

Università degli Studi di Milano

Dottorato di ricerca di Scienze Giuridiche

curriculum Diritto romano e diritti dell'antichità – XXVI ciclo



*Pignus distrahere. L'alienazione della  
cosa pignorata da parte del creditore.*

Renato Perani

Relatore: Prof. Iole Fagnoli

Anno Accademico 2013/2014

# INDICE SOMMARIO

Scopo dell'indagine.....	4
--------------------------	---

## PARTE PRIMA

1. Il <i>pactum adiectum</i> nella <i>fiducia cum creditore</i> . .....	9
2. La <i>lex commissoria</i> come patto aggiunto al negozio fiduciario. ....	10
3. Il <i>pactum vendendi</i> nella <i>fiducia</i> : tra mitigazione di disciplina ed effettività della garanzia. ....	14
4. (Segue): Essenzialità del <i>pactum vendendi</i> nella <i>fiducia</i> . La testimonianza paolina. .	16
5. Le origini del pegno nelle pieghe della <i>fiducia</i> . ....	18
6. Prime riflessioni sulla legittimità giuridica del <i>ius distrahendi</i> nel pegno.....	19
7. Un caso di non spettanza di <i>ius alienandi</i> al <i>dominus</i> . ....	22
8. L'emersione dello <i>ius distrahendi</i> , quale elemento accidentale del negozio. Il <i>pactum de distrahendo pignore</i> . ....	23
9. Cenni sui <i>pacta</i> accessori ad altri negozi giuridici. ....	26
10. Il <i>pactum vendendi</i> , intercorso fra debitore e creditore pignoratizio, come requisito dello <i>ius distrahendi</i> .....	29
11. Quando lo <i>ius distrahendi</i> diviene elemento naturale del negozio, escludibile soltanto tramite <i>pactum de non distrahendo pignore</i> . ....	31
12. (Segue): L'espressione giuridica « <i>ius distrahendi</i> » rinvenibile nelle fonti.....	32
13. Viene meno la necessità di un <i>pactum distrahendi</i> : lo <i>ius distrahendi</i> diviene dunque elemento essenziale del negozio.....	34
14. Considerazioni parziali sul <i>ius distrahendi</i> nel pegno. ....	38

## PARTE SECONDA

15. La testimonianza di Gaio sul <i>ius alienandi</i> . .....	44
16. Il caso in cui il creditore pignoratizio, titolare di <i>ius distrahendi</i> , è ‘costretto’ a vendere (in D. 13.7.6 pr.). .....	57
17. Sull’impossibilità di qualificare in termini di proprietà la consegna della <i>res</i> oggetto di pegno in capo al creditore. ....	64
18. Origini e ambiti d’applicazione della <i>lex commissoria</i> : sempre e soltanto un <i>pactum adiectum</i> all’istituto pignoratizio. ....	71
19. Ancora sull’impossibilità di qualificare in termini di proprietà la consegna della <i>res</i> oggetto di pegno in capo al creditore. Il <i>contrarius consensus</i> , da una testimonianza paolina. ....	82
20. Il trasferimento sempre e soltanto del mero possesso in Fiorentino. ....	91
21. Manigk, De Francisci, Burdese sul <i>ius distrahendi</i> : tre posizioni dottrinali a confronto. ....	101
22. (Segue): La rinuncia, solo formale, alla proprietà da parte del debitore pignorante. La rilevanza del <i>pactum</i> . ....	106
23. Il contenuto del <i>pactum vendendi</i> nel pegno: condizioni di validità. ....	110
24. Il <i>ius distrahendi</i> come mero presupposto per la futura soddisfazione del creditore pignoratizio: da una questione sollevata da Paolo. ....	115
25. La <i>voluntas</i> del proprietario debitore, accostabile al caso di un’alienazione effettuata tramite mandato, da un passo di Cervidio Scevola. ....	122
26. Il passaggio di proprietà risultante dalla vendita pignoratizia. La centralità del binomio: possesso e diritto al possesso. ....	126
27. Circa i modi alternativi di soddisfazione del creditore pignoratizio. ....	130
Conclusione. ....	140
<i>Indice delle fonti</i> .....	155
<i>Bibliografia</i> .....	160

## Scopo dell'indagine.

«I diritti reali di garanzia attribuiscono un potere sulla cosa, che è più energico di quello riconosciuto ai titolari di uno qualsiasi dei diritti reali di godimento, in quanto si tratta di un potere che (limitando la facoltà del proprietario di disporre della cosa pignorata o ipotecata) può intaccare fino ad annullarlo il diritto di proprietà con l'alienazione forzata della cosa ad iniziativa del creditore insoddisfatto»<sup>1</sup>. Con queste parole Arnaldo Biscardi pone in evidenza la peculiarità dei diritti reali di garanzia.

L'autore parla di “annullamento del diritto di proprietà” con riferimento al pegno. Questo singolare profilo sarà l'oggetto del presente lavoro<sup>2</sup>: la ricerca sulle

---

<sup>1</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, pp. 4-13.

<sup>2</sup> Sul *ius distrahendi* si veda innanzitutto il fondamentale contributo di A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949. In tema, nell'ambito della vasta letteratura cfr. anche: S. DIETMAR, *Forderung und Pfand - Die Anfänge der Akzessorietät beim römischen Pfandrecht*, in *Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts* (2010); IDEM, *Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*, 123 (2006); IDEM, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht*, Berlin 1987; C. GIACHI, *L'interdictum de migrando e l'origine della tutela del pegno*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009; M. BRAUKMANN, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008; G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln 2007; O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum*, 19 (2007); J. A. BUENO DELGADO, *'Pignus Gordianus'*, Madrid 2004; T. LAMBERT MEARS, *The Institutes of Gaius and Justinian: The Twelve Tables, and the CXXVIIIth and CXXVIIth Novels, With Introduction and Translation*, London 2004; P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, Roma 2000; IDEM, *Le garanzie delle obbligazioni. II. Le garanzie reali*, in *IURA*, 15 (1964); A. WACKE, *Die Konvaleszenz von Pfandrecht nach römischem Recht*, in *ZSS*, 115 (1998); IDEM, *Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders?*, in *IURA*, 24 (1973); P. WEIMAR, *Zum Eigentumsübergang beim Pfandverkauf im klassischen römischen Recht*, in *Mélanges Felix Wubbe*, Zürich 1993; H. ANKUM, *La XXXV session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*, in *RIDA*, 39 (1992); IDEM, *Alla ricerca della repromissio e della satisfatio secundum Mancipium*. Estratto da: *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana 4 Convegno Internazionale*, Perugia 1981; C. KRAMPE, *Die Rückabwicklung des Pfandverkaufs: D. 20, 6, 10 Paulus libro tertio Quaestionum*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 59 (1991); B. NOORDRAVEN, *Die "fiducia" im römischen Recht*, in *INDEX*, 18 (1990); IDEM, *Pomp., D. 13, 7, 6, pr.: un caso di pignus*, in *BIDR*, 83 (1980); U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul 'ius vendendi' del creditore pignoratizio*, Napoli 1985; IDEM, *Sul «ius vendendi» del creditore pignoratizio*, in *Studi Urbinati*, I (1927); P. APHATY, *Iul. D. 13.7.29. Verpfändung durch einen Nichteigentümer*, in *IURA*, 35 (1984); A. BURDESE, *s.v. Pegno. Diritto romano*, in *ED*, XXXII (1982); M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Neapel 1982; IDEM, *Besitzpfand und "besitzloses" Pfand*, in *SDHI*, 45 (1979); IDEM, *Studien zum römischen Pfandrecht, II, actio pigneraticia und actio fiduciae*, in *TR*, 47 (1979); IDEM, *Studien zum römischen Pfandrecht, I*, in *TR*, 44 (1976); IDEM, *Das römische Privatrecht, I*, München 1971; IDEM, *Zum römischen Fremdbesitz*, in *ZSS*, 64 (1944); U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, Berlin 1982; C. LONGO, *Fiducia cum creditore*, in *studi Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana*, Pavia 1934; F. LA ROSA, *Ricerche sul «pignus»*, Catania 1977; K. VISKY, *Appunti sul pegno gordiano*, in *RIDA*, 24 (1977); A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit.; IDEM, *La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi Betti* 2 (1962); W.

testimonianze giuridiche vertenti la misura nella quale il *pignus datum*, e poi anche solo *conventum*, comportava in diritto classico un trasferimento di proprietà in capo al soggetto garantito.

Si tratta dell'interrogativo: com'è possibile la vendita di una *res* da parte di un *non dominus* della stessa? Dopo tutto, il creditore pignoratizio aveva in sé una duplicità di poteri, con una parvenza di incompatibilità reciproca, derivante dalla sua posizione giuridica verso la cosa avuta dal debitore: il *ius possidendi* – facoltà, a lui eccezionalmente riconosciuta, di estrinsecare un controllo sulla *res*, forte degli interdetti pretorii – e appunto il *ius distrahendi*<sup>3</sup> – facoltà di alienare a terzi la *res* ricevuta in pegno, in caso di reiterata insolvenza del *dominus* pignorante. Secondo le testimonianze rinvenibili nelle fonti infatti, il creditore pignoratizio, sempre e soltanto possessore, aveva altresì la facoltà, se insoddisfatto alla scadenza, di rivalersi in maniera diretta sulla *res* avuta in garanzia grazie alla conclusione col debitore di due *pacta*<sup>4</sup>: il patto commissorio e il patto di vendita.

È bene premettere fin da subito una considerazione. Secondo Burdese, che all'oggetto di tale studio ha dedicato un fondamentale lavoro<sup>5</sup>, il campo d'indagine dovrebbe (quantomeno con riferimento al diritto classico) prescindere dall'analisi dei cosiddetti diritti stranieri (greco-orientali e antichi in genere) che i Romani ebbero comunque modo già agli albori del Principato di conoscere. Ciò perché – e qui il romanista condivide la posizione propria anche di Manigk<sup>6</sup> – non è dato constatarne l'effettiva influenza, giuridicamente intesa, sulla disciplina romanistica del tempo.

---

KUNKEL, Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts, in ZSS 90 (1973); U. WESEL, Zur dinglichen der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, in ZSS 85 (1968); A. MANIGK, v. *Pignus*, in Pauly-Wissowa, Real Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft, 20, 1 (1941); IDEM, Pfandrechtliche Untersuchungen, I, Breslau 1904; V. SILVA, Precario con possesso e precario con detenzione, in SDHI, 6 (1940); V. DEVILLA, L'*ius distrahendi* nella *fiducia* e nel pegno, in Studi Sassaresi, XV (1938); G. SEGRÉ, Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni, II. Le garanzie reali, Torino 1934-35; G. LA PIRA, La struttura classica del *pignus*, in "Studi Cammeo", II, Padova 1932; R. DE RUGGIERO, Il divieto d'alienazione del pegno nel diritto greco e romano, in Studi Cagliari, 2 (1910); F. MESSINA VITRANO, Per la storia del *ius distrahendi* nel pegno, Palermo 1910; H. DERNBURG, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Recht, II, Leipzig 1860; J. J. BACHOFEN, Das römische Pfandrecht, Basel 1847.

<sup>3</sup> A. GUARINO, Diritto privato romano, Napoli 1997, p. 782.

<sup>4</sup> Cfr. *infra* §9. Sull'ampia letteratura in argomento, si consulti da ultimo e in maniera estesa B. BISCOTTI, Dal *pacere* ai *pacta conventa*: aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano, Milano 2002, e la bibliografia ivi contenuta.

<sup>5</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 1-5.

<sup>6</sup> A. MANIGK, v. *Pignus*, cit., c. 1235.

Soltanto a partire dal tardo periodo classico e quindi in particolar modo nell'epoca post-classica si dovrà, a ragione, tenere in debito conto la prassi provinciale soprattutto ellenistica.

Inoltre, sono pure da prendere con le dovute cautele tutte quelle testimonianze concernenti il pegno rinvenibili in fonti letterarie, dato in queste il frequente uso del termine *pignus* nelle più disparate accezioni in un senso del tutto atecnico<sup>7</sup>.

Gli istituti giuridici ai quali si poteva ricorrere per legittimare la soluzione soddisfattiva – di cui poco sopra si è dato conto – erano: la più antica e solenne *fiducia* (*cum creditore*) comportante alienazione formale della (sola) proprietà quiritaria, e il più snello e recente *pignus* introdotto originariamente grazie all'attività del pretore, sempre molto attento all'evoluzione economica, politica, sociale e giuridica nella quotidianità. Già l'antico *ius civile* prevedeva dunque possibilità di soddisfazione immediata e diretta del credito.

Non si dimentichi infine, da ultimo, il pasticcio di traslitterazioni tra *fiducia* e *pignus*, che i compilatori giustinianeî hanno fatto nella trattazione in materia di garanzie reali: da ciò si genera una difficoltà non sottovalutabile nello scindere ciò che fu previsto per l'una e ciò che lo fu invece per l'altro.

Oltre a ciò, sappiamo dalle fonti che in un dato momento storico questa possibilità di soddisfazione, particolarmente efficace, per il titolare della garanzia reale fu ulteriormente agevolata con l'introduzione delle due convenzioni esplicite di cui si è già accennato, inserite (o, quantomeno inizialmente, da inserire)<sup>8</sup> nel negozio principale: la *lex commissoria* (o patto commissorio) e il *pactum de distrahendo pignore* (o patto di vendita). Pattuizioni utili, rispettivamente: per tenersi (o, 'nell'anomalo' uso che se ne poteva avere nel *pignus*, persino avere) in proprietà la *res*; oppure per poter alienare a terzi la cosa ricevuta in garanzia, rivalendosi sul ricavato in maniera equa (e quindi restituendo l'eccedenza al debitore).

---

<sup>7</sup> Vedasi: N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899, pp. 15 ss.; A. MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, Breslau 1904, pp. 5 ss.

<sup>8</sup> Sul passaggio del *ius distrahendi* da esito di un'esplicita autorizzazione (accessoria) del *dominus* ad elemento integrante il diritto stesso di pegno (quale diritto reale su cosa altrui) si veda *infra*.

Stando così il quadro giuridico complessivo di riferimento, pare opportuno improntare la disamina di una prima parte dell'elaborato sul dispiegamento degli intrecci giuridici e delle influenze reciproche fra questi istituti garantistici reali, principali e accessori.

Nel frattempo si cercherà di procedere ad uno scioglimento dei nodi concettuali che potranno emergere: del rispetto della disciplina della proprietà e sue implicazioni, da un lato; e del riconoscimento, al contempo, di un'agevolata soddisfazione creditoria, dall'altro.

La seconda parte sarà invece dedicata all'analisi esegetica dei testi antichi di maggior rilevanza ai fini della nostra indagine.

# PARTE PRIMA

## 1. Il *pactum adiectum* nella *fiducia cum creditore*.

Pare utile considerare, in premessa, il terreno in cui l'istituto pignoratizio ebbe a nascere in senso lato accompagnandosi all'evoluzione storico-giuridica che in materia la storia del diritto ebbe.

La *fiducia* romana nella sua applicazione a scopo di garanzia offriva al creditore fiduciario la possibilità di soddisfarsi, in maniera diretta attraverso la cosa ricevuta in proprietà, del proprio credito garantito rimasto insoluto alla scadenza.

La dottrina s'è divisa per trovare la *ratio* di una siffatta garanzia. Grosso<sup>9</sup> ad esempio ha considerato la variante *cum creditore* una limitazione al dovere di restituzione (immediato ed assoluto) della *res* il quale è proprio del negozio fiduciario. Ciò si concretizzerebbe per il tramite del *pactum adiectum*, che fungerebbe da condizione per il pagamento del credito. Grosso quindi è sostenitore della necessità di un'ulteriore pattuizione (a seconda dei casi, *pactum commissorium* o *pactum vendendi*) per assicurare al creditore, una volta scaduto il termine concesso al di lui debitore per adempiere, la facoltà di soddisfarsi direttamente sulla cosa ricevuta (temporaneamente) in proprietà: trattenendosela definitivamente oppure (a seconda appunto dei casi) vendendola a terzi.

Altri invece, come Erbe<sup>10</sup>, hanno preferito far leva sulla presunta distinzione tra effetti reali (della solenne alienazione fiduciaria, comportante trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*) ed effetti obbligatori (del patto annesso, con previsione dell'obbligo di restituzione condizionato al pagamento). Sulla base di questa ricostruzione giuridica, Erbe inquadra la *fiducia cum creditore* come una *fiducia* il cui dovere di restituzione in capo al *dominus* trova un limite di natura obbligatoria: l'inadempimento protrattosi oltre la scadenza stabilita.

---

<sup>9</sup> G. GROSSO, Il sistema romano dei contratti, Torino 1963, pp. 154 ss.; IDEM, Recensione a Erbe, Die *Fiducia*, in SDHI, 7 (1941), p. 427; IDEM, Sulla fiducia a scopo di «*manumissio*», in Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, 4 (1929), pp. 269 ss.

<sup>10</sup> W. ERBE, Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar 1940, pp. 36 ss.

Una terza posizione – fatta propria da autori quali Longo, Devilla e Segrè<sup>11</sup> – si impernia invece sul richiamo al carattere tipicamente di *bona fides* proprio del rapporto fiduciario, il quale implicherebbe una soddisfazione sì diretta sulla garanzia, ma in grado di realizzare un giusto conguaglio rispetto all’ammontare del credito garantito. Secondo questa parte della dottrina, la vendita della *res* – con previsione di un conguaglio onesto – costituirebbe per l’appunto l’effetto naturale della *fiducia cum creditore*, nel caso in cui – beninteso – non ci fosse stato il ritrasferimento della proprietà verso il fiduciante.

Burdese<sup>12</sup>, nel condividere la prima di queste correnti di pensiero, fa notare come la solenne alienazione fiduciaria, proprio perché avente qualcosa in più della semplice e pura *mancipatio* o *in iure cessio*, fonda in sé l’obbligo della futura restituzione. E questo qualcosa in più non sarebbe altro che il *pactum adiectum* (o *pactum fiduciae*, se lo si vuole definire più specificamente). La soluzione a cui Burdese perviene, da un lato, conferma che il patto aggiunto avrebbe la mera funzione di delimitare l’obbligo scaturente dall’alienazione fiduciaria e, dall’altro, mostrerebbe lo stretto collegamento esistente fra il ricorso alla *fiducia cum creditore* ed il suo scopo satisfattivo.

## 2. La *lex commissoria* come patto aggiunto al negozio fiduciario.

È bene premettere come Lenel, attraverso il ricorso al criterio sistematico, ci abbia dimostrato la sostituzione – come già ricordato<sup>13</sup> – del *pignus* alla *fiducia* in numerosi passi del Digesto<sup>14</sup>. Ed è bene altresì ricordare come successivamente alla sua riorganizzazione delle fonti, il lavoro di tale autore sia stato anch’esso, comunque, da

---

<sup>11</sup> C. LONGO, Corso di diritto romano. La *fiducia*, Milano 1946, pp. 42 ss.; IDEM, *Fiducia cum creditore*, in studi Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana, Pavia 1934, pp. 805 ss.; V. DEVILLA, *L’ius distrahendi* nella *fiducia* e nel pegno, in Studi Sassaesi, XV (1938), pp. 48 ss.; G. SEGRÉ, Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni, II. Le garanzie reali, Torino 1934-35, pp. 133 ss.

<sup>12</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 7 ss.

<sup>13</sup> Cfr. *supra* ‘Scopo dell’indagine’.

<sup>14</sup> O. LENEL, Quellenforschungen in den Edictcommentaren, in ZSS, 3 (1882), pp. 104 ss.

più parti messo in discussione. Se dunque è sempre necessaria una qualche prudenza nello studio di questi, tuttavia, non solo attraverso l'esegesi delle parti specificamente dedicate alla materia pignoratizia è possibile rinvenire utili spunti di indagine su di essa. Si veda ad esempio la seguente coppia di passi del Digesto, inseriti entrambi nella trattazione concernente la materia della compravendita:

D. 18.3.2 (Pomponius, 35 ad Sab.): *Cum venditor fundi in lege ita caverit: "Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit", ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.*

D. 18.3.3 (Ulpianus, 30 ad ed.): *Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.*

Ambedue i frammenti fanno riferimento alla *lex commissoria* della vendita e, pur essendo tratti da due diverse opere (il libro 35 di Pomponio *ad Sabinum* e il libro 30 di Ulpiano *ad edictum*), Lenel ci informa dovessero con ogni probabilità far parte di una stessa trattazione classica sulla *fiducia*<sup>15</sup>. La supposizione trova, d'altronde, conferma dal tenore del loro contenuto: pare di potersi riscontrare un denominatore comune alle due pattuizioni nel fatto che esse imporrebbero analoghe conseguenze, circa l'efficacia del negozio cui sono apposte. La *lex commissoria* della vendita risolverebbe gli effetti bilaterali del contratto se il compratore non avrà pagato il prezzo entro un certo termine stabilito; mentre il patto fiduciario importerebbe il definitivo venir meno dell'obbligo (unilaterale) di restituzione, derivante dall'alienazione fiduciaria, qualora il fiduciante debitore continui a mostrarsi insolvente alla scadenza pattuita.

---

<sup>15</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsia 1889, c. 147 e 619.

La *lex commissoria* in materia di compravendita, stando alla costruzione giuridica della giurisprudenza più antica, assolveva ad una funzione di condizionamento sospensivo dell'efficacia del negozio stesso: la compravendita si completava una volta avvenuto il pagamento del prezzo da parte dell'accipiente entro un termine stabilito<sup>16</sup>. La *ratio* che ruotava attorno a questa soluzione giuridica stava nel giusto contemperamento degli interessi di entrambe le parti, le quali si trovavano, abbandonato ormai il primitivo stadio delle vendite reali, ad aver attivato un negozio ad efficacia non istantanea bensì differita: lo stacco temporale essendo provocato dalla consegna della *res* e dall'accordo con efficacia obbligatoria del pagamento del prezzo, da un lato, e il suo adempimento (reale) successivo, dall'altro<sup>17</sup>.

La ragione della duplice applicazione, nelle fonti giustinianee, della *lex commissoria* rispetto ai due tipi di rapporti obbligatori dell'*emptio-venditio* e del *pignus* potrebbe storicamente essere individuata nel fatto che i giuristi dell'epoca sembrano avervi scorto uno stretto legame fra queste due fattispecie<sup>18</sup>. Ciò forse perché sia la vendita che il pegno realizzano (e si realizzano) materialmente (con) un'alienazione di *res*. Da quando sarà poi possibile negoziare non soltanto le cose materiali, ma anche solo i diritti, ecco che insieme alla vendita condizionata (con patto commissorio) poteva essere nata la figura del *pignus conventum*. Del resto è lo stesso Gaio, nelle sue *Institutiones*, a dire che, in epoca più antica, anche la *fiducia cum creditore* poteva essere realizzata senza consegna materiale della cosa: «*si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret*» (Gai. 2.60).<sup>19</sup>

Tornando invece alla *lex commissoria* propriamente fiduciaria, la sua funzione di far venir meno l'obbligo alla restituzione della *res*, avuta in proprietà col mancato pagamento alla scadenza del credito garantito, sembrerebbe apparire come una ridondanza e per questo priva di utilità giuridica (se vogliamo, nuova). Ciò in virtù del

---

<sup>16</sup> M. BRAUKMANN, *Pignus*. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft, Göttingen 2008, p. 119. Sulla *lex commissoria* nella vendita vedasi: F. WIEACKER, *Lex commissoria*, Berlin 1932 e E. LEVY, Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1934.

<sup>17</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 10-25.

<sup>18</sup> Come sta a dimostrare anche il seguente frammento di Gaio presente in D. 20.1.9.1 (Gaius, 9 ad ed. prov.), attestante il principio per cui tutto ciò che può essere venduto può costituire oggetto di pegno: «*Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignationem recipere potest*».

<sup>19</sup> O. SACCHI, *Lex commissoria* e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?, in *Ius Antiquum*, 19 (2007), pp.101 ss. (6. Alla ricerca della *ratio* originaria).

fatto che il medesimo effetto sembrerebbe già intrinseco nel (puro) negozio fiduciario, che lo distinguerebbe perciò, fra l'altro, da una qualsiasi altra *mancipatio* o *in iure cessio*. La restituzione della cosa discende dunque in maniera diretta dall'avveramento della condizione fiduciaria, cioè dal presupposto (esaudito) dell'adempimento del credito garantito.

Da tutto ciò, Burdese ritiene che la funzione della primitiva *lex commissoria* non cambiò fra compravendita e *fiducia*: in ambedue gli ambiti essa fu un condizionamento sospensivo all'obbligo di restituire<sup>20</sup>. Se nel primo la condizione era rappresentata dal pagamento del prezzo da parte del compratore non oltre una scadenza fissata, nel secondo la stessa sarebbe stata costituita dall'adempimento *fiduciae causa*.

Il *pactum commissorium*, in ciascuno dei due ambiti, avrebbe rivestito in origine la forma di un patto aggiunto a negozi di buona fede.

Così ricostruita la dinamica evolutiva della *lex commissoria*, Burdese conclude che essa verrebbe in tal modo ad esaurire il contenuto del *pactum fiduciae* (implicante il dovere alla restituzione); anzi sarebbe lo stesso patto annesso al negozio fiduciario per adattarlo alla (nuova) funzione di pignoramento<sup>21</sup>.

La *lex commissoria* diviene lo specchio della durezza della primitiva esecuzione reale, quale mezzo di garanzia drastico consistente nel trasferimento immediato e solenne della proprietà quiritaria. Durezza e drasticità ben tollerata pensando al precedente regime, ancor più estremo, di esecuzione personale. E questa tendenza ad un trattamento via via sempre più alleviato ed equo la si riscontra in tutta l'evoluzione di adattamento del negozio fiduciario allo scopo di garanzia reale.

---

<sup>20</sup> Lo stesso Burdese offre come indizio di questa supposizione il primitivo significato etimologico di *committere*, da cui poi ebbe a formarsi tutta la sua successiva estensione: nel *Thesaurus linguae Latinae* si legge «*committere: proprie est insimul mittere: nunc eo utimur et pro facere, aut pro linquere, aut pro incipere*». Da ciò, l'espressione «*lex commissoria*» indicherebbe appunto un patto la cui efficacia, sul negozio al quale accede, risulta legata al verificarsi di un avvenimento futuro e incerto. Per quanto riguarda l'istituto del pegno, inoltre, vedasi anche P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929, p. 815 n.1, il quale ha osservato che «l'idée de tradition sous condition suspensive ... est à la base de la *lex commissoria*».

<sup>21</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 16 ss.

Tramite il patto fiduciario dunque, che Burdese ha sostenuto potersi identificare, nella variante *cum creditore*, con il *pactum commissorium*, si individua la particolare finalità economica dell'alienazione fiduciaria a scopo di garanzia e allo stesso tempo si assicura al creditore la possibilità di soddisfarsi in modo immediato e diretto (e concreto) sulla cosa ricevuta in garanzia.

In sintesi si potrebbe ben dire che la *fiducia cum creditore*, nella prospettiva della sua finalità più propriamente satisfattiva, si realizzava attraverso l'alienazione *fiduciae causa* integrata dall'aggiunta del *pactum commissorium*.

### 3. Il *pactum vendendi* nella *fiducia*: tra mitigazione di disciplina ed effettività della garanzia.

In prosieguo di tempo – già dalla piena età repubblicana – la vita commerciale si intensifica. Ciò porta come conseguenza un ulteriore temperamento – come si diceva – della posizione propria della figura del debitore. È in questo contesto che fa la sua comparsa il *pactum vendendi*, dapprima inserito nel negozio fiduciario (della *fiducia cum creditore*) quale stipulazione accessoria. Questo nuovo patto aggiunto favorì il giusto contemperamento degli interessi in gioco, di entrambe le parti: consentiva al creditore fiduciario una rivalsa mediata sulla cosa avuta in garanzia per il proprio soddisfacimento; e permetteva al debitore (inadempiente) la restituzione dell'eventuale (assai probabile) *hyperocha*, in una prospettiva di maggior considerazione del valore di mercato del suo oggetto consegnato in pegno.

L'innovazione di disciplina rispetto alla *lex commissoria* è assai evidente. Si passò da una soddisfazione 'diretta' del creditore pignoratizio sulla cosa, ricevuta a garanzia, ad una soddisfazione 'mediata' autorizzandolo a vendere ad un terzo compratore, tenendo così distinti il valore reale della cosa pignorata e l'ammontare del credito con esso da garantire.

D. 13.7.6 pr. (Pomponius, 35 ad Sab.): *Quamvis convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur. sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus quam postea? melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.*

Pomponio in questo passo ribadisce, a dire il vero, che il *pactum vendendi* è concluso nell'interesse del (solo) creditore, il quale non sarà pertanto tenuto contro la sua volontà ad effettuare la vendita. La diversa soluzione, però, attribuita ad Atilicino – secondo il quale, in presenza di espresso *pactum vendendi*, il creditore pignoratorio sarebbe stato obbligato a porre in essere la vendita – dovrebbe intendersi, per Burdese<sup>22</sup> quale ulteriore spunto innovatore per permettere un equo conguaglio fra il valore della *res* pignorata (di regola, di valore decisamente superiore) e l'ammontare del credito garantito. Il tutto in linea – come si diceva – con la tendenza mitigatrice dell'originaria disciplina.

Il *pactum vendendi* diviene così un nuovo modo di realizzare la soddisfazione, comunque piena ed effettiva (ma non più debordante), del creditore pignoratorio avvalendosi («*vendere licere*») sulla cosa ricevuta in garanzia.

Questa evoluzione di disciplina applicativa della *fiducia* pignoratoria è stata tutta indirizzata verso la dazione di un contenuto concreto al carattere di buona fede del primitivo regime fiduciario. E il ruolo del *pactum vendendi* aggiunto alla stessa è tanto

---

<sup>22</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 25-27.

più rilevante quanto si pensi che esso ha finito col tempo per divenire addirittura un elemento naturale della *fiducia* pignoratizia medesima<sup>23</sup>.

#### 4. (Segue): Essenzialità del *pactum vendendi* nella *fiducia*. La testimonianza paolina.

Da semplice espressione della volontà delle parti nel caso concreto, per via di un maggior riconoscimento dell'autonomia privata nella regolamentazione degli effetti dei negozi giuridici<sup>24</sup>, il *pactum vendendi* nella *fiducia* diviene col tempo – come s'è visto – criterio consuetudinario di interpretazione (nel concreto) della *bona fides* dominante il negozio. All'epoca dei Severi, venne ormai considerato un elemento implicito<sup>25</sup>.

A sostegno di questa osservazione si possono richiamare due passi di Paolo: il primo contenuto nel ventesimo libro del Digesto e il secondo nelle *Pauli Sententiae*.

D. 20.5.13 (Paulus, 1 decretorum): *Creditor, qui iure suo pignus <fiduciam> distrahit, ius suum <eam (nummo uno) mancipare aut in iure> cedere debet et, si pignus <fiduciam> possidet, tradere utique debet possessionem.*

L'espressione «*iure suo*» dovrebbe indicare che il creditore, vendendo la *fiducia*, esercitava una facoltà che gli spettava di per sé, proprio in qualità di fiduciario<sup>26</sup>;

---

<sup>23</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 27-29.

<sup>24</sup> Sulla quale cfr. A. MANIGK, *Privatautonomie*, in *Festschrift Koschaker*, I, Weimar 1939, pp. 266 ss.

<sup>25</sup> Cfr. A. MANIGK, *Privatautonomie*, cit., p. 278.

<sup>26</sup> In tal senso F. EISELE, *Studien zur Texte der Digeste*, in *ZSS*, 30 (1909), p. 127; A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del «pactum de non praestanda evictione» e la regola «creditorum evictionem non debere»*, Palermo 1922, p. 408; M. BARTOSEK, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratizia secondo il diritto romano*, in *BIDR*, 51-52 (1948), p. 250 nt. 21; con beneficio del dubbio, invece, W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., pp. 24 ss.

tuttavia, secondo Burdese<sup>27</sup>, pare più probabile che il giureconsulto romano volesse invece accennare alle precauzioni assunte col far riconoscere al compratore in base a quale titolo egli vendeva, per non rispondere in futuro per evizione.

Più probante ai nostri fini è però il secondo passo, paolino:

P.S. I.9.8: *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita ut oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum <non> potest.*

Ciò che a noi interessa di questo passo è che si sia posto il quesito per il caso di vendita «*si non ita ut oportuit*». Una simile evenienza non si spiegherebbe sia che vigesse il regime commissorio, in quanto mancherebbe ogni ragione di pretesa da parte del debitore, sia che occorresse un patto espresso per poter vendere, in quanto la sola vendita già di per sé rappresenterebbe una violazione degli obblighi fiduciari. Ritenere poi che la pattuizione di vendita sia qui semplicemente sottintesa non può trovare conferme decisive e porterebbe tuttavia ad ammettere che il giureconsulto si disinteressasse completamente del caso di vendita in assenza di patto espresso.

Il passo è testimone dunque del rilievo che il *pactum vendendi* è ormai implicito nella *fiducia* all'epoca dei Severi<sup>28</sup>.

Ma ancor più significativa appare un'altra testimonianza, sempre presente all'interno delle *Pauli Sententiae*, dove il *ius vendendi* si mostra quale elemento ormai essenziale della *fiducia cum creditore*:

P.S. II.13.5: *Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvete debitore creditor denunciare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventionem fiduciae actio nasci potest.*

---

<sup>27</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 84-87.

<sup>28</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 87.

Malgrado l'esplicito *pactum de non vendendo*, il creditore può vendere previo formale avvertimento al debitore insolvente senza che quest'ultimo possa ricorrere all'*actio fiduciae*.

La decisione di Paolo è chiara, e si rivela contraria all'intima essenza del negozio fiduciario. Come bene sostiene Burdese<sup>29</sup>, P.S. II.13.5 s'inquadra nell'evoluzione storica subita dall'istituto ed è una prova del carattere satisfattivo che sin dalle origini ha avuto la *fiducia* applicata a scopo di garanzia reale. Sorta tale da garantire al creditore una soddisfazione immediata alla scadenza mediante attribuzione della cosa fiduciata, la *fiducia cum creditore* ha visto tutto uno sviluppo, attraverso la stipulazione abituale del patto di vendita diretto ad attenuarne la rigidità primitiva, ma solo in quanto il contenuto del patto fiduciario non urtasse lo scopo essenziale, il carattere tipico del negozio. Più in là non si poté andare ed una deroga disposta dalle stesse parti per mezzo del patto di non vendere, non ebbe altro riconoscimento se non quello di rendere obbligatoria per il creditore la denuncia al debitore prima della vendita («*denuntiare ei sollemniter potest et distrahere*»), peraltro già solitamente usata a titolo di maggior precauzione.

## 5. Le origini del pegno nelle pieghe della *fiducia*.

Il connotato principale ascrivibile alla funzione giuridica della *fiducia cum creditore* è senza dubbio il carattere della soddisfazione diretta ed immediata del creditore nel caso in cui il debitore si mostri inadempiente alla scadenza. La struttura stessa dell'istituto fiduciario, comportante trapasso di proprietà (persino unicamente nelle forme solenni della *mancipatio* e in *iure cessio* fiduciarie) della cosa avuta in garanzia, si adatta perfettamente con questa funzione satisfattiva.

---

<sup>29</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 87-90.

Il pegno, di contro, nacque con funzione meramente di coazione psicologica all'adempimento debitorio<sup>30</sup>, l'unica tuttavia possibile qualora la *res* offerta in garanzia non fosse suscettibile di una valorizzazione economica<sup>31</sup>. In esso, la funzione satisfattiva fu un traguardo soltanto di evoluzione storica, attraverso dapprima pattuizioni accessorie al negozio principale, fino poi a divenirne essenziale quindi parte integrante della stipulazione pignoratoria (senza più, cioè, alcun bisogno di una previsione *ad hoc* espressa).

Sul raffronto di questi due istituti, entrambi diretti a garantire il soddisfacimento del credito, non pare azzardato ritenere che la *fiducia cum creditore* abbia potuto rivestire i tratti di un modello storico per il riconoscimento anche nel *pignus* della funzione satisfattiva, seppur ovviamente realizzata con mezzi differenti<sup>32</sup>, propri di un istituto profondamente diverso nella sua qualificazione giuridica.

Dopotutto è innegabile come l'istituto pignoratorio si sia presentato come negozio giuridico più adatto ad un'immediata attuazione pratica grazie ad una maggior capacità di adeguamento alle varie esigenze sociali rispetto alla *fiducia*, ad evoluzione ben più lenta in quanto istituto proprio del *ius civile*.

Non si dimentichi un altro dato di rilievo, nella diversità e nel successo del *pignus* sull'antico negozio della *fiducia cum creditore*: il primo, diversamente dalla seconda, si poteva usare anche quando oggetto della garanzia era una *res nec mancipi* (persino di valore non elevato).

## 6. Prime riflessioni sulla legittimità giuridica del *ius distrahendi* nel pegno.

Accanto alla possibilità del trapasso di proprietà (garantita dal patto commissorio) in capo al creditore della *res* oggetto di pignoramento, si giunse più tardi ad ammetterne la

---

<sup>30</sup> U. RATTI, Sul «*ius vendendi*» del creditore pignoratorio, in Studi Urbinati, I (1927), p. 4.

<sup>31</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 225-226.

<sup>32</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 226 ss.

cosiddetta *distractio pignoris*, forma assai più evoluta, la quale, se assicura al creditore pignoratizio la soddisfazione, permette al contempo una comparazione tra il valore della cosa pignorata e l'ammontare del credito garantito.

La realizzazione di una siffatta soddisfazione, se pare in armonia col regime fiduciario dove il creditore era anche proprietario, più difficoltoso sembra comprenderne la previsione in materia di pegno dove il creditore aveva della *res* soltanto il possesso (se *pignus datum*) o il diritto ad esso (se *pignus convenum*) mentre la proprietà seguiva a restare in capo al debitore pignorante. In un regime così delineato un'alienazione fatta dal creditore avrebbe evidentemente contrastato coi principi generali.

Varie sono state le opinioni espresse in dottrina per cercare di trovare una motivazione giuridico-razionale del fenomeno. Che questo, d'altro canto, fosse ammesso (nella mentalità giuridica) e praticato (nella prassi), le fonti ce lo assicurano in maniera inequivoca.

Manigk tenta di risolvere la questione interpretando in maniera fortemente estensiva la disciplina pignoratizia (che potremmo definire) pura e semplice, ovverosia considerandola senza l'apposizione di pattuizioni aggiuntive accessorie: dal momento che il pegno è pur sempre contratto a fini strettamente pratici, la pressione psicologica non può, secondo Manigk, che rivestire un primo stadio di esso il quale, se alla scadenza non sarà risultato sufficiente per la soddisfazione del credito, dovrà condurre inevitabilmente (come stadio, eccezionale, ulteriore) all'appropriazione materiale della cosa («Verfallpfand») da parte del creditore che, dunque, apparirebbe così facoltizzato ad alienare<sup>33</sup>.

In realtà, una tale tesi si scontra in maniera evidente con gli strumenti tipici romani ammessi per realizzare un trasferimento di proprietà, che in questo caso e sulla base di siffatte sole osservazioni risulterebbe chiaramente anomalo. Inoltre non si offre alcuna soluzione all'ostacolo rappresentato dal carattere tipicamente possessorio dell'istituto pignoratizio e ci si dimentica dell'evoluzione storica tradizionalmente e pacificamente riconosciuta al *ius distrahendi* che inizialmente richiedeva, per la sua realizzazione, una

---

<sup>33</sup> A. MANIGK, v. *Pignus*, cit., c. 1248 ss.

esplicita pattuizione fra le parti<sup>34</sup>. Infine, si tenga presente che la teoria di Manigk sembrerebbe dare per presupposta una *lex commissoria* che, se in ogni tempo nel pegno rivestì sempre i tratti del patto accessorio (e quindi mai quelli di un elemento naturale né tantomeno essenziale), da Costantino venne persino abolita.

Anche De Francisci s'è profuso sul tema, intervenendo più propriamente sull'inquadratura dogmatica della *distractio pignoratizia*, ossia sulla *ratio* giuridicamente accettabile del riconoscimento al creditore non proprietario della facoltà di alienare. Il ragionamento che ha sviluppato ruota attorno alla propria concezione dei modi di acquisto derivativi romani come «modi di acquisto mediante i quali una cosa viene trasferita da una persona ad un'altra e in cui questo trasferimento è accompagnato dal cessare del dominio del primo circa quell'oggetto e dal sorgere del diritto del secondo sull'oggetto medesimo»<sup>35</sup>. De Francisci ritiene che l'alienazione del pegno da parte del creditore pignoratizio non rappresenti, a ben vedere, un'anomalia nel panorama giuridico romano: il mancato saldo alla scadenza implicherebbe da parte del debitore una rinuncia alla proprietà del pegno, che dunque il creditore potrà vendere come intermediario legittimato (e questa qualifica sarebbe il discrimine tra il patto di vendita e quello commissorio). La rinuncia del debitore, in ultimo, andrà a favore dell'acquirente al quale il creditore venderà.

Anche questa razionalizzazione, tuttavia, mostra alcuni passaggi non limpidissimi. Burdese<sup>36</sup> la critica. E per due ordini di ragioni. La ricostruzione di De Francisci, seppur logica e non contraddittoria, non è fondata su argomenti specificamente testuali, bensì frutto di una mera speculazione dogmatica. Inoltre, se una rinuncia (alla proprietà) è comunque ben visibile sul piano fattuale, questa pare invero una rinuncia forzata e non volontaria, tant'è che si può dare persino il caso che «*debitor interdicat ne venditio perficiatur*» e ciononostante colui che compera dal creditore ne acquista la proprietà. Si veda al riguardo questa costituzione di inizio secondo secolo:

---

<sup>34</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 131-139.

<sup>35</sup> P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova 1924, pp. 256 ss.

<sup>36</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 133-134.

C. 8.36.1: *Imp. Sev. et Ant. AA. Paulinae. Cum creditor pignus vendit, non potest videri litigiosae rei emptio contrahi, etsi debitor interdicat, ne venditio perficiatur.* <A 207 PP. K. MAI. APRO ET MAXIMO CONSS.>

Burdeese prosegue e fa notare che, se dalle fonti appare rilevante un comportamento del *dominus* (debitore pignorante), si tratta piuttosto del *pactum* col quale il creditore è stato autorizzato a procedere all'alienazione: il *pactum vendendi*, appunto. Ma questo non rappresenterebbe che il presupposto della legittimazione del creditore a compiere il trasferimento, così come la qualifica di *tutor*, *curator* e *procurator* era il presupposto della legittimazione di questi stessi soggetti a porre in essere atti di disposizione sull'altrui patrimonio<sup>37</sup>. A questo proposito di particolare rilevanza si mostra un brano delle Istituzioni gaiane, Gai. 2.64, che a breve esamineremo nel dettaglio<sup>38</sup>.

## 7. Un caso di non spettanza di *ius alienandi* al *dominus*.

È fuor di dubbio che la proprietà, diritto reale assoluto, facoltizzi il titolare a gestire sotto ogni aspetto l'oggetto del suo diritto (coi soli limiti, temporanei, dei *iura in re aliena*), eppure si possono concretizzare ipotesi di eccezione. Una è il caso dell'incapacità per il *dominus* ad alienare<sup>39</sup>, come ci riferisce Gaio nelle sue *Institutiones*:

Gai. 2.63: *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.*

---

<sup>37</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134-139.

<sup>38</sup> Cfr. *infra* §15.

<sup>39</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 157-175.

Trattasi di un divieto, motivato da esigenze di tutele di patrimoni propri, posto dalla *lex Iulia de adulteriis* nei confronti del marito che intendesse vendere (o sottoporre a *iura in re aliena*) il fondo ricevuto come dote senza aver chiesto ed ottenuto il consenso della moglie. Pur spettando al marito, in costanza di matrimonio, l'amministrazione dell'intero patrimonio familiare, compreso quello dotale, nell'espletamento di tale attività su di lui incombeva l'obbligo di diligenza del buon padre di famiglia.

Augusto, col provvedimento normativo di cui s'è detto e che Gaio cita, limitò ulteriormente la disponibilità dei beni dotali in capo al marito. Giustiniano poi andò oltre, vietando del tutto (pur in presenza di *consensus maritalis*) l'alienazione dei fondi dotali, dichiarandone in ogni caso la nullità.

Nel passo delle sue Istituzioni immediatamente successivo e di cui ora daremo conto, al contrario, Gaio adduce casi nei quali un non proprietario si trovi tuttavia ad aver legittimità di alienazione<sup>40</sup>.

Che l'assolutezza di godimento sul bene – offerta dal diritto di proprietà – incontri, in determinate circostanze e fuori dal novero dei casi di coesistenza con diritti reali parziari, dei limiti quantitativi è dunque attestato. E parimenti lo è – come appunto vedremo<sup>41</sup> – l'estensione applicativa di alcune facoltà al *non dominus*.

## 8. L'emersione dello *ius distrahendi*, quale elemento accidentale del negozio. Il *pactum de distrahendo pignore*.

Gai. 2.64: *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator rem absentis, cuius negotiorum administratio ei permessa est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate*

---

<sup>40</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 157-175.

<sup>41</sup> Cfr. *infra* §15.

*debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Gaio si occupa qui dei casi in cui «*qui dominus non sit alienare possit*». La facoltà di vendere spetta al *curator* e al *procurator* in quanto entrambi forniti *ex iure civile* di un potere di generale *administratio*; mentre al creditore pignoratizio è concesso di alienare la *res* oggetto di pegno sulla base di un accordo stipulato esplicitamente col proprio debitore-*dominus*.

Il punto focale della difficoltà equiparativa del creditore pignoratizio con le altre due figure richiamate risiede nella posizione peculiare in cui egli viene a trovarsi nel negozio traslativo: egli, seppur legittimato in virtù di un atto di volontà del *dominus*, si mostra quale portatore di un interesse proprio, sotto certa prospettiva pure antitetico a quello del vero proprietario<sup>42</sup>.

La giustificazione di questo accostamento di soggetti legittimati alla vendita di cose altrui viene rinvenuta dal giurista classico nella volontà espressa del debitore pignorante («*quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari*») nell'eventualità che si verifichi la sua inadempienza alla scadenza («*si pecunia non solvatur*»). E tale espressa volontà emerge dal cosiddetto *pactum vendendi* («*quid olim pactus est*») che, in quel periodo, poteva accessoriare la garanzia pignoratizia.

Gaio giunge a suggerire dunque la soluzione nella *voluntas* del proprietario debitore, in analogia al caso di un'alienazione effettuata tramite mandato, seppur qui la volontà risulta irrevocabile: l'espressione «*qui olim pactus est*» sta proprio a significare una stipulazione effettuata in un tempo passato destinata però a continuare ad esercitare i propri effetti sino al reale soddisfacimento creditorio; e né la morte del debitore-*dominus* né la sua eventuale perdita di proprietà sono in grado di menomare il *ius vendendi* del creditore pignoratizio<sup>43</sup>.

