un'assunzione espressa a titolo di garanzia dell'obbligazione del debitore, ma dall'obbligo del mandante di risarcire il mandatario di tutte le spese e danni subiti nell'esecuzione del mandato; cosicchè l'estinzione dell'azione contro il debitore non avrebbe mai estinto l'*a. mandati contraria* contro il mandante ⁽¹²⁰⁾; constatazioni pressochè identiche possono farsi per il *constitutum debiti alieni*, ove il costituen-

⁽¹¹⁸⁾ RATTI, op. cit. pag. 62 e 63.

⁽¹¹⁹⁾ LEVY, *Sponsio, fidepromissio fideiussio* pag. 23 e sgg.

⁽¹²⁰⁾ BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, B.I.D.R. 27 pag. 129 e sgg.; 28 pag. 121 e sgg.; egli ritiene (28 pag. 211) che l'obbligazione del mandante non abbia caratteristiche accessorie e non segua l'obbligazione del terzo; cfr. GIRARD, *Manuel* pag. 800 e sgg.; HUVELIN, *Cours* II pag. 351; sulla facoltà del mandante di opporre all'attore la cattiva amministrazione del mandato cfr. D. 46 3 95 11.

te non avrebbe mai potuto opporre all'*actio pecuniae constitutae* quelle eccezioni di cui si sarebbe potuto valere il debitore, e tanto meno la prescrizione dell'azione contro costui ⁽¹²¹⁾.

Il principio affermato dal RATTI va quindi ristretto alla sola *adpromissio*, resta ora da vedere se lo si possa applicare anche al pegno. Ma anche qui è facile constatare come le sostanziali differenze fra i due istituti rendano impossibile l'applicazione al secondo dei principii regolatori del primo.

Per la fideiussione infatti, nell'ipotesi di inadempienza, il creditore aveva la scelta fra agire contro il fideiussore o contro il debitore principale, ma era sempre la medesima pretesa ad essere dedotta in giudizio contro l'uno o contro l'altro: è evidente quindi che, prescrivendosi l'azione nell'anno, la pretesa si estinguesse nei riguardi tanto del fideiussore quanto dell'obbligato.

Nel diritto di pegno la situazione si capovolge: soggetto passivo dell'obbligazione principale e dell'accessoria è sempre il debitore, ma le due obbligazioni sono del tutto distinte. Nel caso che il debitore alla scadenza non si presenti, il creditore può agire con l'una o con l'altra, e non ha nessuna necessità di convenire il debitore con l'azione personale, poichè anzi uno degli scopi del diritto di pegno è di risparmiarne al creditore i fastidii e i rischi.

Nell'ipotesi di una garanzia reale, è quindi il debitore interessato a pagare, perdendo nel caso contrario la proprietà della cosa, ma non il creditore a farsi pagare, poichè anzi, se il pegno è costituito sotto il regime della *lex commissoria*, valendo esso normalmente più dell'ammontare della somma dovuta, avrà tutto l'interesse proprio a non farsi pagare.

Se quindi a garanzia di un'obbligazione difesa da una

⁽¹²¹⁾ PEROZZI, *Istituzioni* II pag. 241 n. 2.

azione *in factum* sia stato dato un pegno, e non presentandosi il debitore alla scadenza, il creditore eserciti il suo *jus in re aliena*, prescrivendosi l'azione personale per il decorso dell'anno utile per intentarla, egli non dovrà certo restituire il pegno.

Tutto ciò nell'ipotesi di *pignus datum*, ma anche per quella di *pignus conventum* le conclusioni non possono essere diverse (si tenga però presente che il testo ci parla di *vincula pignoris* e non di *actio pigneraticia*, e quindi fa pensare piuttosto alla prima che alla seconda ipotesi): certo, essendo l'*actio Serviana* anch'essa *in factum*, agli effetti della prescrizione varrà anche per essa il decorso dell'anno utile ⁽¹²²⁾, ma se l'obbligazione e l'*jus pignoris* sono stati costituiti in epoche diverse, nulla impedirà al creditore, fra l'azione personale e la pigneraticia, di scegliere questa seconda, e di intentarla anche decorso il tempo utile per la prima.

Il tentativo del RATTI si dimostra quindi fallace, poichè proprio in questo caso di analogia fra pegno e fideiussione non si può parlare.