Sullo stesso tenore si presenta un passo di Scevola inserito nel quarantaquattresimo libro del Digesto:

---

<sup>42</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 167-172.

<sup>43</sup> In questo sta la più evidente differenziazione di disciplina col mandato ad alienare.

D. 44.3.14.5 (Scaevola, lib. sing. quaest. publ.): *Item si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debet, licet invito te pignora distracta sint: iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni, si pecuniam non intulisses.*

Anche qui troviamo le espressioni chiave «*convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere*» e «*iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni*».

Questa alienazione *voluntate debitoris* trova la propria legittimazione nell'atto di autorizzazione concesso dal debitore al creditore per il soddisfacimento di quest'ultimo. Dunque, secondo Burdese<sup>44</sup>, è da escludere una configurazione giuridica più particolareggiata, del tipo di una rappresentanza convenzionale del debitore nella persona del creditore pignoratizio<sup>45</sup>. La ragione di questa tesi è subito spiegata: un siffatto negozio produce, senza alcun dubbio, effetti diretti sulla sfera di interessi del debitore-*dominus*; ciononostante la facoltà di procedere alla vendita della *res (ius distrahendi)* è realizzata in ogni caso per conto del creditore pignoratizio, il quale per di più non si troverà mai ad essere obbligato ad eseguirla.

Il principio che solamente il *dominus* delle *res* di cui si tratta avesse il diritto di alienarle non era dunque nel diritto romano senza eccezioni: i più antichi casi di potere di disponibilità sull'altrui sfera potendosi osservare negli istituti della tutela e curatela (*cura furiosi, cura prodigi, tutela impuberum* e *tutela mulierum*), come residuo del vecchio ampio significato di *dominium*<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134 ss.

<sup>45</sup> Di avviso contrario: P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., pp. 257 ss.; e già H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Recht*, II, Leipzig 1860, pp. 110 ss., 157 ss., 191 ss. e J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847, pp. 191 ss.

<sup>46</sup> P. WEIMAR, *Zum Eigentumsübergang beim Pfandverkauf im klassischen römischen Recht*, in *Mélanges Felix Wubbe*, Zürich 1993, pp. 551; A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950, pp. 46 ss.

Oltre a questi casi, pure altri ve ne furono, dove ciò accadeva sulla base più propriamente di un'autorizzazione di una parte verso l'altra, attraverso *mandatum*, *praepositio* o *iussum*. Nella pratica, il *pactum de distrahendo pignore* fu, all'interno di questa seconda categoria, probabilmente quello al quale nella prassi si è ricorso con più frequenza<sup>47</sup>.

## 9. Cenni sui *pacta* accessori ad altri negozi giuridici.

La contrattualità è variamente diffusa all'interno dell'ordinamento romano<sup>48</sup> e i *pacta*<sup>49</sup> ne sono una delle sue estrinsecazioni. Con riferimento all'ambito pignoratorio possono essere richiamati il *pactum fiduciae*, il *pactum commissorium*, il *pactum vendendi* (o *distrahendi*) e lo speculare *pactum de non distrahendo pignore*.

Ogni *pactum* ebbe proprie e varie funzioni, ma ciò che li accomunò fu la loro finalità giuridica ultima: la realizzazione di rapporti vincolanti fra le parti stipulanti. Dagli accordi rinunciativi di diritti, come ebbero ad essere dapprincipio, si passò presto (già a partire dal primo secolo) a prevedere altresì *pacta* di natura costitutiva<sup>50</sup>, quindi negoziali tout court.

Se nelle fonti giuridiche il termine (astrattamente inteso) *pactio* compare solo a partire dal II secolo, il termine (più legato al profilo della concretezza) *pactum*, al contrario, è da ritenersi presente già nel lessico di Labeone:

---

<sup>47</sup> P. WEIMAR, *Zum Eigentumsübergang*, cit. p. 552.

<sup>48</sup> Cfr. in questo senso l'impostazione di G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., e IDEM, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica, diritti reali e obbligazioni*, Torino 1970, pp. 353 ss.

<sup>49</sup> Sull'argomento – come si è anticipato in premessa ('Scopo dell'indagine') di questo elaborato – si consulti da ultimo ed estesamente B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., in particolare pp. 163-224.

<sup>50</sup> Per una rassegna dei patti dismissori di diritti cfr. A. BURDESE, *Patto (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 12 (1965), pp. 708 ss.

D. 20.1.35 (Labeo, 1 pith. a Paul. epit.): *Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes.*

Da ricordare, preliminarmente, la collocazione palinogenetica del frammento or ora riportato<sup>51</sup> che, inserito nella rubrica *'De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahuntur et de pactis eorum'* della compilazione giustiniana, è stato posto da Lenel<sup>52</sup> sotto la rubrica *'De emptionibus et venditionibus'*. Questo ci conferma ulteriormente come lo strumento dei *pacta* avesse un'ampia diffusione fra i vari segmenti dell'ordinamento e che non v'è ombra di dubbio avesse carattere negoziale.

Il caso di cui tratta Labeone in D. 20.1.35 fa menzione della circostanza per la quale fra creditore e debitore ipotecario sia intercorso un *pactum* di vendita dell'*insula* di proprietà del debitore (evidentemente ciò a saldo del debito dello stesso nei confronti del primo). Successivamente, tuttavia, si dice che l'edificio in oggetto fu colpito da un incendio. Il frammento chiarisce che, se l'immobile verrà restaurato, si ripristinerà su di esso il diritto del creditore ipotecario.

Se, come si ritiene<sup>53</sup>, l'opera labeoniana possedeva una struttura prettamente casistica (fra l'altro fortemente in linea col pensiero giuridico tradizionale romano) e Paolo non ha travisato la sostanza della testimonianza labeoniana, Melillo<sup>54</sup> azzarda la tesi che non si dovrebbe dubitare del fatto che Labeone abbia adoperato la locuzione *pactum conventum* non per indicare l'accordo estintivo di un diritto, bensì l'accordo costitutivo di diritti reciproci per entrambi i soggetti, creditore e debitore ipotecario<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> M. BRETONE in Ricerche labeoniane *"Iniuria"* e *"hybris"*, in «Rivista di filologia e di istruzione classica», CIII (1975), pp. 191 ss., fa emergere la problematica sull'individuazione del *genus* letterario nel quale l'opera labeoniana avrebbe potuto inquadarsi.

<sup>52</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col.74.

<sup>53</sup> Sul tema M. BRETONE, Ricerche labeoniane, cit., pp. 171 ss.

<sup>54</sup> G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del Principato*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, Principat, 14, Berlin 1982, pp. 481 ss.

<sup>55</sup> Per quanto concerne la costituzione di pegno o di alcuni diritti reali (come le *servitutes*), anche la dottrina dominante ritiene che si tratti di accordi costitutivi, seppure precisando che non si tratterebbe propriamente di *pacta* bensì di figure singole ed autonome: per tutti, G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., pp.190 ss. Più cautamente A. BURDESE, *Patto*, cit., p. 711 si limita ad elencare le fonti di questa casistica.

Tuttavia, e a dispetto di questa conclusione, non manca in dottrina la posizione avversa che, di fatto e al contrario, esclude i *pacta* dalla negoziabilità costitutiva<sup>56</sup>, alcuni dei presupposti di fondo della quale possiamo cogliere e verificare. In primo luogo, a sostegno di questo secondo orientamento dottrinale, si suppone che la giurisprudenza e il testo edittale dovessero indicare in maniera rigida (se non addirittura dogmatica) i negozi capaci di far acquisire diritti, distinguendoli in maniera chiara da quelli, al contrario, capaci di farli dismettere; *in secundis* – ci suggerisce lo stesso Melillo<sup>57</sup> – si dà per certo (pur in mancanza tuttavia di espresse conferme) che la massa testimoniale, per la gran parte proveniente dalla giurisprudenza severiana, rappresenti una genuina continuazione organica di quella che la precedette, e ne rifletta dunque le posizioni sue proprie.

Se, come a Melillo pare senza dubbio<sup>58</sup>, tali presupposti sono lungi dal poter essere dimostrati, evidentemente altre motivazioni debbono giustificare la prevalenza di *pacta* idonei alla dismissione di situazioni soggettive. In particolare, si deve credere che l'estensione delle categorie contrattuali (con la previsione, in aggiunta alle altre, di quella meramente consensuale) del periodo del Principato, insieme con "l'appiattimento" delle tutele processuali per via dell'entrata in scena della *extraordinaria cognitio* in regime giuridico di monopolio, abbia fortemente contribuito alla obsolescenza dei *pacta* e al trasferirsi delle loro funzioni, se non di tutte quantomeno della loro gran parte, negli schemi della quadripartizione delle *obligationes re, verbis, litteris, consensu* e nei contratti *sine nomine*. Ciò pare essere sufficiente ad offrire una valida ragione sul perché nelle fonti della giurisprudenza classica (ma non, come abbiamo visto, in quella ad essa precedente) i *pacta* vengano limitati ad accordi di dismissione.

In ogni caso, pare difficile credere ad una situazione tanto fluida e lineare proprio all'inizio del Principato, cioè in un periodo di forti cambiamenti: politici *in primis*, ma pure sociali e soprattutto commerciali. I nuovi contratti, infatti, soddisfacevano appieno (e proprio a questo si deve la loro nascita e diffusione) le esigenze legate ai grossi

---

<sup>56</sup> Per un quadro della letteratura si veda A. BURDESE, *Patto*, cit., p. 708 e G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., pp. 170 ss.

<sup>57</sup> G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali*, cit., pp. 484 ss.

<sup>58</sup> G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali*, cit., pp. 484 ss.

traffici, mentre le vetuste *obligationes* civilistiche dovevano nei fatti essere largamente inadeguate rispetto da un lato alla molteplicità (quantitativa) dei rapporti e dall'altro (in una prospettiva qualitativa) al loro gravoso formalismo.

Basti pensare, esemplarmente, alla utilizzazione della forza lavoro non schiavizzata, che non sempre era inquadrabile nella *locatio operis*<sup>59</sup>, oppure alla presenza (e al loro frequente ricorso) dei cosiddetti *recepta* per rendersi conto che era assai probabile che una grande fetta di negoziazioni restasse, al tempo dei Romani, al di fuori sia delle antiche forme obbligatorie che dei contratti.

In questo quadro della realtà fattuale è del tutto ragionevole pensare a forme di consensualismo garantite dal «*pacta conventa servabo*» dell'editto pretorio e quindi al diffuso e pregnante ricorso a questo strumento giuridico negoziale. E per ciò che concerne il pegno, questo ragionamento confermerebbe, rafforzandolo, il ruolo dello *ius honorarium* come fonte del diritto particolarmente attiva per quanto riguarda la sua regolamentazione giuridica.

## 10. Il *pactum vendendi*, intercorso fra debitore e creditore pignoratizio, come requisito dello *ius distrahendi*.

Il passo labeoniano da ultimo analizzato ci offre pure un ulteriore spunto di riflessione.

Come anticipato, nella prima età classica la stipulazione di pegno scevra da ulteriori accordi non consentiva di per sé una soddisfazione reale, nemmeno in caso di manifesta inadempienza debitoria. D'altronde la finalità originaria dell'istituto pignoratizio era quella di realizzare uno strumento per indurre il debitore ad adempiere, attraverso una

---

<sup>59</sup> Per tutti, L. AMIRANTE, In tema di *opus locatum*, Labeo, 13 (1967), pp. 49 ss.

coazione meramente psicologica. Al creditore non era consentito né di appropriarsi della cosa ricevuta né di usarla in alcun modo né di venderla<sup>60</sup>.

In D. 20.1.35 (Labeo, 1 pith. a Paul. epit.)<sup>61</sup> troviamo l'espressione «*quam tibi ex pacto convento licuit vendere*» che riconosce la possibilità per il creditore pignoratizio di procedere alla vendita della cosa non propria, grazie ad un patto *ad hoc* stipulato precedentemente<sup>62</sup> col debitore, proprietario questi della *res* in questione.

La stessa regolamentazione viene confermata anche in un passo di Giavoleno<sup>63</sup>:

D. 47.2.74 (Iavolenus, 15 ex Cassio): *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat.*

Se il creditore pignoratizio procedesse alla vendita della cosa avuta in pegno, senza aver realizzato un precedente accordo in tal senso col proprio debitore, commetterà furto in quanto non autorizzato, da quest'ultimo, alla stessa.

Tutto ciò dimostra come il diritto per il creditore pignoratizio di rivalersi direttamente sul *pignus*, notoriamente definito *ius distrahendi*, sia vincolato in epoca classica (Giavoleno e Cassio, entrambi giuristi della prima età imperiale, concordano sul punto) al cosiddetto *pactum vendendi* espresso e alle clausole di esso. Vedremo che, in realtà, questo requisito rimarrà sempre come doveroso, con l'unica (risaputa) differenza che in prosieguo di tempo – tanto fu l'essenzialità del suo riconoscimento – verrà semplicemente ritenuto implicito in ogni stipulazione pignoratizia<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 137-149, 157-175.

<sup>61</sup> Di cui *supra* §9.

<sup>62</sup> La precedenza dell'accordo di vendita è in riferimento al momento dell'effettiva alienazione della *res* (in proprietà) del debitore pignorante da parte del creditore pignoratizio.

<sup>63</sup> Cfr. *infra* §17.

<sup>64</sup> Cfr. *infra* §13.

11. Quando lo *ius distrahendi* diviene elemento naturale del negozio, escludibile soltanto tramite *pactum de non distrahendo pignore*.

D. 13.7.4 (Ulp., 41 ad Sab.): *Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur ...*

In questo testo di età severiana si afferma che se debitore e creditore convennero che la *res* oggetto di pignoramento potesse essere venduta, l'alienazione sarà valida e l'accipiente ne acquisterà la proprietà come se il negozio giuridico fosse stato concluso col *dominus* stesso. Chiaro il riferimento al *pactum conventum de distrahendo pignore*, che può accedere al negozio tanto nel momento della sua costituzione quanto in un frangente successivo (purché, in ogni caso, precedente all'effettiva alienazione)<sup>65</sup>.

Il contenuto del passo tuttavia non si ferma qui. Ulpiano prosegue dicendo che, anche in assenza di *pactum distrahendi*, è *ius receptum (hoc tamen iure utimur)* che al creditore sia lecito alienare il pegno con l'unica eccezione che non si sia pattuito il contrario. Ciò significa che in piena età classica l'evoluzione giuridica sul punto aveva portato a considerare il *pactum de distrahendo pignore* un vero e proprio elemento naturale del negozio, in grado di realizzare i propri effetti persino in mancanza di una previsione esplicita in tal senso da parte dei soggetti coinvolti nel rapporto.

L'importanza della finalità satisfattiva (e non più, dunque, meramente psicologico-preventiva) del pegno iniziò a farsi preponderante nel corso dell'età classica e non è da escludere che questo possa essere stato un incentivo alla decisione di Costantino di vietare il *pactum commissorium* (che rappresentava il punto di ancoraggio del pegno

---

<sup>65</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 157-175.

con l'antecedente della *fiducia cum creditore*): patto non soltanto non più necessario bensì persino meno allettante per entrambe le parti contraenti.

Il divieto del cosiddetto patto commissorio è rimasto ben fissato pure nel nostro ordinamento odierno italiano e precisamente nell'art. 2744 c.c. (rubricato per l'appunto "Divieto del patto commissorio"; e inserito nel titolo Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale)<sup>66</sup>, il quale sancisce espressamente la nullità dell'accordo con cui le parti convengono, per il caso di inadempimento del debito garantito, l'automatico trasferimento, in favore del creditore, della proprietà del bene pignorato. La *ratio* di un siffatto divieto è rinvenibile – ora come allora – sotto vari aspetti: innanzitutto la finalità di riconoscimento dell'autonomia negoziale e in particolar modo di tutela della libertà contrattuale della parte più debole, nel nostro caso il debitore pignorante; inoltre, in una panoramica più ampia, il ruolo di presidio della *par condicio creditorum*, che sarebbe messa a repentaglio se il debitore venisse arbitrariamente privato di valori ben superiori al credito garantito; infine, collegato a quest'ultimo aspetto, il rispetto del principio generale secondo il quale il creditore non può conseguire più di quanto effettivamente gli spetti per via della sua posizione giuridica nei confronti del debitore<sup>67</sup>.

## 12. (Segue): L'espressione giuridica «*ius distrahendi*» rinvenibile nelle fonti.

Un'altra testimonianza, questa volta proveniente dalla cancelleria imperiale e datata pieno terzo secolo, ci permette di fissare paletti cronologici ancor più precisi

---

<sup>66</sup> Art. 2744 c.c.: *Divieto del patto commissorio*. – È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno.

<sup>67</sup> A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 2011, p. 449.

nell'attestazione di come lo *ius distrahendi* continuasse ad essere annoverato fra gli elementi naturali del negozio anche sul finire dell'epoca classica<sup>68</sup>:

*C. 8.27.7: Imp. Gord. A. Caro. Si cessante solutione creditor non reluctantem lege contractus ea quae pignori sibi nexa erant distraxit, revocari venditionem iniquum est, cum, si quid in ea re fraudulenter fecerit, non emptor a te, sed creditor conveniendus sit. <a 238 pp. v k. nov. pio et pontiano cons. >*

In questo rescritto dell'imperatore Gordiano si delinea il caso di un creditore pignoratizio che, realizzatasi l'insolvenza del proprio debitore, abbia venduto i pegni ricevuti, senza tradire un eventuale accordo (che si ipotizza non si sia mai realizzato) che glielo vietasse. In tale circostanza si sostiene l'iniquità della rescissione della vendita, che quindi si deve ritenere valida a tutti gli effetti, pur in presenza persino di una condotta dolosa messa in atto dallo stesso creditore pignoratizio alienante. La soluzione adottata è che, in una tale evenienza, il debitore pignorante (eventualmente) danneggiato non dovrà chiamare in causa il compratore, il cui acquisto rimarrà in ogni caso salvo, bensì il creditore pignoratizio.

Tolta comunque quest'ultima eventualità patologica, il rescritto gordiano datato anno 238 d.C. è chiaro nel convalidare un'alienazione pignoratizia, pur in assenza di espresso *pactum de distrahendo pignore*: inequivocabile al riguardo l'espressione «*revocari venditionem iniquum est*».

Il patto di alienazione della *res* oggetto di pegno da parte del creditore pignoratizio è dunque un potere, una facoltà, un *ius*, che gli spetta per il semplice fatto di aver stipulato un negozio giuridico di garanzia reale quale era il *pignus*. Si può ben parlare, qui, di *ius distrahendi*: espressione letterale, fra l'altro, che nelle fonti non si riscontra troppo spesso. A parte un testo inserito nel quattordicesimo titolo, intitolato “*De iure*

---

<sup>68</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 157-175.

*fisci*”, del quarantanovesimo libro del Digesto<sup>69</sup>, lo rinveniamo più propriamente nella seguente costituzione imperiale dell’anno 222:

C. 8.29.1 pr.: *Imp. Alex. Sev. A. Agrippae. Praeses provinciae aditus, si probatum fuerit tuum creditorem, cui ius distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse, quanti tua interest restituere tibi eundem creditorem iubebit.* <a 222 pp. k. sept. alexandro a. cons.>

Il rescritto concerne la disciplina circa i fondi provinciali. Lasciando qui da parte la problematica intorno alla buona fede, richiamata dall’espressione «*dolo malo*» (*fundum vendidisse*), ciò che ci preme ravvisare è l’attestazione letterale della facoltà d’alienazione riconosciuta in capo al creditore pignoratizio: «*cui ius distrahendi pignora fuit*».

Questo basta a confermare il ricorso, giuridicamente corretto, all’espressione «*ius distrahendi*» già durante l’età dei Severi, in piena età classica.

### 13. Viene meno la necessità di un *pactum distrahendi*: lo *ius distrahendi* diviene dunque elemento essenziale del negozio.

Questa situazione fu tuttavia transitoria. E la prova è data dall’ultimo inciso del passo di Ulpiano in precedenza analizzato<sup>70</sup>:

---

<sup>69</sup> Il riferimento è a D. 49.14.5.1 (Ulpianus, 16 ad edictum): *Si ab eo, cui ius distrahendi res fisci datum est, fuerit distractum quid fisci, statim fit emptoris, pretio tamen soluto.*

<sup>70</sup> Cfr. *supra* §11.

D. 13.7.4 (Ulpianus, 41 ad Sab.): ... *nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*

Questa frase, che si ritiene un'appiccicatura triboniana<sup>71</sup>, testimonia l'ulteriore cambiamento di veduta nell'età di Giustiniano. La clausola potenzialmente idonea ad escludere la facoltà di alienazione del pegno in capo al creditore pignoratizio in quest'epoca perde la sua efficacia: o, meglio, semplicemente costringe il creditore ad una triplice solenne intimazione all'assolvimento rivolta al debitore. E se questi, nonostante ciò, continui ad essere inadempiente, il creditore avrà strada libera per alienare lecitamente la *res* in suo possesso, ed ottenere così soddisfacimento del credito.

Nella seconda parte dell'intero frammento D. 13.7.4 (*sed etsi non convenerit ... ut liceat distrahere*) si legge che era diritto vigente nella prassi dell'epoca in cui Ulpiano scriveva che, anche mancando la *conventio de distrahendo pignore*, il creditore, insoddisfatto alla scadenza, potesse vendere la cosa ricevuta in pegno e soddisfarsi sul prezzo ricavato.

Qualcosa di più invece si trova in un passo delle *Pauli Sententiae*, probabilmente redatte nel III-IV secolo d.C. ma di certo in seguito rimaneggiate<sup>72</sup> (ciò che ci porta in una datazione sicuramente successiva all'epoca classica): in P.S. II.5.1 (*creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur*) troviamo indicato che, in assenza di *pactum de vendendo*, il creditore poteva alienare il pegno solo quando avesse per tre volte, ed invano, intimato al debitore il saldo<sup>73</sup>.

Il discrimine fra i due passi sarebbe questo: in quello giustiniano l'esercizio del *ius distrahendi* non si mostra legato a condizioni speciali. A questo punto scatta la necessità di indagare in quale delle due fonti, Pandette o Breviario alariciano, sia contenuto l'autentico principio classico.

---

<sup>71</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 157-175; F. MESSINA VITRANO, Per la storia del *ius distrahendi* nel pegno, Palermo 1910, pp. 3 ss.

<sup>72</sup> L. MAGANZANI, Fonti e strumenti di ricerca. Metodo di consultazione per lo studio del diritto romano ad uso degli studenti, Como 1992.

<sup>73</sup> F. MESSINA VITRANO, Per la storia del *ius distrahendi*, cit., p. 3.

Le tre denunce da rivolgere al debitore, prima di procedere alla vendita del pegno, le incontriamo a dire il vero pure nel frammento ulpiano, ma in una funzione diversa da quella in cui ci appaiono nel passo di Paolo. Nell'ultima parte di D. 13.7.4, infatti, si legge che in presenza di *pactum de non distrahendo pignore* il creditore insoddisfatto, che decideva tuttavia di distrarre il pegno, si rendeva colpevole di una condotta di furto, a meno che prima della vendita non avesse intimato al costituente, e per tre volte, di assolvere al suo debito: «*Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum ut solvat et cessaverit*».

Qui però sorge una contraddizione cronologica: la triplice denuncia, quale strumento giuridico idoneo a rendere inefficace il patto con il quale si vietava l'alienazione del pegno (*pactum de non distrahendo*), non poteva essere già nota al giurista classico. Al tempo di Ulpiano, infatti, il *ius distrahendi* era ancora considerato elemento naturale del negozio di pegno: alla richiesta espressa del *pactum de vendendo pignore* vi era subentrata quella del *pactum de non vendendo pignore*, patto però ancora pienamente efficace (al contrario di ciò che accadde in ambito di *fiducia* dove, sul finire dell'epoca classica, il *pactum de non vendendo fiduciae* era già divenuto inefficace e il creditore quindi avrebbe sempre potuto procedere, dando avviso al debitore, alla vendita della *fiducia*, come testimoniato da P.S. II.13.5: «*Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvete debitore creditor denunciare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventione fiduciae actio nasci potest*») <sup>74</sup>.

Il passo di Ulpiano dunque, credibilmente, si arrestava alle parole «*furti obligatur*». Fu Giustiniano che, considerando ormai al suo tempo il *ius distrahendi* come un elemento essenziale dell'istituto pignoratizio, ritoccò la portata della testimonianza classica.

A ben vedere, Filippo Messina Vitrano <sup>75</sup> propende comunque per l'origine ulpiana del testo oggetto dell'appiccatura giustiniana (*nisi ei ter ... ut solvat et cessaverit*) e ciò sulla base della sua forma particolarmente precisa e tecnica nonché compatibile con

---

<sup>74</sup> F. MESSINA VITRANO, Per la storia del *ius distrahendi*, cit., pp. 4-7.

<sup>75</sup> F. MESSINA VITRANO, Per la storia del *ius distrahendi*, cit., pp. 7-8.

la «penna del giurista classico»<sup>76</sup>. Questa constatazione, in abbinamento al tenore del richiamato passo delle *Pauli Sententiae* porterebbe a considerare la tesi secondo cui i compilatori bizantini abbiano strappato quella frase da un altro frammento dello stesso Ulpiano: frammento dove egli verosimilmente affermava che anche senza previsione di *pactum de vendendo* (ma in assenza pure di patto contrario, *de non vendendo*) era ormai prassi consolidata che il creditore potesse comunque alienare il pegno in suo possesso.

La ragione di questa soppressione e appiccatura Filippo Messina Vitrano la ritrova in una costituzione dello stesso Giustiniano, e precisamente in:

C. 8.33.3.1: *Imp. Iust. A. Demostheni PP. Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est. sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.* <a 530 d. xv k. april. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons.>

Qui l'imperatore dispone che, in mancanza di patti speciali, il creditore può vendere la cosa oppignorata solo dopo due anni da una sentenza che lo autorizzi a far ciò, oppure da un'intimazione al debitore.

Nel VI secolo era dunque necessario adattare alla nuova disciplina il brano di Ulpiano nel punto in cui si facoltizzava il creditore ad alienare il pegno, pur in assenza di *pactum de distrahendo*.

In definitiva, Ulpiano, come Paolo, insegnava che, in assenza di *pactum de vendendo pignore*, il creditore insoddisfatto alla scadenza poteva ugualmente vendere la cosa pignorata, ma soltanto quando avesse per tre volte intimato al debitore di saldare<sup>77</sup>. La

---

<sup>76</sup> F. MESSINA VITRANO, Per la storia del *ius distrahendi*, cit., p. 7.

<sup>77</sup> F. MESSINA VITRANO, Per la storia del *ius distrahendi*, cit., pp. 7-8.

novità giustiniana si limitò a facultizzare questo diritto anche in presenza di esplicito *pactum de non vendendo pignore* (in armonia, d'altronde, col carattere d'essenzialità fatto proprio ormai dal *ius distrahendi* nel pegno in epoca postclassica).

In questa terza e ultima fase di sviluppo – e per concludere – lo *ius distrahendi* acquisisce dunque il tenore di elemento essenziale del pegno, caratterizzante persino il negozio stesso. Così terminata la fase evolutiva del *ius distrahendi*, è interessante constatarne il suo nuovo assetto giuridico. Se dapprincipio al creditore pignoratizio era addirittura vietata la vendita della *res* ricevuta in pegno e il debitore pignorante aveva sempre, in ogni momento, la possibilità di saldare il proprio debito e riavere così la disponibilità della cosa, nel prosieguo di tempo si assistette ad un ribaltamento di disciplina e di veduta: in epoca storica il soggetto maggiormente “tutelato” nel rapporto pignoratizio divenne il creditore pignoratizio (e su questa nuova tendenza non è da escludere la forte influenza esercitata nella prassi dalla capillare diffusione dei traffici commerciali e quindi il frequente ricorso a strumenti di garanzia del credito) il quale, insoddisfatto alla scadenza, non trovava più alcun ostacolo (se non quello, puramente formale, della triplice denuncia) per vedersi soddisfatto il proprio credito.

#### 14. Considerazioni parziali sul *ius distrahendi* nel pegno.

S'è analizzato il tipico carattere possessorio dell'istituto del *pignus*, il quale comporta in capo al creditore pignoratizio una vendita pur sempre in nome altrui. E non quindi in nome proprio: ciò avrebbe comportato l'emergere di un delicato problema di legittimazione in capo alla sua figura di *non dominus* della *res* oggetto di vendita<sup>78</sup>. All'uopo riferiamo qui un breve responso di Papiniano che, ammessa e realizzata la vendita pignoratizia ad opera del creditore, verte sulla (mancanza di) responsabilità per evizione di questi, in qualità di venditore:

---

<sup>78</sup> Cfr. *infra* §23.

D. 21.2.68 pr. (Papinianus, 11 resp.): *Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat.*

Il creditore pignoratizio decide di esercitare il *ius distrahendi*, a lui concesso<sup>79</sup>, dell'oggetto avuto in pegno. Egli inoltre conviene col futuro acquirente che non garantirà di una eventuale evizione della cosa che si appresta a trasferire in qualità, appunto, di creditore pignoratizio.

La regola per la quale è ammesso un tale esonero di responsabilità da evizione per De Medio trova giustificazione nel fatto che il creditore pignoratizio, presentandosi a contrarre come tale, vende una cosa altrui e lo fa sempre spendendo il nome altrui. Il fine del creditore infatti è quello di soddisfarsi del proprio diritto di credito, che vanta sul debitore, proprietario della cosa che ha facoltà di vendere<sup>80</sup>.

Il fatto che Papiniano, nel passo in esame, si soffermi a suggerire al creditore pignoratizio venditore di tutelarsi per la responsabilità di evizione tramite apposita clausola da inserire nel contratto, mostra semplicemente con ogni probabilità che il principio generale di cui s'è detto fu la risultante di una lunga evoluzione giurisprudenziale.

In prosieguo di tempo infatti (vedasi al riguardo D. 13.7.8.1: Pomponius, 35 ad Sab.; D. 17.1.59.4: Paulus, 4 resp.; ma soprattutto D. 19.1.11.16: Ulpianus, 32 ad ed.), il creditore pignoratizio che avesse proceduto *simpliciter* alla vendita del pegno ricevuto in garanzia sarebbe venuto a trovarsi nella medesima situazione in cui, a tale stessa

---

<sup>79</sup> Essendo in piena età classica, severiana, una tale facoltà necessitava di un'espressa pattuizione fra le parti. E ciò si apprende, tra le altre fonti, da Gai. 2.64, D. 20.1.35 (Labeo, 1 pith. a Paulo epit.) e D. 47.2.74 (Iavolenus, 15 ex Cassio): su di esse e altre testimonianze si consulti J. A. BUENO DELGADO, *'Pignus Gordianus'*, Madrid 2004, pp. 109 ss. Si deve pertanto arguire che, nel caso trattato qui da Papiniano, l'accordo sia già stato implicitamente realizzato fra debitore e creditore.

<sup>80</sup> A. DE MEDIO, *Il patto*, cit., p. 21 nt.1.

vendita, fosse stato annesso dalle parti un *pactum de non praestanda evictione*<sup>81</sup>: dunque, non avrebbe risposto per il caso di evizione.

Ciò che, ai nostri fini, preme sottolineare da questa sommaria disamina è sciogliere i dubbi circa il trasferimento della proprietà in presenza di pegno. Il diritto di pegno in capo al creditore pignoratizio non ebbe mai, in tutta la sua storia evolutiva, la potenzialità giuridica *in re ipsa* di far perdere al debitore-*dominus* la proprietà su una sua *res*. Il discrimine più rappresentativo fra l'istituto pignoratizio e quello fiduciario non soffrì di eccezioni, salvo solo l'entrata in gioco di ulteriori patti annessi: come il *pactum commissorium* prima, ed il *pactum vendendi*<sup>82</sup> poi. In ogni caso, tuttavia, il semplice diritto di pegno rimase sempre istituto tipicamente possessorio in tutta la sua fase evolutiva.

Riprendendo le fila del nostro lavoro, si è altresì confermata la possibilità – allora come oggi – per il creditore medesimo di poter ottenere soddisfazione del proprio credito, in maniera per così dire patologica (quando cioè il debitore non avesse adempiuto ai suoi doveri in maniera tempestiva e spontanea), attraverso un potere che egli vanta e gli è ben riconosciuto dal diritto sulla cosa oggetto di pegno: potere che è possibile identificare con l'espressione «*ius distrahendi*» (o «*ius de distrahendo pignore*»)<sup>83</sup>.

Si è quindi ragionato intorno alla figura giuridica del patto commissorio (*lex commissoria*) e il suo 'duplice' ruolo a seconda dell'istituto garantistico reale a cui accedeva: elemento caratterizzante la *fiducia* (nella forma, per quanto ci riguarda, *cum creditore*) ed elemento accessorio, nonché giuridicamente contraddittorio, nel *pignus*

---

<sup>81</sup> M. RICCA-BARBERIS, Efficacia giuridica del patto '*de non praestanda evictione*', in Studi e documenti di storia e di diritto, XXIV (1903), pp. 3 ss.; IDEM, Ancora sul '*pactum de non praestanda evictione*', in Studi in onore di P. De Francisci, II, Milano, 1956, pp. 13 ss.; S. RICCOBONO, Studi critici sulle fonti del diritto romano, in BIDR., 8 (1895), pp. 93 ss.; A. DE MEDIO, Il patto, cit., pp. 5 ss.

<sup>82</sup> Già al tempo di Servio, nella tarda repubblica, è in uso il *pactum vendendi*, come ci attesta Ulpiano in D. 47.10.15.32 (Ulpianus, 77 ad ed.): *Item si quis pignus proscripserit venditurus tamquam a me acceperit infamandi mei causa Servius ait iniuriarum agi posse*. Questo ci può condurre ad affermare che non si possa sostenere con certezza se sia entrata nell'uso prima la *lex commissoria* oppure il *pactum vendendi*. La logica ci porta a considerare il secondo come forma più evoluta di soddisfazione pignoratizia, perché più attenta ad un'equa comparazione degli interessi in gioco; e le fonti ci attestano che siffatto patto, nel II secolo d.C., diverrà un'implicazione necessaria del pegno. Cfr. M. BRUTTI, Il diritto privato nell'antica Roma, Torino 2011, p. 472.

<sup>83</sup> Cfr. *supra* §1. Cfr. *supra* §6. Cfr. *supra* §9.

per via di una incompatibilità della stessa col carattere possessorio del pegno, di cui s'è detto<sup>84</sup>.

Si è quindi approfondita la discussione sul nuovo patto, alternativo se vogliamo a quello commissorio, definito in questi termini: *pactum de distrahendo pignore*. Infine si è giunti ad indagare la sua evoluzione storica all'interno della nuova stipulazione pignoratizia: da elemento accidentale (quindi eventuale), seppur indispensabile se si voleva far nascere in capo al creditore pignoratizio il riconoscimento del cosiddetto *ius distrahendi*; alla sua rilevanza quale elemento naturale (escludibile soltanto tramite un apposito *pactum*: qualificato *de non distrahendo pignore*); fino alla sua identificazione come elemento essenziale del negozio *pignus*, quando la facoltà di vendita dell'oggetto di pegno fu riconosciuta al creditore pignoratizio senza deroghe, senza necessità di esplicito richiamo e senza poter ammettere un *pignus* che non la prevedesse<sup>85</sup>.

Così delineato – anche nella sua evoluzione storica di riqualificazione funzionale all'interno del negozio principale di pegno – il fenomeno di un'alienazione effettuata da un *non dominus* eppur considerata efficace, ciò che rimarrebbe a spiegarsi è la *ratio* giuridica per la quale i Romani giunsero ad una siffatta conclusione.

È del tutto evidente come il fulcro della questione ruoti indiscutibilmente sull'autorizzazione del *dominus* espressa tramite apposito *pactum*, ma a ben guardare questo non rappresenterebbe altro che un mero presupposto. Tuttavia è bene ricordare come l'idea autorizzativa non sia nuova nella mentalità giuridica romana, nella quale anzi in svariati ambiti del diritto sia privato che pubblico è possibile rinvenirne tracce<sup>86</sup>. E non può meravigliare, secondo Burdese<sup>87</sup>, che vi si sia fatto ricorso proprio in materia pignoratizia: ragioni storiche ed evolutive forniscono chiari indizi al riguardo. Un trapasso di proprietà fuori dai canali convenzionali già fu realizzata col riconoscimento dell'apposizione della *lex commissoria* nel pegno che comportava in capo al creditore

---

<sup>84</sup> Cfr. *supra* §2. Cfr. *supra* §4. Cfr. *supra* §5.

<sup>85</sup> Cfr. *supra* §8. Cfr. *supra* §11. Cfr. *supra* §12. Cfr. *supra* §13.

<sup>86</sup> Cfr. per tutti E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in *Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, (1915), p. 509; IDEM, *Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom*, in *Atti Congr. Int. dir. rom.*, Roma, I (1934), pp. 239 ss.

<sup>87</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134 ss.

pignoratizio la qualifica di acquirente in proprio della garanzia in suo (mero) possesso. Inoltre lo sviluppo commerciale del tempo portò ad una più forte considerazione delle ragioni economiche in campo e così la comparazione di valori fra la cosa pignorata e il credito garantito da essa dovette essere una ben valida ragione storica per giustificare una deroga ai normali principi in tema di legittimazione al trasferimento della proprietà.

Per ciò che concerne, infine, la concreta regolamentazione giuridica, trattasi con ogni evidenza di un *quid unicum*, testimoniato fra l'altro dallo stesso imbarazzo di Gaio nel proporre una *ratio* giuridica in grado di motivarne la previsione.

Proviamo però, ora, ad approfondire maggiormente e su un piano più strettamente tecnico giuridico ed esegetico le ragioni che portarono ad affermare il *ius distrahendi*, rendendolo auspicabile nella prassi delle negoziazioni comportanti ricorso a garanzie reale del credito.

# PARTE SECONDA

## 15. La testimonianza di Gaio sul *ius alienandi*.

Iniziando a ragionare intorno al tema della soddisfazione del creditore pignoratorio sul pegno, al di là del regime commissorio o almeno da quando questo perdetto il primato nella soddisfazione creditoria, e in generale sulla legittimità, da intendere come facoltà pura e semplice oppure specifica potestà<sup>88</sup>, all'alienazione in capo ai *non domini* non si può trascurare *in primis* la testimonianza gaiana che troviamo nella tradizione di Gai. 2.62-64.

Gai. 2.62-64: *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. 63. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur. 64. Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator [id est, cui libera administratio permissa] est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Il testo è alquanto chiaro al paragrafo 62: è ben possibile a volte che al proprietario sia fatto divieto di alienare una *res* sua propria, mentre un *non dominus* lo possa al contrario fare. Il termine sul quale Gaio impernia la sua affermazione di legittimità *alienandae rei* è «*potestas*». Vedremo a breve le sue implicazioni sulla tematica in oggetto.

---

<sup>88</sup> Cfr. *supra* §12.

In questo succinto primo paragrafo troviamo sinteticamente inquadrato il tema dell'indipendenza, tipica e propria del regime classico, fra proprietà e *ius alienandi*: titolarità del dominio da un lato e legittimazione all'alienazione dall'altro<sup>89</sup>.

Nel paragrafo successivo (Gai. 2.63) Gaio porta a sostegno della sua prima parte dell'affermazione in Gai. 2.62 il divieto fatto proprio al marito da una *lex Iulia* di alienare il fondo dotale (italico o provinciale in questa sede non è rilevante approfondire) in assenza di consenso espresso della moglie. Ci fornisce quindi un'attestazione, munita di apposita fonte legittimante, di un'ipotesi per cui alla tradizionale "unicità" fra titolarità di un diritto e suo esercizio venga concepita un'eccezione. In costanza di matrimonio, l'amministrazione dell'intero patrimonio familiare, ivi compreso quello dotale, spettava al marito, nel rispetto dei doveri di diligenza propri del buon padre di famiglia.

È fuor di dubbio che la proprietà, qualificata dalla moderna dottrina in termini di diritto reale assoluto, permetta al titolare la gestione generale e piena del diritto che incorpora (salvo la pendenza sull'oggetto della stessa di *iura in re aliena*, nei limiti comunque strutturali e temporali di cui questi sono connotati). Tuttavia, in ossequio a determinate esigenze, si possono concretizzare ipotesi di eccezione ed è questo il caso prospettato in Gai. 2.63. Il divieto per il marito di gestire sotto ogni aspetto il fondo che, tramite dote, è entrato comunque a far parte del suo patrimonio risiede in una ragione di tutela di patrimoni propri, perseguita dall'augustea *lex Iulia de adulteriis* di cui lo stesso Gaio ci dà appunto menzione<sup>90</sup>. E che non sia una eccezione di poco conto ce lo dimostra il fatto che, a distanza di ben cinque secoli, Giustiniano "aggraverà" ulteriormente la disciplina, vietando l'alienazione del fondo dotale da parte del marito persino in presenza di specifico *consensus maritalis*<sup>91</sup>.

Ciò che maggiormente ci interessa però, qui, è la continuazione della testimonianza gaiana: l'indagine sui casi nei quali la legittimazione ad alienare viene tolta dalla disponibilità del proprietario per attribuirla invece ad un terzo (in qualche modo, si intende, qualificato). Nel paragrafo 64 sopra riportato Gaio ci fornisce un'elencazione significativa di soggetti non qualificati proprietari, idonei tuttavia all'alienazione. La

---

<sup>89</sup> A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., p. 11.

<sup>90</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 157-175.

<sup>91</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 157-175.

rilevanza di questa elencazione risiede già nel modo in cui il giurista introduce ognuno dei singoli termini: «*ex diverso*» (*agnatus furiosi curator*), «... *item*» (*procurator*), «... *item*» (*creditor pignus*). Questa scelta sintattica porta a considerare le tre figure di soggetti equiparabili *in toto* con riguardo all'argomentazione a cui si riferisce e che abbiamo indicata al paragrafo 62: «... *et qui dominus non sit, alienare possit*».

La facoltà di alienare spetta al curatore e al procuratore in quanto tali, come estrinsecazione di un potere generale di *administratio* ad essi riconosciuto in base al *ius civile* (questo è il senso del richiamo «*ex lege XII tabularum*»). A questi casi se ne accosta un altro: quello del creditore pignoratizio che aliena la *res* oggetto di pegno sulla base di un accordo esplicito intrattenuto col *dominus* debitore. Nell'equiparazione tuttavia Gaio si sente in dovere di spendere qualche ulteriore parola sulla constatazione che, a differenza degli altri soggetti appena menzionati, i quali sono legittimati a porre in essere atti di disposizione sul patrimonio altrui in quanto titolari di ampi poteri di gestione e amministrazione *ex iure civile* (per far fronte rispettivamente all'incapacità giuridica del pazzo e all'inopportunità fattuale dell'assente che conceda incarico ad un terzo di "sostituirlo" in determinati affari), il creditore pignoratizio ha la necessità di essere specificamente autorizzato dal *dominus* debitore con un patto accessorio e il suo potere dispositivo è oggettivamente e funzionalmente limitato alla *res* oggetto di pignoramento, senza importare comunque passaggio di proprietà in capo a sé.

Il punto focale della difficoltà equiparativa del creditore pignoratizio con le altre due figure richiamate risiede nella posizione peculiare in cui egli viene a trovarsi nel negozio traslativo: egli, seppur legittimato in virtù di un atto di volontà del *dominus*, si mostra quale portatore di un interesse proprio, sotto certa prospettiva pure antitetico a quello del vero proprietario<sup>92</sup>.

Gaio, dopo aver sottolineato «*quamvis eius ea res non sit*», espone a suo parere la *ratio* di questa equiparazione: il creditore pignoratizio può alienare il pegno («*ut liceret creditori pignus vendere*») sulla base della volontà espressa del debitore pignorante («*quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari*») a che lui possa rivalersi direttamente sulla cosa ricevuta in garanzia in caso d'inadempienza alla scadenza («*si pecunia non solvatur*»). E questa espressa volontà è racchiusa nel cosiddetto *pactum*

---

<sup>92</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 167-172.

*vendendi* («*quid olim pactus est*») che può affiancare la stipulazione della garanzia di pegno, come patto aggiunto.

Una prima puntualizzazione è d'obbligo. Questo passo (Gai. 2.64) è stato da più parti messo in discussione e principalmente per due ordini di ragioni.

Il primo dubbio concerne il completamento della lacuna testuale del mezzo rigo illeggibile fra «*procurator*» ed «*est*»: una mancanza di ben venti lettere del palinsesto veronese. Le proposte di ricostruzione sono state differenti e in alcuni casi decisamente controverse. Come ricorda Bonfante<sup>93</sup>, i tentativi più risalenti erano guidati dalla convinzione che Gaio limitasse in qualche modo i poteri del *procurator*; mentre i vari editori che si sono successivamente operati a colmare tale lacuna hanno optato per una ricostruzione del tipo «*[id est, cui libera administratio permissa]*»<sup>94</sup> oppure «*[rem absentis, cuius negotiorum administratio ei permissa]*»<sup>95</sup> o altre espressioni, quanto al senso, equivalenti le quali, ad uno specifico confronto, rispecchiano l'usuale ricorso di frasi simili all'interno di altri passi del Digesto.

Posizioni come quella fatta propria da Bonfante<sup>96</sup> ipotizzano dunque che nella lacuna il testo facesse riferimento ad una *rerum* (o *libera*) *administratio* concessa al *procurator*, o in ogni caso ad un'espressione che nel suo complesso identificasse un *procurator omnium bonorum*. Lo stesso Bonfante escludeva comunque, in maniera categorica, che il richiamo fosse ad un mandato speciale, in quanto in tal caso l'affermazione del giurista adrianeo sarebbe stata priva, a suo dire, «di ogni serietà» e «di ogni contenuto significativo»<sup>97</sup>.

A dar manforte a questa tesi è intervenuto pure Angelini<sup>98</sup>, il quale ha sostenuto che Gaio non avrebbe potuto addurre un *procurator* munito di mandato, perché non avrebbe avuto senso equiparare un soggetto fornito di poteri omnicomprensivi e storicamente risalenti (si noti, a tal riguardo, l'esplicito richiamo al dettato della legge delle XII

---

<sup>93</sup> P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, Torino 1898, p. 6.

<sup>94</sup> Proposta da T. LAMBERT MEARS in *The Institutes of Gaius and Justinian: The Twelve Tables, and the CXVIIIth and CXXVIIth Novels, With Introduction and Translation*, London 2004, p. 69.

<sup>95</sup> Quest'ultima è quella proposta da P. VOCI in *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p.86.

<sup>96</sup> P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, 3, *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino 1921, p. 254; IDEM, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 8.

<sup>97</sup> P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza*, cit., p. 8.

<sup>98</sup> P. ANGELINI, *Il procurator*, Milano 1971, p. 149.

Tavole), quale era il *curator furiosi*, ad un procuratore investito, per la sola volontà del mandante, della capacità di concludere un singolo affare. Tuttavia, lo stesso Angelini<sup>99</sup> giudica fragile la posizione sostenuta da Bonfante, dal momento che i sostegni alla stessa potrebbero scalfirsi volgendo alla disciplina contenuta in passi quale D. 17.1.60.4 (Scaevola, 1 resp.) e confermata dalla lettura dei frammenti D. 3.3.63 (Modestinus, 6 dif.) e D. 20.6.7.1 (Gaius, lib. sing. ad form. hyp.). Proprio per ciò, sempre secondo Angelini<sup>100</sup>, Gaio doveva affermare, nella parte dedicata al *procurator*, che questi poteva validamente disporre dei beni del *dominus negotii* in quanto gli fosse stato specificamente attribuito il *ius alienandi* tramite mandato. Pertanto la lacuna testuale in Gai. 2.64 sarebbe andata così colmata: «*procurator [cui hoc specialiter mandatum] est*».

Miceli<sup>101</sup>, non a torto, palesa questa evidente contraddizione nelle argomentazioni svolte da Angelini a sostegno della sua propria tesi. Questi infatti, se in un primo tempo aderisce pienamente all'opinione di Bonfante per la quale Gaio non avrebbe potuto parificare due soggetti in posizioni così differenti fra loro (l'*agnatus* che ricopre la carica di *curator furiosi* da un lato e il *procurator* munito di mandato dall'altro), propone poi una ricostruzione del testo gaiano in evidente contrasto. Per di più, prosegue Miceli, a sostegno del suo contenuto latino riempitivo, Angelini adduce brani che, molto probabilmente, furono oggetto di rimaneggiamento (D. 3.3.63 e D. 20.6.7.1)<sup>102</sup> o nei quali è particolarmente manifesta l'influenza delle consuetudini ellenistiche (D. 17.1.60.4)<sup>103</sup>.

Concludendo sulla lacuna del testo<sup>104</sup>, Miceli afferma che era possibile che il *procurator omnium bonorum* agisse in giudizio in vece del *dominus litis*, grazie ai poteri generali a lui riconosciuti; tuttavia era anche possibile che fosse nominato un

---

<sup>99</sup> P. ANGELINI, *Il procurator*, cit., p. 149.

<sup>100</sup> P. ANGELINI, *Il procurator*, cit., p. 149.

<sup>101</sup> M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*. Vol. 1, Milano 2008, pp. 171-177.

<sup>102</sup> M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza"*, cit., pp. 134 ss.

<sup>103</sup> S. SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum' nel diritto romano-ellenico*, Milano 1924, pp.579 ss.; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., p. 53.

<sup>104</sup> Riguardo all'indagine precipua sulla ricostruzione del contenuto istituzionale gaiano, che qui ci potrebbe condurre anche assai lontano dalla nostra disamina, si rimanda al lavoro di F. BRIGUGLIO, *Il Codice veronese in trasparenza: genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna 2012, pp. 131-205 e 309-321.

*procurator*<sup>105</sup> a cui fosse conferito, sempre tramite mandato, unicamente il potere di agire in giudizio nell'interesse del *dominus litis*. Pertanto era necessario che Gaio, nel trattare di *non domini* ai quali fosse riconosciuto il *ius alienandi* di *res alienae*, chiarisse che tale potere spettasse soltanto al *procurator* fornito di un potere generale di amministrazione e di cura dei beni del *dominus negotii*<sup>106</sup>.

Il secondo motivo di contrasto intorno alla tradizione contenuta in Gai. 2.64 verte invece più propriamente sul dettato del testo leggibile e in particolare sul suo significato giuridico: il fondamento idoneo a giustificare la legittimazione all'alienazione concessa in capo al creditore pignoratizio.

Gaio individua tale fondamento nella *voluntas debitoris*, come massima espressione dell'autonomia privata negoziale riconosciuta dall'ordinamento romano alle parti nel perseguimento dei loro interessi (entro comunque i – più estesi – limiti imposti dal diritto). Voci<sup>107</sup>, tuttavia, fa notare come per le idee moderne tale fondamento sia da trovare nel diritto oggettivo piuttosto che nella volontà privata. Alcuni studiosi infatti, tra cui Burdese<sup>108</sup>, sono dell'opinione che la giustificazione adottata da Gaio al termine del passo Gai. 2.64 sia da attribuire ad un glossatore medievale e non direttamente al giurista classico. Certo è bene ricordare il periodo storico entro il quale si insinuarono siffatte opinioni: il moto ondulatorio di continua esasperazione, critica e anticritica all'interpolazionismo<sup>109</sup> portò soprattutto nel dopoguerra italiano ad una “rinascita” di posizioni che posero forti dubbi alla genuinità di testimonianze classiche, su di una linea di pensiero che tendeva a seguire l'orientamento già fatto proprio da illustri romanisti della prima metà del Novecento<sup>110</sup>: da Beseler ad Albertario<sup>111</sup> a Solazzi (il quale mise addirittura in discussione le Istituzioni di Gaio).

---

<sup>105</sup> Vedasi Gai. 4.84: *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur; quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caeat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisdare debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur.*

<sup>106</sup> M. MICELI, Studi sulla “rappresentanza”, cit., p. 177; M. KASER, Das römisches Zivilprozessrecht, München 1966, p. 156.

<sup>107</sup> P. VOGLI, Modi di acquisto, cit., p. 87.

<sup>108</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 135.

<sup>109</sup> Per un completo quadro d'insieme sull'argomento si veda M. TALAMANCA, La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie, in Centro di Studi Romanistici Arangio-Ruiz – Opuscola XVIII, Napoli 1998.

<sup>110</sup> Cfr. M. TALAMANCA, La romanistica italiana fra Otto e Novecento, in INDEX, 23 (1995), pp. 159 ss.

Abbandonando questi dibattiti sulla ricostruzione del dettato giuridico, è giunto il tempo di passare ora a sviscerarne i contenuti con particolare riguardo alla figura del creditore pignoratizio e ai poteri ad esso riconosciuti.

Il primo legittimato *non dominus* all'alienazione indicato nella tradizione che stiamo analizzando (Gai. 2.64) è l'*adgnatus furiosi curator* di cui troviamo scritto «*rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum*». La norma decemvirale richiamata è Tab. 5.7a: «*si paterfamilias furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*»<sup>112</sup>.

Un rilievo preme subito qui far notare: ritenendo verosimilmente che il *furiosus* fosse privato della stessa titolarità dei diritti, affidata all'*adgnatus proximus*, non si realizzerebbe ancora, qua, una scissione fra proprietà e legittimazione all'alienazione. Ecco dunque che il termine nuovamente richiamato «*potestas*» (che compare come verbo coniugato, «*potest*», nel passo gaiano) può avere qui una compiuta valenza: il *curator furiosi* si mostra titolare di una *potestas* – sulla persona del pazzo nonché sul suo patrimonio – che ben può essere qualificata piena, assoluta e definitiva, specchio di quella propria del *paterfamilias* sui suoi sottoposti<sup>113</sup>. Il riferimento alla *potestas* da parte del legislatore decemvirale ha posto problemi circa l'esatto inquadramento e i relativi limiti del potere degli agnati sul *furiosus*. Guarino ha avanzato l'opinione che saremmo qui alla presenza di un «potere sovrano e assorbente, che esclude la capacità giuridica di chi ... vi sia subordinato»<sup>114</sup>, inquadrando in tal modo il *furiosus*, sottoposto ad un siffatto potere, al pari di un «*liber in mancipio*, privo di ogni capacità giuridica privata»<sup>115</sup>: da *sui iuris* ad *alieni iuris* a tutti gli effetti. Guarino, Gallo<sup>116</sup> e Burdese<sup>117</sup> condividono la posizione circa una *potestas* da intendere quale «potere assorbente e tecnicamente pregnante»<sup>118</sup>. Archi ha invece posto maggior cautela, rilevando come il termine *potestas* che rinveniamo nel testo decemvirale e nella testimonianza gaiana

---

<sup>111</sup> E. ALBERTARIO, Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano, Milano 1935, pp. 35 ss.

<sup>112</sup> Come ricostruita da Cicerone in *De inventione* II.50.148 e dall'Auctor ad Herennium I.13.23.

<sup>113</sup> A. BURDESE, Autorizzazione, cit., p. 12; A. GUARINO, Notazioni romanistiche: IV. Il «furiosus» e il «prodigus» nelle «XII Tabulae», in *Annali Catania*, 3 (1948-49), pp. 194 ss.

<sup>114</sup> A. GUARINO, Notazioni romanistiche, cit., p. 246.

<sup>115</sup> A. GUARINO, Notazioni romanistiche, cit., p. 247.

<sup>116</sup> F. GALLO, *Potestas* e *dominium* nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, 16 (1970), pp. 55 ss.; IDEM, Osservazioni sulla signoria del *paterfamilias* in epoca arcaica, Milano 1954, p. 212.

<sup>117</sup> A. BURDESE, Autorizzazione, cit., p. 12.

<sup>118</sup> O. DILIBERTO, Studi sulle origini della 'cura furiosi', Napoli 1984, p. 44.

possa anche essere semplicemente inteso come esercizio concreto del potere «nella sua realtà fattuale»<sup>119</sup>.

Ciò porta a corroborare la tesi secondo la quale in epoca primitiva la legittimazione ad alienare e la titolarità del dominio risultavano inscindibili: la prima seguiva la seconda. Quando un diritto veniva attribuito ad un soggetto, come nel caso della *potestas* romana, questi acquistava anche l'effettiva capacità di esercitarlo<sup>120</sup>. Le testimonianze storiche confermano (e in vari ambiti) questa tendenza primitiva che porta a negare la titolarità dei diritti (ovverosia la capacità giuridica) a chi si dimostri incapace di agire<sup>121</sup>. Soltanto in prosieguo di tempo, quando gli istituti della tutela e della curatela si evolsero a specifiche strutture, le due capacità iniziarono a scindersi, potendosi quindi da allora parlare di titolarità attuale del diritto da un lato e legittimazione all'esercizio dall'altro<sup>122</sup>. Ciò che porterà con sé successive restrizioni sulla legittimazione ad alienare in capo al tutore e al curatore: si pensi all'invalidità delle donazioni effettate dal tutore di cose del pupillo (oltre i cosiddetti regali d'uso) o al divieto di alienazione dei fondi pupillari rustici e suburbani senza autorizzazione del magistrato (o del principe) o infine all'invalidità riconosciuta dalla giurisprudenza classica (e ribadita da Diocleziano in C. 5.37.16 datata 293 d.C.) alle alienazioni effettuate dal tutore nell'interesse suo proprio anziché in quello del *dominus* (pupillo proprietario)<sup>123</sup>.

Tornando ad indagare Gai. 2.64 visto nel suo insieme e in particolare nell'equiparazione che il giurista adrianeo ci offre delle figure di soggetti portati a fungere da esempio per il caso dell'alienazione ad opera di *non domini*, si potrebbe generalizzare la chiave di volta risolutiva della questione nella *voluntas: voluntas debitoris*, esplicita, per legittimare l'esercizio del creditore pignoratizio; *voluntas absentis*, manifestata anticipatamente, concordata in via generale (o anche soltanto speciale) per il procuratore; *voluntas furiosi*, espressa dall'ordinamento nell'interesse del pazzo, per il curatore.

---

<sup>119</sup> G. G. ARCHI, s.v. «curatela» (dir. rom.), in «EdD», 11 (1962), p. 490.

<sup>120</sup> Cfr. E. BETTI, Istituzioni di diritto romano, I, Padova 1942, p. 67.

<sup>121</sup> V. ARANGIO-RUIZ, Erede e tutore, in Accademia di scienze morali e politiche della società reale di Napoli, 53 (1930), pp. 116 ss.; A. GUARINO, Notazioni romanistiche, cit., pp. 194 ss.

<sup>122</sup> A. BURDESE, Autorizzazione, cit., p. 14.

<sup>123</sup> A. BURDESE, Autorizzazione, cit., pp. 15-20.

Quello in base al quale in forza di una dichiarazione di volontà da parte del *dominus*, o anche semplicemente per via di una particolare situazione giuridica del tradente, un terzo sia legittimato ad alienare è un principio che troviamo accolto diffusamente nelle fonti classiche. Il *servus* e il *filiusfamilias* sono legittimati ad alienare in virtù del fenomeno generico della capacità di agire ad essi riconosciuta per conto del *pater*. Allo stesso modo sono legittimate le persone libere che rivestono i ruoli di *institor* e *magister navis*. Quanto al *procurator omnium bonorum* la sua capacità di esercizio dei diritti sui beni del *dominus* ricade già implicitamente nella sua posizione di amministratore generale, oltre che ad un atto di *praepositio* del *dominus*. Un'ipotesi particolare di vendita, poiché avente caratteristiche sue proprie, è appunto l'alienazione – di cui ci stiamo occupando – del pegno per opera del creditore pignoratizio: facoltà riconnessa ad uno specifico (seppur in prosieguo di tempo ritenuto implicito nell'istituto pignoratizio) *pactum vendendi*.

Al di là della specificità dei casi appena riportati, la giurisprudenza classica a ben vedere è giunta a riconoscere validità generale alla *traditio*<sup>124</sup> effettuata dal terzo *voluntate domini*. E ciò grazie all'integrazione operata dal *ius gentium* sulla disciplina primitiva e preclassica di nuove tipologie di fonti di obbligazione: in particolare, l'introduzione nel novero dei contratti (meramente consensuali) della figura del mandato. La legittimazione che il *dominus* concedeva al terzo poteva quindi essere incorporata in un contratto di mandato.

L'innovazione tuttavia non finiva qui. Grazie alla particolare struttura di questo contratto, il terzo avrebbe potuto procedere all'alienazione anche in assenza di preventiva assunzione di incarico e ciò perché una semplice volontà unilaterale del *dominus* sarebbe potuta ben essere intesa dalla giurisprudenza come proposta contrattuale di mandato e l'esercizio (che ad essa avrebbe fatto seguito) del terzo sarebbe da intendersi quale accettazione di tale proposta e all'un tempo quale contestuale esecuzione del contratto stesso.

---

<sup>124</sup> Non anche della *mancipatio*, probabilmente per via della reticenza romana ad ammettere perdite patrimoniali socialmente rilevanti per l'opera di soggetti diversi dal *dominus*; e tanto meno dell'*in iure cessio*, data la sua struttura fortemente solenne. Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., pp. 21-22; E. BETTI, *Diritto romano (Corso di lezioni)*, Milano 1942-43, pp. 134 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, p. 208 nt. 16.

Burdeese fa notare questa «*voluntas*» del *dominus* debitore pignorante in un suo comportamento concreto: il *pactum* col quale il creditore pignoratizio è stato “a suo tempo” autorizzato a procedere all’alienazione. Tuttavia questo *pactum vendendi* non rappresenterebbe altro che il presupposto della legittimazione del creditore a compiere il trasferimento, così come la qualifica di *curator* e *procurator* era il presupposto della legittimazione di questi stessi soggetti a porre in essere atti di disposizione sull’altrui patrimonio<sup>125</sup>.

Oltre alla *voluntas*, il passo Gai. 2.64 ci offre lo spunto per altre riflessioni interessanti. Nella parte (finale) dedicata alla *ratio* dell’inserimento anche del creditore pignoratizio fra i *domini non sint* e tuttavia *alienare possint* troviamo un termine meno ambiguo di *potestas* (intesa sia sotto forma nominale che verbale): «*ut liceret creditori pignus vendere*». La liceità della vendita toglie ogni discussione sulla qualifica di una siffatta attitudine ad esercitare il soddisfacimento creditorio confermandolo nella sostanza senza ombra di dubbio. Inoltre, l’espressione letterale usata da Gaio ci dimostra il cambiamento di rotta del regime pignoratizio post commissorio.

Biscardi – come già anticipavamo all’esordio del presente lavoro<sup>126</sup> – così inquadra i diritti reali di garanzia: essi «attribuiscono un potere sulla cosa, che è più energico di quello riconosciuto ai titolari di uno qualsiasi dei diritti reali di godimento, in quanto si tratta di un potere che (limitando la facoltà del proprietario di disporre della cosa pignorata o ipotecata) può intaccare fino ad annullarlo il diritto di proprietà con l’alienazione forzata della cosa ad iniziativa del creditore insoddisfatto»<sup>127</sup>. Questa affermazione, condivisa nelle sue linee generali dalla dottrina, delinea ottimamente la situazione in regime di *lex commissoria*, in quanto questa comportante passaggio di proprietà della *res* oggetto di pegno. Con l’entrata in scena, però, del *pactum de distrahendo pignore* e il relativo abbandono (che poi diverrà assoluto) del regime commissorio, si imbatte in qualche ostacolo. Crediamo sia proprio l’espressione gaiana «*ut liceret creditori pignus vendere*» a smentirla: il diritto di proprietà, visto nella sua staticità giuridica in capo al debitore pignorante, non viene intaccato, a differenza invece del suo dinamico esercizio concretantesi nella legittimazione all’alienazione che

---

<sup>125</sup> A. BURDEESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134-139.

<sup>126</sup> Cfr. *supra* ‘Ambito di ricerca. Scopo dell’indagine’.

<sup>127</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 8.

passa in capo al creditore pignoratizio (sempre considerato *non dominus*, in linea d'altronde con ciò che ci dice Gaio).

Prendiamo, ancora, a supporto di queste considerazioni un breve responso di Papiniano sulla (mancanza di) responsabilità per evizione gravante sul venditore, in conseguenza dell'alienazione del pegno da parte del creditore pignoratizio. In D. 21.2.68 pr. (Papinianus, 11 resp.) troviamo scritto: «*Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat*».

Questo passo concerne la circostanza nella quale un creditore pignoratizio abbia deciso di mettere in pratica l'esercizio dello *ius distrahendi*, a lui concesso, del bene ricevuto dal debitore come garanzia reale di un suo credito. Siamo in epoca tardoclassica, all'età dei Severi, e un tale diritto, come dicevamo, necessitava di un esplicito accordo fra le parti, che dunque deve ritenersi sia già stato implicitamente realizzato. Il creditore pignoratizio tuttavia, oltre al suddetto patto, conviene altresì espressamente, e questa volta però col futuro acquirente, che egli non sarà tenuto ad alcuna garanzia nel caso di successiva ed eventuale evizione del bene oggetto di trasferimento. A questo punto è utile rammentare che un tale esonero di responsabilità da evizione non derivava, per il diritto classico (al quale ci stiamo riferendo), da un'apposita clausola contrattuale. Esso discendeva invero, come ci suggerisce De Medio<sup>128</sup>, da un generale principio secondo cui "il creditore pignoratizio non rispondeva dell'evizione" e che si può ricavare ad esempio da D. 20.5.10 (Paulus, 6 resp.): «*Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest ...*».

Suddetta regola infatti, prosegue De Medio, trova giustificazione nella constatazione che il «creditore pignoratizio che procede alla vendita della cosa datagli in pegno per ottenere la soddisfazione del suo diritto di credito, per effetto di essa norma non risponde dell'evizione, perché egli vende in nome altrui, non aliena la sua propria cosa»<sup>129</sup>. E la testimonianza delle fonti al riguardo è unanime<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> A. DE MEDIO, *Il patto*, cit., p. 20.

<sup>129</sup> A. DE MEDIO, *Il patto*, cit., p. 21 nt.1.

In ogni caso ciò che, ai nostri fini, preme sottolineare da questa sommaria disamina della testimonianza del giurista Papiniano è sciogliere i dubbi circa il (non concretantesi) trasferimento della proprietà in presenza di pegno. Il diritto di pegno spettante al creditore pignoratizio rimase sempre, nella sua pura regolamentazione, un istituto giuridico di natura possessoria: con esso il titolare del *dominium* sulla cosa oppignorata non avrebbe mai perso tale qualifica sulla *res* stessa. Proprio in ciò stava appunto la decisiva diversità di disciplina fra il *pignus* e il suo antecedente storico, la *fiducia (cum creditore)*. Adattamenti giunsero solo in prosieguo di tempo, con la previsione di ulteriori accordi accessori: il *pactum commissorium*, che comportava un vero e proprio passaggio di proprietà; e il *pactum vendendi*, il quale invece realizzava una scissione fra titolarità del diritto ed esercizio dello stesso.

S'è già detto circa l'evoluzione dell'inquadramento del *ius vendendi* come elemento – prima accessorio, poi essenziale, quindi infine naturale – del contratto di pegno<sup>131</sup>. Gaio, sempre in Gai. 2.64, ci fornisce una conferma della necessità di stipulare un apposito patto prima che si realizzi la necessità per il creditore pignoratizio di rivalersi sulla *res* ricevuta in pegno.

Ratti fa notare come una cosa sia il riscontro dell'abitudine di convogliare nel contratto di pegno un apposito *pactum de distrahendo pignore* e un'altra l'attribuzione tacita di questa facoltà in virtù del solo accordo che ha portato alla stipulazione del contratto di pegno<sup>132</sup>. Per tutta l'epoca classica, il creditore pignoratizio privo di uno specifico patto che lo autorizzasse ad alienare il bene, ricevuto in pegno per la sua soddisfazione, non poteva godere del *ius vendendi*<sup>133</sup>. Si avrà il superamento di tale limite soltanto a partire dall'età postclassica, in cui il creditore pignoratizio avrà sempre facoltà di alienare l'oggetto di pegno, purché soddisfi l'esigenza rituale delle tre *denuntiationes* al debitore<sup>134</sup>.

Gaio (II secolo d.C.), quando desidera spiegare la possibilità concessa al creditore pignoratizio (*non dominus*) di alienare la cosa pignorata, richiama la concessione

---

<sup>130</sup> Cfr., fra gli altri: il nostro Gai. 2.64; D. 13.7.4 (Ulpianus, 41 ad Sab.); D. 20.5.6 (Modestinus, 8 reg.); D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.); D. 41.1.46 (Ulpianus, 65 ad ed.).

<sup>131</sup> Cfr. *supra* §8. Cfr. *supra* §11. Cfr. *supra* §12. Cfr. *supra* §13.

<sup>132</sup> U. RATTI, Sull'accessorietà del pegno e sul '*ius vendendi*' del creditore pignoratizio, Napoli 1985, p. 8.

<sup>133</sup> J. A. BUENO DELGADO, '*Pignus Gordianus*', cit., pp. 109 ss.

<sup>134</sup> U. RATTI, Sull'accessorietà, cit., p. 37.

espressa «*ex pactione*». Se noi dovessimo intendere questa come inserita già nel contratto di pegno e coincidente con esso, faticheremmo a dare ragione dell’inserimento gaiano dell’inciso «*qui olim pactus est*», soprattutto dopo che lo stesso giurista aveva già parlato di «*voluntate debitoris ... pignus alienari*» e ancor prima di «*creditor pignus ex pactione*». L’aggiunta di «*qui olim ...*», lungi dall’essere superflua, si rivela necessaria per fondare giuridicamente la facoltà concessa al creditore pignoratizio di rivalersi sul pegno<sup>135</sup>. Il termine latino «*olim*», traducibile genericamente con “a suo tempo”, esprime tuttavia un qualcosa in più: dà l’idea della continuità temporale, da un tempo passato a tutt’oggi. Il patto di cui parla Gaio (*pactum de distrahendo pignore o pactum vendendi* che dir si voglia) deve essere un accordo specifico stipulato prima della sua estrinsecazione ma valevole al momento della scadenza del credito per la stessa<sup>136</sup>: l’espressione «*qui olim pactus est*» sta proprio a significare una stipulazione effettuata in un tempo passato destinata tuttavia a continuare ad esercitare i propri effetti sino al reale soddisfacimento creditorio.

Sullo stesso tenore si presenta un passo di Scevola inserito nel quarantaquattresimo libro del Digesto: D. 44.3.14.5 (Scaevola, lib. sing. quaest. publ.)<sup>137</sup>. Ivi si legge in particolare «*convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere*» e «*iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni*».

In verità, a ben analizzare la situazione secondo Burdese<sup>138</sup>, questa alienazione *voluntate debitoris* è da intendersi soltanto quale autorizzazione per il creditore a procedere all’alienazione del pegno per il soddisfacimento del proprio credito. In nessun caso il creditore è portato a rivestire il ruolo di rappresentante convenzionale del debitore<sup>139</sup>. Ciò perché, se è vero che il negozio così realizzato esplica effetti diretti sulla sfera del *dominus*, il *ius distrahendi* è esercitato in ogni caso nell’interesse proprio del creditore pignoratizio il quale, in assenza di attestazioni testuali contrarie e anzi in

---

<sup>135</sup> U. RATTI, Sull’accessorietà, cit., p. 9. Contro quest’opinione si veda A. MANIGK, Pfandrehtliche, cit., p. 78 nt. 1.

<sup>136</sup> Funzione analoga di necessarietà ha il riferimento al *pactum de vendendi pignore* rinvenibile in varie altre fonti delle Pandette: D. 13.7.8.3 (Pomponius, 35 ad Sab.); D. 46.1.63 (Scaevola, 6 resp.); D. 50.1.36.1 (Modestinus, 1 resp.) etc.

<sup>137</sup> Cfr. *supra* §8. Cfr. *infra* §25.

<sup>138</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134 ss.

<sup>139</sup> Di avviso contrario: P. DE FRANCISCI, Il trasferimento, cit., pp. 257 ss.; H. DERNBURG, Das Pfandrecht, cit., pp. 110 ss., 157 ss., 191 ss.; e J. J. BACHOFEN, Das römische Pfandrecht, cit., pp. 191 ss.

presenza della previsione di valide alternative convenzionali (in virtù della ben riconosciuta autonomia negoziale privata), non è comunque obbligato al suo esercizio.

Il principio, che solo il proprietario potesse usufruire del diritto di vendere le cose proprie, nel diritto romano non era dunque senza eccezioni: procedendo a ritroso nel tempo, ben si possono mostrare ipotesi di disponibilità sulle cose altrui, o meglio sulle sfere giuridiche altrui, negli istituti della tutela e della curatela (*tutela impuberum* e *tutela mulierum*, *cura furiosi* e *cura prodigi*), in una prospettiva di residuo storico dell'ampio significato, proprio, di *dominium*<sup>140</sup>.

## 16. Il caso in cui il creditore pignoratizio, titolare di *ius distrahendi*, è 'costretto' a vendere (in D. 13.7.6 pr.).

Con l'avanzare dei tempi e al cospetto di una società in rapido sviluppo e dedita ad un sempre più intenso traffico commerciale, la reazione giuridica alla posizione debitoria va mitigandosi sempre più. È in questa finestra storica che prende piede il *pactum vendendi*<sup>141</sup>, inizialmente inserito come pattuizione aggiuntiva al negozio della *fiducia (cum creditore)*. Questo nuovo strumento ebbe il notevole vantaggio di andare incontro alle esigenze di entrambe le parti in gioco: se da un lato permetteva al creditore fiduciario di rivalersi sulla cosa avuta in garanzia per il soddisfacimento del credito, tutelato altresì dall'evenienza che la vendita fosse insufficiente; dall'altro permetteva al debitore (inadempiente) di vedersi riconosciuta e restituita l'*hyperocha*, in un'ottica di trattamento paritario utile agli affari in generale.

L'evoluzione di questa disciplina rispetto alla *lex commissoria* è di tutta evidenza, dal momento che questa, più adatta certamente a tempi arretrati, si limitava a forzare la coazione psicologica sul debitore per indurlo ad adempiere in tempo sino a permettere

---

<sup>140</sup> P. WEIMAR, *Zum Eigentumsübergang*, cit., p. 551; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., pp. 46 ss.

<sup>141</sup> Vedi *supra* §3.

al creditore di soddisfarsi in maniera diretta sulla cosa ricevuta, semplicemente trattenendola.

Lenel, nella sua “Palingenesia iuris civilis”<sup>142</sup>, ha fatto emergere la sovrapposizione delle trattazioni sulla *fiducia* (*cum creditore*) e sul *pignus* all’interno dei frammenti raccolti nel Digesto dedicati alla materia pignoratizia. In particolare, da allora in dottrina<sup>143</sup>, si è assunto che il libro trentacinque *ad Sabinum* di Pomponio – da cui è tratto il paragrafo D. 13.7.6 pr. che a breve analizzeremo – trattasse in origine dell’istituto fiduciario. Riportando le casistiche intorno alla *fiducia* in funzione di garanzia reale di un credito, i compilatori non avrebbero fatto altro che appiccicare il termine *pignus*, variamente declinato, in sostituzione di quello di *fiducia*.

La traccia provante di quest’opera di grezzo rimaneggiamento può essere rinvenuta in un estratto di D. 13.7.8.3 (sempre proveniente dal trentacinquesimo libro di Pomponio *ad Sabinum*) nella parte in cui si dice «*Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim pignus pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret*», per indicare che il creditore pignoratizio ha facoltà di vendere l’oggetto ricevuto in pegno dal debitore<sup>144</sup>. È ovvio che «*eam*» sia declinato con un genere incompatibile rispetto a «*pignus*» e sia, di contro, appropriato invece col termine (femminile) «*fiducia*». È opinione condivisa che, dal momento che s’è scoperto un testo del libro trentacinque trattare della *fiducia*, l’intero libro dovesse vertere appunto sul medesimo istituto giuridico<sup>145</sup>.

Tuttavia, a contro, la tradizione contenuta in D. 20.4.4 (Pomponius, 35 ad Sab.)<sup>146</sup> proveniente anch’esso dalla stessa opera di Pomponio sopra citata, riguarda invece indiscutibilmente il pegno<sup>147</sup>, dal momento che pone il caso (improponibile parlando di

---

<sup>142</sup> F. J. ANDRÉS SANTOS, Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 33 (2011), pp.65-120. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 222.

<sup>143</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso di *pignus*, in *BIDR*, 83 (1980), p. 248.

<sup>144</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr., cit., pp. 247-248.

<sup>145</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr., cit., p. 248.

<sup>146</sup> D. 20.4.4 (Pomponius, 35 ad Sab.): *Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset et, antequam utrique creditori solveret debitum, rem aliam priori creditori vendiderat creditumque pensaverit cum pretio rei venditae, dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset: nec enim interesse, solverit an pensaverit: et ideo posterioris creditoris causa est potior.*

<sup>147</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 248.

*fiducia*) di ‘accumulo’ di creditori sulla stessa *res* pignorata. Allo stesso modo D. 13.7.8.1 (Pomponius, 35 ad Sab.)<sup>148</sup> s’è dimostrato essere dedicato al pegno<sup>149</sup>.

Dunque, quantomeno in linea generale e contrariamente a quanto sostenuto da quella parte di dottrina, non si può semplicisticamente attribuire l’ambito di trattazione ad un unico istituto. Per ciò che ci interessa in questa sede, fare chiarezza sulle due fattispecie è di primaria importanza poiché ognuna di esse porta con sé differenti modalità di soddisfazione del credito (garantito e non ancora realizzato).

Una volta giunti alla situazione nella quale il debitore si mantenga inadempiente al saldo, il creditore si troverà, in ipotesi, nella condizione di poter avere (o mantenere) il bene in proprietà oppure di conservarne semplicemente il mero possesso (come mezzo di coercizione al pagamento) senza poter trovare tuttavia in esso un indennizzo, rimanendo inoltre gravato dell’obbligo della sua restituzione qualora il debitore infine pagasse<sup>150</sup>. Il primo caso è quello tipico della *fiducia cum creditore*, dove la proprietà dell’oggetto passa dall’uno all’altro soggetto in funzione di garanzia reale, venuta meno la quale (e soltanto allora) il creditore sarà gravato dalla restituzione fiduciaria; il secondo caso invece si realizza in presenza di *pignus*, dove il debitore inadempiente rimane sempre proprietario della *res*<sup>151</sup>. Solo una costruzione giuridica del tutto particolare avrebbe potuto ridisegnare i contorni di una siffatta fattispecie: il riferimento, ovviamente, è alla *lex commissoria*.

Dopo questa breve premessa di tenore concettuale, prendiamo ora in esame il seguente passo, come in precedenza anticipato:

D. 13.7.6 pr. (Pomponius, 35 ad Sab.): *Quamvis convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur. sed*

---

<sup>148</sup> D. 13.7.8.1 (Pomponius, 35 ad Sab.): *Si pignori plura mancipia data sint, et quaedam certis pretiis ita vendiderit creditor ut evictionem eorum praestaret, et creditum suum habeat, reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum.*

<sup>149</sup> H. ANKUM, Alla ricerca della *repromissio* e della *satisfatio secundum mancipium*. Estratto da: Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana 4 Convegno Internazionale, Perugia 1981, pp. 741-792.

<sup>150</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 248.

<sup>151</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., pp. 248-249.

*Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus quam postea? melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.*

Innanzitutto possiamo dividere il testo in tre parti.

La prima parte – da «*Quamvis convenerit*» a «*quia tua causa id caveatur*» – riporta l'opinione tradizionalmente attribuita a Sabino (come si evince dal modo in cui è strutturato il passo); la successiva – da «*sed Atilicinus*» a «*quam postea?*» – è riferita testualmente ad Atilicino; mentre nell'ultima parte – da «*melius autem est*» a «*inhumanum est*» – Pomponio svela infine la sua personale posizione.

Nel testo si legge che, anche se un accordo è stato raggiunto (*Quamvis convenerit*), affinché tu sia libero di vendere (*vendere liceret*) il fondo che ti è stato dato in pegno, tu non puoi essere costretto a venderlo (*nihilo magis cogendus es vendere*), seppure la persona che te lo diede in garanzia risulti infine essere insolvente; questo perché tale accordo fu pattuito per il tuo interesse (*quia tua causa id caveatur*).<sup>152</sup>

Atilicino, comunque, sostiene che la costrizione alla vendita in capo al creditore pignoratorio possa legittimarsi in presenza di una (giusta) «*causa*»<sup>153</sup>: in particolare, quando l'ammontare dovuto è decisamente inferiore (*multo minus*) al valore della cosa

---

<sup>152</sup> Contro un 'dovere' di vendita in capo al creditore pignoratorio si esprimono anche D. 42.1.15.5 (Ulpianus, 3 de off. cons.) e D. 46.1.51.3 (Papinianus, 3 resp.). Si veda, inoltre, sull'argomento G. KRÄMER, Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat, Köln 2007, pp. 178-190.

<sup>153</sup> Offerta, con ogni evidenza, dalla peculiare costruzione giuridica del pegno con annesso patto di vendita: ciò che legittimerebbe il creditore pignoratorio ad agire anche in un secondo momento nell'eventualità in cui la 'prima' soddisfazione non andasse a buon fine (s'intende, totalmente). Cfr. G. KRÄMER, Das besitzlose Pfandrecht, cit., pp. 186-188.

data in pegno<sup>154</sup>, ed essa possa quindi oggi (*hodie*) essere venduta per un ammontare superiore a quello che potrebbe raggiungere in seguito (*postea*).

Comunque, sarebbe meglio dire che la persona che diede il pegno possa venderlo (*posse vendere*) e saldare così il suo debito (*solvere id quod debeatur*) nel momento in cui riceve il prezzo di vendita; ovviamente ciò dovrà essere fatto nel rispetto della piena operatività della garanzia (reale) offerta al creditore pignoratizio, il quale potrà essere costretto ad esibire (*ostendere*) la cosa ricevuta in pegno, nel caso sia mobile, a condizione che il debitore previamente gli fornisca una sufficiente rassicurazione (*idonea cautela*) per un eventuale (e a quel punto doveroso) indennizzo. Sarebbe, infatti, troppo oppressivo (*inhumanum est*) per un creditore essere costretto a vendere la *res pignorat* contro la propria volontà (*invitum*) e quindi disattendendo *in toto* la pattuizione «*tua causa ... caveatur*».

Procediamo con ordine.

Il passo in esame tratta dunque del caso in cui, tra debitore e creditore, sia stato pattuito un vero e proprio *pactum vendendi* (e ciò si ricava, senza dubbio, dall'incipit dello stesso: «*Quamvis convenerit, ut fundum pignoratitium tibi vendere liceret*»; nonché dall'inciso, di poco seguente, «*quia tua causa id caveatur*»)<sup>155</sup>.

Già da ciò risulterebbe che, in assenza di una siffatta pattuizione, la soddisfazione sarebbe dovuta essere ottenuta per il tramite di altri mezzi. Come si diceva<sup>156</sup>, il saldo debitorio, a favore del creditore, poteva trovare realizzazione mediante il trasferimento della proprietà del bene oppure mantenendo una situazione di (mera) coazione psicologica sullo stesso debitore, a seconda dell'istituto giuridico che si ritiene operante in questo caso: *pignus* con patto commissorio annesso, piuttosto che *pignus* scevro da ulteriori accordi accessori.

---

<sup>154</sup> Ciò che, ad onore del vero, sappiamo essere – salvo patologiche evenienze in corso di tempo – la normalità. Si consultino al riguardo le testimonianze della prassi commerciale del primo impero rinvenute nelle *Tabulae Pompeianae*: ad esempio il dittico con due *chirographa*, uno di *mutuum cum stipulatione* (del valore di cinque mila sesterzi) e l'altro della conseguente *datio pignoris* di *argentum* (di cui si specifica il peso), in TPSulp. 55 (G. CAMODECA, L'archivio puteolano dei Sulpicii, Napoli 1992, pp. 167 s., 177-179).

<sup>155</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 248.

<sup>156</sup> Vedi *supra* in questo stesso paragrafo.

Alla presenza di un patto di vendita, invece, il creditore pignoratizio può, a sua discrezione, usufruirne oppure seguitare a mantenere (in suo possesso) l'oggetto al pari di un mezzo utile di coercizione al pagamento. La facoltà di vendere una cosa, seppur non propria, sulla quale però si vanta un peculiare diritto (reale), qualifica invero soltanto una variante di esercizio di una vera e propria appropriazione<sup>157</sup>, rimanendo distinta rispetto ad essa solamente per il dovere di restituzione dell'eventuale *superfluum*.

Nel passo di Pomponio interviene tuttavia un elemento di 'turbativa' di queste facoltà in capo al creditore pignoratizio: «*nihilo magis cogendus es vendere*», il debitore cioè può costringere il creditore alla vendita dell'oggetto dato in pegno. La *ratio* di un siffatto intervento risiede con ogni probabilità nella possibilità di ottenere un cospicuo *superfluum*, perché il pegno in quel momento può essere venduto ad un prezzo molto maggiore del valore del debito garantito (è questo il senso della domanda retorica di Atilicino: «*quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus quam postea?*»). Il patto di vendita dunque, in questo caso, procura un evidente vantaggio al debitore, tanto da indurlo a costringere il creditore a vendere.

Nel testo però si dice espressamente «*quia tua causa id caveatur*», cioè che il *pactum vendendi* è stato pattuito a vantaggio del creditore, il quale non sarà pertanto tenuto contro la sua volontà ad effettuare la vendita. L'espressione «*tua causa*» è riferita infatti al soggetto diverso da colui «*qui pignus dedit*»<sup>158</sup>. La diversa soluzione, riportata dallo stesso Pomponio, di Atilicino – il quale affermava l'obbligo del creditore di vendere in caso di espresso *pactum vendendi* – va intesa secondo Burdese<sup>159</sup> quale tentativo innovatore, basato sulla considerazione dell'uso normale di pattuire la vendita con espressa menzione del diritto del debitore all'*hyperocha* e ciò allo scopo di permettere un equo conguaglio fra il valore della *res* garante (solitamente di valore molto superiore) e l'ammontare del credito garantito.

Il *pactum vendendi*, dunque, riveste così la funzione di un (nuovo e) diverso modo di soddisfazione, comunque piena ed effettiva, del creditore tramite la cosa avuta in

---

<sup>157</sup> G. KRÄMER, Das besitzlose Pfandrecht, cit., p. 181 nt. 37.

<sup>158</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 251.

<sup>159</sup> A. BURDESE, Lex commissoria, cit., p. 25-27.

garanzia, attraverso la previsione di un apposito patto desumibile dall'espressione «*vendere licere*».

Se D. 13.7.6 pr. trattasse della *fiducia (cum creditore)*, grazie alla quale il creditore può tenersi in proprietà la *res* ricevuta in garanzia, un patto di vendita arrecherebbe vantaggio al creditore nel caso soltanto essa valesse ormai meno del debito garantito: ciò perché il creditore avrebbe diritto di pretendere ancora dal debitore la somma mancante al pieno suo soddisfacimento. Se la *res* invece valesse più (o fosse anche semplicemente a pari) del credito, allora un *pactum vendendi* non avrebbe senso e Sabino molto probabilmente non avrebbe scritto ciò che Pomponio invece ci riferisce. Se il testo vertesse dunque intorno alla *fiducia*, porterebbe con sé una vera e propria contraddizione di significato giuridico<sup>160</sup>.

Se l'oggetto del passo fosse invece il *pignus*, ecco che esso si mostrerebbe nel complesso molto più coerente. In questo caso, infatti, dove il creditore senza ulteriori *pacta* di sorta aggiuntivi poteva solamente custodire la cosa a fini di coercizione all'adempimento, un *pactum vendendi* gli era sempre più vantaggioso, in ogni caso<sup>161</sup>.

Se ne può concludere che D. 13.7.6 pr. tratta dunque di *pignus*<sup>162</sup>.

E ancora, a maggior sostegno di ciò, è possibile indagare più a fondo l'aspetto della costrizione alla vendita da parte del debitore sul creditore.

Se si trattasse di *fiducia* e il creditore (senza motivo; o a ragione, per esempio nel caso in cui la *res* valesse più del credito garantito) si rifiutasse di vendere, egli non si comporterebbe «*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*»<sup>163</sup> e sarebbe possibile costringerlo a vendere ricorrendo all'*actio fiduciae*.

Diversamente, in caso di *pignus* la *bona fides* avrebbe avuto una rilevanza ben minore. Né Cicerone né Gaio nelle sue istituzioni menzionano il *pignus* fra i *bonae fidei*

---

<sup>160</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 252. Sulla persistenza della concezione dogmatica di *fiducia* testimoniata da Pomponio nel passo in esame, quale strumento di mera coazione psicologica all'adempimento debitorio privo di una vera funzione esecutivo-satisfattoria, si consulti S. LAZZARINI, *Sepulcra familiaria. Un'indagine epigrafico-giuridica*, Padova 1991, p. 50.

<sup>161</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 252.

<sup>162</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 252.

<sup>163</sup> Così come ci dice Cicerone (Cic., *De Officiis*, 3.70) debbono comportarsi entrambe le parti con la *fiducia*.

*iudicia*. Kaser, dopo una prima posizione di negazione dell'esistenza di un'*actio pigneraticia bonae fidei*<sup>164</sup>, ha cambiato opinione sostenendo l'affiancamento all'*actio pigneraticia in factum* di una di buona fede *in ius concepta*<sup>165</sup>. È probabile che ciò possa essere veritiero ma soltanto a partire dal terzo secolo d.C.: infatti Kaser prende a sostegno della sua tesi fonti e giuristi non precedenti quello stesso periodo e anch'egli parte dal presupposto che una tale azione di buona fede non sia sorta prima della codificazione adrianea dell'*edictum perpetuum* da parte di Salvio Giuliano<sup>166</sup>.

In ogni caso, Pomponio e Sabino, in particolare, avevano in mente la primitiva *actio pigneraticia in factum* ed è per questo che in D. 13.7.6 pr. si sostiene la non costrizione alla vendita per il creditore. Solo in caso di *pignus* e non di *fiducia*, una tale ritrosia al rispetto di un comportamento conforme a *bona fides* può essere tollerato e – cosa ancor più importante – ammissibile<sup>167</sup>.

Una tale evoluzione della *fiducia* a scopo di garanzia fu guidata dall'esigenza di offrire maggior concretezza alla buona fede caratterizzante il primitivo regime fiduciario<sup>168</sup>.

## 17. Sull'impossibilità di qualificare in termini di proprietà la consegna della *res* oggetto di pegno in capo al creditore.

Kaser sostiene che il *pignus*, in età risalente, comportasse un automatico passaggio di proprietà in capo al creditore pignoratizio insoddisfatto: ciò dunque in assenza di un qualsivoglia *pactum* e fino a che la vendita della *res* oggetto di pegno fosse diventata la situazione ordinaria<sup>169</sup>. Le argomentazioni che egli porta a sostegno della sua tesi

---

<sup>164</sup> M. KASER, Das römische Privatrecht, I, München 1971, p. 537.

<sup>165</sup> M. KASER, Studien zum römischem Pfandrecht, II, *actio pigneraticia* und *actio fiduciae*, in TR, 47 (1979), pp. 214 ss.

<sup>166</sup> M. KASER, Studien, cit., pp. 214 ss.

<sup>167</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., p. 253.

<sup>168</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 27-29. Cfr. *supra* §11. Cfr. *supra* §13.

<sup>169</sup> M. KASER, Studien zum römischem Pfandrecht, I, in TR, 44 (1976), pp. 244 ss.

spaziano: dalla constatazione dell'uso (anche) extragiuridico del vocabolo '*pignus*', che alle volte prende il significato di 'ostaggio' piuttosto che di 'scommessa' e in entrambi i casi la cosa a cui si riferisce passa in proprietà dall'una all'altra parte; al parallelismo con lo sviluppo della obbligazione proveniente dalla primitiva 'cattura' dell'ostaggio («Haftende»); all'esistenza infine di un cosiddetto «Ersatzpfand» (succedeva talvolta che creditore e debitore convenissero fra loro che il credito potesse essere pagato, oltre che per mezzo del denaro, anche con beni di valore stimato al medesimo ammontare, attraverso il ricorso all'istituto processuale della *aestimatio*)<sup>170</sup>.

Noordraven<sup>171</sup> critica parte di queste argomentazioni. In primo luogo fa presente che, anche se alle origini il pegno rivestì la forma di una scommessa per via della quale il debitore «perdeva» l'«ostaggio» quando non avesse pagato in tempo, ciò non può essere preso a supporto di un passaggio di proprietà legittimato in tempi meno risalenti, al cospetto di un impianto sistematico e di un concetto giuridico della proprietà ben più elaborati (dopotutto il *pignus* venne subito inquadrato giuridicamente come garanzia reale e non come un istituto rivestito dei caratteri propri di una scommessa)<sup>172</sup>. Inoltre, con riferimento alla cattura dell'«Haftende», Noordraven sostiene che, dal momento che in origine essa esisteva e non vi era di contro, al riguardo, una vera e propria obbligazione e così – secondo appunto Kaser<sup>173</sup> – sarebbe dovuta esistere una 'cattura' della *res* pignorata proprio in funzione del passaggio della 'presa dell'ostaggio' ad obbligazione, in realtà – secondo Noordraven – ciò dovrebbe portare a ritenere che anche da un'eventuale 'cattura' del pegno sia sorto in seguito un sistema giuridicamente più definito, dove il creditore pignoratizio avrebbe potuto vantare un diritto (diverso, s'intende, dalla proprietà) sul pegno ricevuto.

Kaser comunque sostiene che il passaggio della proprietà della *res* pignorata sarebbe una conseguenza della natura propria del *pignus*<sup>174</sup>. Una coazione meramente psicologica non poteva essere una soddisfazione in alcun modo sufficiente, di fronte al possibile reiterato inadempimento debitorio (si rammenti che il creditore pignoratizio, eccezionale possessore dell'oggetto di pegno, non poteva soddisfare tutti i requisiti

---

<sup>170</sup> W. KUNKEL, Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts, in ZSS, 90 (1973), pp. 150 ss.