Tutto ciò ci viene confermato da un testo che tratta di una questione che ha molti contatti con la nostra, D. 46 3 38 5 (*Africano 7 Quaestionum*):

« *Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. Quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit. At si idem alium fideiussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatio eius, pro quo fideiussor sit, eum quoque qui fideiusserit liberari* ».

Il fideiussore ha concesso un pegno al creditore a garanzia della propria fideiussione, successivamente lascia

⁽¹²²⁾ LENEL, *Exceptio annalis italici contractus*, Z. S. S. 27 pag. 71 e sgg.; cfr. anche LENEL, Z. S. S. 25 pag. 373.

erede il debitore principale, cosicchè l'adizione dell'eredità produce la confusione dei due patrimoni, con conseguente estinzione della garanzia personale. Malgrado però che il debitore non sia tenuto *ex fideiussoria causa, pignus manet obligatum*, ciò che non sarebbe avvenuto se il fideiussore avesse garantita la propria obbligazione con una altra fideiussione.

Le opposte conclusioni non possono venir giustificate che con la redazione della formula dell'*actio pingeraticia*, che richiedeva, perchè si estinguesse l'azione la *solutio* o la *satisfactio*, opponendo alla accessorietà funzionale della fideiussione una mera accessorietà genetica: infatti, a differenza della fideiussione, l'esistenza attuale dell'obbligazione da garantire è necessaria perchè il pegno possa essere costituito, ma non perchè possa perdurare.

Il RATTI cerca di evitare le conseguenze di questo testo ricorrendo a principii di equità: nel caso del pegno, egli osserva, ad avvantaggiarsi della perdita della fideiussione, e di conseguenza del diritto di pegno è proprio il debitore principale, che, in seguito alla adizione dell'eredità, acquisterebbe il diritto di richiedere al creditore la restituzione del pegno; solo in base a tale constatazione Africano gli concede il diritto di conservarlo; ed il RATTI avanza inoltre l'ipotesi che non si tratti neanche di un vero e proprio *jus pignoris*, ma di un mero *jus retentionis* esercitato mediante l'inserzione dell'*exceptio doli* alla *pigneraticia in personam* intentata dal debitore ⁽¹²³⁾.

Tutto ciò è da escludere: nei riguardi dell'*jus retentionis* è facile constatare che Africano parla di un *pignus* che *manet obligatum* e che questa frase non può riferirsi ad un mero *jus retentionis*, per quale sarebbe stato già impreciso parlare ancora di pegno, ma addirittura enorme dire che questo pegno *manet*; e che in secondo luogo

⁽¹²³⁾ RATTI, op. cit. pag. 76.

questa ipotesi vale solo per il caso di *pignus datum*, e non per quello di *pignus conventum*, per il quale la *retentio* non sarebbe bastata, occorrendo la *petitio*, e cioè la *pignoratitia in rem*.

L'interpretazione del RATTI non è accettabile anche per altri motivi: se motivi di equità hanno indotto il pretore a violare i principii di accessorietà regolanti i rapporti fra credito e pegno, identici motivi avrebbero dovuto indurlo a identici provvedimenti nei riguardi della fideiussione. Infatti nell'ipotesi di garanzia reale non vi è un particolare danno per il creditore nel fatto che egli perde ambedue le garanzie a vantaggio del debitore principale, poichè nella ipotesi di doppia fideiussione l'unica differenza sta nel fatto che, invece del debitore principale, si avvantaggia il secondo fideiussore: se quindi il pegno è ritenuto per equità valido, deve essere ritenuta valida anche la fideiussione. Ciò non avviene, appunto perchè Africano non si è rifatto a motivi di equità, ma ai principii generali regolanti i rapporti fra credito e pegno, credito e fideiussione.

Date le profonde differenze fra questi due principii, noi non possiamo estendere per analogia all'uno le soluzioni date per l'altro, anzi il fatto che Africano abbia ammesso nell'ipotesi della confusione la sopravvivenza del diritto di pegno, ci induce a supporre lo stesso anche per quella della prescrizione.