<sup>171</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., pp. 249 ss.

<sup>172</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., pp. 249-250.

<sup>173</sup> M. KASER, Studien, I, cit., pp. 244 ss.

<sup>174</sup> M. KASER, Studien, I, cit., pp. 244 ss.

necessari per l'usucapione: il suo, infatti e dopotutto, è soltanto un possesso *ad interdica*, non *ad usucapionem*<sup>175</sup>): solo se il creditore pignoratizio può diventare proprietario dell'oggetto che ha ricevuto in funzione di garanzia reale, questa stessa garanzia può essere (quantomeno in parte e comunque puntualmente) soddisfatta. Ancora Noordraven chiarisce l'assunto: tutto questo non può fondare e giustificare un automatismo nel passaggio di proprietà dal debitore pignorante al creditore pignoratizio, piuttosto, a dir meglio, ciò diviene la ragione principale per la quale si sviluppò il *pactum commissorium* nell'istituto pignoratizio<sup>176</sup>. Un patto, quello appunto della *lex commissoria*, che ben presto dovette raggiungere un'ampia e tale applicazione da indurre l'imperatore Costantino a vietarlo ufficialmente con la costituzione C. 8.34.3<sup>177</sup> dell'anno 320<sup>178</sup>.

Un creditore, in assenza sia di patti legittimanti la vendita dell'oggetto ricevuto in pegno sia di *pactum commissorium* per ottenerne invece la proprietà, se tuttavia vende il pegno sarà tenuto a rispondere per furto: questo è il dettato testuale del seguente frammento di Giavoleno, estratto dal suo quindicesimo libro *ex Cassio*.

D. 47.2.74 (Iavolenus, 15 ex Cassio): *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat.*

Trattasi qui di un'ipotesi qualificante furto d'uso<sup>179</sup>: l'espressione «*qui pignori rem accepit*» non legittima (da sé) il soggetto, a cui si riferisce, a «*vendere*» la *res*; se ciò

---

<sup>175</sup> Si deve pertanto escludere categoricamente l'inquadramento del suo possesso nella cosiddetta forma della *possessio civilis*, tutelata dall'utile *actio Publiciana*.

<sup>176</sup> B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso, cit., pp. 250-251.

<sup>177</sup> C. 8.34.3: *Imp. Const. A. ad pop. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. 1. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.* <A 320 D. II K. FEBR. SERDICAЕ CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.>.

<sup>178</sup> Per un'indagine particolareggiata sull'inquadramento della *lex commissoria* intorno alla materia pignoratizia si veda *infra* §23.

<sup>179</sup> J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, in IURA, 19 (1968), pp. 26-30.

nonostante questi (creditore pignoratizio) decide ugualmente di procedere all'alienazione dell'oggetto ricevuto, «*furti se obligat*».

Una persona che legalmente detiene (è il caso ad esempio del depositario, del comodatario, del locatario, ma anche del *fullo* e del *sarcinator*<sup>180</sup>) o possiede la cosa altrui (e qui è il caso ad esempio del precarista, del creditore pignoratizio, del sequestratario) non può usarla oltrepassando i limiti imposti dal proprietario della stessa, altrimenti si renderà senza dubbio responsabile di furto, a nulla valendo in questa eventualità la legittimità della sua posizione di beneficiario (a vario titolo, escluso però ovviamente quello attinente alla proprietà: deve trattarsi, ovviamente, pur sempre di *res aliena*) della cosa. E ciò perché realizza una condotta *invito domino*<sup>181</sup>, ossia un comportamento contrario alla volontà del proprietario. Questo aspetto tecnico-giuridico, nonostante le apparenze, si qualifica a ben vedere come un elemento non propriamente soggettivo, dal momento che non fa riferimento nello specifico al *fur* bensì, più in generale, alla sfera di interessi del derubato quasi come a dire che il ladro diviene tale in quanto consapevole che il *dominus* non vuole che la sua cosa venga portata via. Il tratto dell'*invito domino* si mostra avere una portata ben più estensiva dunque di una mera caratterizzazione dell'aspetto psicologico soggettivo del reo, tanto da rivestire un ruolo cardine nella qualificazione dell'illecito di *furtum*. Come dice Paolo: si commette furto nel caso in cui «*non in eam causam ab eo videntur accepta*»<sup>182</sup>.

Dal momento che si assume il creditore commettere furto nell'eventualità in cui una cosa gli sia stata consegnata a titolo di pegno senza tuttavia esplicita pattuizione della facoltà di vendita («*cum de vendendo pignore nihil convenisset*»), il creditore non può realizzare i requisiti per l'acquisizione della proprietà per la sola stipulazione pignoratizia<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p.26.

<sup>181</sup> J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p.26. Vedasi, al riguardo, il rilevante passo in Gai. 3.195: *Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam invito domino contrectat.*

<sup>182</sup> D. 47.2.83 pr. (Paulus, 2 sent.): *Fullo et sarcinator, qui polienda vel sarcienda vestimenta accepit, si forte his utatur, ex contrectatione eorum furtum fecisse videtur, quia non in eam causam ab eo videntur accepta.*

<sup>183</sup> B. NOORDRAVEN, Die "*fiducia*" im römischen Recht, in INDEX, 18 (1990), pp. 253-254.

Lo *ius distrahendi* – riconosciuto al creditore pignoratizio – del bene ricevuto in pegno dal debitore doveva essere espressamente accordato da quest'ultimo al primo<sup>184</sup>. In assenza di tale pattuizione, il pegno avrebbe semplicemente estrinsecato il suo carattere tipicamente possessorio per tutta la durata di attesa prima del pieno soddisfacimento creditorio (intendendolo da realizzarsi in via propriamente 'fisiologica', tramite saldo 'spontaneo' del debito, in ossequio al dettato dell'accordo pignoratizio incorso fra le parti).

Quanto detto porta a definire nuovamente il concetto originario di un istituto, quello pignoratizio, finalizzato alla garanzia di un credito: ma si potrebbe dire meglio, a 'forzare' un comportamento del debitore (alla restituzione) piuttosto che ad ottenere concretamente e pienamente il frutto di quel comportamento. Il rapporto giuridico di garanzia scaturente dalla stipulazione di pegno non dava in quanto tale, pur verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione (principale) garantita, la facoltà al creditore di appropriarsi della cosa pignorata<sup>185</sup>: e ciò in virtù del fatto che il debitore non perdeva praticamente mai la possibilità di recuperare la propria *res* pignorata poiché il suo adempimento (in qualunque tempo realizzato, anche dunque in ipotesi tardivamente) dava diritto a riavere la cosa, non potendo il creditore soddisfarsi sulla medesima senza che gliene fosse riconosciuta esplicitamente la facoltà, su accordo col debitore pignorante<sup>186</sup>. In altri termini, la diretta soddisfazione non era altro che un mero epilogo (risolutivo in via 'patologica') frutto di autonomia privata nella regolamentazione di rapporti giuridici fra le parti interessate. Ciò, d'altronde, era pienamente in linea con la finalità originaria del pignoramento: realizzare, tramite esso, un mezzo di coazione (meramente) psicologica all'adempimento della prestazione principale; tanto che il creditore pignoratizio, nella prima e media età classica, non solo non diveniva proprietario della *res* (stiamo escludendo, ovviamente, l'eventualità della stipulazione del patto commissorio) ma era privato altresì della facoltà di procedere alla sua vendita<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> S. VIARO, *Corrispettività e adempimento del sistema contrattuale romano*, Padova 2011, p. 144; J. A. BUENO DELGADO, *'Pignus Gordianum'*, cit., pp. 109 ss.

<sup>185</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 157-175.

<sup>186</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 137-149.

<sup>187</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 157-175.

Nel breve frammento, datato prima età classica e contenuto in D. 20.1.35 (Labeo, 1 pith. a Paulo epitom.)<sup>188</sup>, sembra decisiva l'espressione «*quam tibi ex pacto convento licuit vendere*» che fa discendere, in maniera incontrovertibile, la possibilità in capo al creditore di vendere la cosa non sua dalla stipulazione di un patto *ad hoc* stretto col debitore.

Una conferma di questa regolamentazione è possibile rinvenirla, con dimostrazione però questa volta 'a contrario', nel passo di Giavoleno (D. 47.2.74<sup>189</sup>) del cui generale significato tecnico s'è discusso appena sopra. S'è detto 'dimostrazione a contrario' in quanto qui il giurista classico prova la sussistenza di un requisito giuridico, e la sua necessità quindi che questo venga rispettato, svelando le conseguenze nell'eventualità in cui esso viceversa non venga tenuto in debito conto: se il creditore pignoratorio decidesse autonomamente (ovverosia senza prima – o anche in seguito – accordarsi col proprio debitore) di vendere la cosa ricevuta in pegno, egli realizzerà una condotta di furto in quanto non sarebbe autorizzato (dall'altro contraente) a procedere in tal modo. E si aggiunge: la stessa condotta illecita si configura nell'ipotesi in cui un patto di vendita fra i due fu sì stipulato ma con un termine iniziale per ricorrervi, tuttavia non rispettato dal creditore.

La facoltà riconosciuta al creditore pignoratorio di rivalersi direttamente sul *pignus*, inquadrata appunto nell'espressione *ius distrahendi*, è correlata in epoca classica al cosiddetto *pactum vendendi* espresso e alle clausole ad esso riferite<sup>190</sup>.

Torniamo ora nuovamente sull'analisi esegetica del frammento di Giavoleno raccolto in D. 47.2.74, per esporre da ultimo un dibattito circa l'esattezza giuridica del suo dettato letterale.

Secondo Krämer, il giurista classico severiano, nella parte in cui afferma «*cum de vendendo pignore nihil convenisset*» cioè nella parte in cui attesta l'inciso secondo il quale “nessun accordo era stato realizzato con riferimento alla vendita”, si sarebbe espresso in maniera impropria. L'esatta ricostruzione del concetto doveva invece, a suo

---

<sup>188</sup> D. 20.1.35 (Labeo, 1 pith. a Paulo epitom.: *Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes*).

<sup>189</sup> Di cui *supra* in questo stesso paragrafo.

<sup>190</sup> Cfr. innanzitutto *supra* §10.

parere, essere del tipo: «*nihil convenisset de vendendo*», intendendo con ciò che entrambe le parti s'erano accordate affinché non fosse consentito al creditore di vendere<sup>191</sup>. Il discrimine dunque fra le due ricostruzioni di significato si assesterebbe sulla portata negativa/positiva dell'accordo intercorso fra le parti: nessun accordo di ammissibilità (circa la vendita), stando alla prima; uno specifico accordo di inammissibilità (alla vendita), stando alla seconda.

Si paleserebbe qui un'estrinsecazione dell'ampia autonomia negoziale riconosciuta alla parti nella cura e nel conseguimento dei loro rispettivi interessi. I giuristi della prima età classica, come Giavoleno, ritengono il *pactum de distrahendo pignore* appositamente convenuto come elemento indispensabile per legittimare la facoltà del creditore pignoratorio di vendere l'oggetto del pegno che era stato ricevuto in garanzia dal creditore pignoratorio<sup>192</sup>. All'età dei Severi, il diritto in capo al creditore di esercitare questo cosiddetto *ius distrahendi* necessitava di un esplicito accordo fra le due parti<sup>193</sup>.

La situazione sarebbe sostanzialmente equiparabile a quella descritta in D. 20.3.3 (Paulus, 3 quaest.)<sup>194</sup> in cui il giurista tardo-classico autore del passo pone un accordo sulla vendita solo come ostacolo alla stessa<sup>195</sup>: «*Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere*».

---

<sup>191</sup> G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., p. 184. Così anche J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, cit., p. 178; U. MANTHE, *Die libri ex Cassio* des Iavolenus Priscus, Berlin 1982, p. 184; su cui F. BONA, I 'libri iuris civilis' di Cassio e i 'libri ex Cassio' di Giavoleno (a proposito di U. MANTHE, *Die libri ex Cassio* des Iavolenus Priscus), in SDHI, 50 (1984), p. 410 e nt. 22; A. WACKE, *Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders?*, in IURA, 24 (1973), p. 189.

<sup>192</sup> G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., p. 229 nt. 59.

<sup>193</sup> E ciò si apprende, tra le altre fonti, anche da Gai. 2.64 (*item creditor pignus ex pactione ... qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur*) e D. 20.1.35 (Labeo, 1 pith. a Paulo epitom.: *Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est ...*). Su queste e altre testimonianze si consulti: J. A. BUENO DELGADO, 'Pignus Gordianus', cit., pp. 109 ss. Cfr., inoltre, *supra* §10.

<sup>194</sup> D. 20.3.3 (Paulus, 3 quaest.): *Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. Quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.*

<sup>195</sup> G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., pp. 184-185.

## 18. Origini e ambiti d'applicazione della *lex commissoria*: sempre e soltanto un *pactum adiectum* all'istituto pignoratizio.

In diritto romano la disciplina della *lex commissoria* – espressione etimologicamente riferita ad un ‘patto di (o sulla) responsabilità’ di una delle parti<sup>196</sup> – è rinvenibile in un settore d'applicazione plurimo<sup>197</sup>: nell'istituto dell'*emptio-venditio*, quale clausola accidentale per l'efficacia del contratto consensuale, condizionata all'avvenuto pagamento del prezzo; e nell'alveo della funzione satisfattoria reale propria della disciplina pignoratizia che, in origine, era configurata nello schema negoziale della *fiducia (cum creditore)*<sup>198</sup>. Proprio questa forma più antica di proprietà fiduciaria<sup>199</sup> realizzava un'ipotesi di negozio che oggi chiameremmo indiretto<sup>200</sup>. Gaio stesso ci attesta<sup>201</sup> che il fiduciante – vuoi nella formula *cum creditore* vuoi in quella ‘parallela’ *cum amico* – alienava una *res* per uno scopo determinato («*quo tutius nostrae res apud eum essent*») troviamo indicato nelle sue *Institutiones* nella parte dedicata proprio alla *fiducia*), con l'intesa che, una volta conseguito tale scopo, il fiduciario sarebbe stato tenuto a ritrasferire la medesima cosa («*competit usus receptio*») è l'espressione a cui fa ricorso il giurista classico).

---

<sup>196</sup> O. SACCHI, *Lex commissoria*, cit., pp. 101 ss. Il termine qualificante la *lex 'commissoria'* deriva da '*commisum*', il quale a sua volta è il participio perfetto del verbo '*committere*', di portata semantica latina particolarmente ampia: troviamo il significato di 'violare una norma di legge' in Plauto (Men. 771: «*nisi aut quid commissi aut iurgi est causa*»), in Cesare (De bello Gallico 7.4.10: «*maiore commissio delicto*»), in Cicerone (Brut. 12.48: «*quia committeret contra legem*»); ma anche nel senso più generico di 'comportamento illecito' in Varrone (r.r. 2.1.16: «*lege censoria committant*») e in D. 18.3.8 (Scaevola, 7 digest.: «*respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem*»). Da ciò dovrebbe emergere lo stretto legame sussistente fra la *lex commissoria* e il negozio giuridico – garantistico – a cui accede (sia in ambito pignoratizio che in ambito di compravendita).

<sup>197</sup> M. BRAUKMANN, *Pignus*, cit., p. 118; A. BURDESE, Manuale di diritto privato romano, Torino 1987, pp. 386 e 462; W. FLUME, Die Aufhebungsabreden beim Kauf: «*lex commissoria, in diem addictio*» und sogenannten «*pactum displicentiae*» und die Bedingung nach der Lehre der Römischen Klassiker, in Fest. Kaser, München 1976, pp. 309 ss.; A. BISCARDI, La «*lex commissoria*» nel sistema delle garanzie reali, in Studi Betti 2 (1962), pp. 575 ss.; J. A. C. THOMAS, Tenancy by Purchaser, in IURA, 10 (1959), pp. 103 ss.

<sup>198</sup> M. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990, pp. 195 e 251.

<sup>199</sup> M. TALAMANCA, Istituzioni, cit., p. 478.

<sup>200</sup> O. SACCHI, *Lex commissoria*, cit., p. 101.

<sup>201</sup> Gai. 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit.*

Nell'ipotesi in cui un negozio fiduciario rivestiva una causa di garanzia e la cosa oggetto dello stesso veniva per ciò intesa equivalente al debito, la proprietà – da fiduciaria che era – poteva trasformarsi in pura e semplice<sup>202</sup>.

Quest'ulteriore ambito di applicazione della *lex commissoria* – vale a dire oltre a quello pignoratorio – è ampiamente confermato dalla constatazione per la quale le principali fonti giuridiche che si occupano della disciplina commissoria sono ascrivibili alla compagine giurisprudenziale (caratterizzata, inoltre, da trattazioni spiccatamente casistiche) tratta da opere dedicate al contratto consensuale di compravendita: è il caso di Scaevola *libro 7 digestorum*<sup>203</sup>; di Gaius *libro 10 ad edictum*; di Papinianus *libro 3 responsarum*<sup>204</sup> (rinvenibile anche nei *Fragmenta Vaticana* sotto la rubrica «*ex empto et vendito*»); di Paulus *libro 6 responsarum*<sup>205</sup>; e infine del divieto di Costantino del IV secolo d.C. il quale compare già nel *Codex Theodosianus* (CTh. 3.2 «*de commissoria rescindenda*»), appena sotto il titolo 3.1 rubricato «*de contrahenda emptione*».

Da tutto ciò emerge il dato, invero già notato da Biscardi negli anni Sessanta del secolo appena trascorso<sup>206</sup>, che l'istituto commissorio fu contemplato in diritto romano prettamente quale clausola accessoria (si parla di «*accidentalia negotii*») al negozio consensuale dell'*emptio-venditio*. I compilatori gli dedicarono otto frammenti nel diciottesimo libro, intitolato appunto «*de contrahenda emptione*».

Le fonti delle Pandette inserite nel titolo «*de lege commissoria*» (D. 18.3.1-8)<sup>207</sup>, pur trattando di una clausola accessoria all'*emptio-venditio*, si occupano in realtà di un'ipotesi atipica di *obligatio rei*. Questo, a parere di Biscardi<sup>208</sup> e Sacchi<sup>209</sup>, sarebbe

---

<sup>202</sup> O. SACCHI, *Lex commissoria*, cit., p. 101.

<sup>203</sup> F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, p. 275 nt. 6 e p. 418.

<sup>204</sup> F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 424.

<sup>205</sup> F. SCHULZ, *Storia*, cit. p. 431.

<sup>206</sup> A. BISCARDI, La «*lex commissoria*», cit., pp.575 ss. L'autore manifestò stupore nel constatare che la dottrina romanistica (ad eccezione di: E. COSTA, Sul papiro fiorentino n. I, in *BIDR*, 14 (1991), p. 48; IDEM, *Storia del diritto romano privato 2*, Torino 1925, p. 285; H. STEINER, *Datio in solutum*, München 1914, pp. 106 ss.) considerava la *lex commissoria* del pegno e la *lex commissoria* della vendita come due istituti indipendenti.

<sup>207</sup> D. 18.3.1 (Ulpianus, 8 ad Sab.); D. 18.3.2 (Pomponius, 35 ad Sab.); D. 18.3.3 (Ulpianus, 30 ad ed.); D. 18.3.4 (Ulpianus, 32 ad ed.); D. 18.3.5 (Neratius, 5 membranarum); D. 18.3.6 (Scaevola, 2 resp.); D. 18.3.7 (Hermogenianus, 2 iuris epitomarum); D. 18.3.8 (Scaevola, 7 digest.).

<sup>208</sup> A. BISCARDI, La «*lex commissoria*», cit., pp. 575 ss.

<sup>209</sup> O. SACCHI, *Lex commissoria*, cit., pp. 101-128.

sufficiente a porre sullo stesso piano l'istituto commissorio nei due ambiti di cui si è parlato: quello della compravendita e quello del pegno.

Se, dunque, è vero che la *lex commissoria* permea due settori giuridici differenti, la diversità di disciplina sarà attestata soltanto in età avanzata (dopo i Severi) e prevalentemente con riguardo al (solo) profilo disciplinatorio<sup>210</sup>. Risalendo a ritroso nel tempo, invece, numerosi indizi farebbero pensare ad una matrice unitaria di tali fattispecie.

Un'ulteriore conferma di ciò è possibile constatarla in questo ragionamento: la clausola commissoria apposta ad un negozio di vendita si trasforma in un'alienazione in funzione di garanzia semplicemente cambiando il destinatario (dal venditore prima, al compratore poi) della protasi del periodo ipotetico sull'avveramento della condizione «*si ad diem pecunia soluta sit*»<sup>211212</sup>. In altri termini: se, poniamo, al termine stabilito il compratore non salderà il debito (cioè, nel suo caso, non pagherà il prezzo pattuito) al venditore, la *res* (oggetto di *emptio-venditio*) non passerà in proprietà del compratore; se, nell'ipotesi inversa, al termine stabilito il venditore non salderà il debito (che aveva

---

<sup>210</sup> Si legga, al riguardo, poco più oltre in questo paragrafo.

<sup>211</sup> D. 18.5.10 pr. (Scaevola, 7 digest.): *Seius a Lucio Titio emit fundum lege dicta, ut, si ad diem pecuniam non solvisset, res inempta fieret. Seius parte pretii praesenti die soluta, defuncto venditore, filiis eius pupillaris aetatis et ipse tutor cum aliis datus, neque contutoribus pretium secundum legem numeravit nec rationibus tutelae rettulit: quaesitum est, an irrita emptio facta esset. Respondit secundum ea quae proponerentur inemptam videri.* D. 18.3.2 (Pomponius, 35 ad Sab.): *Cum venditor fundi in lege ita caverit: "Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit", ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.* D. 20.1.16.9 (Marcianus, lib. sing. ad formulam hypoth.): *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.* D. 18.1.81 pr. (Scaevola, 7 digest.): *Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia empta esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facta est et contractam esse obligationem.* Vat. Fragm. 9: *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.* D. 20.5.12 pr. (Triphoninus, 8 disp.): *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*

<sup>212</sup> Sacchi (O. SACCHI, *Lex commissoria*, cit., pp. 101 ss. [3. *Lex commissoria* e pegno]) mostra come sia indicativo che in tre dei casi appena riportati l'*emptio commissoria lege* venga configurata quale volontaria conversione di un rapporto pignoratorio.

precedentemente con riguardo) al compratore, la cosa passerà (definitivamente) in proprietà di quest'ultimo.

Che la *lex commissoria* configuri un patto è pacifico. Un po' meno lo sono invece le modalità con le quali questo viene ad essere trattato. Se da un lato l'orientamento sabiniano inquadrava il rapporto negoziale di vendita, al quale veniva apposto un siffatto patto, come *emptio condicionalis* (con effetti sospensivi), dall'altro l'orientamento fatto proprio forse per la prima volta dal proculeiano Nerazio Prisco inquadrava lo stesso negozio così disciplinato sottoposto invece ad una clausola accessoria risolutiva. Soltanto in questo secondo caso il verificarsi dell'evento dedotto in condizione, cioè il mancato pagamento del prezzo di vendita, acquistava più direttamente carattere sanzionatorio: la vendita, efficace fin da subito, con l'avveramento della condizione perdeva tale carattere finendo con l'essere considerata quale accordo mai concluso e dunque, a conti fatti, mai esistito nella realtà giuridica (seppur, nella realtà delle circostanze, foriero di svantaggi quantomeno di opportunità, per qualche parte).

In qualità di patto accessorio, ad una vendita o ad una costituzione di pegno, la *lex commissoria* è sempre condizione che sospende l'efficacia definitiva del rapporto sottostante di cui è pattuizione accessoria. Ecco perché si dice che, sotto un profilo spiccatamente tecnico-giuridico, la *lex commissoria* rientra nella categoria dei *pacta adiecta* che, come è noto, sono dei patti aggiunti ad un'obbligazione principale predisposti allo scopo di modificare il regime effettuale di detta obbligazione.

Questa semplice considerazione è determinante per capire la vera *ratio* dell'istituto, perché qualsiasi condizione (anche risolutiva) espressa con un patto accessorio ad una obbligazione/contratto principale, reca in sé l'idea di un patto sospensivo. E quindi, anche una legge commissoria predisposta con patto accessorio di risoluzione ad un contratto di compravendita condizionato all'inadempimento del compratore (alienazione in garanzia) è sempre una condizione sospensiva<sup>213</sup>.

Sembrerebbe allora aver trovato conferma il dato per cui il tratto comune che unisce il patto commissorio nella vendita così come nei due tipi di garanzie reali (o, meglio,

---

<sup>213</sup> O. SACCHI, *Lex commissoria*, cit., pp. 101 ss. (4. La *lex commissoria* e il suo inquadramento dogmatico).

nelle due differenti manifestazioni di un istituto giuridico di garanzia reale, che rimane purtuttavia sempre unitario) conosciuti come pegno e ipoteca sin da epoca romana sia l'idea (peraltro già palesata da Antonio Burdese<sup>214</sup>) della condizione sospensiva, cioè del *pactum adiectum*.

La struttura fondamentale sulla quale il pegno si impernia è – lo ribadiamo – di carattere possessorio e ciò d'altronde è ben suffragato dagli *interdicta* pretorii, tipicamente previsti in via esclusiva a tutela del possesso e richiamati parimenti in materia di pignoramento. Partendo da questa constatazione appare infondata, secondo Burdese<sup>215</sup>, la tesi secondo cui all'origine il *pignus* romano permettesse al creditore insoddisfatto (scaduti i termini) di tenersi semplicemente la cosa. Un siffatto trasferimento di proprietà non troverebbe *ratio* giuridica e cozzerebbe con le nozioni in nostro possesso di evoluzione storica dell'istituto, le quali ammettono sì una tale possibilità, ma solo in epoca tarda e attraverso il riconoscimento di pattuizioni secondarie. Quanto alle sue origini, il pegno garantiva un credito tramite coazione psicologica sul debitore.

Liberato così il campo da fuorvianti inclinazioni sull'applicazione originaria dell'istituto pignoratorio, cerchiamo ora di inquadrare la *lex commissoria* – quale prima pattuizione prevista a rimodellamento dei suoi effetti negoziali – nella disciplina, tipicamente possessoria, del pegno. È da condividere infatti, preliminarmente, la posizione di Burdese secondo la quale il *pignus* originario romano non era un pegno di per sé satisfattivo e proprio perché si manifestava come istituto tipicamente possessorio.

In ogni caso Burdese stesso fa notare come l'acquisto dei pegni attraverso il ricorso al *pactum commissorium* e quindi sfruttando un trasferimento di mero possesso, oltre a rispettare la struttura stessa dell'istituto pignoratorio, avrebbe comportato – in un'epoca in cui era ancora fortemente presente la distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* –

---

<sup>214</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 111 ss.

<sup>215</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 95-98.

un passaggio di proprietà solo tramite *traditio*, quindi un mero *in bonis habere* delle cose *mancipi*<sup>216</sup>.

La facoltà di immediato appagamento per il creditore, non soddisfatto alla scadenza, propria della *fiducia cum creditore*, è probabile abbia influenzato il neonato *pignus* che in origine, ma anche prima di avere protezione giuridica (quindi in un periodo anteriore a quello di inizio II secolo a.C.), si mostrava avvicicabile ad una consensuale consegna di ostaggi e perciò la sua efficacia non poteva che rivestire i tratti di una pressione psicologica sul debitore per indurlo (indirettamente) ad adempiere ai suoi doveri. Una prova di questa influenza potrebbe ben essere rappresentata dal rinvenimento pure nella disciplina pignoratizia della *lex commissoria*: questa, se nella *fiducia cum creditore* si mostrava quale elemento essenziale per far assolvere l'istituto allo scopo di garanzia<sup>217</sup>, nel pegno si configura quale pattuizione accessoria per incidere (alterandoli) sugli effetti del negozio.

Il *pactum commissorium*, qualunque sia comunque il suo ruolo all'interno dei negozi giuridici a cui accede, mostra sempre di avere un'unica specifica finalità: condizionare sospensivamente determinati effetti del negozio principale. Se – come avremo modo di vedere<sup>218</sup> – nel campo della compravendita la condizione si riferisce al sorgere delle obbligazioni reciproche e in quello fiduciario nell'obbligo alla restituzione della cosa ricevuta solennemente in proprietà, nel pegno invece fa riferimento al venire in essere della *iusta causa* giustificatrice del trasferimento di proprietà.

Questa disamina, però, nasconde un'insidia: la previsione, quale patto aggiunto, della *lex commissoria* nel pegno sembra alterarne la natura, proprio perché andrebbe a giustificare un passaggio di proprietà fondato su di un mero possesso, per giunta eccezionale. Eccezionale a tal punto che nemmeno risulta in grado di far maturare i termini per l'usucapione.

A questo punto Burdese tenta una strada: la *datio pignoris* con annesso il *pactum commissorium* potrebbe essere inquadrata al pari di una *traditio* condizionata<sup>219</sup>, dove la

---

<sup>216</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 110 ss.

<sup>217</sup> Cfr. *supra* §2.

<sup>218</sup> Cfr. *supra* §2.

<sup>219</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 110-113.

*iusta causa* del trasferimento si fonderebbe sulla mancata soddisfazione del credito garantito. Questo epilogo di cambio di finalità dell'istituto troverebbe a sua volta ragion d'essere nel riconoscimento della libertà negoziale concessa alle parti, le quali attraverso appunto la *lex commissoria* si accorderebbero per un'equivalenza soddisfattiva fra saldo del debito e trasferimento della *res* in proprietà.

In definitiva, si avrebbe un passaggio di dominio tramite trapasso del possesso – fin da subito nel *pignus datum*, mentre solo alla scadenza e su richiesta del creditore, che quindi in tal modo paleserebbe la propria volontà di esercitare il patto commissorio<sup>220</sup>, in quello *conventum* – e sulla base di una *iusta causa*, rappresentata dalla (mancata) soddisfazione del credito garantito.

Se una tale conclusione può apparire forzata e dalla qualifica eccezionale, si rammenti che, in un modo del tutto analogo, l'ordinamento romano già prevedeva un acquisto alternativo di proprietà. Il riferimento è alla *litis aestimatio*<sup>221</sup>: il convenuto possessore, che rifiutava di consegnare la cosa non sua e quindi per questo veniva condannato al pagamento di una somma stabilita tramite l'estimazione della lite, otteneva la proprietà (*dominium ex iure Quiritium* se *res nec Mancipi*, in *bonis habere* se *Mancipi*) in base al possesso più una *iusta causa traditionis* rappresentata dalla procedura giudiziale e dalla «*possessionem nancisci ex voluntate actoris*» (D. 6.1.47: Paulus, 17 ad Plautium). Il tutto come se la *res* in oggetto gli fosse stata trädita coi canali convenzionali.

Un altro sostegno per la non eccezionalità di questo regime di trasferimento proprietario potrebbe ricavarsi dal testo contenuto in D. 21.3.1.5<sup>222</sup>:

D. 21.3.1.5 (Ulpianus, 76 ad ed.): *Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor iustam causam habeat, cur rem vindicet:*

---

<sup>220</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 118.

<sup>221</sup> Questa tesi è sostenuta da E. CARRELLI, *L'acquisto per «litis aestimatio» nel processo civile romano*, Milano 1934.

<sup>222</sup> P. BONFANTE, *Sulla «exceptio rei venditae et traditae»*, in *Scritti giuridici varii*, II, Torino 1926, p. 457 n.1.

*nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem iusta causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur.*

Da questo paragrafo si può desumere come la giurisprudenza romana paia essere giunta, in generale, a considerare equivalente alla *traditio* anche una presa di possesso *sine vitio*, accompagnata da una causa giustificativa del trasferimento.

Betti<sup>223</sup> tuttavia ha fatto presente che il tenore del passo ulpiano mal si concilierebbe coi principi desumibili da un altro passo della compilazione, precisamente con quelli contenuti in D. 41.2.5 di Paolo:

D. 41.2.5 (Paulus, 63 ad ed.): *Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, praedo es: aequae si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es.*

Betti ha pertanto concluso per l'interpolazione del paragrafo di Ulpiano inserito in D. 21.3.1.5, tenuto conto che «in un diritto così rispettoso dell'autonomia privata, com'è quello romano classico, non è lecito passar sopra alla volontà del privato, statuendo effetti giuridici che potrebbero derivare soltanto da un atto suo»<sup>224</sup>. A dar manforte a questa considerazione c'è la rilevanza che, nell'evolversi del tempo, la volontà delle parti tende sempre più a prendere campo piuttosto che a vederselo restringere. Si rammenti al riguardo che i privati ben potevano addivenire alla vendita del pegno (o persino anche di un'altra *res* in proprietà del debitore) a prescindere dal ricorso preventivo alla *lex commissoria*<sup>225</sup>. Ciò in virtù appunto dell'autonomia negoziale loro riconosciuta e della maggior rilevanza della finalità pratica dell'istituto, il reale

---

<sup>223</sup> E. BETTI, Sul carattere causale della *traditio* classica, in Studi in onore di Salvatore Riccobono, IV, Palermo 1936, pp. 118 ss.

<sup>224</sup> E. BETTI, Sul carattere causale, cit., pp. 118 ss.

<sup>225</sup> Cfr. *infra* §27.

soddisfacimento del creditore, rispetto ad un generico e rigoroso ossequio alle sue formalità tecniche.

Se sul ruolo delle volontà negoziali un siffatto trapasso di proprietà può trovare quindi giustificazione, è sull'effetto giuridico in sé che pare esserci ancora qualche riserva. Il punto cruciale ruota attorno alla possibilità di trasferimento della proprietà ricollegata al passaggio *sine vitio* del mero possesso, al di là dunque persino della classica ed informale *traditio* (tecnicamente intesa) che, ciononostante, era giuridicamente ritenuta idonea all'acquisto di proprietà piena sulle *res nec Mancipi* (e poi persino su quelle *Mancipi*, in virtù del tenore dell'utile *actio Publiciana*). Tuttavia è interessante riportare un appunto di De Francisci<sup>226</sup>, che azzarda l'ipotesi per la quale in origine la *traditio* dovesse essere vista come un acquisto del possesso, sulla falsariga ed in analogia con la *occupatio*<sup>227</sup> (la quale realizzava anch'essa l'effetto dell'acquisto della proprietà, seppur a titolo originario).

Tornando ai passi sopra riportati, diverso è, secondo Burdese<sup>228</sup>, il caso più generale prospettato in D. 21.3.1.5 da Ulpiano. Qui ad un acquisto di possesso non viziato – anche se comunque non c'è conferma circa la presenza della *voluntas domini*, purché accompagnata dall'esistenza di un valido rapporto causale – si ricollegano effetti giuridici analoghi, tramite il ricorso alle *exceptiones*, a quelli propri della *traditio* tipica. Quello che Betti considera un prodotto tardo, frutto di tendenze giustinianee, per Burdese pare esattamente in linea col consueto modo di procedere dei Romani, i quali non si sentirono mai avvinghiati a definizioni formali vincolanti, ma adattarono sempre e per quanto possibile le strutture giuridiche create in passato ai molteplici aspetti della realtà sociale presente, in continuo cambiamento: a questo stesso trattamento dovrebbe essere stata sottoposta pure la *traditio* che, non dimentichiamolo, ebbe già il privilegio di soppiantare le solennità proprie delle antiche procedure traslative.

Va da sé, e per concludere, che il *pactum commissorium* accessorio al negozio di pegno trasforma quest'ultimo nei suoi profili soddisfattori: il creditore pignoratizio potrà, a sua discrezione, data l'equivalenza fra le due, pretendere la restituzione del proprio

---

<sup>226</sup> V. DE FRANCISCI, Il trasferimento, cit., p. 140.

<sup>227</sup> V. DE FRANCISCI, Il trasferimento, cit., p. 140.

<sup>228</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 113 ss.

credito o trattarsi in proprietà l'oggetto ricevuto in pegno<sup>229</sup>. Dunque ciò che viene a modificarsi non è la funzione pignorizia, bensì il rapporto di credito da essa generato. Rapporto di credito che potrà, col rispetto dei presupposti di cui abbiamo dato conto, condurre ad un trasferimento atipico della proprietà di una *res* originariamente destinata ad altra finalità<sup>230</sup>.

Se si guarda alla natura del patto commissorio nella vendita, come nei due tipi di *iura in re aliena* garantistici, si riscontra dunque, come si è appena visto, un'idea di condizione sospensiva<sup>231</sup>. Nella vendita essa inerisce al sorgere delle obbligazioni reciproche delle parti; nel pegno, se le parti intesero considerare come avvenuto il trasferimento del pegno al creditore in caso di inadempimento del debitore, essa (condizione) inerisce al venire in esistenza della *iusta causa* giustificativa dell'effetto traslativo del complesso negozio. Mentre nella *fiducia cum creditore* la *lex commissoria* è elemento essenziale insito al negozio stesso, nel pegno essa appare come una struttura accessoria, ossia una pattuizione che, pur incidendo sulla struttura del negozio in maniera significativa, non cessa mai tuttavia di esserne elemento – appunto – accessorio o aggiunto.

La *lex commissoria*, se da un verso ottenne grande successo di utilizzo nella prassi, dall'altro non ebbe vita imperitura. Dopotutto, come si diceva, non rivestì mai un carattere essenziale del neonato istituto garantistico reale. La sua iniziale fortuna, con ogni probabilità, risedette nella capacità di 'concretizzare' la primitiva coazione meramente psicologica per l'efficacia reale del *pignus*.

Il divieto del patto commissorio fu imposto dall'imperatore Costantino che nel 320 emanò una legge in forma di editto (C. 8.34.3), conservata anche nel *Codex Theodosianus* (CTh. 3.2.1), la quale vietò la nullità del negozio costitutivo di pegno se fosse stato convenuto il patto mediante il quale creditore e debitore si accordavano nel senso che, in caso di inadempimento del debitore, il creditore di un bene dato in garanzia avrebbe acquistato la proprietà su di esso (*infirmari eam et in posterum omnem*

---

<sup>229</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 116 ss.

<sup>230</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 118.

<sup>231</sup> Cfr. *supra* §2.

*eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet)* pur restando salva la possibilità di un' *actio in personam* per il creditore (*creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt*).

La disposizione appena richiamata si presenta ai nostri occhi chiaramente come un intervento a favore del debitore al fine di mitigare l'asprezza di regime che derivava dall'impiego di tale clausola nella disciplina delle obbligazioni di pegno (*quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*)<sup>232</sup>. La vera *ratio* di tale divieto sembrerebbe essere stata allora quella di evitare che il creditore potesse rivalersi personalmente sulle cose in possesso del debitore senza ricorrere al giudice. Lo dimostra anche la terminologia usata nella costituzione: in particolare l'uso della parola «*captiones*», e dell'espressione «*commissoriae legis ... asperitas; si quis ... tali contractu laborat, hac sanctione respiret*». Quest'ultima formulazione volta a reprimere configurazione di abusi che avrebbero potuto spingere qualcuno «*per necessitatem promettere*», o a contrarre «*obpressum debito*».

Tale divieto fu accolto poi da Giustiniano (C. 8.34.3) e questo, da ultimo, potrebbe spiegare una serie di interpolazioni rintracciate sulla tradizione in argomento e facenti riferimento – ad esempio – ad espressioni del tipo «*iustu pretio*» come si legge in D. 20.1.16.9 (Marcianus, lib. sing. ad formulam hypoth.)<sup>233</sup> evidentemente assenti nel testo originario.

---

<sup>232</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 483.

<sup>233</sup> D. 20.1.16.9 (Marcianus, lib. sing. ad formulam hypoth.): *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

19. Ancora sull'impossibilità di qualificare in termini di proprietà la consegna della *res* oggetto di pegno in capo al creditore. Il *contrarius consensus*, da una testimonianza paolina.

S'è già detto – e ribadito in più occasioni – circa il carattere tipicamente ed esclusivamente possessorio dell'istituto del pegno che, d'altra parte, rende così anomala la permissione del cosiddetto *ius distrahendi* in capo al *non dominus*. Nelle fonti della compilazione giustiniana si ritrovano passi che, oltre a sancire e ribadire tale assunto, rafforzano il concetto: il soggetto non proprietario della *res* che intende alienare (per rivalersi sul prezzo che riuscirà poi ad ottenere) è legittimato alla vendita, ma questa rimane pur sempre condizionata sospensivamente al comportamento che decidesse di porre in essere il vero (e unico) *dominus*, debitore pignorante.

All'uopo possiamo richiamare due testimonianze: paolina la prima, rinvenibile in D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.), della quale tratteremo subito; pomponiana la seconda, posta in D. 46.3.26 (Pomponius, 35 ad Sab.), che prenderemo in considerazione più avanti<sup>234 235</sup>.

D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.): *Creditor quoque si pignus distraxit et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere: non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore ius recipiunt: sed in pristinam causam res redit resoluta venditione.*

In questo paragrafo uno del frammento paolino, tratto dal terzo libro delle sue Questioni, il giurista tardoclassico ragiona attorno al seguente caso: poniamo che un debitore abbia dato un pegno al proprio creditore in funzione di garanzia di quanto gli

---

<sup>234</sup> Cfr. *infra* §24.

<sup>235</sup> H. ANKUM, La XXXXV session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, in RIDA, 39 (1992), pp. 436-437.

dovrà e poniamo che si renda inadempiente a tal punto da indurre il secondo a vendere l'oggetto oppignorato ricevuto. Fin qui la fattispecie – desumibile dal combinato disposto della considerazione dell'epoca in cui Paolo operò e dell'incipit «*Creditor ... si pignus distraxit*» – è pacificamente prevedibile, inquadrabile sotto la disciplina pignoratoria in vigore già durante l'età classica. A questo punto però viene inserito un nuovo evento – che potremmo definire 'traumatico' – sulla fattispecie: per un motivo (*ex venditione recessum fuerit*) o per un altro (*vel homo redhibitus*) la vendita viene annullata. Nell'un caso si potrebbe ipotizzare un tardivo saldo debitorio oltre un termine (stabilito per l'adempimento) comunque da considerarsi non perentorio; mentre nell'altro una restituzione attraverso consegna (reale) a mano dello stesso schiavo pignorato che era stato, si può presumere, già venduto ad un terzo tramite accordo ad effetti (meramente) obbligatori<sup>236</sup>. Va da sé che se in quest'ultimo caso si fosse realizzata una vendita ad effetti reali, la tutela interdittale *in primis* e l'affidamento del terzo *in secundis* avrebbero reso più complessa (e probabilmente diversa) la soluzione della fattispecie.

Se la vendita della *res* oggetto di pegno viene annullata, Paolo sancisce categoricamente<sup>237</sup> che il «*dominium ad debitorem revertitur*».

A questa soluzione giuridica, estesa inoltre a chiunque abbia ottenuto il permesso di vendere i beni appartenenti ad un altro (*idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere*), fa seguito la *ratio* della stessa: nonostante l'avvenuto trasferimento di *dominium*, il diritto (*ius*) al medesimo rimarrebbe pur sempre in capo al *debitor* in quanto proprietario originario della *res*. Logico epilogo di questa situazione (cioè del caso di *resoluta venditione*) sarebbe dunque la rimessione in pristino dello stato di proprietà (*in pristinam causam res redit*).

Un siffatto risultato apparentemente paradossale (di «*paradoxes Ergebnis*» parla letteralmente Christoph Krampe<sup>238</sup>) è spiegabile – e doveva essere questo il pensiero di

---

<sup>236</sup> Sul dibattito circa il riferimento o meno all'*actio redhibitoria* – quindi alla restituzione dello schiavo per vizi materiali, anziché per *contrarius consensus* – deducibile dall'espressione *homo redhibitus* usata da Paolo in D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.), si vedano le posizioni di Wiegand, Wesel, Krampe e Flume richiamate *infra* in questo stesso paragrafo.

<sup>237</sup> C. KRAMPE, Die Rückabwicklung des Pfandverkaufs: D. 20, 6, 10 Paulus libro tertio Quaestionum, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 59 (1991), p. 33.

<sup>238</sup> C. KRAMPE, Die Rückabwicklung, cit., p. 35.

Paolo – scorgendo nella figura del creditore pignoratizio un richiamo, se non una vera sovrapposizione, alla posizione di *procurator*<sup>239</sup>. In altri termini, il creditore pignoratizio vende in nome del debitore pignorante una cosa (che rimane sempre, fino all'avvenuta effettiva vendita, in proprietà) del debitore pignorante: il primo è titolare di *ius distrahendi* e mai (con l'abbandono, legalmente sancito, del patto commissorio) di *dominium* (né di *in bonis habere*), che continua invece ad essere in capo appunto al secondo.

Ora, si può ancor più ragionevolmente comprendere il verificarsi di un simile evento 'traumatico' come causa di annullamento della vendita: la revoca della procura a vendere concessa al *creditor* dal *debitor* o, se si preferisce, la mancata ratifica di quest'ultimo alla vendita operata dal primo impediscono al negozio giuridico volto al trasferimento di proprietà di esplicare i suoi effetti.

In ogni caso la soluzione potrebbe essere anche altra: compratore e venditore potrebbero raggiungere un mutuo consenso nell'annullamento del contratto di vendita; o, ancora, lo schiavo venduto potrebbe essere restituito (attraverso l'*actio redhibitoria*) per un difetto materiale già esistente nella sua persona ma che abbia palesato in un momento successivo alla vendita<sup>240</sup>. Venendo meno la *iusta causa traditionis* del passaggio della *res* nelle mani del terzo compratore, conseguentemente la proprietà andrà a ricadere nuovamente sulla persona del precedente (unico) proprietario, il *debitor*.

Flume<sup>241</sup> critica una siffatta ricostruzione nella parte in cui si sostiene che anche la restituzione dello schiavo per vizi possa ripristinare la situazione proprietaria originaria. E lo fa portando a sostegno una prova apparentemente inconfutabile: lo stesso giurista classico del passo di cui si tratta, Paolo, in altra sua testimonianza sostiene che il vincolo nascente da pegno continua a sussistere benché lo schiavo sia stato oggetto di azione redibitoria («*Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus ...*») si

---

<sup>239</sup> C. KRAMPE, Die Rückabwicklung, cit., pp. 34-35. W. BUCKLAND, Le Constitut possessoire, *animus et corpus*, RHD, 4 (1925), p. 360.

<sup>240</sup> C. KRAMPE, Die Rückabwicklung, cit., p. 33. W. WIEGAND, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, in Juristische Schulung 1971, p. 62. U. WESEL, Zur dinglichen der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, in ZSS, 85 (1968) p. 123.

<sup>241</sup> W. FLUME, Die Aufhebungsabreden, cit., pp. 312 s.

legge in D. 21.1.43.8 Paulus, 1 ed. aedil. curul.)<sup>242</sup>. Ciò però porterebbe soltanto a concludere, a ben vedere, che quella (e soltanto quella) vendita s'è resa inefficace (per vizi occulti della schiavo, non denunciati o anche non conosciuti dal venditore), nulla vietando comunque che una successiva alienazione possa invero andare a buon fine nel rispetto dei doveri di informazione di colui che si appresta a vendere. Il pegno dunque continua a sussistere, tornando nel suo tipico alveo di coazione psicologica all'adempimento piuttosto che in quello di reale soddisfazione (già finalmente ottenuta) del credito.