Ciò ci è confermato da quanto si può notare per una ipotesi, che presenta indubbiamente notevoli analogie con la prescrizione: il creditore poteva perdere il proprio diritto non soltanto lasciando trascorrere l'anno utile per l'esperibilità dell'azione, ma anche, *post litem contestatam*, non provvedendo a che venisse emessa la sentenza entro i 18 mesi dalla *litis contestatio*, se si trattava di *judicia legitima*, prima che fosse scaduto il magistrato presso il quale era stata compiuta la l. c., se si trattava di *judicia quae*

imperio continentur. In ambedue i casi, essendo avvenuta la consumazione del rapporto obbligatorio dedotto in giudizio ⁽¹²⁴⁾, il creditore non avrebbe potuto riproporlo; ci si può domandare se in tal caso il diritto di pegno si estinguesse.

La questione, pur non essendo esaminata *ex professo* viene però toccata in D. 9 2 30 1 (PAOLO 22 *Edictum*):

« *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur* ».

Il testo è profondamente rimaneggiato in tutta la sua seconda parte qui non riportata ⁽¹²⁵⁾, non si può però dire lo stesso per i primi due periodi sino a *quaeritur*, che,

⁽¹²⁴⁾ Sulla efficacia estintiva della l. c. cfr. KELLER, *Ueber der l. c. und. Urtheil nach klass. röm. Recht*; del tutto infondate sono le critiche del COGLIOLO, *Trattato teorico pratico dell'eccezione di cosa giudicata*, del BESELER, *Beitr. IV* pag. 1 e sgg.; del DONATUTI, *Studii sul procurator*, *Arch. Giur.* 89 pag. 6 e sgg.; cfr. GUARNERI CITATI, *Ancora sugli effetti della l. c. nel procedimento formulare*, *B.I.D.R.* 34 pag. 163 e sgg.

⁽¹²⁵⁾ Intorno a questo testo cfr. (accettando la classicità della *quaestio*) GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten* pag. 89 e sgg.; DE MEDIO, *Le legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae*, *Studii Scialoia I* pag. 38 e sgg.; EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, *Z. S. S.* XIII pag. 123; ROTONDI, *Opere II* pag. 487 n. 2; TAUBENSCHLAG, *R. Aenc. Pauly Wissowa sub v. lex Aquilia*; LEVY, *Konkurrenz I* pag. 401; BIONDI, *Judicia bonae fidei* pag. 99 n. 1; SIBER, *Naturalis obligatio* pag. 73; PRINGSHEIM, *Subsidiarität une Insolvenz*, *Z. S. S.* 41 pag. 261 n. 1; HAYMANN, *Textkritischen Studien zum röm. Obligationenrecht*, *Z. S. S.* 41 pag. 205; favorevoli alla classicità dell'intero testo MINICK, *Pfandrechl. Untersuchungen I* pag. 124 e sgg.; DERBEY, *Le fermier et la loi Aquilia*, *N. R. H.* 33 pag. 662 n. 2; secondo il FABRO, *Rationalia II* 1 pag. 306, sarebbe classico il solo primo periodo, testo ripreso parzialmente dal BESELER, *Beitr. IV* pag. 4 n. 2, che mantenendo la domanda se possa concedersi una azione utile, espunge gli accenni all'insolvenza e alla *mors litis*, cfr. contro LENEL, *Interpolationenjagd*, *Z. S. S.* 45 pag. 23 e sgg.; intorno a questo testo cfr. la mia *Legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae*, *R. I. S. G.* 9, pag. 33 a 36 dell'estratto.

malgrado i tentativi fatti per dimostrare l'origine totalmente o parzialmente compilatoria, possono essere considerati classici.

Un servo dato in pegno viene ucciso: l'azione di legge di Aquilia, che *ero competit* ⁽¹²⁶⁾ non può essere intentata che dal debitore. Si domanda però se possa essere concessa utilmente al creditore pigneratizio, che può avere interesse ad agire quanto e più dell'altro, per es. nei casi di insolvenza del debitore e di *mors litis*. La risposta affermativa che viene successivamente data, poichè questa parte del testo è stata ampiamente rimaneggiata, può lasciar adito a dubbii sulla sua classicità, ma a noi basta per la nostra ricerca che la domanda sia stata prospettata.