Il contratto reale di pegno – si sa – non ha vita autonoma, nel senso che accede pur sempre ad un altro negozio giuridico in rapporto al quale si pone a garanzia. E per far sì che quest'ultima possa davvero trovare effettiva soddisfazione, l'ordinamento ha provveduto dapprima a permettere il cosiddetto *pactum commissorium* dopodiché, abolito legalmente questo, la vendita dell'oggetto oppignorato per rivalersi sull'ammontare ricavato restituendo l'eccedenza al precedente proprietario (che, si sottolinea ancora una volta, rimane sempre e soltanto il debitore pignorante).

Ora, questa seconda possibilità di soddisfazione creditoria può essere configurata attraverso un contratto consensuale di compravendita, stipulato dal creditore pignoratizio col terzo acquirente<sup>243</sup>.

Da qui è possibile ragionare attorno al concetto del *contrarius consensus* quale convenzione volta alla risoluzione dei contratti consensuali. Knütel<sup>244</sup>, nel suo lavoro sul tema, espone la tesi centrale secondo la quale la giurisprudenza romana classica avrebbe generalmente accolto la concezione del *contrarius consensus* come semplice patto di diritto onorario, diverso seppur affiancato a quello di diritto civile conosciuto sotto l'espressione *pactum de non petendo*. Il discrimine fra i due sarebbe il grado

---

<sup>242</sup> R. LEDERLE, *Mortuus redhibetur*. Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht, in *Schriften zur Rechtsgeschichte*, 28 (Berlin 1983), p. 52. W. FLUME, *Die Aufhebungsabreden*, cit., p. 313.

<sup>243</sup> Essendo, quello del creditore pignoratizio un possesso anomalo, la realizzazione di un negozio (direttamente) traslativo della proprietà non potrebbe essere fatto in via autonoma, dovendo infatti questi dare (come tutti i venditori) garanzia per l'evizione da un lato ed esplicita notizia (in quanto creditore pignoratizio) della sua posizione di possessore fornito di *ius distrahendi*.

<sup>244</sup> R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht, Köln 1968, pp. 102-119; su cui A. BURDESE, "Contrarius consensus" (recensione a R. Knütel, *Contrarius consensus*. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht), in *INDEX*, 2 (1971), p. 343.

estensivo della loro applicazione: risoluzione di una sola obbligazione, il secondo; risoluzione dell'intero rapporto contrattuale, il primo.

L'autonomia della rilevanza del *contrarius consensus* indipendentemente dalla necessità di ricorrere all'*exceptio pacti* (riconosciuta ai *bonae fidei iudicia* che si instaurano sulla base dei contratti consensuali) sarebbe già stata riconosciuta dalla giurisprudenza classica<sup>245</sup>. In epoca successiva si sarebbe poi inquadrato il regime sotto quello del *contrarius actus*, riconoscendo quindi piena operatività *iure civili* al contrario consenso nella risoluzione dei contratti consensuali<sup>246</sup>. La *bona fides* e l'*aequitas* giocano qui indubbiamente un ruolo determinante<sup>247</sup>.

Knütel prende in considerazione – seppur in maniera rapida – il passo di cui stiamo trattando (D. 21.6.10.1) sotto il profilo della *res integra* in tema di *emptio-venditio*<sup>248</sup>, rilevando in questo ambito per lo scopo di realizzazione al meglio del criterio della *bona fides*. L'autore mostra come non si avrebbe più *res integra* per via del suo perimento fortuito<sup>249</sup>, mentre la si avrebbe a seguito di prestazione di un fideiussore<sup>250</sup> o di un'arra<sup>251</sup>; infine, la si potrebbe invece ristabilire per comune accordo delle parti restituendo quanto già eventualmente l'una avrebbe prestato all'altra. Ed è proprio quest'ultimo il caso che ritroviamo espresso da Paolo in D. 21.6.10.1.

Per Knütel la *res integra* avrebbe sempre (quantomeno dal primo diritto classico in avanti) rivestito il ruolo di requisito necessario per la risoluzione del contratto consensuale: se dapprincipio questo fu oggetto di valutazione meramente formale (in virtù dell'inerenza dell'*exceptio pacti*, la quale aveva ovviamente un senso se resa opponibile ad un credito che non si rivelasse in pratica già estinto), nel diritto classico avanzato si sarebbe trasformata in un confronto necessario di stampo economico. La *bona fides* rendeva infatti doverosa un'equivalenza fra sofferenza e benefici di tutte le parti in gioco, non ammettendo quindi di contro che da una convenzione volta alla

---

<sup>245</sup> A. BURDESE, “*Contrarius consensus*”, cit., pp. 341-342; M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, cit., pp. 537 s.; IDEM, *Das römische Privatrecht II*, cit., pp. 202 s.

<sup>246</sup> A. BURDESE, “*Contrarius consensus*”, cit., p. 342.

<sup>247</sup> C. KRAMPE, *Die Rückabwicklung*, cit., p. 36. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pp. 102-119.

<sup>248</sup> R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pp. 23-60.

<sup>249</sup> D. 18.5.5.1 (Iulianus, 15 digest.).

<sup>250</sup> D. 18.5.3 (Paulus, 33 ad ed.) e D. 46.3.95.12 (Papinianus, 28 quaest.).

<sup>251</sup> D. 19.1.11.6 (Ulpianus, 32 ad ed.); purché non a titolo di pagamento parziale (C. 4.45.2 Diocl. Et Max. a. 293).

risoluzione di un contratto sinallagmatico ne scaturisca solo per una parte il vantaggio di essere liberata dal vincolo, mentre l'altra seguita ad essere vincolata allo stesso e obbligata quindi ad eseguire una prestazione senza più contropartita<sup>252</sup>.

Guarino – dopo aver esposto sinteticamente le posizioni dottrinali ricostruttive sul tema del *contrarius consensus* fra diritto classico e diritto postclassico<sup>253</sup> – mostra di apprezzare e condividere l'analisi condotta da Knütel sui testi relativi al cosiddetto *pactum ut abeat* riferiti alla possibilità di 'sciogliersi dal vincolo' creato col contratto di *emptio-venditio*<sup>254</sup>. Meno convincente invece, a suo parere, pare l'esclusione (in età classica) dell'ambito applicativo del *contrarius consensus* con riferimento ai contratti di *societas* e *mandatum* (e relative argomentazioni addotte da Knütel)<sup>255</sup>: testi classici quali quelli rinvenibili in I. 3.29.4<sup>256</sup>, D. 2.14.58 (Neratius, 3 membr.)<sup>257</sup>, D. 41.2.8 (Paulus, 65 ad ed.)<sup>258</sup>, D. 41.2.46 (Papinianus, 43 quaest.)<sup>259</sup>, D. 46.3.80 (Pomponius, 4 ad Q. Muc.)<sup>260</sup>, D. 50.17.35 (Ulpianus, 48 ad Sab.)<sup>261</sup> e D. 50.17.153 (Paulus, 65 ad

---

<sup>252</sup> A. BURDESE, "Contrarius consensus", cit., p. 344.

<sup>253</sup> A. GUARINO, Per la storia del "contrarius consensus", in Labeo, 14 (1968), pp. 272-273. Due in particolare sono gli orientamenti a cui si fa riferimento: quello di Siber (H. SIBER, *Contrarius consensus*, in ZSS, 42 (1921), pp. 68 ss.), Grosso (G. GROSSO, Il sistema romano, cit., pp. 106 ss.), ma anche Biondi (B. BIONDI, Istituzioni di diritto romano, Milano 1965, pp. 428 s.), secondo cui l'inquadramento del *contrarius consensus* quale *contrarius actus* nelle convenzioni consensuali sarebbe stata una soluzione tipica ed esclusiva dell'epoca classica; e quello di Stoll (H. STOLL, Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses in römisches Recht, in ZSS, 44, 1924, pp. 1 ss.), poi ripresa anche da Burdese (A. BURDESE, Manuale di diritto privato romano, cit., pp. 673 s.), quindi condivisa e in un certo senso temperata da Knütel (R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pp. 19, 70 ss., 116 ss., 120 ss., 124 ss., 132 ss.), riguardo alla quale il diritto romano classico mancò sì di una concezione unitaria e sistematica del *contrarius consensus*, tuttavia ne parlò rispetto alla possibilità dell'estinzione di un contratto di compravendita (e solo in diritto postclassico questo regime fu poi ritenuto applicabile a tutti i contratti consensuali).

<sup>254</sup> A. GUARINO, Per la storia, cit., p. 274.

<sup>255</sup> A. GUARINO, Per la storia, cit., pp. 275-276.

<sup>256</sup> I. 3.29.4: *Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. nam si Titius et Seius inter se consenserunt ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.*

<sup>257</sup> D. 2.14.58 (Neratius, 3 membr.): *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integri omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est ...*

<sup>258</sup> D. 41.2.8 (Paulus, 65 ad ed.): *Quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

<sup>259</sup> D. 41.2.46 (Papinianus, 43 quaest.): *... ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.*

<sup>260</sup> D. 46.3.80 (Pomponius, 4 ad Q. Muc.): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet ... Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

ed.)<sup>262</sup> dovrebbero essere bastevoli a confermare in generale la possibilità di risoluzione per *contrarius consensus* di tutti i contratti consensuali.

Per dirla con una parafrasi del ragionamento di Grosso<sup>263</sup>, i contratti consensuali si sciolgono per *contrarius consensus* così come gli stessi nascono per *mutuus consensus*. Questo è un principio di derivazione dalla legge di simmetria applicato fin dall'epoca classica per ottenere la risoluzione convenzionale di un obbligo<sup>264</sup>.

Parte della pandettistica<sup>265</sup> ha sostenuto l'efficacia *ex tunc* del *contrarius consensus*, tuttavia nelle fonti troviamo molto spesso espressioni – quali *recedere*<sup>266</sup>, *discedere ab*<sup>267</sup>, *solvere*<sup>268</sup>, *dissolvere*<sup>269</sup>, *resolvere*<sup>270</sup>, *tollere*<sup>271</sup>, *abire ab*<sup>272</sup> – che fanno propendere piuttosto per l'opposta soluzione: vale a dire per un effetto specificamente *ex nunc* sulla (estinzione della) convenzione consensuale in oggetto<sup>273</sup>, da far valere anche in sede di *actio* e non solo di *exceptio*<sup>274</sup>.

---

<sup>261</sup> D. 50.17.35 (Ulpianus, 48 ad Sab.): *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*

<sup>262</sup> D. 50.17.153 (Paulus, 65 ad ed.): *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

<sup>263</sup> G. GROSSO, L'efficacia dei patti nei *bonae fidei iudicia*, in Studi Urbinati, IV, 1927, p. 49.

<sup>264</sup> G. GROSSO, L'efficacia dei patti, cit., p. 49.

<sup>265</sup> In primis K. CZYHLARZ, Zur Lehre von der Risolutivbedingung, Prag 1871, pp. 31 ss.

<sup>266</sup> D. 2.14.7.6 (Ulpianus, 4 ad ed.); D. 2.14.58 (Neratius, 3 membr.); D. 18.1.72 (Papinianus, 10 quaest.); D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.); C. 4.45.1 (Gord. Licinio Rufino, a. ?).

<sup>267</sup> D. 2.14.58 (Neratius, 3 membr.); D. 4.2.21.4 (Paulus, 11 ad ed.); D. 18.5.2 (Pomponius, 24 ad Sab.); D. 18.5.5 (Iulianus, 15 digest.); D. 18.5.7.1 (Paulus, 5 quaest.); D. 20.6.10 pr. (Paulus, 3 quaest.); D. 46.3.95.12 (Papinianus, 28 quaest.).

<sup>268</sup> D. 17.2.65.3 (Paulus, 32 ad ed.); D. 46.3.80 (Pomponius, 4 ad Q. Muc.).

<sup>269</sup> I. 3.29.4; D. 2.14.7.6 (Ulpianus, 4 ad ed.); D. 18.5.5.1 (Iulianus, 15 digest.); D. 46.3.80 (Pomponius, 4 ad Q. Muc.); D. 46.3.95.4 (Papinianus, 28 quaest.); D. 50.17.35 (Ulpianus, 48 ad Sab.); C. 4.45.1 (Gord. Licinio Rufino, a. ?); C. 4.45.2 (Diocl. et Max., a. 293).

<sup>270</sup> D. 2.14.58 (Neratius, 3 membr.); D. 12.6.23 pr. (Ulpianus, 43 ad Sab.); D. 18.5.3 (Paulus, 33 ad ed.); D. 18.5.4 (Paulus, notum ad Iuliani 8 digest.); D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.); C. 4.45.1 (Gord. Licinio Rufino, a. ?).

<sup>271</sup> D. 2.14.7.6 (Ulpianus, 4 ad ed.); D. 2.14.27.2 (Paulus, 3 ad ed.); D. 50.17.35 (Ulpianus, 48 ad Sab.).

<sup>272</sup> D. 2.14.7.6 (Ulpianus, 4 ad ed.); D. 18.1.6.2 (Pomponius, 9 ad Sab.); D. 18.5.1 (Pomponius, 15 ad Sab.).

<sup>273</sup> A. GUARINO, Per la storia, cit., pp. 276-278. È vero che Guarino stesso fa notare come nella costituzione gordiana C. 4.45.1 (a. ?) si parli anche di *retro agere*, tuttavia ciò è in riferimento alla rimessione in pristino della *res integra*, dopo l'alterazione subita dalla *traditio* della cosa venduta.

<sup>274</sup> A. GUARINO, Per la storia, cit., pp. 277-278 e 280. A dire il vero, questa estensione di applicazione anche in sede di *actio* non appare comunque così decisiva, dal momento che solitamente l'interesse di una parte a far rilevare l'invalidità di un contratto eliminato di comune accordo emerge soltanto quando l'altra parte, smentendo la mutua convenzione di scioglimento dello stesso, decide di agire in giudizio per chiedere la controprestazione.

Di particolare effetto è la frase conclusiva che Guarino scrive in calce alla sua dissertazione sul *contrarius consensus*: «La storia del *contrarius consensus* è uno dei tanti capitoli della storia di una giurisprudenza, quella preclassica e classica, che rispettava i principi, ma era anche estremamente sensibile alle opportunità della prassi»<sup>275</sup>. Ancora una volta constatiamo l'influenza decisiva delle soluzioni di vita concrete allo sviluppo di istituti giuridici romani.

Il diritto di pegno spettante al creditore pignoratizio – per riprendere ora il discorso d'esordio di questo paragrafo – non ha (e mai ha avuto) la potenzialità giuridica *in re ipsa* per privare il proprietario del *dominium* (ma anche dell'*in bonis habere* e persino del possesso in buona fede) sopra una sua *res*. La linea di demarcazione tra facoltà di vendita e trasferimento della proprietà rimase sempre netta, ammettendo soltanto – se vogliamo – un'alienazione mediata per *iusta causa*<sup>276</sup> nelle mani del creditore pignoratizio ancora insoddisfatto.

Interessante, ora, è riportare uno studio di Weimar<sup>277</sup>, il quale ragiona attorno alla capacità giuridicamente riconosciuta ad una mera *traditio* di trasferire, alle volte, persino la proprietà quiritaria. Egli ricorda subito che essa avrebbe potuto accontentarsi, e questo già per il *ius civile*, di un trasferimento manuale informale tramite *usucapio*.

Ma le eccezioni non si esaurivano certo entro quest'unica eventualità.

Il pretore infatti, nell'ambito del suo *ius honorarium*, intervenne a sua volta a difesa di una siffatta carenza di formalità e in maniera più generalizzata: attraverso l'*actio* utile *Publiciana* e l'*exceptio rei vendite et tradite*, entrambe a tutela del proprietario bonitario, venne data facoltà alla mera *traditio* di porre in essere negli effetti un pieno trasferimento di proprietà, di qualsiasi proprietà, la più completa.

Weimar è dell'opinione che il creditore pignoratizio nel caso della vendita dell'oggetto ricevuto in pegno non potrebbe, tuttavia, fornire di proprietà quiritaria il terzo compratore. È questo il tenore delle parole di cui fa uso: «Im folgenden soll

---

<sup>275</sup> A. GUARINO, Per la storia, cit., p. 280.

<sup>276</sup> Estrinsecantesi in un (ulteriore) accordo fra le parti, esplicito prima e implicito in seguito.

<sup>277</sup> P. WEIMAR, Zum Eigentumsübergang, cit., pp. 553 ss.

dargelegt werden, dass der Pfandgläubiger in den Fällen des Pfandverkaufs dem Käufer das quiritische Eigentum nicht verschaffen konnte»<sup>278</sup>. A sostenere questo assunto richiama proprio il frammento paolino di cui abbiamo parlato sin d'ora: D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.).

Il giurista tardo classico, riportando ivi l'opinione secondo la quale la proprietà dei beni pignorati oggetto di successivo contratto di vendita fra creditore pignoratizio e terzo compratore, dunque venduti, ritorna (*revertitur*) in capo al debitore pignorante e ciò in virtù del fatto che il *dominium* ricade su un'abrogazione dello stesso contratto di vendita, sembrerebbe a prima vista confermare l'impossibilità di un trasferimento della proprietà quiritaria per il tramite di questa via.

Tuttavia, la ragione di questa 'ricaduta' non è da attribuire direttamente e specificamente al mero possesso ottenuto dal terzo acquirente attraverso l'azione del creditore pignoratizio, bensì l'annullamento del contratto di acquisto posto in essere fra i due. Annullamento che avveniva di per sé e il cui scopo era quello di ripristinare la precedente situazione giuridica, come Paolo stesso ha premura di renderci edotti: *in pristinam causam res redit*. Il ritorno d'altronde – concettualmente racchiuso nel significato del verbo *revertitur* – presuppone una precedente fase di 'andata': quindi la proprietà, salvo l'emersione dell'evento 'traumatico' di cui abbiamo parlato, può ben essere trasferita per questa via.

La decisione del caso verte, dunque, su questo aspetto giuridico e non certo sulla natura dei beni acquisiti e poi persi: ciò permette al frammento di mantenere una sua validità pur con riferimento alla generica proprietà bonitaria<sup>279</sup>, passibile poi di tutela pretoria e infine, grazie a questa, suscettibile di conversione a piena proprietà quiritaria (dall'*in bonis habere* al *dominium ex iure Quiritium*).

Ciò che Paolo ci dice, in definitiva, è che in ogni caso – a prescindere cioè dalla tipologia di *res* oggetto di trasferimento mediato, in virtù della titolarità del *ius distrahendi* riconosciuto dall'ordinamento – la proprietà (il *dominium ex iure Quiritium*) passa dal debitore pignorante al terzo acquirente, e mai (abolita la *lex commissoria*) dal primo al creditore pignoratizio e poi da questi al terzo.

---

<sup>278</sup> P. WEIMAR, *Zum Eigentumsübergang*, cit., pp. 553 ss.

<sup>279</sup> P. WEIMAR, *Zum Eigentumsübergang*, cit., pp. 555-556.

Gli effetti essenziali riconducibili alla vendita pignoratizia messa in atto dal creditore pignoratizio si estrinsecano in un trasferimento di proprietà (trattasi, infatti, di autentico atto traslativo)<sup>280</sup> con la particolarità decisiva però di vedere nella fattispecie tre soggetti coinvolti<sup>281</sup>, ciascuno indispensabile per la realizzazione della fattispecie e la produzione dei conseguenti effetti giuridici.

## 20. Il trasferimento sempre e soltanto del mero possesso in Fiorentino.

Il tratto peculiare del pegno – nella doppia veste di *ius in re aliena* e di contratto reale – quale istituto giuridico tipicamente possessorio lo troviamo indicato in maniera esplicita in questa concisa affermazione di Fiorentino:

D. 13.7.35.1 (Florentinus, 8 inst.): *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.*

Il pegno trasferisce al creditore il solo possesso della cosa che egli riceve (*solam possessionem transfert ad creditorem*)<sup>282</sup>, restando salva in capo al debitore-*dominus* la proprietà della stessa (*manente proprietate debitoris*)<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> E la testimonianza delle fonti al riguardo è unanime: Gai. 2.64, D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.), D. 41.1.46 (Ulpianus, 65 ad ed.), D. 13.7.4 (Ulpianus, 41 ad Sab.), D. 20.5.6 (Modestinus, 8 reg.), C. 8.27(28).13 (Diocl. et Max. et Theod., a. 293), C. 8.27(28).15 (Diocl. et Max. et Avian., a. 294).

<sup>281</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 165-167.

<sup>282</sup> La tradizione compilatoria sul trasferimento possessorio a favore del creditore pignoratizio è vasta: si vedano altresì D. 13.7.9.2 (Ulpianus, 28 ad ed.); D. 13.7.22.2-3 (Ulpianus, 30 ad ed.); D. 13.7.28 pr. (Iulianus, 11 dig.); D. 13.7.37 (Paulus, 5 ad Plaut.); D. 13.7.40 pr. (Papinianus, 3 resp.); D. 13.7.40.2 (Papinianus, 3 resp.); D. 20.5.13 (Paulus, 1 decret.); D. 29.2.88 (Paulus, 1 quaest.); D. 41.1.37 (Iulianus, 44 dig.); D. 41.2.40 (Africanus, 7 quaest.); D. 41.3.33.6 (Iulianus, 44 dig.); D. 42.8.13 (Paulus, 68 ad ed.).

Ciò sta a significare anche che i debitori, che abbiano deciso di garantire ‘realmente’ i propri creditori, non potranno presentarsi dinanzi a questi (e all’ordinamento giuridico) quali acquirenti delle proprie cose: *debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit* (D. 13.7.40 pr.: Papinianus, 3 resp.)<sup>284</sup>.

L’invalidità di acquistare una propria cosa (*emptio suae rei*) data in pegno è confermata anche dal dettato di D. 18.1.39 pr. (Iulianus, 15 dig.)<sup>285</sup>.

Le cose date in pegno rimangono dunque in proprietà del debitore-*dominus*, come ci attestano altresì: D. 20.5.12 pr. (Tryphoninus, 6 disp.)<sup>286</sup> e C. 4.24.9 (Dioecl. et Max., a. 293)<sup>287</sup>.

Il passo di Fiorentino (D. 13.7.35.1) però prosegue nel suo dettato testuale, ammettendo una più estesa fruibilità in capo al debitore-*dominus* (momentaneamente) spossessato. Florentinus pare tramandarci che: «*potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti*», cioè che, nonostante la proprietà non passi dall’uno all’altro dei due soggetti coinvolti, il debitore può usare la sua cosa a titolo di precario o per conduzione<sup>288</sup>.

‘Pare’ perché sono state avanzate ipotesi di interpolazioni su questa seconda parte del frammento raccolto in D. 13.7.35.1. Perozzi, per esempio, ha sostenuto la tesi secondo la quale il finale «*potest ... uti*» non sarebbe genuino<sup>289</sup>; contrariamente ad Albanese<sup>290</sup> e Longo (Carlo)<sup>291</sup> che propendono invece per la purezza dell’intero testo, che quindi avrebbe sempre trattato del *pignus* e mai della *fiducia*.

---

Confronta sul punto G. NICOSIA, La pretesa *possessio* del sequestratario, *Cunabula iuris*. Studi storico giuridici per G. Brogini, Milano 2002, pp. 286 s.

<sup>283</sup> P. APHATY, *Iul. D. 13.7.29. Verpfändung durch einen Nichteigentümer*, in IURA, 35 (1984), pp. 6 s.

<sup>284</sup> F. CUENA BOY, *Emptio suae rei: los casos de D. 19.1.29 y D. 17.1.22.3*, in BIDR, 91 (1988), pp. 686-687.

<sup>285</sup> D. 18.1.39 pr. (Iulianus, 15 digest.): *Si debitor rem pigneratam a creditore redemerit, quasi suae rei emptor actione ex vendito non tenetur et omnia in integro sunt creditoribus*. Anche se l’attribuzione di questo testo per il pegno o la *fiducia* è stato oggetto di discussione: cfr. C. RUSSO RUGGERI, ‘*Suae rei emptio consistere non potest*’, in: *Sodalitas*, Scritti in onore di Antonio Guarino, VI, Napoli 1984, pp. 2853 s.

<sup>286</sup> D. 20.5.12 pr. (Tryphoninus, 6 disp.): *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris*.

<sup>287</sup> C. 4.24.9 (Dioecl. et Max., a. 293): *Pignus in bonis debitoris permanere in dubium non venit ...*

<sup>288</sup> Cfr. M. KASER, *Besitzpfand und “besitzloses” Pfand*, in SDHI, 45 (1979), pp. 48 s.

<sup>289</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma 1928, p. 291.

<sup>290</sup> B. ALBANESE, *Conductio suae rei*, in BIDR, 62 (1959), p. 125 ss. e in particolare p. 146.

<sup>291</sup> C. LONGO, *Corso di diritto romano – La locazione conduzione*, Pavia 1920-1921, p. 83.

L'imbarazzo di mettere in discussione il passo è causato anche dal fatto che questo D. 13.7.35.1 ulpiano è uno dei rarissimi casi presenti nella compilazione – assieme a D. 2.8.15.2 (Macer libro primo de appellationibus) e C. 8.27.2 (Alex. Sev., a. 223) – ad inquadrare certamente un *precarium suae rei*<sup>292</sup>.

Ancora, Scherillo<sup>293</sup> e in particolar modo Ciapessoni<sup>294</sup> appaiono scettici sul godimento a precario (e sulla validità della conduzione) della cosa propria da riconoscersi già in epoca classica, epoca di attività del giurista Fiorentino (sotto i Severi).

Facendo leva sulle perplessità di Ciapessoni, anche Silva taccia di impurità il passo fiorentino da «*potest tamen*» sino alla fine, affermando che in esso i postclassici avrebbero sovrapposto alla figura del pegno dato a precario ciò che originariamente era riferito al precario sulla cosa fiduciata<sup>295</sup>.

A favore di un'autenticità classica è invece Longo, secondo il quale la genuinità del frammento racchiuso in D. 13.7.35.1 sarebbe pressoché integrale e ciò indurrebbe a considerare la configurazione giuridica di un precario di detenzione ben prima dell'epoca dei compilatori. In questo assunto critica Ciapessoni, ritenendo che quest'ultimo faccia dire al passo in esame più di quanto abbia in realtà voluto esprimere il giurista classico, autore dello stesso<sup>296</sup>.

Zamorani, in un lavoro specificamente dedicato alla figura del precario, si propone di ricostruire l'esatta collocazione dello stesso nel sistema della compilazione, propendendo per una posizione giuridica che sarebbe quella propria degli atti di liberalità<sup>297</sup>. Tuttavia, con riferimento all'istituto del *precarium*, tale liberalità appare come revocabile, in ogni tempo. Questa sua caratteristica, che lo distingue nettamente dalla figura della donazione – «*Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit*

---

<sup>292</sup> M. KASER, Zur Geschichte des *precarium*, in ZSS, 89 (1972), p. 143.

<sup>293</sup> G. SCHERILLO, Locazione e precario, estratto da RIL, 62 (1929), p. 9.

<sup>294</sup> P. CIAPESSONI, Il precarista detentore, estratto da Atti del I Congr. naz. di studi romani, Roma 1928, p. 8.

<sup>295</sup> V. SILVA, Precario con possesso e precario con detenzione, in SDHI, 6 (1940), p. 250.

<sup>296</sup> G. LONGO, Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria, in SDHI, 45 (1979), pp. 104-106.

<sup>297</sup> P. ZAMORANI, «*Precario habere*», Milano 1969, pp. 189-281.

*precarium solvere*» si legge, infatti, in D. 43.26.1.2 (Ulpianus, 1 inst.) –, fa sì che non si possa escludere un suo inquadramento entro la cerchia dei contratti<sup>298</sup>.

Vi sono da segnalare, comunque, le varie contraddizioni presenti all'interno delle fonti giustiniane con riferimento al *precarium* di pegno: si passa da una validità ammessa ad una esclusione testuale, spesso ricondotta al principio «*precarium suae rei consistere non potest*»<sup>299</sup>. Questo rilievo, per noi, è di una certa rilevanza dal momento che la prima parte del frammento fiorentino attesta esplicitamente (*manente proprietate debitoris*) la permanenza della proprietà in capo al debitore-*dominus*.

La contraddizione insita nella configurazione del precario di pegno ruota attorno alla datazione del principio, di cui poco sopra s'è dato conto. La parte di dottrina che lo riferisce già al diritto classico ritiene d'origine giustiniana i passi alla formulazione di esso difformi: la spiegazione più semplice sarebbe quella di un'avvenuta meccanica sostituzione della figura pignoratizia con quella fiduciaria. Zamorani però non accoglie tale interpretazione, innanzitutto rilevando come un certo numero di frammenti inerenti il *precarium* di pegno (da escludere dunque un originario riferimento alla *fiducia*) siano certamente genuini<sup>300</sup>: è il caso dei testi contenuti in D. 2.8.15.2 (Macer, 1 de appellationibus)<sup>301</sup>, in D. 13.7.35.1 (Florentinus, 8 institut.) di cui ci stiamo occupando e in C. 8.27.2 (Alex. Sev., a. 223)<sup>302</sup>.

Di contro<sup>303</sup> c'è da ammettere che il principio «*precarium suae rei consistere non potest*» compare anche in testi largamente interpolati<sup>304</sup>.

---

<sup>298</sup> G. PROVERA, “*Precario habere*” (recensione a P. Zamorani, “*Precario habere*”, Milano 1969), in INDEX, 1 (1970), p. 386.

<sup>299</sup> Cfr. *infra* in questo stesso paragrafo.

<sup>300</sup> Sull'argomento anche M. KASER, *Besitzpfand*, cit., p. 44 nt. 157 e p. 47 nt. 165.

<sup>301</sup> D. 2.8.15.2 (Macer libro primo de appellationibus): *Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam.*

<sup>302</sup> C. 8.27.2: *Imp. Alex. Sev. A. Maximo. Creditor, qui hypothecae seu pignori rem sibi nexam vendiderit, rem litigiosam non videtur vendere, quia precario debitor possidet.* <A 223 PP. XII K. OCT. MAXIMO II ET AELIANO CONSS.>

<sup>303</sup> P. ZAMORANI, “*Precario habere*”, cit., pp. 189-281; su cui G. PROVERA, “*Precario habere*”, cit., p. 388.

<sup>304</sup> Cfr. D. 41.2.40.3 (Africanus, 7 quaest.): *Si servum meum bonae fidei emptori clam abduxerim, respondit non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione neque conductione suae rei dominum teneri et non posse causam clandestinae possessionis ab his duabus causis separari.*  
Cfr. D. 50.17.45 pr. (Ulpianus, 30 ad ed.): *Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.*

L'apparente disarmonia di contenuto giuridico si arricchisce di un ulteriore elemento nel rilievo che i compilatori giustiniani hanno conservato altresì alcuni passi in cui è ammessa la validità del *precarium* di pegno – in D. 24.1.32.5 (Ulpianus, 33 ad Sab.)<sup>305</sup>, in D. 41.2.36 (Iulianus, 13 digest.)<sup>306</sup>, in D. 13.7.29 (Iulianus, 44 digest.)<sup>307</sup>, in D. 41.3.33.5 (Iulianus, 44 digest.)<sup>308</sup> – frammenti, questi tutti, che concernono ipotesi in cui il precarista riceve in concessione beni di cui – giustamente – non è proprietario. Queste testimonianze dunque non contrastano col principio «*precarium suae rei consistere non potest*», il quale sembra anzi potersi adeguare perfettamente alla nuova configurazione del *precarium* come atto di liberalità che, evidentemente, non può avere in oggetto *res* già in proprietà del destinatario dello stesso<sup>309</sup>.

Dalla diversa sistemazione del precario nelle varie epoche storiche del diritto romano deriverebbe, secondo dunque Zamorani<sup>310</sup>, una soluzione variabile in ordine all'ammissibilità o meno del *precarium suae rei*. In particolare, il *precarium suae rei* troverebbe una negazione da parte dei compilatori di Giustiniano, non potendo essi ammettere – per mancanza di causa negoziale – una *liberalitas* su di una *res* (già) propria. Delle ipotesi considerate nelle fonti di precario concesso dal creditore pignoratizio in favore del debitore (e delle altre che vengono in considerazione a proposito della questione del *precarium suae rei*), alcune concernerebbero

---

Cfr. D. 43.26.4.3 (Ulpianus, 71 ad ed.): *Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario idcirco, quia receptum est rei suae precarium non esse.*

Cfr. D. 16.3.15 (Iulianus, 13 digest.): *Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.*

<sup>305</sup> D. 24.1.32.5 (Ulpianus, 33 ad Sab.): *Si maritus ea quae donaverit pignori dederit, utique eum paenituisse dicemus, licet dominium retinuit. Quid tamen, si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? Finge in possessionem precariam mulierem remansisse paratamque esse satisfacere creditori. Dicendum est donationem valere: nam si ab initio ei rem obligatam hoc animo donasset, dicerem vim habere donationem, ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem: quin immo et si satisfecisset, potuisset eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones.*

<sup>306</sup> D. 41.2.36 (Iulianus, 13 digest.): *Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere. Sed et si eundem precario rogaverit, aequè per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.*

<sup>307</sup> D. 13.7.29 (Iulianus, 44 digest.): *Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinet "desinit" pignus esse et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur.*

<sup>308</sup> D. 41.3.33.5 (Iulianus, 44 digest.): *Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignorantem tuam esse, desino usucapere, quia non intellegitur quis suae rei pignus contrahere. At si nuda conventionem pignus contractum fuerit, nihilo minus usucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.*

<sup>309</sup> G. PROVERA, "Precario habere", cit., p. 387-388.

<sup>310</sup> P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit., pp. 183 ss.

esplicitamente fattispecie in cui il precarista non era proprietario (D. 24.1.32.5, D. 41.2.36, D. 13.7.29 e D. 41.3.33.5)<sup>311</sup>; mentre le altre, sempre per diritto della compilazione, andrebbero ‘salvate’ interpretandole restrittivamente, cioè nel senso di sottintendere la qualifica di non proprietario del precarista<sup>312</sup>.

Diversamente accadeva in epoca classica, nella quale il *precarium suae rei*, secondo Zamorani, era certamente ammesso nelle ipotesi in cui era possibile possedere con vizio la cosa propria e cioè quando il precario fosse concesso dal creditore pignoratorio (o anche dal possessore di buona fede)<sup>313</sup>. La tradizione contenuta in D. 43.26.6.4 (Ulpianus, 71 ad ed.) ragiona proprio su questo: «*Quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit*». Questione, questa, già risolta in siffatti termini da Ulpiano: «*Mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis*». Sempre secondo Zamorani, la motivazione (ulpiana) di questa soluzione – «*cum possessionis rogetur, non proprietatis*» – sarebbe senza alcun dubbio da attribuire all’opera di un glossatore postclassico, dal momento che solo in quell’epoca sarebbe stato configurabile un *precarium possessionis*. Tale ragionamento è riveduto da Provera, il quale è del parere che l’autore del passo (Ulpiano appunto) abbia lui stesso optato per una tale soluzione giuridica – dunque ammettendo la validità del *precarium suae rei* – giustificata da un calcolo di utilità per il debitore pignorante il quale, grazie alla concessione in precario della sua *res*, ne riacquistava il possesso col consenso del creditore. Sarebbe innegabile infatti, qui, un evidente vantaggio per il precarista, sufficiente a dare ragione della stipulazione di un accordo di tal fatta<sup>314</sup>.

Qui emerge un paio di rilievi interessanti, che meritano una – seppur breve e concisa – riflessione.

Dà rilevare innanzitutto l’importanza del consenso e quindi dell’ampia autonomia negoziale riconosciuta da parte dell’ordinamento giuridico romano alle parti coinvolte<sup>315</sup>. *In secundis* è significativo il richiamo all’*utilitas* (giustificatrice di una

---

<sup>311</sup> Come appena *supra* riportate.

<sup>312</sup> M. MARRONE, “*Precario habere*” e “*precarium*” (recensione a P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969), in *Labeo*, 17 (1971), p. 209.

<sup>313</sup> P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit., pp. 189-281; su cui G. PROVERA, “*Precario habere*”, cit., pp. 387-389.

<sup>314</sup> G. PROVERA, “*Precario habere*”, cit., pp. 387-389.

<sup>315</sup> Cfr. *infra* §25. Cfr. *infra* §26.

stipulazione negoziale). Carlo Longo<sup>316</sup> scrive: «La dottrina più ragionevole, in astratto, e la più conforme alle fonti, in concreto, dice: per principio la conduzione della cosa propria da parte del domino ... è nulla, perché egli si fa promettere un godimento che già gli spetta ..., cioè una prestazione priva per lui di interesse giuridico. Ma può avvenire che al proprietario manchi in atto la facoltà di godere ...: in questo caso, ha un senso e presenta un interesse per lui conseguire in via obbligatoria l'uso ed il godimento ..., e la validità della conduzione non trova ostacolo». Dello stesso avviso appare anche Tondo<sup>317</sup>, quando nega validità al precario (e anche alla locazione) *suae rei* nel caso in cui ciò non rivesta una qualche utilità per il beneficiario: come invece è ben evidente nel *precarium* di pegno, perché esso è utile a legittimare il debitore pignorante alla conservazione della cosa<sup>318</sup>.

Tornando ora al dibattito sul *precarium sua rei*, possiamo concludere sulla diversa posizione dei classici, rispetto ai giustinianei, circa l'ammissione dello stesso nei rapporti fra creditore pignoratizio e debitore-*dominus*, e in quelli fra possessore di buona fede e proprietario<sup>319</sup>.

Riguardo poi a quei testi che, originariamente riferiti alla *fiducia*<sup>320</sup> e dunque non contemplanti casi di *precarium suae rei*, interpolati attraverso la sostituzione della menzione di *fiducia* con quella di *pignus*, vennero invece a configurare ipotesi di precario di cosa propria, per Marrone è facile pensare ad una svista sugli stessi da parte dei compilatori. Altrimenti, sostenendo cioè il carattere assoluto e inderogabile della regola secondo la quale «*precarium suae rei esse non potest*»<sup>321</sup> si giungerebbe a ritenere che, acquistata la proprietà da parte del precarista-debitore (possessore *ad usucapionem*), il precario cessi di sussistere. Soluzione, questa, ritenuta da Marrone «quanto meno inopportuna»<sup>322</sup>.

---

Un limite lo possiamo però trovare in D. 50.17.45.1 (Ulpianus, 30 ad ed.): *Privatorum conventio iuri publico non derogat*.

<sup>316</sup> C. LONGO, Corso di diritto romano – La locazione conduzione, cit., p. 83.

<sup>317</sup> S. TONDO, «*Pignus*» e «*precarium*», in Labeo, 5 (1959), p. 173.

<sup>318</sup> G. LONGO, Negozi giuridici collegati, cit., pp. 104-106.

<sup>319</sup> M. MARRONE, «*Precario habere*» e «*precarium*», cit., p. 209.

<sup>320</sup> Il richiamo è, ad esempio, a D. 44.7.16 (Iulianus, 13 digest.), a D. 13.7.22.3 (Ulpianus, 30 ad ed.) e a D. 43.26.11 (Celsus, 7 digest.).

<sup>321</sup> P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit., pp. 183-281.

<sup>322</sup> M. MARRONE, «*Precario habere*», cit., p. 216.

Il tipico orientamento classico della giurisprudenza romana è ascrivibile ad una finalità di coerente determinazione con le caratteristiche proprie di ogni fattispecie, escludendo dunque la ricerca di regole di portata generale. La concezione legislativa giustiniana ha mostrato invece, come ha giustamente sottolineato anche Longo (Giannetto)<sup>323</sup>, una diversa direttiva. Pur accogliendosi nella compilazione soluzioni in qualche modo contraddittorie, lo scopo di quell'immensa mole di lavoro era inteso nello stabilire *regulae iuris* di più ampio respiro.

Al riguardo, Marrone commenta così un problema posto da Zamorani<sup>324</sup> sul perché i compilatori, avendo cura di proclamare il principio secondo cui «*precarium suae rei esse non potest*», conservino comunque all'interno del *corpus iuris* fattispecie che invece sembrano ammettere tale forma di precario: «i compilatori non fecero – né potevano fare – un'opera del tutto coerente. Le disarmonie, nella compilazione, sono numerose, e quella di cui si tratta può bene essere una delle tante. Nulla costringe, pertanto, per diritto della compilazione, ad interpretare tutti i testi, che sembrano riconoscere, in certe fattispecie concrete, precario della cosa propria (si consideri soprattutto il caso del precario del creditore in favore del debitore pignoratizio), in armonia con il principio, che tale possibilità nega»<sup>325</sup>.

Non è da escludere neppure, infine, l'ipotesi annotata da Kaser secondo la quale in epoca classica ci fosse probabilmente in materia un *ius controversum* fra i vari giuristi: «Die Möglichkeit einer Kontroverse wird also durch Zuegnisse nicht widerlegt»<sup>326</sup>.

In definitiva, nonostante la tradizione letterale del passo fiorentino contenuto in D. 13.7.35.1 (Florentinus, 8 inst.) – apparentemente conciso, ma in realtà più complesso di ciò che dava a intendere ad un primo sguardo – avrebbe potuto indurre a dubitare sulla propria portata giuridica, gli approfonditi studi sul medesimo hanno chiarito la sua armonia di contenuto. Il pegno comporta, dunque, sempre (e soltanto) trasferimento del possesso.

---

<sup>323</sup> G. LONGO, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 139.

<sup>324</sup> P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit., pp. 264 ss.

<sup>325</sup> M. MARRONE, “*Precario habere*”, cit., p. 213.

<sup>326</sup> M. KASER, *Zur Geschichte*, cit., p. 143.

Dedichiamoci in quest'ultima parte del paragrafo a sottolineare alcuni tratti propri del diritto di pegno, che emergono come (più o meno diretta) estrinsecazione del suo carattere tipicamente possessorio.

Nella disposizione imperiale contenuta in C. 8.26(27).1 (Gord., a. 239)<sup>327</sup> troviamo indicato quel peculiare diritto speciale riconosciuto al creditore pignoratizio e conosciuto col nome di «*pignus Gordianum*»<sup>328</sup>.

Visky si dedica alla discussione sulla qualifica di questo *pignus* come vero diritto di pegno ovvero come diritto soltanto di ritenzione<sup>329</sup>. La differenza non è di poco conto. Un medesimo scopo, come quello garantistico, non significa una medesima qualificazione giuridica: la ritenzione infatti rientra nei cosiddetti diritti delle obbligazioni; il *pignus* invece in quelli tipicamente reali. È di tutta evidenza la maggior 'ampiezza' di ciò che spetta al titolare del diritto di pegno rispetto al beneficiario del diritto di ritenzione.

Il creditore pignoratizio può possedere – eccezionalmente, *ex «Pignus ... solam possessionem transfert ad creditorem»* (D. 13.7.35.1) – il pegno fino alla definitiva avvenuta soddisfazione del suo credito. A tutela del debito sta dunque il pegno, e la maggior garanzia si scorge dal fatto che l'oggetto del pegno si trova ad essere in una diretta situazione di controllo da parte del creditore<sup>330,331</sup>.

Un altro aspetto di particolare agevolezza per la soddisfazione creditoria era rappresentato dal fatto che se il debitore, nonostante l'intimazione al saldo, non avesse pagato al sopraggiungere del termine stabilito, la *res* impegnata avrebbe potuto

---

<sup>327</sup> C. 8.26.1: *Imp. Gord. A. Festo. Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. 1. Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. 2. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogaris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuum simpliciter acceperint. 3. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.* <A 239 PP. ID. MART. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.>

<sup>328</sup> La denominazione non si trova nelle fonti. Cfr. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, p. 430-431 (*pignus*) e 516-517 (*retentio*).

<sup>329</sup> K. VISKY, *Appunti sul pegno gordiano*, in RIDA, 24 (1977), p. 441.

<sup>330</sup> M. KASER, *Das römischen Privatrecht*, I, cit., p. 521.

<sup>331</sup> K. VISKY, *Appunti sul pegno gordiano*, cit., p. 441.

fuoriuscire dalla sua proprietà o in applicazione alla *lex commissoria* o in ossequio al *ius distrahendi*, a seconda del periodo storico di riferimento. Dopotutto questo era, infatti, il vero scopo che il diritto di pegno perseguiva<sup>332</sup>.

La pandettistica – su influsso dei concetti sviluppati dal *ius commune* – considerò il *pignus Gordianum* al pari di un diritto di ritenzione<sup>333</sup>, privo dunque dell'elemento dell'alienazione. Tuttavia, alcuni romanisti più moderni, come Nardi e Guarino<sup>334</sup>, sembrano piuttosto maggiormente propensi ad un suo inquadramento in un vero e proprio diritto di pegno.<sup>335</sup>

In ogni caso, la forte peculiarità del *pignus Gordianum* risiede nella sua stessa previsione giuridica: esso rimane a garantire anche tutte le altre obbligazioni assunte dal medesimo debitore nei confronti dello stesso creditore. In questo modo il pegno diventò garanzia per ogni debito, anche quelli cioè rispetto ai quali non aveva alcuna relazione (se non l'identità delle due parti in gioco). A partire dal 239 d.C., il pegno non è più un obbligo solo addizionale, per il quale doveva essere garantito soltanto un dato debito, ma grazie al rescritto dell'imperatore Gordiano il diritto di pegno è stato esteso a garanzia pure di altri debiti originariamente non garantiti. Come ha scritto Visky, «il pegno gordiano in realtà non è che un precursore della moderna ipoteca cautelare (Sicherheitshypothek)»<sup>336</sup>.

Il *pignus Gordianum* era dunque un autentico diritto di pegno, una garanzia reale (non meramente obbligatoria)<sup>337</sup> e in esso si è palesato il frutto del grande successo pratico dell'istituto pignoratizio, sino ad emanciparsi da un ruolo meramente accessorio su di una data pattuizione ritenuta principale.

---

<sup>332</sup> K. VISKY, Appunti sul pegno gordiano, cit., p. 441-442.

<sup>333</sup> A titolo di esempio: B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, Frankfurt am Main 1900, p. 1058. IDEM, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, Frankfurt am Main 1906, p. 464; H. DERNBURG, Pandekten, I, Berlin 1892, p. 675.

<sup>334</sup> A. GUARINO, Diritto privato romano, cit., p. 706; E. NARDI, Ritenzione, cit., p. 85 s.

<sup>335</sup> K. VISKY, Appunti sul pegno gordiano, cit., p. 443.

<sup>336</sup> K. VISKY, Appunti sul pegno gordiano, cit., pp. 444-445.

<sup>337</sup> K. VISKY, Appunti sul pegno gordiano, cit., pp. 458-459.