Se infatti per Paolo la decadenza dell'azione principale, e la consumazione del rapporto obbligatorio a causa della l. c., avesse provocato, come conseguenza del principio di accessorietà funzionale, anche l'estinzione del diritto reale di garanzia, egli non si sarebbe neanche potuto prospettare la possibilità della concessione di un'azione utile di legge Aquilia al creditore, poichè, avendo questi perduto *litem tempore*, e di conseguenza il suo diritto di pegno, non avrebbe subito alcun danno in seguito all'uccisione di un servo sul quale egli non vantava più alcun diritto. Se invece si è domandato se tale azione gli potesse esser concessa, ciò è avvenuto perchè egli riteneva il diritto di pegno ancora in vita, e quindi che la decadenza dall'azione principale non fosse una causa sufficiente per considerarlo estinto ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ GAI III 210; D. 9 2 2 pr.; D. 9 2 11 6.

⁽¹²⁷⁾ Minore importanza ha D. 20 1 27 (MARCELLO 5 *Digestorum*), ove la frase « *ingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat* », che si riferisce non alla *mors litis*, come vorrebbe il RATTI, ma alla prescrizione, potrebbe avere notevole importanza, se non fosse intp. (cfr. BIONDI, op. cit. pag. 92 n. 2; SIBER, op. cit. pag. 73), posto ciò, l'azione utile avrebbe potuto esser concessa tanto per motivi puramente economici, come per l'*inopia* del debitore, quanto per prescrizione o *mors litis*; cfr. intorno a questo testo la mia *Legittimazione* cit., pag. 27 a 32.

Le conclusioni cui possiamo giungere nei riguardi della prescrizione sono quindi decisamente affermative: se però il diritto di pegno sopravviveva alla prescrizione, e quindi la massima contenuta in C VIII 30 2 poteva applicarsi a questa ipotesi, non possiamo asserire con altrettanta certezza che la massima era stata dettata proprio per essa. La caratteristica del testo sta appunto nel fatto che una questione concreta viene esaminata e risolta con una massima di portata generale, applicabile a tutti i possibili casi di estinzione puramente formale dell'obbligazione principale: posto ciò, la ricostruzione dell'ipotesi concreta per la quale la massima era stata dettata non può uscire dal campo della mera possibilità.

b) Altri autori hanno pensato che il testo si riferisse ad un'ipotesi di estinzione dell'obbligazione principale mediante un'eccezione puramente personale dell'obbligato in un caso in cui questi e il pignorante erano due diverse persone ⁽¹²⁸⁾.

Secondo una simile fattispecie l'obbligazione principale sarebbe estinta, ma il creditore potrebbe sempre convenire il pignorante con la *pigneraticia in rem*, nè questi potrebbe opporgli l'*exceptio rei iudicatae*, in quanto la cosa giudicata si costituisce solo fra attore e convenuto, e non fra costoro e i terzi.

Anche in questo caso l'ipotesi architettata coincide con la massima, salvo che da questa non si può ricavare alcun dato utile per confermarne l'autenticità: tale è stato l'appunto mosso dal RATTI, che cioè la distinzione fra azione del debitore e azione del pignorante sia un elemento estraneo al testo. Però, così come questo è redatto, la constatazione ha importanza relativa, poichè la assoluta mancanza di dati concreti di ricerca fa sì che l'identico appunto possa sollevarsi contro qualsiasi ipotesi.

⁽¹²⁸⁾ SIBER, op. cit. pag. 37.

c) Si è ancora pensato che la massima si riferisse all'erede parziano di un debitore *sub pignore*, che, avendo pagato la propria quota, domandasse se potesse essere ancora convenuto con la *pigneraticia in rem*. La risposta affermativa di Gordiano sarebbe giustificata dal fatto che anche qui, pur essendo estinta l'azione personale, non lo è il diritto di pegno.

Questa ipotesi può essere facilmente scartata: non soltanto essa non trova nel testo elementi atti a suffragarla, ma è anzi in netto contrasto con esso: nel caso prospettato, l'azione personale non spetterebbe più contro l'erede *pro parte* che ha pagato la sua quota, appunto in seguito al pagamento compiuto da costui. Il testo però parla di *actio submota*, e questa frase non può indicare l'estinzione dell'azione in seguito a pagamento, ma indica sempre il paralizzamento dell'azione in seguito all'esperimento da parte del convenuto di un mezzo di difesa, così che si può dire *submota* l'azione respinta mediante un'eccezione personale, o mediante l'*exceptio annalis italicus contractus*, ma non quella estinta in seguito a pagamento ⁽¹²⁹⁾.

d) Il RATTI avanza ancora una quarta ipotesi: ricogliendo il testo ad un altro rescritto dello stesso Gordiano ⁽¹³⁰⁾, ove vien detto che il creditore, intentata l'azione personale e ottenuta la condanna, poteva ancora agire con la *pigneraticia*, ne deduce che i testi in origine costituivano un unico rescritto che si riferiva ad un caso di *cognitio extra ordinem*, nella quale essendo aboliti gli effetti estintivi della *litis contestatio*, anche dopo la con-

⁽¹²⁹⁾ Ciò tanto nella costruzione *actor submotus* (D. 5 2 12; D. 34 2 21 1; D. 34 4 16; h. t. 22; D. 35 3 6; D. 36 3 1 20; D. 33 2 20 pr.; D. 44 2 8; h. t. 11 4; D. 44 7 42 1, etc.), quanto in quella *actione submota* (Pauli Sent. III 4B 1; Vat. fragm. 92; C. II 20 5, etc.).

⁽¹³⁰⁾ C. VIII 13 8 (GORDIANO, *Imp. Festo*, a. 239).

danna del convenuto si sarebbe potuto agire con la *pigneraticia*.

L'ipotesi è del tutto inammissibile: anzitutto i due rescritti risultano emanati in epoche diverse (129, Gordiano et Aviola conss. l'uno, 240 Sabino et Venusto conss. il secondo), e per due diversi destinatarii (Festo il primo, Domizio il secondo), in secondo luogo C. VIII 13 8 viene riprodotto integralmente in C. VIII 26 1, ove la frase « *intelligere... submota* » manca.

Tutto ciò per l'identità dei due testi, ma noi possiamo andare ben oltre: secondo il RATTI, il testo si riferiva ad un caso di *cognitio*, ed affermava la possibilità di esperire la *pigneraticia*, anche dopo ottenuta la condanna con l'azione personale. Ma o il testo si riferiva alla *cognitio*, ed in tal caso sarebbe stato assurdo chiamare *submota* una azione che era stata intentata e con la quale si era ottenuta la condanna del convenuto; o si riferiva ad una azione effettivamente *submota*, ma in tal caso con un'eccezione comune tanto al procedimento formulare quanto alla *cognitio*, ma non certo per *mors litis*, poichè, essendo nella *cognitio* aboliti gli effetti estintivi della *litis contestatio*, sarebbe stato ugualmente impossibile chiamare *submota* l'azione.

Le conclusioni che abbiamo ricavato da questo *excursus* sulle varie ipotesi prospettate sono più che altro negative: salvo le ultime due, che contrastano col testo stesso, e che si sono potute così scartare, le altri sono tali che è impossibile prendere posizione per una di esse, poichè se non si è potuto addurre argomenti efficaci a favore di nessuna, non se ne è d'altro canto neanche potuto dimostrare l'erroneità.

Tutto ciò è dovuto proprio allo spirito con cui il testo è stato redatto, poichè l'imperatore, nell'esame del caso prospettatogli, non si è limitato a decidere intorno ad esso, ma ha dato una risposta che costituisce l'affermazione

di un principio generale, e cioè la possibilità in linea di massima della sopravvivenza dell'*actio pigneraticia* alla estinzione puramente formale dell'obbligazione principale.

VIII) Le conclusioni cui fino ad ora si è potuto giungere trovano contrasto in un testo sul quale il RATTI e gli altri sostenitori del principio dell'accessorietà funzionale del pegno fanno in particolar modo leva, D. 46 3 43 (ULPIANO 2 *Regularum*):

« *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora, praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur* ».

Il testo è ampiamente rimaneggiato, e di ciò vi sono evidenti tracce sia formali, che sostanziali: per le prime è da notarsi la generalizzazione « *in omnibus speciebus liberationum* », tipicamente triboniana⁽¹³¹⁾, e che con ogni probabilità è posta in luogo di una ben determinata causa di estinzione dell'obbligazione principale producendo estinzione degli accessori; per le seconde è da notarsi la sconnessione già rilevata dal LEVY⁽¹³²⁾, e poi dal CUGIA⁽¹³³⁾ fra la prima e la seconda parte del testo, in quanto che l'ipotesi di confusione fra creditore e fideiussore nulla ha a che vedere con la massima enunciata precedentemente, così che il *praeterquam quod*, col quale l'una sembra opporsi all'altra, è assolutamente inspiegabile.