## 21. Manigk, De Francisci, Burdese sul *ius distrahendi*: tre posizioni dottrinali a confronto.

Sulla tematica della facoltà di alienazione della cosa altrui riconosciuta al creditore pignoratizio si sono profusi particolareggiatamente tre autori, convogliando in loro stessi le diverse teorie presenti in dottrina intorno a collaterali problematiche romanistiche circa la proprietà (quiritaria o bonitaria), il possesso, la disciplina negoziale, le *res* e le qualifiche giuridiche soggettive. Ci riferiamo a Pietro De Francisci, Alfred Manigk e Alberto Burdese.

Le fonti ci tramandano senza indugio il riconoscimento del *ius vendendi* in capo a chi ha ricevuto in pegno una *res* quando il proprio debitore, *dominus* della medesima *res*, rimanga inadempiente alla scadenza pattuita<sup>338</sup>. Soltanto Gaio<sup>339</sup> si addentra, seppur assai brevemente, a tentare di spiegarne la ragione giuridica (*sed hoc forsitan ideo videatur fieri ...*), pur mostrando in questo un certo imbarazzo. Ciò potrebbe già confermare il fatto che sin da epoca risalente, quando un tale *ius* fu concepito e ancor più quando divenne una tacita aggiunta ad una fattispecie negoziale (quella pignoratizia), si mostrò peculiare – un *quid unicum*, potremmo dire – il riconoscimento di efficacia ad una tale alienazione realizzata da un soggetto, diverso dal *dominus*, autorizzato a farlo con apposito *pactum*.

De Francisci inquadra il problema richiamando la sua concezione sulle modalità di acquisto classiche della proprietà a titolo derivativo. Dal momento che – sostiene l'autore – con questi strumenti traslativi ciò che si verificava era la cessazione in capo al venditore della qualifica di *dominus* sull'oggetto di vendita e la emersione concomitante del diritto di proprietà su questo stesso oggetto in capo al compratore, la vendita

---

<sup>338</sup> È bene rammentare che il termine fissato per poter esercitare il *ius distrahendi* poteva anche essere successivo – e dunque non concomitante – alla scadenza del credito garantito.

<sup>339</sup> In Gai. 2.64.

pignoratizia così realizzata non doveva rivestire i tratti di un'anomalia nella regolamentazione del diritto classico<sup>340</sup>.

Per quanto riguarda l'obiezione, che spontaneamente si solleva, per cui la persona che pone in essere la vendita non sia in realtà il vero *dominus*, De Francisci evidenzia come la fattispecie entro cui si concretizza il *ius vendendi* conduca a ritenere una rinuncia (più o meno implicita)<sup>341</sup> da parte del debitore inadempiente alla titolarità della cosa impegnata. Secondo l'autore, la fattispecie sarebbe dopotutto simile, nei suoi tratti concettuali, a quanto già in diritto classico accadeva in sede processuale con la realizzazione della *in iure cessio*.

Il primo problema che si riscontra in questa teoria è la sua natura puramente ragionativa. De Francisci non porta a sostegno della sua posizione fonti o comunque dati testuali, preferendo invece sviscerare una lata deduzione per via analogia. Potremmo inoltre far presente questo: lo scopo dell'indagine dovrebbe essere quello di trovare una *ratio* giuridica della vendita pignoratizia e non la mera ammissibilità di una tale vendita che, come anticipavamo, non v'è dubbio che di vera e propria vendita (con conseguente passaggio di proprietà in capo al terzo) si trattasse a tutti gli effetti.

In secondo luogo, una costituzione degli imperatori Settimio Severo e Caracalla dell'anno 207 (C. 8.36.1) ci informa di questo: *Cum creditor pignus vendit, non potest videri litigiosae rei emptio contrahi, etsi debitor interdicat, ne venditio perficiatur*. E sul medesimo tenore possiamo richiamare pure il passo di Scevola contenuto in D. 44.3.14.5 (Scaevola, lib. sing. quaest. publ.)<sup>342</sup>: ... *licet invito te pignora distracta sint: iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni, si pecuniam non intulisses*.

È difficile, dopo queste attestazioni (*etsi debitor interdicat e licet invito te pignora distracta sint*), sostenere ancora una rinuncia (pure, quanto implicita si ritenga) da parte del debitore. Può ben darsi, invece, che questi non voglia assolutamente perdere il

---

<sup>340</sup> P. DE FRANCISCI, Il trasferimento, cit., p. 256 ss.

<sup>341</sup> Sarebbe il mancato saldo, malgrado la triplice diffida del creditore all'adempimento (D. 13.7.4: Ulpianus, 41 ad Sab.), ad implicare la rinuncia del debitore-*dominus* alla proprietà.

<sup>342</sup> Cfr. *infra* §25.

proprio diritto di proprietà sulla *res* impegnata, eppure il creditore può procedere ugualmente alla sua vendita e il terzo acquirente ne otterrà senz'altro la proprietà.

De Francisci pone al centro del suo ragionamento un'attività (seppure implicita) del debitore pignorante: questi decide di non saldare il proprio debito alla scadenza, nemmeno dopo la triplice *denuntiatio* del creditore che lo avvisava e intimava a farlo; questo si qualificava, secondo De Francisci, come elemento decisivo per l'acquisto della proprietà da parte del terzo compratore. Tuttavia, pare che se un certo comportamento si deve riscontrare nel debitore pignorante, un comportamento idoneo a fondare la legittimazione del terzo compratore ad acquistare la proprietà vendutagli nella persona del creditore pignoratizio, lo si deve individuare nel cosiddetto *pactum vendendi* stipulato con riferimento al (soddisfacimento effettivo della garanzia di) pegno<sup>343</sup>. Questo patto deve essere inteso come un presupposto alla legittimazione del creditore pignoratizio alla vendita tramite *traditio*<sup>344</sup> e può individuarsi, perché grazie a ciò viene in esistenza sul piano giuridico, con la *voluntas debitoris*<sup>345</sup>.

Scorgere, inoltre, una parvenza di rappresentanza convenzionale del debitore nella persona del creditore<sup>346</sup> non convince, quantomeno in questa sua formulazione di principio generale. A parte il fatto che una rappresentanza diretta propriamente detta non fu concepita in seno ai *prudentes* romani, ciò che nel nostro caso si realizzerebbe non sarebbe nemmeno un'interposizione gestoria, dal momento che il creditore pignoratizio agiva nel suo interesse<sup>347</sup>. Tanto più che egli si mostra, altresì, essere non obbligato all'esercizio del *ius distrahendi: invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est*, leggiamo in D. 13.7.6 pr. (Pomponius, 35 ad Sab.)<sup>348</sup>.

Se di rappresentanza si vuol parlare, lo si può fare solamente in senso lato e atecnico, intendendo con ciò l'influenza che l'attività posta in essere dal creditore pignoratizio esercita pure sulla sfera giuridica del *dominus*.

---

<sup>343</sup> De Francisci (P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., p. 257) afferma giustamente che, sia che il *ius distrahendi* competa al creditore per pattuizione volontaria, sia che gli spetti per legge, la sua posizione con riguardo all'acquisto dell'oggetto di pegno da parte del terzo compratore non cambia.

<sup>344</sup> Cfr. *infra* §26.

<sup>345</sup> Cfr. *infra* §25.

<sup>346</sup> P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., pp. 257 ss.; e già H. DERNBURG, *Das Pfandrecht*, cit., pp. 110 ss., 157 ss., 191 ss. e J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, cit., pp. 191 ss.

<sup>347</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 265-266.

<sup>348</sup> Cfr. *supra* §16.

Manigk invece, dal canto suo, ritiene di poter risolvere la questione – eludere l’obbligo in capo al creditore pignoratizio di dover restituire l’oggetto ricevuto in pegno dal debitore – ammettendo un passaggio di proprietà alla scadenza del debito insoddisfatto («Verfallpfand»)<sup>349</sup>.

Se questo era il regime proprio dell’istituto garantistico sorretto e coadiuvato dal patto commissorio, non può tuttavia essere coerente in tema di patto di vendita, per almeno tre ordini di ragioni. Innanzitutto l’epilogo ammesso dal patto commissorio era legittimato dalla vigenza di una specifica *lex* e non quindi previsto nella disciplina pignoratizia *in re ipsa*. C’è poi il carattere tipicamente possessorio del *pignus* che funge, da solo, come sbarramento per l’ammissione di un siffatto trasferimento (anormale) di proprietà<sup>350</sup>. Da ultimo, non è da trascurare una – se non la più importante, sicuramente la più appariscente – delle novità introdotte col cosiddetto *pactum vendendi*, la quale è da credere abbia dato motivo a Costantino di emanare il suo rescritto (C. 8.34.3 dell’anno 320) di abolizione della *lex commissoria*: quest’ultima, dato il trasferimento di proprietà che comportava in favore del creditore, fu ritenuta eccessivamente drastica per le sorti della sfera di interessi del debitore pignorante; e se il *pactum vendendi* non subì la medesima sorte, fu proprio perché esso risultava essere intimamente diverso nella sua previsione giuridica.

È pacifico altresì, ad ulteriore conferma della nostra critica, che in origine il *ius distrahendi* traesse fondamento da un’esplicita pattuizione fra le parti (il *pactum vendendi*, appunto) e non quindi in via automatica dalla stipulazione pignoratizia stessa.

La condivisione della teoria di Manigk trova ostacolo anche con l’analisi precipua del tipo di possesso di cui si tratta nella materia pignoratizia. Già eccezionalmente definita *possessio* in senso stretto<sup>351</sup>, per garantire al creditore pignoratizio la fruizione della tutela interdittale pretoria, non rientrava tuttavia nel novero della cosiddetta *possessio ad usucapionem*, atta a trasformarsi in proprietà in quanto *possessio civilis*

---

<sup>349</sup> A. MANIGK, v. *Pignus*, cit., c. 1248 ss. Si vedano anche: W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., pp. 36 ss.; e N. HERZEN, *Origine*, cit., pp. 51 ss.

<sup>350</sup> Si tenga in considerazione il fatto che, in ogni caso, il creditore pignoratizio dovrà qualificarsi come tale nel momento dell’esecuzione della vendita. Cfr. *infra* §26.

<sup>351</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 489.

tutelata dall'*actio Publiciana*. In altri termini, il possesso del creditore pignoratizio, escludendo il ricorso al patto commissorio, aveva la potenzialità di permanere all'infinito come tale, mai di trasformarsi da sé in *dominium*<sup>352</sup>.

Burdese<sup>353</sup> esordisce sulla questione facendo presente che l'idea autorizzativa al compimento di determinati atti per opera di terze parti non si mostri affatto estranea alla mentalità giuridica romana classica<sup>354</sup>. Basti pensare all'esteso ambito in cui si è stabilito operare quel tipo di responsabilità aggiuntiva<sup>355</sup> regolata da azioni utili create, ancora una volta, dal diritto onorario che vanno sotto il nome di *actiones adiecticiae qualitatit*; o, ancora, all'introduzione – per via del *ius gentium* – del mandato nel novero dei contratti meramente consensuali.

Nemmeno storicamente il fenomeno dell'efficacia di un'alienazione effettuata da persona semplicemente autorizzata a farlo, e quindi una deroga alle regole circa la legittimazione al trasferimento della proprietà, sorprende eccessivamente. Durante l'operatività del patto commissorio nell'istituto di pegno, quale sovrastruttura accessoria allo stesso, il creditore pignoratizio diveniva acquirente in proprio dell'oggetto ricevuto in garanzia. E ciò semplicemente per una consegna effettuata nelle sue mani (immediata nella *datio pignoris*, alla scadenza nella *conventio pignoris*) unitamente al patto stipulato: quindi qui, rispetto al caso del *pactum vendendi*, vi era un trapasso di proprietà con un passaggio in meno, mancando l'atto propriamente di vendita. Il *pactum de distrahendo pignore* dovette inserirsi in materia al fine di temperare questa disciplina. Se non sorprese più di tanto (in origine) la regolamentazione della *lex commissoria* prima<sup>356</sup>, lo dovette fare ancor meno la previsione del *ius distrahendi* in capo al creditore pignoratizio poi.

---

<sup>352</sup> Cfr. *infra* §26.

<sup>353</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 138.

<sup>354</sup> Per le sue svariate estrinsecazioni nel mondo del diritto genericamente inteso si rimanda a E. RABEL, *Grundzüge*, cit., p. 509; IDEM, *Die Stellvertretung*, cit., pp. 239 ss.

<sup>355</sup> Correlata ad una forma di rappresentanza indiretta dei *servi* o dei *fili* per conto del loro rispettivo *dominus* o *pater*.

<sup>356</sup> Tanto che la sua ufficiale abolizione avvenne molto in là nel tempo: come già si ricordava *supra*, nel IV secolo d.C.

Si aggiunga infine, sempre secondo Burdese, la ribadita esigenza sociale della vendita pignorizia affinché l'istituto del pegno possa avere un'effettiva efficacia per il creditore. Priva di *lex commissoria* o *pactum vendendi*, la garanzia pignorizia infatti – rivestendo i caratteri di una coazione meramente psicologica all'adempimento – non avrebbe in pratica servito a nulla.

Che il *ius distrahendi* – come dicevamo all'inizio di questo paragrafo – si mostrasse alla pari di un *quid unicum* nel panorama giuridico, lo si può scorgere chiaramente anche dall'impaccio di Gaio nel suo testo scolastico nell'azzardarne una spiegazione: più logica che giuridica a prima vista. Tuttavia la *voluntas debitoris* (fondamento dell'autorizzazione), il *pactum (ut liceret creditori pignus vendere)* contratto *illo in tempore (olim)* fra creditore e debitore (come requisito alla vendita), nonché l'inserimento della condizione sospensiva *si pecunia non solvatur*, paiono già elementi giuridici sufficienti, se indagati con scrupolo, a trovare una giustificazione condivisibile alla disciplina del *ius distrahendi* nel pegno<sup>357</sup>.

## 22. (Segue): La rinuncia, solo formale, alla proprietà da parte del debitore pignorante. La rilevanza del *pactum*.

Ragionando intorno al consenso, che realizza l'accordo che verrebbe raggiunto fra debitore pignorante e creditore pignorizio sulla sorte dell'oggetto dato a pegno, sembrerebbe potersi desumere che il passaggio in proprietà della *res* – vuoi nelle mani del creditore stesso (fino quando rimase in vigore e fu, praticamente, sfruttata la *lex commissoria*) vuoi nelle mani di un terzo compratore individuato dal creditore pignorizio (titolare di *ius vendendi*) – possa trovare la propria *ratio* giuridica in una rinuncia dal parte del precedente debitore-*dominus*. Il pegno, originato storicamente

---

<sup>357</sup> Sul completamento esaustivo di questa prima parte di ricerca sugli aspetti giustificativi del *ius distrahendi* nel pegno si rimanda, *infra*, a §26.

dalla figura della dazione in ostaggio, avrebbe già in sé l'idea di un possibile abbandono definitivo della *res* sulla quale si estrinseca.

Il ragionamento dà l'impressione di poter funzionare, sia dal punto di vista giuridico che da quello storico che, infine, pure da una prospettiva più spiccatamente pratica. Tant'è che De Francisci – come s'è già riportato – spiega la facoltà di alienazione riconosciuta al creditore pignoratizio, possessore *non dominus*, della cosa da lui ricevuta in garanzia proprio in questi termini: al pari di ogni altro modo di acquisto romano a titolo derivativo, «mediante i quali una cosa viene trasferita da una persona ad un'altra e in cui questo trasferimento è accompagnato dal cessare del dominio del primo circa quell'oggetto e dal sorgere del diritto del secondo sull'oggetto medesimo»<sup>358</sup>, anche qui si deve ritenere perfettamente coerente con la disciplina giuridica romana l'alienazione dell'oggetto di pegno da parte del creditore. Sarebbe il reiterato mancato pagamento del debitore, malgrado la plurima diffida che alla scadenza il creditore gli deve rivolgere («... nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit» ex D. 13.7.4: Ulpianus, 41 ad Sab.)<sup>359</sup>, ad implicare a conti fatti una esplicita rinuncia alla proprietà sulla cosa da parte del debitore-*dominus*. Da questo il creditore pignoratizio trova il fondamento giuridico di poter appropriarsi lui stesso della *res* (in regime di patto commissorio) ovvero di poterla vendere a terzi, rivalendosi sull'ammontare che ne ricaverà (fino al raggiungimento comunque del suo credito, restituendo – poiché priva di causa – la cosiddetta *hyperocha*)<sup>360</sup>. In altri termini, è come se il debitore-*dominus* avesse acconsentito a che la sua cosa venisse venduta dal proprio creditore a chiunque si presentasse disposto a pagare almeno l'ammontare del debito<sup>361</sup>.

Questo logico flusso ragionato, pur senza incappare in contraddizioni di sorta, trova il proprio scoglio nella sua natura per l'appunto meramente ragionativa. Il dato testuale delle fonti antiche non viene in alcun modo preso a supporto da De Francisci nell'esposizione della sua tesi, almeno per quanto riguarda specificamente la tematica dell'alienazione pignoratizia.

---

<sup>358</sup> P. DE FRANCISCI, Il trasferimento, cit., pp. 256 ss.

<sup>359</sup> M. KASER, Besitzpfand, cit., p. 52 nt. 187.

<sup>360</sup> P. DE FRANCISCI, Il trasferimento, cit., p. 256 ss.

<sup>361</sup> Cfr. *infra* §24. E, in particolare, il contenuto di D. 20.5.12.1 (Tryphoninus, 8 disp.) sull'interrogativo circa il non raggiungimento della totale soddisfazione pecuniaria del creditore pignoratizio attraverso l'esercizio del *ius distrahendi*: e quindi la permanenza del credito vantato, con la prassi invalsa al ricorso ad un'ulteriore garanzia, questa volta personale, nella figura del *fideiussor*.

Inoltre, si potrebbe anche sviscerare più in profondità la scelta, storicamente datata, della dazione in ostaggio: pare difficile vedervi subito e direttamente una rinuncia al dominio, più pacifico sembra – al limite – scorgervi una pacifica rassegnazione alla perdita del dominio. Perdita del dominio che, in ogni caso, a ben vedere non si dovrebbe realizzare con sacrifici economici, dato il legame giuridico della *res* con uno specifico ammontare da dover rimborsare al creditore. Il rischio, semmai (e spesso infatti si materializzava), era il fatto di legittimare alla vendita di una cosa con un suo dato valore economico (ricordiamo, sempre di gran lunga superiore al credito garantito) un soggetto che, nei fatti, era interessato ad un ammontare ad esso inferiore. Se aggiungiamo, poi, il forte interesse (ormai) a rientrare il prima possibile dal proprio credito, il rischio di una vendita ‘d’occasione’ era tuttavia reale.

Che il debitore, nonostante la sua persistenza nel rimanere in una situazione di inadempienza negoziale e nonostante la triplice *denuntiatio* rivoltagli dal creditore, non avesse in realtà alcuna intenzione di rinunciare alla proprietà della sua *res* pignorata, pure ce lo attesta esplicitamente la costituzione imperiale dell’anno 207, di cui abbiamo già accennato in precedenza:

C. 8.36.1: *Imp. Sev. et Ant. AA. Paulinae. Cum creditor pignus vendit, non potest videri litigiosae rei emptio contrahi, etsi debitor interdicat, ne venditio perficiatur.* <A 207 PP. K. MAI. APRO ET MAXIMO CONSS.>

Qui si legge che, persino quando «*debitor interdicat ne venditio perficiatur*» e ciononostante «*creditor pignus vendit*», la vendita avrà comunque luogo (*ne venditio perficiatur*).

Se questo regime può apparire a prima vista estremamente duro e severo, in realtà ciò non lo è, e per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto il *dominus* pignorante è pur sempre un soggetto debitore, poi persino inadempiente. Inoltre la triplice denuncia, che Ulpiano<sup>362</sup> ci informa essere stata richiesta da parte del creditore nei confronti del

---

<sup>362</sup> In D. 13.7.4 (Ulpianus, 41 ad Sab.).

proprio debitore, dovrebbe già di per sé svolgere il ruolo di palliativo alla severità di un'alienazione di cosa altrui anche *invito domino*, come sembrerebbe quella di cui ci stiamo occupando.

Burdese<sup>363</sup> condivide quest'ultima ricostruzione, ammonendo circa la non correttezza di ricorrere, nel silenzio delle fonti, ad una *fictio* sulla (esplicita o quantomeno tacita) rinuncia alla proprietà da parte del debitore pignorante. Il pericolo, inoltre, di basarsi su una siffatta finzione giuridica potrebbe essere quello di immaginare che il mancato pagamento alla scadenza del debito «produca a carico di tutti i successivi proprietari della cosa che non soddisfino il creditore, le stesse conseguenze che l'insolvenza produceva rispetto al debitore pignorante, facendoli considerare dal diritto come rinuncianti alla loro proprietà»<sup>364</sup> e questo senza nemmeno che questi potessero essere stati interpellati.

Dunque Burdese critica la posizione di De Francisci. Una rinuncia alla proprietà da parte del debitore-*dominus* è indubbiamente ravvisabile sul piano fattuale, ma è lungi dall'essere spontanea e volontaria: piuttosto appare una rinuncia forzata, motivata dall'accordo pignoratizio che sta a monte e dalla persistente inadempienza che sta a valle della fattispecie.

Ciò non toglie, comunque, che non vi sia (stato) un comportamento giuridicamente rilevante da parte del debitore-*dominus*, atto a fornire la vendita pignoratizia di un suo fondamento legale: il riferimento è – ovviamente – al *pactum (vendendi)* grazie al quale il creditore è stato autorizzato a procedere all'alienazione della cosa non sua<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 133-134.

<sup>364</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 133-134.

<sup>365</sup> Cfr. Gai. 2.64, *supra* in §15. A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134-139.

## 23. Il contenuto del *pactum vendendi* nel pegno: condizioni di validità.

Posto come fulcro della legittimazione all'alienazione in capo al creditore pignoratizio, il *pactum vendendi* ne definisce pure talune modalità e limiti, oltre i quali il negozio traslativo dovrà considerarsi invalido e la fattispecie qualificata quindi come furto<sup>366</sup>.

Il frammento in D. 47.2.74 (Iavolenus, 15 ex Cassio: *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat*), di cui già abbiamo avuto modo di occuparci,<sup>367</sup> si riferisce proprio al caso in cui il *ius distrahendi* non sia stato convenzionalmente concesso al venditore ovvero che questi non abbia rispettato i termini pattuiti per il suo esercizio. In entrambe le evenienze l'epilogo, secondo Giavoleno, è il medesimo: «*furti se obligat*».

Come dicevamo, siamo al cospetto qui indubbiamente di ipotesi contemplate quali furto d'uso che, stando alla peculiare definizione classica paolina del *delictum di furtum*, rientra esplicitamente a buon titolo nella figura dell'illecito penalmente rilevante: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi grati a vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere* (D. 47.2.1.3: Paulus, 39 ad ed.)<sup>368</sup>.

In D. 13.7.5 (Pomponius, 19 ad Sab.: *Idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit*), invece, si descrivono le conseguenze per l'eventualità che le varie modalità di vendita convenzionalmente stabilite – con riferimento alla quantità, alla condizione o al luogo in cui la cosa poteva essere alienata – non vengano rispettate nel momento dell'esercizio (comunque pattuito) del *ius distrahendi*.

---

<sup>366</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 153-165.

<sup>367</sup> Cfr. *supra* §10. Cfr. *supra* §17.

<sup>368</sup> Cfr. B. ALBANESE, Furto (storia), in ED, 18 (1958), pp. 313 ss. IDEM, Illecito (diritto romano), in ED, 19 (1958), pp. 50-90. IDEM, La nozione di *furtum* da Nerazio a Marciano, in AUPA, 25 (1956), pp. 85 ss.

È da ritenere che questo stato di cose non subirà mutamenti nemmeno nel momento in cui il *pactum vendendi* diverrà una stipulazione esplicita superflua perché ormai implicita nell'istituto pignoratorio quale elemento naturale della stessa. Si veda questa costituzione imperiale di Gordiano<sup>369</sup>:

C. 8.27.7: *Imp. Gord. A. Caro. Si cessante solutione creditor non reluctantante lege contractus ea quae pignori sibi nexa erant distraxit, revocari venditionem iniquum est, cum, si quid in ea re fraudulenter fecerit, non emptor a te, sed creditor conveniendus sit.* <A 238 PP. V K. NOV. PIO ET PONTIANO CONSS.>

Il «*non reluctantante lege contractus*» è da intendere, secondo l'opinione dominante, nel senso dell'assenza di patto contrario. Burdese vi aggiunge «senza contrastare le disposizioni contenute nella *lex o pactum* annesso al negozio pignoratorio»<sup>370</sup>, ovverosia nel rispetto delle modalità previste nella sottoscrizione del patto medesimo. In ogni caso è indubbio il venir meno di una esplicita *lex* autorizzativa della vendita: la generica espressione «*revocari venditionem*» a cui ha fatto ricorso Gordiano in questo rescritto non crea dubbi sulla sua interpretazione giuridica<sup>371</sup>.

Fra i limiti di ammissibilità dell'esercizio del *ius distrahendi* da parte del creditore pignoratorio, ve n'è pure uno di carattere generale che esalta specificamente l'autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento giuridico romano – a partire soprattutto dalla tarda repubblica – nella composizione dei conflitti di interesse fra privati, operanti in particolare nella realtà commerciale. Il riferimento è al cosiddetto *ius offerendi* del debitore pignorante.

Per la validità dell'alienazione pignoratoria occorre dunque, oltre a quanto ricordato *supra*, che non sia stata inoltre rifiutata l'offerta di pagamento integrale del debitore,

---

<sup>369</sup> Cfr. *supra* §12.

<sup>370</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 153 ss.

<sup>371</sup> G. KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta*, in ZSS, 109 (1992), p. 402 e 407.

anche se avanzata durante la mora, per la sua liberazione dal vincolo. L'unica eccezione si concretizza nell'eventualità che venga meno l'oggettivo interesse del creditore a quel saldo tardivo, ciò che accadrebbe se questi ad esempio fosse messo in una situazione di rischio per perdite o danni ulteriori:

C. 8.27.8: *Imp. Gord. A. Maximo. Si prius, quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente contestatione facta eam deposuisti et hodieque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. Quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuit, quod iure subsistit revocari non debet.* <A 239 PP. III NON. APRIL. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.>

La cancelleria imperiale del III secolo è chiara nel ribadire che «*si prius, quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti ... pignoris distractio non valet*». Se prima (*prius*) di esercitare il *ius distrahendi* sia stato offerto al creditore pignoratizio il saldo che gli si doveva, questi dovrà accettarlo. Se non lo farà, l'alienazione pignoratizia posta da lui stesso in essere sarà considerata invalida (*pignoris distractio non valet*).

Ciò peraltro rappresenta un logico epilogo della garanzia pignoratizia – riferita a debito senza interessi<sup>372</sup> – che si è decisa di costituire fra le due parti. E, giuridicamente, realizza il fondamentale interesse del debitore pignorante di sottrarsi alle conseguenze pregiudizievoli collegate alla persistenza del vincolo obbligazionario, per un inadempimento senza sua colpa<sup>373</sup>.

Tuttavia, e in generale, il *ius offerendi* del debitore pignorante trova un suo limite di esercizio nella rispettabilità degli impegni assunti dal creditore pignoratizio: il *ius offerendi* viene meno alla semplice conclusione del contratto consensuale di vendita del

---

<sup>372</sup> Altrimenti sarebbe richiesto anche il deposito e non solamente l'offerta da parte del debitore: così Apathy in H. P. BENHÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A. WACKE, *Iuris professio*, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien-Köln-Graz 1986, pp. 9-19.

<sup>373</sup> L. BOVE, Recensione a R. Vigneron, Offerre aut deponere. De l'origine de la procedure des offres réelles suivies de consignation, in IURA, 31 (1980), pp. 165-166.

pegno da parte del creditore pignoratizio, in quanto non si può pensare che questi possa venir costretto a mancare ai propri impegni assunti, verso i terzi, con la vendita del pegno. È questo il senso dell'ultima parte della costituzione: «*quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuit, quod iure subsistit revocari non debet*».

Burdeese ci rende edotti del fatto che sia sufficiente ad impedire la validità dell'alienazione pignoratizia l'offerta di saldo fatta prima che sia esercitato il *ius distrahendi*. Nel testo si parla infatti di offerta «*prius, quam distraheretur pignorata possessio*»<sup>374</sup>.

In caso di *ius offerendi*, non essendo valida l'alienazione pignoratizia effettuata in un momento successivo all'esercizio di questo, al debitore pignorante spetterà la *rei vindicatio* contro il terzo compratore, il quale a sua volta, con l'*actio empti*, potrà certamente rivalersi sul creditore.

E che dire riguardo alla situazione per la quale il creditore pignoratizio, interessato meramente a rientrare dal suo credito piuttosto che ad inseguire il miglior affare, vende la cosa (a lui pignorata) fraudolentemente ad un prezzo inferiore rispetto al suo valore reale?<sup>375</sup>

Preliminarmente è da ricordare che, stando alle attestazioni presenti nella compilazione giustiniana, il creditore pignoratizio, alienante il bene ricevuto in pegno, si trovava nella medesima situazione in cui fosse stato pattuito fra le parti un *pactum de non praestanda evictione*<sup>376</sup>. Il creditore non rispondeva per evizione della cosa pignorata e non era nemmeno tenuto a restituire quanto avesse, nel caso, già ricevuto dal terzo compratore<sup>377</sup>.

Diversamente stanno le cose qualora il *creditor*, pur avendo esercitato il *ius distrahendi* validamente e in presenza delle condizioni sopradescritte, abbia per dolo o colpa venduto ad un prezzo inferiore a quello che oggettivamente si sarebbe potuto prospettare.

---

<sup>374</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 153 ss.

<sup>375</sup> Cfr. *infra* §24.

<sup>376</sup> D. 20.5.10 (Paulus, 6 resp.) e D. 20.5.12.1 (Tryphoninus, 8 disp.) su cui *infra* §24.

<sup>377</sup> S. VIARO, *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 145.

Torniamo ora brevemente ad analizzare la costituzione imperiale di Gordiano del 238.

In C. 8.27.7 si stabilisce come persino in presenza di un comportamento «*fraudulenter*» la vendita pignoratizia possa tuttavia essere considerata efficace. Ciò che si potrà conseguire sarà soltanto la condotta dolosa del creditore, attraverso il ricorso alla generica *actio doli*.

Venuto meno il saldo alla scadenza ed esercitato lecitamente il *ius distrahendi* del pegno, in capo al debitore pignorante resta il diritto a vedersi restituire l'eventuale *hyperocha* che, data l'attitudine del pegno di avere in sé un valore decisamente superiore al credito che ha il compito di garantire, è frequente venga ad esistenza.

Da ciò ne scaturisce che se il prezzo di vendita che il creditore avrebbe potuto (o, meglio, dovuto) ottenere, comportandosi diligentemente e senza frode, fosse stato superiore all'ammontare del credito, il debitore sarà legittimato a pretenderne la relativa eccedenza ricorrendo all'*actio pigneraticia*. Ma una volta raggiunta la soglia della parificazione al credito garantito, avendo assolto il pegno alla funzione per la quale fu costituito, la fattispecie si sposterebbe, ed è logico, nella generica sfera dell'*actio doli*. È questo il senso dell'ultima parte del passo: «*non emptor a te, sed creditor conveniendus sit*».

In altri termini, di fronte all'avanzata pretesa del creditore pignoratizio di farsi pagare la differenza tra l'ammontare del suo credito e il prezzo ottenuto dalla vendita del pegno, ricorrendone appunto i presupposti («*fraudulenter*»), il debitore pignorante potrà validamente opporre un'*exceptio doli*.

La ragione di questa regolamentazione è ben intuibile: il debitore, insolvente alla scadenza ai propri obblighi, non può ritenersi danneggiato fino a che il pegno non risulti più sufficiente al soddisfacimento del creditore e questi dunque non pretenda un ulteriore conguaglio. Inoltre, essendo anche interesse del creditore pignoratizio realizzare un prezzo di vendita almeno pari al credito vantato, l'*actio doli* (quale tutela residuale) trova bene il suo fondamento.

## 24. Il *ius distrahendi* come mero presupposto per la futura soddisfazione del creditore pignoratorio: da una questione sollevata da Paolo.

Tomasz Giaro ha avuto occasione di affrontare il tema della rilevanza del concetto di *necessitas* nelle fonti greche e romane<sup>378</sup>. La sua indagine di ricerca ha preso le mosse dal possibile inquadramento del concetto di necessità quale causa di giustificazione generalizzata in svariati ambiti del diritto romano. La *necessitas* è stata investigata sotto il profilo di strumento atto ad evitare il concretizzarsi di una o più conseguenze giuridiche dannose (o comunque sfavorevoli) in capo ad un soggetto<sup>379</sup>.

Giaro esordisce contrapponendo la *necessitas* alla *libera voluntas* e da qui qualifica la prima come causa di esonero da responsabilità. Nonostante il concetto fosse già stato indagato dall'etica e retorica greca, implicante la partizione aristotelica fra necessità fisica o assoluta (escludente ogni giudizio morale) e necessità morale o assiologica (implicante di per sé, al fine di ammettere o meno esonero da responsabilità, una comparazione di valori, rispettivamente tra quello salvato e quello sacrificato in suo nome)<sup>380</sup>, l'autore prende spunto da essa e si immerge nelle influenze che ha comportato (per il tramite principalmente della retorica ciceroniana) nella nozione di *necessitas* quale causa di giustificazione nell'uso del linguaggio giuridico romano. Giunge quindi a definire la necessità come costrizione giuridica (*necessitas iuris*)<sup>381</sup> divisa, nonostante l'indifferenziato ricorso a questa generica accezione, in tre diversi gradi di limitazioni in capo al soggetto<sup>382</sup>: l'impossibilità di sottrarsi (quindi una necessità giuridica assoluta)<sup>383</sup>; l'obbligo di soggiacere (sotto la minaccia dunque di una sanzione, cioè una

---

<sup>378</sup> T. GIARO, *Excusatio necessitatis* nel diritto romano, Warszawa 1982, pp. 15-186; IDEM, Diritto romano - filosofia e retorica greca. Premesse metodologiche per una ricerca sul concetto di necessità, in *Klio* 61 (1979), pp. 1 e 97 ss.

<sup>379</sup> T. GIARO, *Excusatio*, cit., pp. 15-21.

<sup>380</sup> T. GIARO, *Excusatio*, cit., pp. 22-40.

<sup>381</sup> T. GIARO, *Excusatio*, cit., pp. 41-59.

<sup>382</sup> In una prospettiva simmetrica con la tripartizione di effetti legali che vengono riferiti alle *leges imperfectae*, *minus quam perfectae* e *perfectae*.

<sup>383</sup> T. GIARO, *Excusatio*, cit., pp. 60-77.

conseguenza svantaggiosa)<sup>384</sup>; il mero onere, rispetto al quale l'inadempimento comporta soltanto un mancato vantaggio<sup>385</sup>.

In ogni caso, in ordine a tutti i casi di utilizzazione della cosiddetta *excusatio necessitatis* quale strumento pratico interpretativo di giustificazione di un dato comportamento, altrimenti sanzionabile, la giurisprudenza romana avrebbe fatto ricorso ad una valutazione di tipo etico-sociale di politica legislativa, rispecchiando le ideologie preminenti delle varie epoche. Al pari dell'etica antica e probabilmente su influenza della stessa, il diritto romano si sarebbe lasciato guidare da un criterio comparativo dei valori in gioco, quello salvato e quello sacrificato, il tutto in un'ottica di rispetto per l'*aequitas*<sup>386</sup>.

Giario, durante la sua disamina, ha portato all'attenzione numerosissimi testi, nei quali compare il termine *necessitas*. Ciò ha fatto nascere in studiosi quali Max Kaser e Alberto Burdese<sup>387</sup>, ma certamente anche in Giario stesso<sup>388</sup>, il presentimento di aver condotto una ricerca incompleta, che ha preso in considerazione fonti non appropriate al tema e al contempo ne ha escluse altre invece attinenti. In particolare si è fatto notare come l'autore abbia ricompreso ipotesi di *excusatio necessitatis* che, in realtà, non lo erano: è il caso della testimonianza paolina inserita in D. 20.5.9 pr., nella quale l'espressione «*ex necessitate facta venditio*» non pare configurarsi quale *excusatio necessitatis*<sup>389</sup>.

Siamo in presenza della circostanza nella quale il creditore pignoratizio (rimasto insoddisfatto) si vede costretto a ricorrere alla vendita dell'oggetto ricevuto in pegno. Ciò al fine di recuperare il proprio credito, in risposta all'inadempimento non più tollerabile da parte del debitore. È vero che all'apparenza un siffatto modo di agire pare essere utile ad escludere una conseguenza negativa per il creditore (indicata da Paolo con le parole «*nisi pecunia percepta*»), tuttavia questo non risulta essere propriamente

---

<sup>384</sup> T. GIARO, *Excusatio*, cit., pp. 78 ss.

<sup>385</sup> T. GIARO, *Excusatio*, cit., pp. 161-186.

<sup>386</sup> A. BURDESE, Recensione a Tomasz Giario, *Excusatio necessitatis* nel diritto romano, in SDHI, 49 (1983), pp. 445 e 450.

<sup>387</sup> A. BURDESE, Recensione a Tomasz Giario, *Excusatio*, cit., p. 450.

<sup>388</sup> T. GIARO, *Excusatio*, cit., p. 188 nt. 11.

<sup>389</sup> A. BURDESE, Recensione a Tomasz Giario, *Excusatio*, cit., p. 451.

una causa di giustificazione del suo comportamento<sup>390</sup>. Il creditore pignoratizio, infatti, che decidesse di realizzare la vendita della *res* pignorata, in assenza (ancora) di necessità a farlo, risulterebbe responsabile in virtù del contratto di pegno che lo lega al debitore e rispetto al quale ha l'obbligo di rispettarlo. Si ricordi, inoltre, che in ogni caso resta salva l'esistenza dell'intero credito vantato sul debitore, ove non fosse già estinto per esempio appunto perché necessitato alla vendita.

L'istituto garantistico nasce e trova la sua propria ragion d'essere nella finalità satisfattiva per colui che si trova a beneficiarne: sia che si trattasse della fortissima efficacia reale della *fiducia* (dove il *dominus* si trova persino nella situazione di dover 'inseguire' un nuovo ottenimento della sua proprietà); sia che si manifestasse nella più speranzosa coazione psicologica del *pignus* ancora privo del riconoscimento in capo al creditore del *ius distrahendi*; sia infine nel ragionevole contemperamento degli interessi e scopi in gioco con l'entrata in vigore sulla scena giuridica del *pactum vendendi*.

La finalità satisfattiva – si diceva dunque – permea l'intera fattispecie e contribuisce a darne una *ratio* ben condivisibile. Tuttavia l'esperienza insegna che non sempre il piano delle intenzioni va a coincidere con quello delle manifestazioni reali: la questione sollevata da Paolo in D. 20.5.9 pr. (Paulus, 3 quaest.) ce ne dà un'attestazione<sup>391</sup>, offrendoci altresì l'occasione per approfondire il tema di come e quando si possa ritenere raggiunta la soddisfazione creditoria, cessando di conseguenza di sussistere il vincolo accessorio pignoratizio.

D. 20.5.9 pr. (Paulus, 3 quaest.): *Quaesitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatur esset. putavit, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem nisi pecunia percepta.*

---

<sup>390</sup> A. BURDESE, Recensione a Tomasz Giaro, *Excusatio*, cit., p. 451.

<sup>391</sup> Bartosek (M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., pp. 255 s.) sottolinea l'importanza centrale di questo frammento intorno all'argomento della liberazione del debitore pignorante; cosa invece che non fa Guarneri Citati (G. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del "pactum"*, cit., pp. 385 s.), e affatto Erbe (W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., pp. 24 ss.).

Nel frammento paolino la fattispecie, originaria del quesito giuridico, è bene inquadrata: si può ritenere liberato il debitore pignorante, quando il creditore pignoratizio ha venduto la *res*, che dal primo aveva ricevuto in pegno, non avendone però ottenuto un prezzo quantomeno equivalente al credito vantato?

La questione ruota tutt'attorno alla liberazione del debitore attraverso la (mera) riscossione del prezzo di mercato, attraverso l'esercizio del *ius distrahendi* da parte del creditore pignoratizio<sup>392</sup>.

La chiave di volta della soluzione paolina – così espressa: «*quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem nisi pecunia percepta*» – è nella buona fede e correttezza del comportamento tenuto in essere dal creditore pignoratizio. Si dice: «*si nulla culpa imputari creditori possit*». A ben vedere inoltre, come già Bartosek<sup>393</sup> fa notare, la scelta di Paolo di usare l'espressione verbale «*non potere*» – anziché per esempio una del tipo «*non habere*» oppure «*non obtinere*» – già manifesta il fatto che l'epilogo della vicenda (l'ottenimento di un prezzo di vendita inferiore al credito garantito) è accaduto senza colpa del creditore.

Riguardo alla *culpa* intesa come criterio di responsabilità riferita al creditore, ciò che emerge è la sua stretta correlazione al concetto di un comportamento che non sia messo in atto da un (assimilabile) *diligens paterfamilias*<sup>394</sup>. Diversi testi – si vedano, ad esempio, D. 13.7.25 (Ulpianus, 31 ad ed.), D. 39.2.15.30 (Ulpianus, 53 ad ed.), D. 42.5.9.5 (Ulpianus, 62 ad ed.) e C. 4.24.7 pr. (Alex. Sev., a. 241) – suggeriscono che il creditore aveva l'obbligo di mantenere la cosa ricevuta a pegno in un (quantomeno) discreto stato di conservazione e, se la condizione della stessa fosse peggiorata per via di un'assenza (qualificabile come negligenza) di porre in essere le riparazioni necessarie del caso, la responsabilità per *culpa* sarebbe innegabile<sup>395</sup>.

Se il creditore, quindi, non accetta il prezzo di mercato<sup>396</sup>, inferiore non per sua colpa a quanto dovrebbe spettargli, l'obbligo del debitore continua ad esistere, perché ciò che

---

<sup>392</sup> M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., pp. 255 s. Cfr. *supra* §23. Si veda inoltre *infra* il testo trifoniniano in D. 20.5.12.1 (Tryphoninus, 8 disp.).

<sup>393</sup> M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., p. 255.

<sup>394</sup> Si possono confrontare D. 13.7.22.4 (Ulpianus, 30 ad ed.) e D. 13.6.18 pr. (Gaius, 9 ad ed. prov.).

<sup>395</sup> G. MACCORMACK, *Culpa*, in SDHI, 38 (1972), p. 165.

<sup>396</sup> Perché in quel caso la soddisfazione può comunque ben dirsi realizzata *inter partes*. Cfr. *infra* §27.

conta non è la modalità di soddisfazione bensì la soddisfazione del credito vera e propria. Si può concludere, in armonia con la parte finale del frammento paolino, che la mera vendita pignorizia non libera di per sé il debitore.

In altri termini, dal momento che l'alienazione pignorizia, facoltizzata dallo *ius distrahendi*, ha come scopo essenziale quello di garantire al creditore di soddisfarsi del proprio credito garantito rimasto insoluto alla scadenza, non risulta sufficiente a liberare il debitore pignorante la mera conclusione del contratto di vendita con un compratore terzo. Occorre invero che il pagamento da parte di quest'ultimo si sia non solo verificato, ma abbia altresì coperto interamente il debito garantito.

Il pagamento effettivo del prezzo di vendita riveste dunque la qualifica giuridica di succedaneo al versamento *solutionis causa* della medesima somma da parte del debitore<sup>397</sup>. Il mero *pactum vendendi* (accessorio, essenziale o naturale che fosse, a seconda della fase storica)<sup>398</sup> non è dunque sufficiente, dal momento che si configura soltanto come una delle possibilità in capo al creditore per il suo effettivo soddisfacimento: soddisfacimento (anche soggettivamente inteso, basti pensare all'ipotesi della volontaria rinuncia dello stesso creditore<sup>399</sup>) che rappresenta, infatti, il solo epilogo non patologico di questa via.

A questo punto sorge spontaneo l'interrogativo circa il non raggiungimento della totale soddisfazione pecuniaria del creditore pignorizio attraverso l'esercizio del *ius distrahendi*. Se il pagamento del terzo compratore infatti non risultasse definitivo, questa volta senza alcuna colpa da parte del creditore alienante (differentemente che dal caso in precedenza analizzato, in C. 8.27.7), il debitore pignorante sarebbe comunque liberato dai suoi obblighi di saldo?

D. 20.5.12.1 (Tryphoninus, 8 disp.): *Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet*

---

<sup>397</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 187 s.

<sup>398</sup> Cfr. *supra* §8. Cfr. *supra* §10. Cfr. *supra* §11. Cfr. *supra* §13.

<sup>399</sup> Vedi *supra* nt. 400.

*debitorem personali actione pecuniae creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. Sed quantum ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. Nam et si maiores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debet: et cum per iniuriam iudicis domino rem, quae debitoris non fuisset, abstulisset creditor quasi obligatam sibi, et quaereretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scaevola noster restituendam probavit. Quod si non ita vendidit, ut certum sit omnimodo apud eum pretium remansurum, verum obligatus est ad id restituendum, arbitror interim quidem nihil a debitore peti posse, sed in suspenso haberi liberationem: verum si actione ex empto conventus praestitisset creditor emptori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit non esse liberatum.*

Il frammento è stato riconosciuto essere diffusamente interpolato nella sua parte centrale, mentre la classicità dello stesso è stata difesa nel suo principio e termine: «*si aliena ... obligaretur*» e «*quod si ... non esse liberatum*»<sup>400</sup>. In quest'esordio e chiosa Trifononino prende le mosse da una trasmissione del *pignus* tramite *traditio*, adducendo la liberazione del debitore dal vincolo contrattuale in dipendenza del fatto che la somma riscossa dal creditore pignoratizio rimanga presso di lui 'in via definitiva'. Ciò significa che il debito, scaturente dal negozio giuridico principale che ha originato il venire ad esistenza della garanzia pignoratizia, non potrà più chiedersi, ma questo soltanto appunto 'in via condizionale': cioè che il denaro ricevuto dal creditore permanga 'definitivamente' presso di lui. Questo, secondo Bartosek, dovrebbe desumersi da una corretta interpretazione delle parole «*in suspenso haberi*» da vedere in stretta correlazione con l'espressione che le precede «*arbitror interim quidem nihil a debitore*

---

<sup>400</sup> P. PESCANI, Studi sul Digestum Vetus, in BIDR, 84 (1981), pp.193 s. e 201. M. BARTOSEK, La responsabilità, cit., pp. 252-253.

*peti posse*<sup>401</sup>: la miglior ricostruzione sarebbe fondata sul principale rilievo attribuito alla vita pratica nell'alveo della disciplina di questo tipo di negoziazioni.