Il LEVY si limita ad additare le numerose tracce di interpolazione del testo, e non ne tenta una ricostruzione,

(131) Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice sub v. Species*.

(132) LEVY, *Sponsio fidepromissio fideiussio* pag. 18 e 19, e lett. ivi cit.; cfr. anche KRUEGER, *Digesto h. l.*; intp. è anche « *Hypothecae* » (cfr. FEHR, *Beitr.* pag. 69).

(133) CUGIA, *Acceptilatio solutioni comparatur* pag. 38; altro indizio sarebbe dato, secondo il citato A., dalla possibilità di confusione fra *fidepromissor* o *sponsor* e creditore, mentre invece (GAI III 120) la responsabilità dei primi si estingueva con la morte; ma nulla ci dice che debba essere il creditore a succedere a costoro, e non il contrario.

ciò che fa invece il CUGIA, il quale ritiene interpolato il testo da *praeterquam* in poi; ipotesi però tutt'altro che soddisfacente, poichè la frase iniziale, tipicamente triboniana, ci indica con sicurezza che la prima parte del testo, dal CUGIA ritenuta classica, è stata invece rimaneggiata non meno della seconda, così che il contrasto fra di esse deve essere spiegato anzitutto ritenendo compilatoria la frase « *in omnibus speciebus liberationum* », posta in luogo di un qualche ben determinato modo di estinzione dell'obbligazione principale.

A mio avviso, l'originale ulpiano doveva parlare non di una generica *liberatio*, ma di *confusio*, così che il testo sarebbe stato press'a poco il seguente: « *Confusione facta accessiones liberantur* »; in quanto poi alla seconda parte del testo, ove il *praeterquam* è effettivamente ingiustificabile, piuttosto che ad una interpolazione operata a ragion veduta, in quanto che una tale assurdità non può essere attribuita neanche ai compilatori, credo possa essere spiegata ammettendo l'ipotesi che il testo sia stato ampiamente mutilato, così che il *praeterquam quod*, che nell'originale si contrapponeva a qualche altra ipotesi di estinzione per confusione sia stato malamente riallacciato alla nuova massima « *in omnibus speciebus liberationum* ».

IX) Possiamo così riassumere le nostre conclusioni: i giuristi classici, nell'esame dei rapporti fra obbligazione principale e diritto di pegno, sono partiti dalla formula *in factum* della *quasi Serviana*, nella quale i casi di estinzione dell'obbligazione di pegno erano tassativamente elencati: *solutio*, e cioè il soddisfacimento dell'obbligazione principale; *satisfactio*, e cioè la sostituzione della garanzia reale con una garanzia personale; mora del creditore. Al di fuori di questi tre casi, ogni possibile evento produttore estinzione dell'obbligazione principale riusciva indifferente nei riguardi dell'obbligazione accessoria.

Su questo sistema si è modellata la dottrina classica, che in tutti i casi di estinzione puramente formale dell'obbligazione principale, ha affermato energicamente la piena sopravvivenza del diritto di pegno, e ciò perchè *suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est*. Nè vi è traccia di un movimento dottrinale rivolto a trasformare l'accessorietà generica del pegno in accessorietà funzionale, poichè anzi i giuristi da Gaio ad Ulpiano, affermano sistematicamente il diritto del creditore ad esperire l'*actio pignoratitia*, anche se l'obbligazione principale è estinta.

La situazione viene capovolta, ma in modo più apparente che reale dal diritto giustiniano, che afferma sì il principio della accessorietà funzionale del pegno (*in omnibus speciebus liberationum etiam accessionem liberantur...*), ma, ponendo a contributo il nuovo concetto di *obligatio naturalis*, ammette la sopravvivenza del diritto di pegno anche in quei casi in cui l'obbligazione civile è estinta, e ciò perchè *remanet propter pignus naturalis obligatio*.



REV15

ÚK PrF MU



3129S04768