Interessante constatare, sul punto, la diversità di ricostruzioni giuridiche fra il III e il II secolo d.C., in particolare rispettivamente fra Trifonino e Pomponio. Se per quest'ultimo<sup>402</sup> ogni vendita pignorativa con garanzia per evizione (introdotta con *pactum de praestanda evictione*) comportava una obbligazione ulteriore del debitore (e quindi un aggravamento di complessità nel traffico commerciale); la dottrina successiva<sup>403</sup> semplificò la situazione stabilendo che il debito cessava semplicemente con la vendita dell'oggetto di pegno, e solo in quei rari casi in cui il debitore non si sia comportato secondo *bona fides* (pignorando, ad esempio, una *res* viziosa oppure una cosa altrui *invito domino*<sup>404</sup>) sarebbe sorta – giustamente, per addossamento del rischio negoziale in capo al debitore stesso – una nuova obbligazione<sup>405</sup>.

Tornando all'indagine su D. 20.5.12.1, la presa di posizione di Trifonino e del da lui richiamato e maestro Scevola<sup>406</sup> nel lungo frammento è nel senso della permanenza del credito garantito.

---

<sup>401</sup> M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., p. 254 nt. 29.

<sup>402</sup> In D. 13.7.8.1 (Pomponius, 35 ad Sab.): *Si pignori plura mancipia data sint, et quaedam certis pretiis ita vendiderit creditor ut evictionem eorum praestaret, et creditum suum habeat, reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum*. E in D. 46.3.26 (Pomponius, 35 ad Sab.): *Si creditor fundum pigneraticium vendiderit et quantum ei debebatur, receperit, debitor liberabitur. Sed et si acceptum emptori pretium tulisset creditor vel ab eo stipulatus esset, debitor nihilo minus liberatur. Sed si servus pigneratus a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor, sicut in quolibet pignore vendito, quamdiu res inempta fieri possit*. Secondo la parte finale di quest'ultimo frammento, anche la compravendita consensuale può liberare il debitore, tuttavia questi rimarrà vincolato finché la vendita dell'oggetto di pegno (qui, uno schiavo) possa essere abolita per vizi di fatto, finché cioè il debitore conservi la facoltà di saldare il debito recuperando quindi la *res* impegnata, come in una sorta di evizione. Cfr. A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano 2008, p. 196.

<sup>403</sup> In D. 20.5.12.1 (Tryphoninus, 8 disp.) riportato.

<sup>404</sup> Si tenga presente, tuttavia, che la buona fede di chi ha ricevuto in proprietà la cosa che era stata pignorata fa sì che nella sua persona sorga un interesse tutelato alla sicurezza della propria posizione, nella misura in cui altri terzi non abbiano a vantare (in precedenza) diritti sul possesso sulla stessa cosa, e ciò anche se il pignorante non era autorizzato a disporre del bene. Cfr. D. 20.1.22 (Modestinus, 7 differentiarum): *Si titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori*. Sul punto: S. DIETMAR, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht*, Berlin 1987, pp. 122 ss.; e A. WACKE, *Die Konvaleszenz von Pfandrecht nach römischen Recht*, in ZSS, 115 (1998), pp. 446-461.

<sup>405</sup> M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., p. 254.

<sup>406</sup> A. MURILLO VILLAR, *Aproximacion al origen del fideicomiso 'de eo quod supererit'*, in BIDR, 92-93 (1989), pp. 131 s.

Se da una parte questa soluzione risulta perfettamente in linea con quella espressa da Paolo<sup>407</sup> in D. 17.1.59.4 (Paulus, 4 resp.) circa i rapporti tra mandante e mandatario, dall'altra è pure senza dubbio compatibile con la succedaneità fra saldo del debitore e prezzo pagato dal terzo compratore: in entrambi i casi, ciò che conta è la comparazione fra questi e il valore del credito garantito. La *distractio*, dopotutto, si differenzia dal regime commissorio proprio in questo: pretende una comparazione dei valori in gioco, al fine di scongiurare il pericolo d'iniquità<sup>408</sup>.

È ovvio che, stando così le cose, il creditore pignoratizio sarebbe esposto, per il suo soddisfacimento, ad un rischio che mal si concilierebbe con la priorità della vita commerciale che l'istituto pignoratizio ebbe a garantire e alla quale verosimilmente deve la sua origine. Ecco perché, per assicurarsi l'eventuale *superfluum* (inteso qui non come sinonimo di *hyperocha*, bensì come ciò che difetti ancora affinché si giunga al saldo completo del credito)<sup>409</sup> invalse nella prassi il ricorso ulteriore ad un *fideiussor* per maggior cautela del creditore nel caso in cui il pegno ricevuto non risultasse efficace al proprio soddisfacimento<sup>410</sup>: vuoi per mancanza di compratori, vuoi per deprezzamento o addirittura per sua distruzione .

## 25. La *voluntas* del proprietario debitore, accostabile al caso di un'alienazione effettuata tramite mandato, da un passo di Cervidio Scevola.

Come si diceva in precedenza in riferimento a Gai. 2.62-64<sup>411</sup>, i *prudentes* s'erano già espressi circa la possibilità riconosciuta al *non dominus* di alienare una cosa altrui

---

<sup>407</sup> Allievo anch'egli di Scaevola: A. MURILLO VILLAR, *Aproximacion*, cit., p. 131.

<sup>408</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 203 ss.

<sup>409</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 195 ss.

<sup>410</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 195 ss. Si vedano, quali testi di riferimento: D. 20.5.9.1 (Paulus, 3 quaest.); D. 46.1.52 pr. (Papinianus, 11 resp.); D. 46.1.63 (Scaevola, 6 resp.); C. 8.27.3 (Alex. Sev., a. 223); C. 8.27.5 (Alex. Sev., a. 231); C. 8.27.9 (Diocl., Max., a. 287); C. 4.10.10 (Diocl., Max., a. 294).

<sup>411</sup> Cfr. *supra* §15.

per il soddisfacimento di un suo interesse giuridicamente riconosciuto. L'espressione usata per esprimere una siffatta affermazione di principio era la seguente: *alienandae rei potestatem ... habeat* (Gai. 2.62); e la *ratio* motivatrice plurima, a seconda dei casi presi in considerazione (Gai. 2.64): *ex lege XII tabularum* con riferimento all'*agnatus furiosus*; per regolamentazione giuridica generale con riferimento al *procurator* in favore dell'assente; *ex pactione* per quanto riguardava invece il creditore pignoratizio. Dunque se ai primi due soggetti il potere di alienare una cosa altrui spettava in quanto tali, all'ultimo ciò veniva fatto discendere da un particolare comportamento giuridico tenuto da questi col proprio debitore pignorante, in un tempo precedente. L'aver pattuito un determinato accordo (riconosciuto valido dall'ordinamento) crea fra le due parti contraenti un nuovo vincolo, al pari di una *lex* 'particolare e concreta', il cui fondamento giuridico sta nel consenso, nella volontà comune ad entrambi i soggetti coinvolti.

Un'enunciazione di diritto di questo tenore è rinvenibile pure al di fuori del testo istituzionale di Gaio.

Anche nella compilazione giustiniana – e in particolar modo in D. 44.3.14.5 (Scaevola, lib. sing. quaest. publ.)<sup>412</sup> – si ritrova infatti il concetto giuridico della *voluntas* di un soggetto destinata a legittimare il comportamento in capo ad un altro:

D. 44.3.14.5 (Scaevola, lib. singularem quaestionum publice): *Item si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint: iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni, si pecuniam non intulisses.*

L'alienazione scaturente dalla fattispecie prospettata da Scaevola, nonostante possa essere avvenuta senza il consenso espresso contestuale del *dominus* (*invito te*), trova legittimazione in una precedente *voluntas debitoris* (*convenerit, nisi pecuniam solvisses*,

---

<sup>412</sup> Cfr. *supra* §8.

*licere ex pacto pignus vendere*; e ancora: *iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni*)<sup>413</sup>.

Sempre Scevola, nello stesso *liber singulari quaestionum publice* e in particolare nel paragrafo raccolto in D. 44.3.14.1, pone una distinzione «*sive ex contractu sive voluntate*» con riferimento alla presa di possesso<sup>414</sup> che, se appare «non ... certamente entusiasmante nella forma né immediatamente comprensibile nella sostanza»<sup>415</sup>, può risultare di una certa rilevanza per supportare la soluzione giuridica del paragrafo 5, di cui ci stiamo occupando. L'*accessio possessionum* può fondarsi immediatamente su un contratto oppure, come avviene per l'appunto in D. 44.3.14.5, può trovare fondamento altrove<sup>416</sup>. Stando al tenore letterale di questo paragrafo si evince chiaramente che non vi è stato alcun contratto fra il soggetto che può beneficiare dell'*accessio* e il soggetto ora possessore, ma avendo quest'ultimo espresso precedentemente (*iam enim illo in tempore, quo contrahebas*)<sup>417</sup> la *voluntas* di autorizzare l'*accessio possessionum* al primo (*videri concessisse venditioni*)<sup>418</sup>, al verificarsi di determinate circostanze (*nisi pecuniam solvisses; si pecuniam non intulisses*)<sup>419</sup>, ecco che un valido fondamento giuridico per la liceità della fattispecie è stato trovato e si può quindi affermare infine: *licere ex pacto pignus vendere*<sup>420</sup>.

Il significato semantico dell'espressione *illo in tempore* usata da Scevola è equivalente a quello di *olim* presente nelle Istituzioni gaiane, ed è di capillare importanza per la *ratio* giuridica della fattispecie in oggetto<sup>421</sup>: entrambe le nomenclature fanno riferimento ad un qualcosa che è stato realizzato in un tempo

---

<sup>413</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134 ss.

<sup>414</sup> Nel *principium* del passo riportato di Scevola troviamo scritto: *De accessionibus possessionum ...* (D. 44.3.14 pr.). Sul tenore, in generale, dell'intero passo si consulti C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, La '*accessio possessionis*' en el derecho romano clásico, in BIDR, 98-99 (1995-1996), pp. 491-515.

<sup>415</sup> M. TALAMANCA, Recensione a D. Johnston, On a singular book of Cervidius Scaevola, in BIDR, 91 (1988), p. 842.

<sup>416</sup> M. TALAMANCA, Recensione a D. Johnston, On a singular book, cit., p. 842.

<sup>417</sup> Parallelismo con le *Institutiones Gai*, dove troviamo scritto: ... *item creditor pignus ex pactione; quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est* (Gai. 2.64).

<sup>418</sup> Parallelismo con le *Institutiones Gai*, dove troviamo scritto: *pactus ... ut liceret creditori pignus vendere* (Gai. 2.64).

<sup>419</sup> Parallelismo con le *Institutiones Gai*, dove troviamo scritto: ... *si pecunia non solvatur* (Gai. 2.64).

<sup>420</sup> Parallelismo con le *Institutiones Gai*, dove troviamo scritto: *alienare possit* (Gai. 2.62); *alienare potest; ut liceret creditori pignus vendere* (Gai. 2.64).

<sup>421</sup> U. RATTI, Sull'accessorietà, cit., p. 9. Di opinione differente: A. MANIGK, Pfandrechtliche, cit., p. 78 nt. 1.

passato ma che continua ad avere validità anche nel tempo presente dove (e solo allora) potrà realizzare i propri effetti<sup>422</sup>.

Se da un lato questa situazione può essere equiparata ad un negozio accessorio condizionato sospensivamente, dall'altro può anche essere vista rivestire i tratti di una delle nuove tipologie contrattuali di *ius gentium*: il contratto (meramente consensuale) di mandato, in virtù del quale un *dominus* autorizza un terzo a porre in essere uno o più atti giuridici in nome suo (cioè del *dominus* stesso).

La giurisprudenza classica riconobbe valida una *traditio* effettuata dal terzo *voluntate domini*<sup>423</sup>: ciò che si realizzava, in fin dei conti, con l'esercizio del *ius distrahendi* da parte del creditore pignoratizio. Questa legittimazione alla vendita, con l'ingresso nella scena contrattuale del mandato, poteva ben essere incorporata in questo stesso negozio di *ius gentium*.

La particolarità della struttura consensuale propria del *mandatum* faceva inoltre sì che il terzo avrebbe potuto realizzare la vendita della cosa altrui anche senza una preventiva assunzione di incarico. Era sufficiente porla in essere, senza una denuncia di illiceità da parte del *dominus*. La giurisprudenza in tal caso avrebbe inteso l'attività del terzo come accettazione di una proposta contrattuale di mandato, emanata da una semplice volontà unilaterale del *dominus*. In altri termini si assisteva ad una situazione giuridica per la quale la proposta contrattuale, l'accettazione della stessa e l'esecuzione del negozio avvenivano contestualmente.

Quanto al fondamento giuridico nel caso del creditore pignoratizio che si appresta all'alienazione dell'oggetto di pegno, ci sarebbe stato il *pactum vendendi* (esplicito o implicito, ormai, che fosse) a fungere da presupposto alla sua legittimazione per il trasferimento della *res aliena*<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> Al pari dell'elemento accessorio condizionale apposto ad una fattispecie negoziale.

<sup>423</sup> Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., pp. 21-22; E. BETTI, *Diritto romano*, cit., pp. 134 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 208 nt. 16.

<sup>424</sup> Cfr. *supra* §24. A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 134-138, il quale comunque preferisce non sminuire la peculiarità del regime pignoratizio di vendita per via di un eccessivo riferimento analogico con altri fenomeni autorizzativi, quali quello originato dal mandato ad alienare.

## 26. Il passaggio di proprietà risultante dalla vendita pignorizia. La centralità del binomio: possesso e diritto al possesso.

Dopo aver confermato la presenza già nelle fonti classiche del *ius distrahendi*; ribadito il carattere tipicamente ed esclusivamente possessorio dell'istituto pignorizio rispetto al quale si configura come strumentale ed accessorio (quanto meno nel periodo storico, il primo, in cui veniva a risultare da un ulteriore *pactum* fra le medesime parti); constatato, dunque, una rinuncia soltanto sul piano formale alla proprietà da parte del debitore-*dominus*; delimitati, ancora, gli ambiti di validità e soprattutto di applicabilità del suddetto potere di alienazione – senza tralasciare il dato che tale *ius* si qualifica comunque soltanto come un mero presupposto alla soddisfazione del creditore pignorizio – ed esaltata la *voluntas* del debitore pignorante e quindi l'autonomia negoziale al rango di autentica *ratio* giuridica in grado di legittimare un siffatto potere su una cosa altrui in capo ad un soggetto non proprietario; possiamo finalmente indagare l'esito ultimo dell'intera disciplina garantistica. Non v'è dubbio nelle fonti che in capo al terzo acquirente passi la proprietà della *res* pignorata.

Il seguente passo paolino, nella sua brevità, può ben asservire ad offrirci il quadro generale dell'atto finale del destino della cosa, sottoposta dapprima a *pignus* e divenuta quindi oggetto di vendita di rivalsa del saldo creditorio:

D. 20.5.13 (Paulus, 1 decret.)<sup>425</sup>: *Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.*

È utile fin da subito premettere che il passo doveva vertere in origine sull'istituto fiduciario e solo al tempo della compilazione fu rimaneggiato per adattarlo alla figura

---

<sup>425</sup> Cfr. *supra* §4.

del pegno<sup>426</sup>. Così, è assai probabile, doveva mostrarsi sul finire dell'epoca classica: *Creditor, qui iure suo <fiduciam> distrahit, <eam (nummo uno) mancipare aut in iure> cedere debet et, si <fiduciam> possidet <>*.

La versione originaria doveva dunque essere limitata alla vendita dell'oggetto dato in garanzia, vendita intercorsa fra creditore e terzo compratore. Il tenore della nuova dizione invece, facendo entrare in gioco l'istituto del *pignus*, di carattere possessorio anziché proprietario, allarga il proprio ambito di interesse: doverosamente viene in considerazione pure il debitore pignorante e questo perché la proprietà della *res* passa da questi al terzo, non direttamente dal creditore pignoratizio, il quale riveste soltanto il ruolo di tramite legittimato alla vendita, al terzo<sup>427</sup>.

D. 20.5.13, nella formulazione attestata nelle Pandette, afferma che se il creditore, che per diritto suo proprio<sup>428</sup>, decidesse di vendere la *res* ricevuta in pegno, dovrà cedere questo suo diritto, e se possiede la *res* pignorata, ne dovrà certamente consegnare altresì il possesso<sup>429</sup>.

Da questo nuovo arrangiamento giustiniano del testo emerge un dato molto importante in tema di *ius distrahendi* nel pegno: a vendita pignoratizia avvenuta (efficacemente)<sup>430</sup>, il rapporto pignoratizio fra debitore pignorante e creditore garantito cessa di esistere; in sua vece ne nascerà uno nuovo, che intercorrerà fra il debitore venditore e il terzo compratore<sup>431</sup>.

---

<sup>426</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 84-87. Comunque Bartosek (M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., p. 250 nt. 20), constatando il dato che la maggior parte della dottrina ritiene una sostituzione letterale della *fiducia* col *pignus*, ammette che non sarebbe nemmeno escluso che il passo (datato III secolo d.C.) potesse in realtà vertere proprio sul *pignus*.

<sup>427</sup> M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., p. 250.

<sup>428</sup> L'espressione *iure suo* doveva probabilmente riferirsi alla *fiducia*, dove il fiduciario diveniva a tutti gli effetti il nuovo proprietario della cosa. In tal senso F. EISELE, *Studien*, cit., p. 127; A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del «pactum»*, cit., p. 408; con beneficio del dubbio, invece, W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., pp. 24 ss.

<sup>429</sup> Koschaker (P. KOSCHAKER, *Recensione a Albertario*, *Studi*, II, in *ZSS*, 63 (1943), p. 439) e Kaser (M. KASER, *Zum römischen Fremdbesitz*, in *ZSS*, 64 (1944), p. 389 ss.) sostengono che il diritto di proprietà del debitore pignorante si mostrerebbe come un diritto al possesso quando avesse saldato il proprio debito, mentre il diritto al possesso del creditore pignoratizio ci sarebbe già nel momento del pignoramento (in caso di *pignus datum*) oppure alla scadenza del debito insoddisfatto (in caso di *pignus conventum*).

<sup>430</sup> Nel senso che riesca a soddisfare pienamente l'interesse del creditore pignoratizio.

<sup>431</sup> Forse non è del tutto corretto – come ritiene Bartosek (M. BARTOSEK, *La responsabilità*, cit., p. 250) probabilmente su un'esegesi dell'espressione «*ius suum cedere debet*» non aggiornata al

Il *ius distrahendi* consente nella pratica un trasferimento di proprietà, ma si incardina pur sempre in un diritto al possesso<sup>432</sup>. Esso infatti offre la possibilità di vendere la cosa non propria attraverso un passaggio di titolarità del possesso che, proprio grazie a questo ulteriore transito, acquisisce i requisiti necessari per integrare la fattispecie della proprietà.

Se da un lato abbiamo un'autorizzazione alla vendita *pro creditor*, dall'altro abbiamo un passaggio di proprietà *pro emptor* che è la risultante di un trasferimento di possesso (possesso che è stato assicurato al creditore o subito, al cospetto di *datio pignoris*, o alla scadenza, nel caso di *conventio pignoris*) unitamente al trapasso di un (pieno ed integrale, grazie alla cessione in capo al creditore pignoratizio dell'*actio pigneraticia in rem*) diritto al possesso, per mancato soddisfacimento del credito.

Il compratore, dunque, acquista la proprietà<sup>433</sup> della cosa nel momento in cui ne ottiene il possesso. Dice bene Burdese che «la facoltà di vendere è vista ... come una sovrastruttura che si innesta sul diritto reale al possesso»<sup>434</sup>.

Non è da escludere l'ipotesi che anche in regime di *lex commissoria* il passaggio di proprietà sia da collegarsi al trasferimento del possesso, che in ogni caso avveniva. Ciò trova conferma anche nel fatto che il creditore pignoratizio, nella vendita dell'oggetto ricevuto in pegno, poteva realizzare solamente la *traditio*: la quale, sulla base della *iusta causa* rappresentata dalla vendita pignoratizia al fine di soddisfacimento del creditore, era idonea a trasferire realmente la proprietà. Questo, tuttavia, nel solo caso in cui la cosa impegnata fosse ovviamente qualificata fra le *res nec Mancipi*<sup>435</sup>.

Al contrario, al cospetto di *res Mancipi* – premettendo che il termine «alienare» diffusamente usato dai testi è assai generico, mentre «*dominium*» all'età Severi non

---

rimaneggiamento del passo – definire inoltre questo terzo compratore «quale nuovo creditore», dal momento che a questi la proprietà (reale) può ben passare.

<sup>432</sup> G. PUGLIESE, *Usufrutto uso e abitazione*, Torino 1972, p. 282; F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso, abitazione*, Bologna 1978, p. 186.

<sup>433</sup> Di questo trasferimento della proprietà della *res* pignorata, dal debitore-*dominus* al terzo compratore, grazie all'atto traslativo posto in essere dal creditore pignoratizio, ce lo testimoniano varie fonti: Gai. 2.64; D. 13.7.4 (Ulpianus, 41 ad Sab.); D. 20.5.6 (Modestinus, 8 reg.); D. 20.6.10.1 (Paulus, 3 quaest.); D. 41.1.46 (Ulpianus, 65 ad ed.); C. 8.27.13 (Diocl., Max., a. 293); C. 8.27.15 (Diocl., Max., a. 294).

<sup>434</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 221-223.

<sup>435</sup> Ciò non dovrebbe sorprendere, dal momento che in un modo parimenti eccezionale si realizzava l'acquisto della proprietà su di una *res* per *litis aestimatio* (diffusamente sul tema E. CARRELLI, *L'acquisto*, cit.).

ebbe più il ristretto ambito di riferimento alla mera proprietà dei Quiriti;<sup>436</sup> e non dimenticando che, in ogni caso, le *res Mancipi* erano fatte oggetto soprattutto di garanzie fiduciarie – l’acquisto del terzo si limitava all’*in bonis habere*<sup>437</sup>: una proprietà comunque tutelata dall’*actio utile Publiciana*.

La ragione di un siffatto limite, che si manifesta come un divieto all’utilizzo di un *modus acquirendi* solenne, risiede forse già nella tradizione gaiana, di cui ci siamo occupati in precedenza<sup>438</sup>. Nonostante in Gai. 2.64 si trovi un’elencazione di soggetti giuridicamente equiparati quanto all’ammissione in loro della facoltà di porre in essere atti di disposizione in vece altrui, non bisogna lasciarsi trascinare dal concetto ed estendere quest’equiparazione anche oltre l’interesse centrale del paragrafo, che ha spinto il giurista a dedicarsi a un tale ragionamento dimostrativo. Gaio richiama il *curator furiosi* e il *procurator* – entrambi facoltizzati anche a *mancipare* o *in iure cedere* – soltanto però con riferimento al generico *rem alienam vendere posse*; nulla di più, dal momento che il suo obiettivo era per l’appunto quello di dimostrare come il creditore, *non dominus*, potesse essere autorizzato alla vendita della cosa altrui (*res genericamente intesa*).

La facoltà di alienazione del *creditor* non promana da un generale potere di *administratio* sulla sfera altrui (come avviene invece per il *curator*), bensì in un atto dispositivo di autorizzazione del proprietario, al pari quindi di un mandatario. Ciò però che lo differenzia in maniera fondamentale da quest’ultimo è il fatto che il creditore pignoratizio si presenta come portatore di un interesse suo proprio (coincidente solo in parte con quello del debitore pignorante, e in particolare convergente con esso soltanto fino al raggiungimento dell’ammontare del debito/credito)<sup>439</sup>.

L’esclusione della *mancipatio* e della *in iure cessio* fra i modi di acquisto della proprietà in capo al terzo compratore, quando la vendita venga realizzata per il tramite del creditore pignoratizio, si trova peraltro in perfetta armonia con la struttura originariamente possessoria di un istituto – quello pignoratizio – sviluppatosi, fuori

---

<sup>436</sup> P. CIAPESSEONI, *Duplex dominium* (Gai. 1.54 e 2.40-41), in *Studi su Gaio*, Pavia 1943, pp. 93 ss.; E. LEVY, *Die Enteignung des Klägers im Formularprozess*, in *SZZ*, 42 (1921), p. 484.

<sup>437</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 110-113.

<sup>438</sup> Cfr. *supra* §15.

<sup>439</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 170.

dalla cerchia del *ius civile*, entro l'alveo dell'attività pretoria, alla quale continuò a rifarsi in tema di disciplina.

## 27. Circa i modi alternativi di soddisfazione del creditore pignoratizio.

Da ultimo – prima di tirare le file del nostro discorso sul «*Pignus distrahere*. L'alienazione della cosa pignorata da parte del creditore» – pare utile e di un certo interesse soffermarci a riflettere se esisteva, già in diritto classico, un'alternativa al *ius distrahendi* per la soddisfazione del creditore pignoratizio.

In tutto il periodo in cui lo *ius distrahendi* fu annoverato fra gli elementi accidentali del pegno, e quindi sottoposto a scelta alternativa, o nella fase successiva nella quale esso acquisì il tratto di elemento naturale, e quindi passibile tuttavia di elusione, sarebbe interessante indagare, in caso di una sua mancata previsione, le alternative possibilità di soddisfazione alle quali il creditore pignoratizio rimasto insoddisfatto avrebbe potuto ricorrervi. Il rischio del privarlo di scappatoie di sorta sarebbe stato quello di aver previsto sì uno strumento giuridico a sua tutela (il pegno in quanto tale), ma concretantesi meramente in una garanzia solo formale e mai fattuale, in special modo prima che il *ius distrahendi* fece la sua comparsa sulla scena della regolamentazione pignoratizia.

L'alternativa più plausibile, stando al regime delle fonti, sarebbe stata rappresentata (fino a che, ovviamente, essa rimase in vigore) dalla *lex commissoria*, ovvero dalla previsione che la *res* oggetto di *pignus*, a seguito del mancato adempimento dell'obbligazione principale da parte del debitore e attraverso il cosiddetto patto commissorio, passasse direttamente in proprietà del creditore pignoratizio, sulla falsariga di ciò che in precedenza accadeva col ricorso alla *fiducia*<sup>440</sup>.

---

<sup>440</sup> Cfr. *supra* §23.

Tuttavia, questa *communis opinio* viene criticata da Biscardi<sup>441</sup> sul presupposto che il rapporto pignoratizio doveva avere, per sua natura e certamente in origine, carattere continuativo. Tale attributo è probabile fosse un portato storico dello strumento giuridico che esso andò a sostituire nel momento della sua costituzione: così come la *fiducia cum creditore* fu un mezzo di coazione sulla volontà del debitore affinché adempisse, parimenti lo dovette essere in origine il pegno.

Secondo questo ragionamento, l'efficacia dell'istituto del pegno non sarebbe di tipo repressivo (del mancato adempimento) bensì preventivo (per scongiurare il rischio di inadempimento): il tutto per finalità di miglioramento nella certezza dei traffici commerciali piuttosto che di tipo meramente sanzionatorio. Il pegno, in altri termini, non si configurerebbe come un mezzo di soddisfazione (diretta e forzosa) nelle mani del creditore, bensì quale mezzo di coazione psicologica sulla volontà del debitore. In questo quadro ricostruttivo è ovvio come una previsione quale quella contenuta nella *lex commissoria* si qualifichi come assolutamente contrastante.

Quanto detto consente allo stesso Biscardi di sottolineare un dato particolarmente interessante: il pegno, per il solo e semplice fatto di essere stato costituito (e a prescindere dunque dall'aggiunta di altre speciali pattuizioni accessorie, quale fu appunto il *pactum de distrahendo pignore*), trova in sé la sua funzione garantista, in quanto «rapporto destinato per sua natura ad esercitare una pressione continuativa sulla volontà del debitore affinché paghi»<sup>442</sup>.

È innegabile, tuttavia, che l'evoluzione di regime della garanzia pignoratizia abbia condotto, attraverso il graduale consolidarsi dello *ius distrahendi* (fino a divenire, come s'è detto, elemento essenziale del pegno), alla progressiva configurazione dell'istituto quale mezzo repressivo del mancato adempimento e quindi quale mezzo (anche e direttamente) soddisfacente per il creditore pignoratizio<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 157-175.

<sup>442</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 157-175.

<sup>443</sup> Cfr. *supra* §5. Cfr. *supra* §11. Cfr. *supra* §24.

Messa in discussione l'ipotesi della *lex commissoria* – in ogni caso relegata in un ambito limitato temporalmente – in funzione di alternativa soddisfazione creditizia, proviamo ad indagare altri campi.

Qualora il creditore pignoratizio venga a trovarsi nell'imbarazzante situazione di non trovare compratori in grado di pagare la *res* in suo possesso quantomeno fino a coprire il credito che essa avrebbe dovuto garantire, in età tardoantica è sorto l'istituto della *impetratio dominii*. Questa, in deroga al divieto di patto commissorio sancito da Costantino, offriva al creditore pignoratizio la possibilità di chiedere all'imperatore l'autorizzazione di acquistare lui stesso, personalmente, la *res* del debitore, per un 'giusto' prezzo (e in questo temperamento la deroga trovava una sua ben plausibile ragion d'essere). L'unica attenuazione di questa disciplina forse ancor più invasiva del *ius distrahendi*<sup>444</sup>, oltre al necessario duplice presupposto dell'insolvenza dell'obbligato e dell'assenza di compratori, era rinvenibile nel tempo concesso al proprietario della *res* pignorata per poterla riscattare e quindi non perderla.

C. 8.33.2: *Imp. Gord. A. Tae. Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam praescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.* <A 238 PP. PRID. NON. DEC. PIO ET PONTIANO CONSS.>

Questo rescritto dell'imperatore Gordiano fissa propriamente il termine di un anno dalla richiesta, oltre il quale, se la proprietà della *res* pignorata non verrà riscattata dal *dominus* debitore pignorante, si considererà da questi aver rifiutato il beneficio. Scaduto dunque il termine, l'autorizzazione imperiale faceva acquisire al creditore il definitivo *dominium*<sup>445</sup> sulla cosa avuta in pegno.

Giustiniano dedica all'istituto il titolo trentatreesimo dell'ottavo libro del *Codex*, così presentandolo: «*Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit*

---

<sup>444</sup> In quanto si mostra come una specie di reviviscenza degli effetti (ma solo di quelli) del regime commissorio.

<sup>445</sup> Cfr. *supra* §26.

*documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam...»* (C. 8.33.3 dell'anno 530).

C. 8.33.1: *Imp. Alex. Sev. A. Nicolaae. Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregisti, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.* <A 229 PP. XIII K. DEC. ALEXANDRO A. III ET DIONE CONSS.>

Qui, l'imperatore Alessandro Severo chiarisce dapprima, seppur genericamente, la meticolosità della procedura prevista per il ricorso all'*impetratio dominii*: «*nomina debitorum ... exprimere*»; «*an sollemnia peregisti*». Quindi fissa un limite alla sua efficacia (qualificabile come *beneficium competentiae*) mostrando così, la costituzione tardoclassica, di tenere in debita considerazione molteplici interessi. Il creditore infatti non poteva chiedere di ottenere l'intera proprietà del debitore («*omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse*») e ciò è verosimile sia giustificato da una volontà di proteggere gli interessi dell'erario da un lato e le persone del debitore e di eventuali ulteriori suoi creditori dall'altro (come traspare, d'altronde, dalla successiva ampia regolamentazione di Giustiniano, in C. 8.33.3)<sup>446</sup>.

Introdotta in tarda epoca nel novero degli strumenti giuridici soddisfattivi per il creditore pignoratorio rimasto insoddisfatto, l'*impetratio dominii* è stata inquadrata in dottrina come «*eine Einwendung des Verfallsgedankens*»<sup>447</sup>. Invero, tuttavia, essa pare mostrarsi piuttosto come un'attribuzione indiretta della proprietà e con ciò perfettamente in armonia col carattere possessorio dell'istituto pignoratorio da cui trae origine. Se da un lato infatti l'*impetratio* comporta effetti del tutto analoghi a quelli

---

<sup>446</sup> M. SIČ, I beni “*extra commercium*” e la protezione dei deboli secondo il Breviario Alariciano “*de bonis viventis*”, in *Revista de Științe Juridice*, II (2008), pp. 162 ss.

<sup>447</sup> A. MANIGK, v. *Pignus*, cit., c. 1270.

della vecchia *lex commissoria*, dall'altro, in virtù delle sue modalità per ricorrervi, se ne discosta quanto a qualificazione.

Nelle fonti ricorre sempre l'espressione «*possidere iure dominii*»<sup>448</sup> annessa alla formale richiesta rivolta dal creditore pignoratizio (insoddisfatto) all'imperatore. Burdese spiega l'impiego costante di questa formula individuandovi in essa la vera, autentica e unica finalità giuridica che sta alla base della richiesta stessa: ottenere una qualifica del possesso *iure pignoris* che sia in grado di tramutarlo in legittimo *dominium*. Dunque, la concessione imperiale in oggetto non avrebbe di per sé l'effetto di realizzare un trasferimento immediato di proprietà – come lo fu invece l'ormai definitivamente bandita *lex commissoria* – bensì una legittimazione a farlo.

Ancora una volta ci troveremmo di fronte ad una situazione giuridicamente avvicinata ad una *traditio* condizionata, fondata su di una *possessio sine vitio* ed una giusta causa di trasferimento. Quest'ultima rinvenibile in un triplice ordine di presupposti: l'insolvenza del debitore una volta scaduti i termini; l'assenza di compratori idonei a soddisfare (interamente) il debito; la mancanza del riscatto da parte del *dominus* entro un anno dall'avanzata richiesta (e ottenimento) di *impetratio dominii* da parte del creditore pignoratizio.

L'istituto pignoratizio mantenne sempre una forte consistenza nel perseguire la propria funzione giuridica di garanzia e i vari *pacta* ad esso di volta in volta aggiunti, sino a divenirne alcuni di essi persino impliciti nella sua disciplina, non hanno fatto altro che confermare questa tendenza.

Addirittura se il debitore vende la cosa pignorata, questa, pur passando in proprietà del terzo, rimane tuttavia sottoposta all'aggravio del diritto di pegno che su di essa incombe in quanto *ius in re aliena*, valevole per questo *erga omnes*: dopotutto, ciò è frutto di un istituto, quello pignoratizio, che si trova a cavallo fra il settore giuridico obbligazionario e quello reale. Quindi è possibile annoverare fra le modalità di soddisfazione creditoria anche la persistenza della garanzia pignoratizia, nonostante il

---

<sup>448</sup> Vedasi, oltre i passi del *Codex* in precedenza richiamati, anche questi altri frammenti della compilazione: D. 27.9.5.3 (Ulpianus, 35 ad ed.); D. 36.1.61 pr. (Paulus, 4 quaest.); D. 41.1.63.4 (Tryphoninus, 7 disp.).

verificarsi di alcune vicende modificative delle situazioni giuridiche soggettive collaterali.

D. 13.7.18.2 (Paulus, 29 ad ed.): *Si fundus pignertus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.*<sup>449</sup>

Paolo, nel passo riportato, chiarisce con semplicità il concetto: se una *res* sottoposta a pignoramento viene venduta, la sua funzione giuridica di pegno non viene per questo meno. Ciò perché nell'alienazione viene trasferita non solo la cosa reale, bensì pure tutto quello che ad essa concerne. Il giurista poi riporta il parallelismo del caso del figlio nato da una schiava dopo che questa sia stata venduta: ovviamente il nascituro sarà anch'esso di proprietà dell'acquirente. In realtà, forse, questo paragone non è particolarmente calzante, dal momento che nell'un caso si parla di un onere giuridico gravante sulla *res*, mentre nell'altro di una questione meramente attinente alla proprietà dei frutti di una *res*. In ogni caso, quello che qui preme ribadire è l'incontrovertibile diritto di seguito vantato dal pegno, indice certo fra gli altri (*in primis* lo stesso *ius distrahendi*) della sua rigorosa disciplina garantista. Tuttavia a quest'ultima fu sempre preferita la soddisfazione 'reale' del creditore: come molto spesso accade nell'esperienza giuridica romana, la concretezza delle fattispecie finiva col prevalere sull'astrattezza normativa.

Trovandoci sul campo di un'ampia autonomia negoziale riconosciuta alle parti, non deve sorprendere dunque la variegata casistica (con finalità spiccatamente pratiche) dei modi alternativi riguardo alla soddisfazione del credito garantito. E alternativi nel senso che perseguono, per altre vie, il vero e unico scopo di questo istituto garantistico, che è rappresentato dall'appagamento del creditore.

---

<sup>449</sup> Indirettamente, si vedano: D. 20.5.12 pr. (Tryphoninus, 8 disp.); C. 8.9.1 (Gord., a. 238); C. 8.13.15 (Diocl., Max., a. 293); C. 8.25.10 (Diocl., Max., a. 293); C. 8.27.12 (Diocl., Max., a. 293).

Un'altra forma di appagamento degli interessi del creditore pignoratizio è rintracciabile persino nel consenso da questi prestato per l'alienazione stessa messa in atto dal *dominus*, suo debitore<sup>450</sup>, o per la costituzione in capo a quest'ultimo di un diverso pegno<sup>451</sup>.

Siffatti comportamenti del creditore, difatti, erano interpretati dai giuristi classici come attinenti in ogni caso al suo interesse per il saldo. Se all'esterno si palesava come una vera e propria rinuncia al suo diritto di pegno<sup>452</sup>, in realtà poteva anche essere vista come una strategia meno rischiosa per entrambi i contraenti, al fine di trovare soddisfazione del credito, l'uno, e liberazione dal debito, l'altro: il creditore non avrebbe rischiato di ritrovarsi nel possesso di una *res* che non gli interessava avere, senza che gli si presentassero compratori 'idonei'; mentre il debitore, dal canto suo, avrebbe evitato di vedersi venduto forzosamente il bene, magari deprezzato fino all'ammontare del credito garantito (dato che – come si ricordava<sup>453</sup> – soltanto sino a quel limite l'interesse del creditore avrebbe coinciso con il proprio).

Questo consenso all'alienazione debitoria poteva ben essere inteso quale forma di estinzione della garanzia pignoratizia in favore di una immediata soddisfazione sul prezzo della vendita, certamente più appagante per il creditore.

Non è da dimenticare né sottovalutare inoltre la struttura giuridica stessa propria del pegno. Un compratore terzo poteva non essere certo così invogliato ad acquistare una *res* sotto il giogo della garanzia reale, che l'avrebbe seguita – come s'è ricordato – sino all'avvenuta soddisfazione. Poteva far comodo, dunque, offrire al compratore una cosa libera da ogni vincolo purché, su accordo col creditore pignoratizio, fosse comunque sufficiente a coprire il debito pendente. A questo riguardo è interessante richiamare il seguente passo di Marciano:

---

<sup>450</sup> Si vedano i seguenti passi: D. 20.6.4.1-2 (Ulpianus, 73 ad ed.); D. 20.6.7 pr.-1 (Gaius, lib. sing. ad form. hyp.); D. 20.6.8.6-7 (Marcianus, lib. sing. ad form. hyp.); D. 20.6.8.11-14 (Marcianus, lib. sing. ad form. hyp.); D. 20.6.8.16-18 (Marcianus, lib. sing. ad form. hyp.); D. 50.17.158 (Gaius, 26 ad ed. prov.); C. 8.25.2 (Anton., a. 208) e C. 8.25.11 (Iust., a. 532).

<sup>451</sup> Si vedano: D. 20.4.12.4 (Marcianus, lib. sing. ad form. hyp.); D. 20.6.9.1 (Modestinus, 4 resp.); D. 20.6.11 (Paulus, 4 resp.) e D. 20.6.12 (Paulus, 5 resp.).

<sup>452</sup> Sulla questione, nella generale condivisione di opinione della dottrina romanistica, è sufficiente rinviare a R. DE RUGGIERO, Il divieto d'alienazione del pegno nel diritto greco e romano, in *Studi Cagliari*, 2 (1910), pp. 57 ss., che se ne è diffusamente occupato.

<sup>453</sup> Cfr. *supra* §26.

D. 20.6.8.10 (Marcianus, lib. sing. ad form. hyp.): *Tutius tamen est, si debitor a creditore petat, ut ei permittat pignus vendere, quo magis satisfaciat, ante cautionem accipere ab eo, qui rem empturus erit, ut pretium rei venditae usque ad summam debiti creditori solvatur.*

Marciano qui svela la grande e diffusa utilità («*tutius*») per il creditore pignoratorio di permettere al proprio debitore di vendere lui stesso il pegno, in modo che egli possa poi più facilmente estinguere il suo debito<sup>454</sup>.

In definitiva, al debitore rimane, con la proprietà della cosa pignorata, pure una piena facoltà di disporre, inquadrandosi il possesso *iure pignoris* – come si sa – in una fattispecie di titolarità possessoria eccezionale.

Unica deroga, ancora una volta in virtù dell'ampia libertà negoziale riconosciuta nella fattispecie, fu considerato l'eventuale patto contrario appositamente stipulato fra le parti<sup>455</sup>:

D. 20.5.7.2 (Marcianus, lib. sing. ad form. hyp.): *Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.*

Quando c'è un accordo fra i contraenti interessati, questo acquisisce valore di legge («*si pactum sit ... quid iuris sit*»): ecco perché «*et certum est nullam esse venditionem*,

---

<sup>454</sup> A. WACKE, Ein Verfügungsverbot, cit., p. 192 nt. 30.

<sup>455</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 215-223.

*ut pactioni stetur*»<sup>456</sup>. Marciano qui esamina il divieto di alienazione convenuto a carico del debitore pignorante, mostrando ancora una volta il largo ambito di efficacia riconosciuto all'autonomia privata nella regolamentazione dei propri interessi<sup>457</sup>: un'efficacia che, al pari di quella che fu propria della *lex commissoria*, si mostra di carattere reale<sup>458</sup>.

---

<sup>456</sup> Voci (P. VOCI, *Modi di acquisto*, cit., p. 8) è del parere dell'interpolazione anche di quest'ultima parte del brano poiché, nella sua forma, pare frutto dell'operato di un legislatore piuttosto che di un giurista.

<sup>457</sup> G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi: La «in rem missio»*, in *BIDR*, 70 (1967), p. 319 e nt. 18.

<sup>458</sup> T. A. J. MCGINN, *Ne serva prostituatur*, in *ZSS*, 107 (1990), p. 319 nt. 14; il quale richiama G. SCHLICHTING, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht*, Karlsruhe 1973, pp 12 s. e 24 s.

# CONCLUSIONE

La ricerca ha preso le mosse da un istituto giuridico ben attestato nelle fonti e che con ogni probabilità acquisì la denominazione propria di *ius distrahendi*, da intendersi quale una facoltà legittimamente riconosciuta in capo al creditore pignoratizio di vendere una cosa non propria, già a partire dall'ultimo periodo dell'età classica. Ne è conferma il contenuto della costituzione imperiale severiana C. 8.29.1 dell'anno 222<sup>459</sup>.

Il motivo di interesse sul tema sorgeva dalla constatazione che il *pignus*, come garanzia reale atta a realizzare (in via preferenziale rispetto a tutti i possibili richiedenti) il soddisfacimento di un credito principale, non comportò mai un trasferimento della proprietà in capo al soggetto garantito. Il creditore pignoratizio, qualificandosi come tale, procedeva alla vendita della *res* altrui in nome altrui per interesse proprio<sup>460</sup>. Com'era dunque possibile realizzare un atto di vendita da parte di chi non fosse qualificato *dominus* dell'oggetto che si accingeva a trasferire? Al creditore pignoratizio faceva capo, sulla *res* ricevuta in pegno, un *ius possidendi* che, stando alle regole generali in materia, sarebbe stato incompatibile con una qualsivoglia ipotesi di vendita.

Preliminarmente non è da sottovalutare l'importanza sul punto della testimonianza gaiana in Gai. 2.62-64, dove il giurista classico ci informa di casi particolari in cui il *ius alienandi* poteva non spettare al *dominus*<sup>461</sup> e, in parallelo, casi in cui questo potesse essere invece esercitato da un *non dominus*, purché qualificato (com'era il caso, appunto, del creditore pignoratizio, ma pure del *curator*, del *tutor* e del *procurator*)<sup>462</sup>.

In verità il diritto romano prevede già una possibilità di soddisfazione immediata e diretta del credito, all'inadempimento debitorio, attraverso il ricorso alla *fiducia* (nella forma *cum creditore*) integrata dal *pactum adiectum* che ne garantiva la finalità satisfattiva<sup>463</sup>: la *fiducia cum creditore* a fini garantistici si realizzava con la vendita fiduciaria integrata dalla stipulazione del cosiddetto *pactum commissorium*, che ne

---

<sup>459</sup> Cfr. *supra* §12.

<sup>460</sup> Cfr. *supra* §14.

<sup>461</sup> Cfr. *supra* §7.

<sup>462</sup> Cfr. *supra* §8. Cfr. *supra* §15.

<sup>463</sup> Cfr. *supra* §1.

temperava la drasticità della previsione giuridica creando un condizionamento sospensivo dell'efficacia del negozio<sup>464</sup>.

Il *pignus*, grazie all'attività del pretore, innovò poi la regolamentazione propria del *ius civile* per meglio adattare la fattispecie all'evoluzione economica, politica e sociale della tarda repubblica. Un'ulteriore agevolazione soddisfacente fu invece favorita dall'introduzione di due convenzioni espresse: il patto commissorio e, appunto, il patto di vendita che, dapprima, fu inserito (anche) nel negozio fiduciario allo scopo di dare un contenuto concreto al carattere di buona fede impregnante l'originario istituto della *fiducia*<sup>465</sup>.

Sono riscontrabili reciproche influenze che tali tipologie di garanzie reali (fra cui il solo *pignus conventum* rivestì propriamente i tratti di un *ius in re aliena*, mentre il *pignus* propriamente *datum* rimase tuttavia sempre di stampo possessorio), nel periodo romano antico e classico, ebbero a riflettere sulla disciplina giuridica di riferimento. A tal riguardo possiamo qui dare conto di una considerazione terminologica avanzata da Biscardi: nonostante le garanzie reali vengano qualificate giuridicamente come diritti reali di garanzia, per l'autore l'accostamento non riveste in ogni caso il tratto dell'automatismo<sup>466</sup>. Se l'equiparazione è sicuramente valida ed esatta per il nostro diritto civile e per quello giustiniano della compilazione, essa non può però estendersi al periodo romano precedente, antico e classico, dove esistette invero una molteplicità di garanzie reali, fra le quali solo il *pignus* propriamente detto *conventum* poteva essere qualificato quale "diritto reale", essendo invece esclusivamente possessorio l'istituto del *pignus datum*.

Il giurista classico Fiorentino, in D. 13.7.35.1<sup>467</sup>, è molto esplicito nel chiarire che il pegno abbia come effetto quello di trasferire dal debitore al creditore il solo possesso («*solam possessionem*») della cosa «*manente proprietate debitoris*». In riferimento alla sua struttura, dunque, la *datio pignoris* consiste in una *traditio possessionis*<sup>468</sup>. Attraverso questo rapporto giuridico a scopo di garanzia, il creditore riceve la *possessio*

---

<sup>464</sup> Cfr. *supra* §2.

<sup>465</sup> Cfr. *supra* §3. Cfr. *supra* §4.

<sup>466</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 14-19.

<sup>467</sup> Cfr. *supra* §20.

<sup>468</sup> G. LA PIRA, La struttura classica del *pignus*, in "Studi Cammeo", II, Padova 1932, pp. 3 ss.

*ad interdicta*, tutelata tramite attività pretoria, di una cosa (che è e rimane) in proprietà del proprio debitore. Ciò non toglie, prosegue Biscardi<sup>469</sup>, che l'*obligatio pignoris* possa venir adempiuta altresì da un *non dominus ex iure Quiritium*: il riferimento è al *dominus in bonis* ed in genere a chi ha acquistato la cosa in buona fede e può quindi avvalersi della *ficticia actio Publiciana* (è il caso, ad esempio, dell'acquirente a *non domino*). Anche in queste ipotesi, ovviamente, la proprietà (seppur bonitaria) non viene trasferita in capo al creditore.

Se la realtà del diritto non è un carattere onnipresente in tutti i rapporti di stampo garantistico, cos'è dunque che permette di accomunarli? Per Biscardi il comune denominatore di essi sarebbe rappresentato dalla *obligatio rei*, «rintracciabile nella *fiducia cum creditore*, nel *pignus datum*, negli *invecta et illata* del colono, negli *inducta* dell'inquilino, nell'*hypotheca*, e ancora nella *lex commissoria* quale clausola della compravendita consensuale in funzione di garanzia, dei *praedia subsignata ad aerarium*, del *servus noxae nomine obligatus*»<sup>470</sup>.

Da ciò si può ritenere che la locuzione “garanzia reale” non possa sempre essere intesa equipollente a quella di “diritto reale di garanzia”, significando invero – la prima – una garanzia realizzantesi sì tramite una *res* (l'*obligatio rei*, appunto)<sup>471</sup> ma a prescindere dal costituire o meno un vero e proprio diritto su di essa. A questo basti un richiamo emblematico: la *fiducia*, indubbiamente garanzia reale nella forma *cum creditore*, non rivestì mai il carattere di *ius in re aliena*, attribuendo essa al creditore persino il *dominium (ex iure Quiritium)* della *res*, la quale dunque sarebbe stata ben lungi dall'essergli estranea.

Al fine di comprendere appieno il valore della nozione tecnica di *obligatio rei*, si può prendere in esame la celebre definizione di obbligazione di Fiorentino, che troviamo in I. 3.13 pr.: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 137-149.

<sup>470</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 14-19.

<sup>471</sup> A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 157-175.

<sup>472</sup> Sulla portata ridondante dell'ultimo inciso si veda A. BISCARDI, *Secundum nostrae civitatis iura*, in “Studi Senesi”, LXIII (1951), pp. 40-49. Sul tenore generale del passo la letteratura di riferimento è sterminata.

Il *vinculum iuris*, quale vincolo ideale, può ben riferirsi tanto alla persona garante (*obligatus*) quanto alla cosa offerta in garanzia (*res obligata*). La caratterizzazione dell'*obligatio* riflette la concettuale distinzione teorizzata dai germanisti «Schuld/Haftung», nella costruzione dogmatica colpa/responsabilità dei rapporti obbligatori. Rapporti che, nel nostro campo di indagine, ruotano tutti attorno alla dazione di una determinata *res*.

Si rammenti da ultimo – ed è un rilievo fondamentale, seppur assai notorio – che l'istituto pignoratizio “interessa” sia l'ambito giuridico dei diritti reali (*ius in re aliena*) che quello contrattuale quale fonte di obbligazioni (*obligationes re contractae*).

Parte della dottrina<sup>473</sup> ha avanzato l'ipotesi secondo la quale la natura commissoria del primitivo *pignus* sarebbe idonea a configurare la situazione come una proprietà condivisa: in capo, all'un tempo, e al debitore pignorante e al creditore pignoratizio. Secondo questa ricostruzione si assisterebbe ad un avvicendamento della titolarità del *dominium* volta ad offrire piena soddisfazione, se del caso, a chi ricevette il pegno.

Koschaker, in un suo scritto intorno alla metà del Novecento<sup>474</sup> accenna difatti ad una tesi a suo modo alternativa. Tesi che subito verrà ripresa e più ampiamente sviluppata da Kaser<sup>475</sup>. Secondo i due autori, la natura commissoria del primitivo pegno romano si presterebbe ad inquadrare negli schemi del «geteiltes Eigentum», vale a dire di una proprietà condivisa, anche l'istituto pignoratizio originario: assisteremmo così ad una coesistenza del diritto di proprietà in capo a due soggetti, il debitore pignorante da un lato e il creditore pignoratizio dall'altro, entrambi tutelati *civiliter* da una *rei vindicatio* con cui affermare di essere proprietari della cosa («*rem suam esse*»).

La peculiarità di questa tesi risiederebbe, oltre che nello sdoppiamento della titolarità del *dominium*, nell'avvicendamento fra le titolarità stesse. Il diritto di proprietà del debitore pignorante si estrinsecerebbe nel “diritto” al possesso a partire dal momento dell'estinzione del debito; mentre il diritto di proprietà del creditore pignoratizio, in maniera speculare, inizierebbe ad estrinsecarsi nella sfera possessoria sin dal momento

---

<sup>473</sup> V. subito *infra*.

<sup>474</sup> P. KOSCHAKER, Recensione a Albertario, cit., p. 439.

<sup>475</sup> M. KASER, Zum römischem, cit., pp. 389 ss.

del pignoramento (trattandosi di pegno manuale) o dal momento della scadenza del debito (in caso di pegno convenzionale) e diverrebbe definitivo col mancato adempimento del debitore. Il «Pfandverfall» dovrebbe intendersi «in primitiver Zeit nicht als Umwandlung des Pfandrechts in Eigentum, sondern einfach als Fortbestand des erworbenen Rechts zum Besitz»<sup>476</sup>. L'esaurimento della funzione garantista del pegno, in altri termini, avrebbe una conseguenza singolare: non già la conversione del vincolo pignoratizio in trasferimento di proprietà, quanto semplicemente una continuazione ed un perfezionamento di un "diritto" al possesso già (e dapprima soltanto) latente.

A sostegno di queste osservazioni ci sarebbero il «*domini esto*» catoniano, i vari significati della parola «*pignus*» (usata all'un tempo sia con riferimento al diritto reale di garanzia, sia al contratto reale in grado di realizzarlo, sia ancora all'oggetto medesimo di entrambi, nonché in svariate altre accezioni del tutto atecniche) e il regime stesso della *pignoris capio*.

I formulari catoniani (databili intorno al III-II sec. a.C.) fra le clausole di contratti agrari fanno menzione del pegno sugli *inducta et importata*, cioè di una garanzia su cosa altrui costituitasi con un semplice patto e senza la necessità di un impossessamento iniziale del bene dato in garanzia nella persona del creditore pignoratizio<sup>477</sup>.

Cato, de agri cultura 146.5: *donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pignerii sunt. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto.*

In questa attestazione letteraria<sup>478</sup> il divieto imposto al debitore di asportare i pegni dal fondo prima che sia avvenuta la soddisfazione del creditore si mostra sanzionato

---

<sup>476</sup> M. KASER, *Zum römischen*, cit., pp. 389 ss.

<sup>477</sup> A. BURDESE, s.v. Pegno. Diritto romano, in ED, XXXII (1982), pp. 663 ss.; P. FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni. II. Le garanzie reali, in IURA, 15 (1964), pp. 82 ss. e 245.

<sup>478</sup> R. FIORI, La definizione della '*locatio conductio*'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, Napoli 1999, pp. 24 ss. (di rilevante interesse la riflessione sulle premesse metodologiche necessarie per il ricorso ai testi catoniani).

dalla clausola ‘*domini esto*’, attraverso la quale però non avverrebbe un automatico acquisto della proprietà del pegno, bensì un «riconoscimento empirico, a titolo più descrittivo che rafforzativo della situazione pignoratizia»<sup>479</sup>, in linea d'altronde col carattere di mera pressione psicologica dell'istituto pignoratizio.

Il problema di fondo tuttavia di questa ricostruzione sta nella mancanza di un'indicazione precisa ed univoca in che cosa consistesse tecnicamente l'espressione ‘*domini esto*’<sup>480</sup>. Giachi vede una lettura più aderente al contesto storico del terzo secolo a.C. in quella parte della dottrina che ricollega alla *legis actio per pignoris capionem* l'attuazione della garanzia pignoratizia espressa nei formulari catoniani, lasciando all'evoluzione successiva la configurazione delle tutele del pegno con l'*interdictum Salviano* e poi con l'*actio Serviana*<sup>481</sup>.

Col passaggio dalla proprietà relativa alla proprietà assoluta, verso la fine del II secolo a.C., prosegue nella disamina della sua particolare tesi Kaser<sup>482</sup>, il creditore pignoratizio avrebbe poi perso il diritto di proprietà sul pegno, dal momento che la *causa pignoris* non sarebbe più stata giustificativa di un siffatto acquisto. Come residuo storico della sua antica posizione giuridica, al creditore pignoratizio sarebbe rimasta soltanto (anche se non era poco, dato persino il suo carattere di eccezionalità) la *possessio ad interdicta*.

Questo tentativo di ricostruzione evolutiva, probabilmente finalizzata ad ampliare l'ambito di applicazione della cosiddetta proprietà divisa, non pare – per Burdese – di poter essere pacificamente accolto<sup>483</sup>. Da un lato infatti il richiamo al «*rem suam esse*» della (già fortemente discutibile per un possessore) *rei vindicatio* sarebbe usato dal debitore e dal creditore in circostanze individuali completamente diverse e sulla base di

---

<sup>479</sup> A. BURDESE, s.v. Pegno, cit., pp. 662 ss.; P. FREZZA, I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio, Roma 2000, pp. 437 ss.; M. SARGENTI, Il de agri cultura di Catone e le origini dell'ipoteca romana, in SDHI, 22 (1956), pp. 158 ss.

<sup>480</sup> Vedasi F. LA ROSA, Ricerche sul «*pignus*», Catania 1977, pp. 45 ss.; P. FREZZA, Le garanzie, cit., p. 348.

<sup>481</sup> C. GIACHI, L'*interdictum de migrando* e l'origine della tutela del pegno, in Studi in onore di Remo Martini, II, Milano 2009, pp. 282 ss.; P. FREZZA, Le garanzie, cit., pp. 303 ss., in particolare 356; A. BURDESE, s.v. Pegno, cit., pp. 662 ss.; M. KASER, Studien zum römischem Pfandrecht, Neapel 1982, pp. 141 ss.; F. LA ROSA, Ricerche, cit., pp. 55 ss.; A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali, cit., pp. 150 ss.

<sup>482</sup> M. KASER, Zum römischem Fremdbesitz, cit., p. 389 ss.

<sup>483</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 95 ss.

titoli inequiparabili; ma, cosa ben più grave, ammettendo una coesistenza di molteplici proprietà limitate condizionalmente e alternative nel tempo su una medesima *res* si cozzerebbe in maniera plateale coi principi cardine che ressero l'intero ordinamento romano in materia sia di dominio che di condominio.

E ancora: anche ammessa la tutela civile della *rei vindicatio* per entrambe le parti, come sarebbe possibile giustificarne l'estinzione per via di una difesa meramente pretoria, come lo erano gli *interdicta* possessorii? La particolare tesi di Kaser, e Koschaker prima di lui, non risulta dunque poter essere condivisa. Decisamente più convincente appare invece la tesi tradizionale, in base alla quale il pretore è intervenuto per la prima volta a sancire un istituto, ormai invalso nella prassi, che sino ad allora si mostrava privo di un qualsiasi riconoscimento giuridico.

Un tale sdoppiamento di titolarità, limitate condizionalmente e alternative nel tempo, sopra una medesima *res* non può dunque trovare sostegno nella disciplina giuridica romana in materia. Preferibile rimane, perciò, la tesi tradizionale per cui fu il pretore ad intervenire per la prima volta sul punto, regolamentando una prassi già invalsa nella realtà quotidiana.

La *lex commissoria*, se si inquadra nel regime fiduciario come elemento essenziale ai fini garantistici dell'istituto, nel pegno si mostrò quale pattuizione accessoria comportante un'alterazione dello stesso, in quanto capace di realizzare un passaggio di proprietà fondato su di un mero possesso<sup>484</sup>.

La *datio pignoris* con annesso *pactum commissorium* potrebbe però essere vista come una *traditio*<sup>485</sup> condizionata. Difatti il patto commissorio, previsto in svariati ambiti del diritto, sempre creava un condizionamento sospensivo su determinati effetti del negozio principale al quale accedeva<sup>486</sup>. In ambito pignoratizio, nel caso di mancata soddisfazione del credito garantito, questo *pactum* sarebbe stato idoneo a realizzare quella *iusta causa* al fine di ammettere il trasferimento proprietario<sup>487</sup>. Un epilogo

---

<sup>484</sup> Cfr. *supra* §20.

<sup>485</sup> Cfr. *supra* §26.

<sup>486</sup> Cfr. *supra* §18.

<sup>487</sup> Cfr. *supra* §18.

giuridico analogo, che – si ricorda – avveniva già in sede (processuale) di *litis aestimatio*, era in fin dei conti in linea con una generale autonomia negoziale concessa alle parti. L'aver raggiunto un accordo, riconosciuto dall'ordinamento giuridico, realizzava un vincolo fra le parti fondato su di una volontà comune ad entrambe<sup>488</sup>.

L'istituto pignoratorio delle origini nacque come coazione meramente psicologica all'adempimento debitorio. La funzione satisfattiva, che ancora noi oggi ritroviamo in esso, fu soltanto un traguardo evolutivo ottenuto grazie al riconoscimento di pattuizioni accessorie, inizialmente accanto alla stipulazione principale e poi direttamente inglobate in essa. Innegabile l'influenza esercitata dalla fiducia, rispetto alla quale il neonato (in campo giuridico) *pignus* si mostrò un adattamento storico<sup>489</sup>. Dopotutto anche la stessa *fiducia (cum creditore)*, con annesso il patto commissorio, dovette rappresentare un primo momento di ammorbidimento della durezza del precedente regime che prevedeva una esecuzione fisica sulla persona<sup>490</sup>.

Le perplessità legate a scorgere una coazione meramente psicologica nell'originario *pignus* ha condotto alcuni studiosi ad intraprendere tortuose vie nel tentativo di smentirne la primitiva vigenza. Si sostenne persino che dapprincipio il *pignus* comportasse un automatico quanto naturale<sup>491</sup> passaggio di proprietà, similmente a quanto accadeva già sotto il regime fiduciario<sup>492</sup>. Tuttavia questo non può essere corretto, poiché in forte contrasto con la tradizione giuridica di cui siamo a conoscenza e un'azione di tal fatta condurrebbe, senza dubbio, a qualificare un'ipotesi di furto d'uso<sup>493</sup>.

Sul finire della repubblica fece il suo ingresso nella scena della garanzia pignoratoria il *ius distrahendi* quale elemento accidentale del negozio tramite apposito *pactum (de distrahendo pignore)*<sup>494</sup>. In piena età classica tale patto iniziò poi a configurarsi come

---

<sup>488</sup> Cfr. *supra* §25.

<sup>489</sup> Cfr. *supra* §5.

<sup>490</sup> Cfr. *supra* §2.

<sup>491</sup> Quindi ben prima e comunque al di fuori della previsione del *pactum commissorium* nell'istituto pignoratorio.

<sup>492</sup> Cfr. *supra* §17.

<sup>493</sup> Cfr. *supra* §10.

<sup>494</sup> Cfr. *supra* §8. Cfr. *supra* §9.

naturale in ogni stipulazione di pegno e perciò escludibile solamente tramite espresso (contrario) *pactum de non distrahendo pignore*<sup>495</sup>. La preponderanza della finalità satisfattiva dell'istituto è probabile possa anche aver comportato l'abolizione della *lex commissoria*, per mano dell'imperatore Costantino: venne meno così, a partire dal IV secolo d.C., il punto di ancoraggio che il pegno ancora aveva con l'antecedente della *fiducia*. L'evoluzione della disciplina, tuttavia, proseguì anche oltre la fase di massima espressione della giurisprudenza romana. In età tardoclassica, l'accordo di escludere il *ius vendendi* tra le facoltà concesse al creditore pignoratizio perdette di efficacia. Il solo limite alla vendita pignoratizia, in tale epoca, fu quello della triplice *denuntiatio* da rivolgere al debitore prima di poter procedere all'alienazione<sup>496</sup>.

Questa rapida disamina sulla evoluzione storica dell'istituto pignoratizio, oltre a far emergere deroghe e correttivi alle regole giuridiche generali, mostra pure tutto il suo riferirsi allo svolgersi della vita quotidiana. Di questo ne è esemplare il continuo ribaltamento di valutazione che l'ordinamento manifestò nel consacrare a volte l'uno a volte l'altro dei soggetti coinvolti nella vendita pignoratizia: se in origine, con l'esecuzione personale, il debitore era scarsamente 'tutelato' e persino oltraggiato; con il regime commissorio (nella *fiducia* e poi anche nel pegno) lo stesso fu maggiormente considerato, pur rimanendo ancora in una posizione di svantaggio; con l'efficacia poi riconosciuta al *pactum de distrahendo pignore* si riuscì ad ottenere invece un più equo trattamento di entrambi gli interessi in gioco (l'ammontare del credito da un lato, e il rispetto del valore di mercato della *res* pignorata dall'altro); e si giunse, infine, ad interessarsi specificamente al creditore pignoratizio che, insoddisfatto alla scadenza, non trovava più alcune barriere (salvo quella, spiccatamente formale, della triplice intimazione ad adempiere) al suo diretto soddisfacimento.

Pur essendo frutto di libertà negoziale fra privati, il *pactum vendendi* nel pegno era tuttavia sottoposto al vaglio del riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico romano – basti pensare all'evoluzione di disciplina che, su impulso di quest'ultimo, ha subito nel corso degli anni – e per questo, quanto al suo contenuto, doveva rispettare precise condizioni di validità. Il creditore pignoratizio, in posizione comunque sempre privilegiata circa le sorti dell'oggetto avuto in pegno, doveva innanzitutto osservare i

---

<sup>495</sup> Cfr. *supra* §11.

<sup>496</sup> Cfr. *supra* §13.

termini eventualmente pattuiti per l'esercizio del *ius distrahendi*, a lui riconosciuto, al fine di non doverne rispondere – come detto – per furto. Anche il cosiddetto *ius offerendi*, proprio del debitore pignorante, costituiva un limite all'agire del creditore possessore che, dunque, non poteva rifiutare l'offerta di pagamento integrale da parte del debitore e ciò anche se questa fosse stata avanzata durante la mora. Ritroviamo qui la cura che l'ordinamento mostrava avere verso gli interessi di entrambe le parti: il creditore poteva, infatti, eccezionalmente rifiutare quel saldo tardivo quando fosse oggettivamente venuto meno il suo interesse allo stesso, per via di nuove circostanze<sup>497</sup>.

La delicatezza della questione sull'autorizzazione concessa al creditore pignoratizio di vendere una *res* di proprietà del debitore pignorante sta in questo: nella realizzazione del negozio traslativo il creditore si mostra quale portatore di un interesse proprio, coincidente con quello del *dominus* solo fino all'ottenimento dell'ammontare del debito<sup>498</sup>.

Nell'ipotesi in cui il creditore pignoratizio, interessato ad ottenere dalla vendita soltanto l'ammontare del suo credito, avesse ottenuto fraudolentemente meno del valore reale della cosa, il debitore – esclusa l'applicabilità dell'*actio pigneraticia* in quanto la vendita raggiunse la soglia dell'ammontare del credito e quindi il pegno assolve alla funzione sua propria – poteva comunque agire con l'*actio doli*: tutela residuale che in questo caso trovava fondamento nel comportamento scorretto (fraudolento) del creditore pignoratizio in qualità di venditore<sup>499</sup>.

Nell'ipotesi inversa, invece, cioè quando il creditore pignoratizio non accettasse il prezzo di mercato della *res* che stava vendendo perché inferiore a quanto avrebbe dovuto spettargli dalla garanzia di pegno, l'obbligo di saldo in capo al debitore seguirà a sussistere. Quello che conta infatti, nella disciplina pignoratizia, non è la tipologia di soddisfazione alla quale si decide di rifarsi, quanto la soddisfazione vera e propria del credito vantato. La semplice vendita pignoratizia non è sufficiente a liberare il debitore:

---

<sup>497</sup> Cfr. *supra* §23.

<sup>498</sup> Cfr. *supra* §15. Cfr. *supra* §26.

<sup>499</sup> Cfr. *supra* §23.

solo l'effettivo saldo può farlo<sup>500</sup>. Questo, a ben vedere, risulta senza dubbio essere un ulteriore vantaggio del *ius distrahendi* rispetto al precedente regime che fu proprio del patto commissorio.

Le fonti, a partire dalle *Institutiones* gaiane, ci parlano di *voluntas debitoris*<sup>501</sup>: intesa come volontà espressa, in un momento precedente, dal *dominus* e racchiusa (almeno inizialmente) in un apposito *pactum*: il *pactum vendendi*. Questo costituirebbe il presupposto idoneo a legittimare il trasferimento di proprietà per mezzo del creditore pignoratizio, mero possessore della *res* oggetto di vendita<sup>502</sup>. Per inquadrare meglio la fattispecie, potremmo scindere due aspetti inerenti al diritto di proprietà, statico il primo e dinamico il secondo: la titolarità del *dominium* non veniva in alcun modo intaccata dalla stipulazione pignoratizia (tanto che il creditore dovrà qualificarsi come tale, non dunque come *dominus*, al momento della vendita col terzo compratore), mentre il *ius distrahendi* manifestava la sua efficacia vertendo soltanto sulla possibilità di esercizio di una delle estrinsecazioni che derivavano dal diritto di proprietà (la facoltà di vendita, appunto). Questa riflessione è in grado anche di salvare la natura tipicamente possessoria dell'istituto di pegno.

La vendita pignoratizia viene realizzata nell'interesse del creditore, pur esplicando indubbiamente anche effetti diretti sulla sfera giuridica soggettiva del debitore-*dominus*. Secondo Burdese, ciò comunque non dovrebbe indurre a ritenere qui in atto una qualche forma di rappresentanza convenzionale, propriamente detta<sup>503</sup>: basti ricordare che il creditore pignoratizio non era in alcun modo obbligato all'esercizio del *ius distrahendi* (in D. 13.7.6 pr. (Pomponius, 35 ad Sab.) si legge infatti *quia tua causa id caveatur*)<sup>504</sup>. Egli potrà, liberamente, seguitare a mantenere il possesso per 'spingere' *ad nutum* il debitore ad adempiere la propria obbligazione.

---

<sup>500</sup> Cfr. *supra* §24.

<sup>501</sup> Cfr. *supra* §25.

<sup>502</sup> Cfr. *supra* §6. Cfr. *supra* §15. Cfr. *supra* §24.

<sup>503</sup> Cfr. *supra* §15. Cfr. *supra* §19.

<sup>504</sup> Cfr. *supra* §16.

Di particolare interesse, nel corso dell'indagine, è stato il confronto di tre teorie<sup>505</sup> presenti in dottrina, che si sono profuse sul tema oggetto della nostra indagine nel tentativo di scovare la vera *ratio* giuridica che abbia permesso il riconoscimento, in capo al creditore pignoratorio, del *ius distrahendi* sulla *res* ricevuta in pegno senza esserne tuttavia il proprietario.

De Francisci è portatore di una tesi secondo la quale si scorgerebbe un atto di rinuncia del debitore al momento della sua inadempienza<sup>506</sup>: rinuncia che sarebbe idonea a legittimare il creditore a rivalersi in maniera diretta ed immediata sulla *res*. Il pegno originato dalla dazione di un ostaggio – si sostiene – avrebbe avuto già in sé l'idea dell'abbandono definitivo della cosa.<sup>507</sup>

Manigk ha azzardato invece un passaggio automatico di proprietà alla scadenza del debito rimasto inappagato, come avveniva già nella *fiducia* e nel pegno con annesso il patto commissorio.

Burdese, infine, pur ammettendo l'unicità di una tale disciplina giuridica, eleva l'autonomia negoziale ad autentico fondamento giuridico per l'emersione del *ius distrahendi* nel pegno.

Se la prima teoria è smentita dall'assenza di fonti a suo sostegno, addirittura dal dettato di C. 8.36.1 (Sev., Anton., a. 207) secondo cui «*debitor interdicat, ne venditio perficiatur*» e dalla constatazione che in realtà la legittimazione (lungi dall'essere determinata da una mera passiva rinuncia) proveniva originariamente da un vero e proprio comportamento messo in atto dal debitore pignorante nel momento della stipulazione del *pactum vendendi*<sup>508</sup>; e la seconda trova critiche a partire dal fatto che anche in regime di *lex commissoria* un patto doveva pur essere stato concluso e lo stesso accadde con la previsione del *pactum de distrahendo pignore*, senza trascurare l'insormontabile carattere possessorio (e non si trattava per giunta di una *possessio ad usucapionem*) che sempre ebbe il *pignus*, fino a dover ammettere un trasferimento anormale della proprietà (in campo pignoratorio, senza patti accessori di sorta) di cui le

---

<sup>505</sup> Cfr. *supra* §21.

<sup>506</sup> Del tutto simile a quanto accadeva al cospetto della figura processuale della *in iure cessio*.

<sup>507</sup> Cfr. *supra* §22.

<sup>508</sup> Mentre la rinuncia si appaleserebbe soltanto sul piano formale.

fonti non ci danno notizia; Burdese sembra inquadrare a dovere la situazione che doveva essere alla base di una scelta così radicale nella disciplina garantistica, sulla scorta dell'analisi dei passi considerati. È da condividere la sua tesi che, facendo perno sull'autonomia negoziale, eleva il *pactum vendendi* a *ratio* giuridica del *ius distrahendi*. In tal modo la vendita pignorizia si qualificerebbe come una *traditio*<sup>509</sup> condizionata: autorizzata precedentemente dal *dominus* (col *pactum de distrahendo pignore*) e fondata su di una *possessio sine vitio* (la *possessio ad interdicta* del creditore pignorizio) e una *iusta causa* di trasferimento (che si sarebbe configurata con l'insolvenza del debitore pignorante).

Il *ius distrahendi* permette nella pratica un passaggio di proprietà, imperniandosi pur sempre in un mero diritto al possesso autorizzato, e dunque sorretto, dalla volontà del vero *dominus*. Il passaggio di proprietà a favore del terzo acquirente risulta infatti da un trasferimento di possesso (che avviene subito nella *datio pignoris*; mentre soltanto alla scadenza nella *conventio pignoris*) e un trapasso del diritto al possesso, per mancato soddisfacimento del credito. Il creditore ha facoltà di alienare perché autorizzato a farlo e proprio grazie a questo doppio passaggio possono venir integrati i requisiti necessari per far nascere la titolarità della cosa venduta in capo al terzo compratore.<sup>510</sup> «La facoltà di vendere è vista ... come una sovrastruttura che si innesta sul diritto reale al possesso».<sup>511</sup>

Possiamo aggiungere un'altra forte peculiarità di questo sistema di vendita. La proprietà passa dal debitore pignorante al terzo acquirente per il tramite del creditore pignorizio: la *fattispecie* consta, per la sua validità ed efficacia giuridica, della necessità di coinvolgere tre soggetti, ciascuno dei quali diversamente qualificati<sup>512</sup>. E anche da questa singolarità può evincersi il *quid unicum* della vendita pignorizia, da non cercare di incasellare forzosamente dentro altre figure traslative ed ammettendo,

---

<sup>509</sup> Grazie alla quale si acquistava direttamente e pienamente la proprietà sulle *res nec Mancipi*, indirettamente tramite l'*actio utilis Publiciana* quella invece sulle *res Mancipi* (le quale comunque, si ricorda, erano fatte oggetto prevalentemente di *fiducia cum creditore*). L'esclusione degli altri due *modi acquirendi* solenni – *mancipatio* e *in iure cessio* – per realizzare la vendita pignorizia trova ragione appunto nella struttura tipicamente possessoria dell'istituto di pegno.

<sup>510</sup> Cfr. *supra* §26.

<sup>511</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit. pp. 110-113.

<sup>512</sup> Cfr. *supra* §19.

proprio per questa sua atipica solennità di realizzazione, il suo pieno riconoscimento giuridico.

Da ultimo si è provato a tracciare, seppur sinteticamente, il quadro giuridico generale messo a disposizione del creditore pignoratizio per ottenere anche in altri modi la sua soddisfazione<sup>513</sup>.

*In primis* occorre ricordare innanzitutto il ruolo della *lex commissoria*, la quale offriva la possibilità di un trasferimento diretto di proprietà dal pignorante al creditore, sull'esempio del precedente regime fiduciario adattato in ambito garantistico reale.

Nella tarda età classica si assistette inoltre all'ingresso dell'istituto giuridico della *impetratio dominii* che, da un certo punto di vista, realizzava effetti simili al precedente regime commissorio. Venne offerta al creditore pignoratizio la facoltà di ottenere dall'imperatore un'autorizzazione ad acquistare per sé la *res* pignorata, per un 'giusto' prezzo. Suddetta concessione imperiale non poteva tuttavia realizzare un trasferimento immediato di proprietà, a differenza della passata *lex commissoria*. Essa offriva però una legittimazione a procedere in tal senso.

Non ci si deve dimenticare poi che la garanzia pignoratizia aveva la potenzialità di persistere, a dispetto di ogni vicenda che potesse verificarsi e incidere sul vincolo delle parti, fino all'avvenuta (effettiva) soddisfazione creditoria.

Ancora, un'altra modalità alternativa di appagamento era rinvenibile nell'opportunità che il creditore (pignoratizio) concedesse al rispettivo debitore la possibilità di vendere, lui stesso, la cosa o di sostituirla con altra: tale consenso ad un'alienazione debitoria era idoneo ad estinguere la garanzia pignoratizia precedentemente pattuita.

L'autonomia privata, lungi dal manifestare soltanto in questo caso la propria efficacia giuridicamente riconosciuta, in epoca classica poteva altresì esplicarsi in un precario su cosa propria (*precarium suae rei*) a favore del debitore-*dominus* spossessato: giustificato, da un lato, dal consenso del creditore; dall'altro, da un calcolo

---

<sup>513</sup> Cfr. *supra* §27.

di *utilitas* per il pignorante e, più in generale, per l'intero vincolo pignoratizio.<sup>514</sup> È possibile, dunque, confermare intorno all'intera disciplina pignoratizia la grandissima rilevanza che ebbe l'autonomia privata: vuoi direttamente nell'attività negoziale, vuoi indirettamente nell'influenza esercitata sulla prassi.

---

<sup>514</sup> Cfr. *supra* §20.

# INDICE DELLE FONTI

## FONTI GIURIDICHE

I. FONTI PREGIUSTINIANEE		<i>Lex XII Tabularum</i>	
		5.7a	50
<i>Codex Theodosianus</i>			
3.2	72; 80		
3.2.1	80		
<i>Fragmenta Vaticana</i>			
9	73		
<i>Gaii Institutiones</i>			
2.60	12; 71		
2.62	44; 45; 122; 123; 124; 140		
2.63	22; 45; 140		
2.64	22; 23; 39; 44; 55; 70; 91; 101; 109; 122; 124; 128; 140		
3.195	67		
4.84	49		
		II. FONTI GIUSTINIANEE	
		<i>Codex</i>	
		4.10.10	122
		4.24.7 pr.	118
		4.24.9	92
		4.45.1	88
		4.45.2	86; 88
		5.37.16	51

8.9.1	135	2.14.27.2	88
8.13.15	135	2.14.58	87; 88
8.25.2	136	3.3.63	48
8.25.10	135	4.2.21.4	88
8.25.11	136	6.1.47	77
8.26.1	99	12.6.23 pr.	88
8.27.2	93; 94	13.6.18 pr.	118
8.27.3	122	13.7.4	31; 35; 36; 55; 91; 102; 108; 128
8.27.5	122	13.7.5	110
8.27.7	33; 111; 114; 119	13.7.6 pr.	15; 58; 59; 63; 64; 103; 150
8.27.8	112	13.7.8.1	39; 59; 121
8.27.9	122	13.7.8.3	56; 58
8.27.12	135	13.7.9.2	91
8.27.13	91; 128	13.7.18.2	135
8.27.15	91; 128	13.7.22.2	91
8.29.1	34; 140	13.7.22.3	91; 97
8.29.1 pr.	34	13.7.22.4	118
8.33.1	133	13.7.25	118
8.33.2	132	13.7.28 pr.	91
8.33.3	37; 133	13.7.29	95; 96; 160
8.33.3.1	37	13.7.35.1	91; 92; 93; 94; 98; 99; 141
8.34.3	66; 80; 81; 104	13.7.37	91
8.36.1	22; 102; 108; 151	13.7.40 pr.	92
		13.7.40.2	91
<i>Digesta</i>		16.3.15	95
2.8.15.2	93; 94	17.1.59.4	39; 122
2.14.7.6	88	17.1.60.4	48

17.2.65.3	88	20.3.3	70
18.1.6.2	88	20.4.4	58
18.1.39 pr.	92	20.4.12.4	136
18.1.72	88	20.5.6	55; 91; 128
18.1.81 pr.	73	20.5.7.2	137
18.3.1	72	20.5.9 pr.	116; 117
18.3.2	11; 72; 73	20.5.9.1	122
18.3.3	11; 72	20.5.10	54; 113
18.3.4	72	20.5.12 pr.	73; 92; 135
18.3.5	72	20.5.12.1	107; 113; 118; 119; 121
18.3.6	72	20.5.13	16; 91; 126; 127
18.3.7	72	20.6.4.1-2	136
18.3.8	71; 72	20.6.7 pr.	136
18.5.1	88	20.6.7.1	48; 136
18.5.2	88	20.6.8.6-7	136
18.5.3	86; 88	20.6.8.10	137
18.5.4	88	20.6.8.11-14	136
18.5.5	86; 88	20.6.8.16-18	136
18.5.5.1	86; 88	20.6.9.1	136
18.5.7.1	88	20.6.10 pr.	88
18.5.10 pr.	73	20.6.10.1	55; 82; 83; 88; 91; 128
19.1.11.6	86	20.6.11	136
19.1.11.16	39	20.6.12	136
20.1.9.1	12	21.1.43.8	85
20.1.16.9	73; 81	21.2.68 pr.	39; 54
20.1.22	121	21.3.1.5	77; 78; 79
20.1.35	27; 30; 39; 69; 70	21.6.10.1	86

24.1.32.5	95; 96	46.1.52 pr.	122
27.9.5.3	134	46.1.63	56; 122
29.2.88	91	46.3.26	82; 121
36.1.61 pr.	134	46.3.80	87; 88
39.2.15.30	118	46.3.95.4	88
41.1.37	91	46.3.95.12	86; 88
41.1.46	55; 91; 128	47.2.1.3	110
41.1.63.4	134	47.2.74	30; 39; 66; 69; 110
41.2.5	78	47.2.83 pr.	67
41.2.8	87	47.10.15.32	40
41.2.36	95; 96	49.14.5.1	34
41.2.40	91; 94	50.1.36.1	56
41.2.46	87	50.17.35	87; 88
41.3.33.5	95; 96	50.17.45 pr.	94
41.3.33.6	91	50.17.153	87; 88
42.1.15.5	60	50.17.158	136
42.5.9.5	118		
42.8.13	91	<i>Institutiones</i>	
43.26.1.2	94	3.13 pr.	142
43.26.4.3	95	3.29.4	87; 88
43.26.6.4	96		
43.26.11	97		
44.3.14 pr.	124		
44.3.14.1	124		
44.3.14.5	25; 56; 102; 123; 124		
44.7.16	97		
46.1.51.3	60		
		<b>III. FONTI MODERNE</b>	
		<i>Codice Civile italiano</i>	
		Art. 2744 c.c.	32

## FONTI NON GIURIDICHE

CATO		CICERO	
<i>De agri cultura</i>		<i>Brutus</i>	
146.5	144	12.48	71
CAESAR		VARRO	
<i>De bello Gallico</i>		<i>De re rustica</i>	
7.4.10	71	2.1.16	71

## FONTI EPIGRAFICHE

### TABULAE POMPEIANAE SULPICIORUM

TPSulp. 55                      61

# BIBLIOGRAFIA

- B. ALBANESE, *Conductio suae rei*, in BIDR, 62 (1959).
- B. ALBANESE, Furto (storia), in ED, 18 (1958).
- B. ALBANESE, Illecito (diritto romano), in ED, 19 (1958).
- B. ALBANESE, La nozione di *furtum* da Nerazio a Marciano, in AUPA, 25 (1956).
- E. ALBERTARIO, Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano, Milano 1935.
- L. AMIRANTE, In tema di *opus locatum*, Labeo, 13 (1967).
- F. J. ANDRÉS SANTOS, Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane, in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 33 (2011).
- P. ANGELINI, *Il procurator*, Milano 1971.
- H. ANKUM, Alla ricerca della *repromissio* e della *satisfactio secundum mancipium*. Estratto da: Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana 4 Convegno Internazionale, Perugia 1981.
- H. ANKUM, La XXXXV session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, in RIDA, 39 (1992).
- P. APHATY, Iul. D. 13.7.29. Verpfändung durch einen Nichteigentümer, in IURA, 35 (1984).
- V. ARANGIO-RUIZ, Erede e tutore, in Accademia di scienze morali e politiche della società reale di Napoli, 53 (1930).
- G. G. ARCHI, s.v. «curatela» (dir. rom.), in «ED», 11 (1962).
- J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847.

- M. BARTOSEK, La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignorizia secondo il diritto romano, in BIDR, 51-52 (1948).
- H. P. BENHÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A. WACKE, *Iuris professio*, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien-Köln-Graz 1986.
- E. BETTI, Diritto romano (Corso di lezioni), Milano 1942-43.
- E. BETTI, Istituzioni di diritto romano, I, Padova 1942.
- E. BETTI, Sul carattere causale della *traditio* classica, in Studi in onore di Salvatore Riccobono, IV, Palermo 1936.
- B. BIONDI, Istituzioni di diritto romano, Milano 1965.
- A. BISCARDI, Appunti sulle garanzie reali in diritto romano, Milano 1976.
- A. BISCARDI, La “*lex commissoria*” nel sistema delle garanzie reali, in Studi Betti 2, Milano 1962.
- A. BISCARDI, *Secundum nostrae civitatis iura*, in “Studi Senesi”, LXIII (1951).
- B. BISCOTTI, Dal *pacere* ai *pacta conventa*: aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano, Milano 2002.
- F. BONA, I ‘*libri iuris civilis*’ di Cassio e i ‘*libri ex Cassio*’ di Giavoleno (a proposito di U. Manthe, Die *libri ex Cassio* des Iavolenus Priscus), in SDHI, 50 (1984).
- P. BONFANTE, Facoltà e decadenza del procuratore romano, Torino 1898.
- P. BONFANTE, Scritti giuridici varii, 3, Obbligazioni, comunione e possesso, Torino 1921.
- P. BONFANTE, Sulla «*exceptio rei venditae et traditae*», in Scritti giuridici varii, II, Torino 1926.
- L. BOVE, Recensione a R. Vigneron, Offerre aut deponere. De l’origine de la procedure des offres réelles suivies de consignation, in IURA, 31 (1980).

- M. BRAUKMANN, *Pignus*. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft, Göttingen 2008.
- M. BREONE, Ricerche labeoniane “*Iniuria*” e “*hybris*”, in «Rivista di filologia e di istruzione classica», CIII (1975).
- F. BRIGUGLIO, Il Codice veronese in trasparenza: genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio, Bologna 2012.
- M. BRUTTI, Il diritto privato nell’antica Roma, Torino 2011.
- W. BUCKLAND, Le Constitut possessoire, *animus et corpus*, in RHD, 4 (1925).
- J. A. BUENO DELGADO, ‘*Pignus Gordianus*’, Madrid 2004.
- A. BURDESE, “*Contrarius consensus*” (recensione a R. Knütel, *Contrarius consensus*. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht), in INDEX, 2 (1971).
- A. BURDESE, Autorizzazione ad alienare in diritto romano, Torino 1950.
- A. BURDESE, *Lex commissoria* e *ius vendendi* nella *fiducia* e nel *pignus*, Torino 1949.
- A. BURDESE, Manuale di diritto privato romano, Torino 1987.
- A. BURDESE, Patto (diritto romano), in Novissimo Digesto Italiano, 12 (1965).
- A. BURDESE, Recensione a Tomasz Giaro, *Excusatio necessitatis* nel diritto romano, in SDHI, 49 (1983).
- A. BURDESE, s.v. Pegno. Diritto romano, in ED, XXXII (1982).
- G. CAMODECA, L’archivio puteolano dei Sulpicii, Napoli 1992.
- E. CARRELLI, L’acquisto per «*litis aestimatio*» nel processo civile romano, Milano 1934.
- P. CIAPESSONI, *Duplex dominium* (Gai. 1.54 e 2.40-41), in Studi su Gaio, Pavia 1943.
- P. CIAPESSONI, Il precarista detentore, estratto da Atti del I Congr. naz. di studi romani, Roma 1928.

- E. COSTA, Storia del diritto romano privato 2, Torino 1925.
- E. COSTA, Sul papiro fiorentino I, in BIDR, 14 (1991), p. 48.
- F. CUENA Boy, *Emptio suae rei*: los casos de D. 19.1.29 y D. 17.1.22.3, in BIDR, 91 (1988).
- K. CZYHLARZ, Zur Lehre von der Risolutivbedingung, Prag 1871.
- V. DE FRANCISCI, Il trasferimento della proprietà, Padova 1924.
- F. DE MARTINO, Usufrutto, uso, abitazione, Bologna 1978.
- R. DE RUGGIERO, Il divieto d'alienazione del pegno nel diritto greco e romano, in Studi Cagliari, 2 (1910).
- H. DERNBURG, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Recht, II, Leipzig 1860.
- H. DERNBURG, Pandekten, I, Berlin 1892.
- V. DEVILLA, L'*ius distrahendi* nella *fiducia* e nel pegno, in Studi Sassaesi, XV (1938).
- S. DIETMAR, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, Berlin 1987.
- O. DILIBERTO, Studi sulle origini della '*cura furiosi*', Napoli 1984.
- F. EISELE, Studien zur Texte der Digeste, in ZSS, 30 (1909).
- W. ERBE, Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar 1940.
- R. FIORI, La definizione della '*locatio conductio*'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, Napoli 1999.
- W. FLUME, Die Aufhebungsabreden beim Kauf: «*lex commissoria, in diem addictio*» und sogenanntes «*pactum displicentiae*» und die Bedingung nach der Lehre der Römischen Klassiker, in Fest. Kaser, München 1976.

- P. FREZZA, I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio, Roma 2000.
- P. FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni. II. Le garanzie reali, in IURA, 15 (1964).
- F. GALLO, Osservazioni sulla signoria del *pater familias* in epoca arcaica, Milano 1954.
- F. GALLO, *Potestas* e *dominium* nell'esperienza giuridica romana, in Labeo, 16 (1970).
- C. GIACHI, L'*interdictum de migrando* e l'origine della tutela del pegno, in Studi in onore di Remo Martini, II, Milano 2009.
- T. GIARO, Diritto romano - filosofia e retorica greca. Premesse metodologiche per una ricerca sul concetto di necessità, in Klio, 61 (1979).
- T. GIARO, *Excusatio necessitatis* nel diritto romano, Warszawa 1982.
- P. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romani, Paris 1929.
- G. GROSSO, Il sistema romano dei contratti, Torino 1963.
- G. GROSSO, L'efficacia dei patti nei *bonae fidei iudicia*, in Studi Urbinati, IV, 1927.
- G. GROSSO, Recensione a Erbe, Die *Fiducia*, in SDHI, 7 (1941).
- G. GROSSO, Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica, diritti reali e obbligazioni, Torino 1970.
- G. GROSSO, Sulla *fiducia* a scopo di «*manumissio*», in Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, 4 (1929).
- A. GUARINO, Diritto privato romano, Napoli 1997.
- A. GUARINO, Notazioni romanistiche: IV. Il «*furiosus*» e il «*prodigus*» nelle «*XII Tabulae*», in Annali Catania, 3 (1948-49).
- A. GUARINO, Per la storia del «*contrarius consensu*», in Labeo, 14 (1968).
- A. GUARNERI CITATI, Gli effetti del «*pactum de non praestanda evictione*» e la regola «*creditorem evictionem non debere*», Palermo 1922.

- N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899.
- H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958.
- G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi: La «in rem missio»*, in *BIDR*, 70 (1967).
- M. KASER, *Besitzpfand und "besitzloses" Pfand*, in *SDHI*, 45 (1979).
- M. KASER, *Das römische Privatrecht, I*, München 1971.
- M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966.
- M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht, I*, in *TR*, 44 (1976).
- M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht, II, actio pignoratitia und actio fiduciae*, in *TR*, 47 (1979).
- M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Neapel 1982.
- M. KASER, *Zum römischen Fremdbesitz*, in *ZSS*, 64 (1944).
- M. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, in *ZSS*, 89 (1972).
- G. KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta*, in *ZSS*, 109 (1992).
- R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln 1968.
- P. KOSCHAKER, *Recensione a Albertario, Studi, II*, in *ZSS*, 63 (1943).
- G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln 2007.
- C. KRAMPE, *Die Rückabwicklung des Pfandverkaufs: D. 20, 6, 10 Paulus libro tertio Quaestionum*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 59 (1991).
- W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS* 90 (1973).
- G. LA PIRA, *La struttura classica del pignus*, in "Studi Cammeo", II, Padova 1932.

- F. LA ROSA, Ricerche sul «*pignus*», Catania 1977.
- T. LAMBERT MEARS, The Institutes of Gaius and Justinian: The Twelve Tables, and the CXVIIIth and CXXVIIth Novels, With Introduction and Translation, London 2004.
- S. LAZZARINI, *Sepulcra familiaria*. Un'indagine epigrafico-giuridica, Padova 1991.
- R. LEDERLE, *Mortuus redhibetur*. Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht, in *Schriften zur Rechtsgeschichte*, 28 (Berlin 1983).
- O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsia 1889.
- O. LENEL, Quellenforschungen in den Edictcommentaren, in *ZSS*, 3 (1882).
- E. LEVY, Die Enteignung des Klägers im Formularprozess, in *SZZ*, 42 (1921).
- E. LEVY, Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1934.
- C. LONGO, Corso di diritto romano – La locazione conduzione, Pavia 1920-1921.
- C. LONGO, Corso di diritto romano. La *fiducia*, Milano 1946.
- C. LONGO, *Fiducia cum creditore*, in studi Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana, Pavia 1934.
- G. LONGO, Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria, in *SDHI*, 45 (1979).
- G. MACCORMACK, *Culpa*, in *SDHI*, 38 (1972).
- L. MAGANZANI, Fonti e strumenti di ricerca. Metodo di consultazione per lo studio del diritto romano ad uso degli studenti, Como 1992.
- A. MANIGK, Pfandrechtliche Untersuchungen, I, Breslau 1904.
- A. MANIGK, v. *Pignus*, in Pauly-Wissowa, Real Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft, 20, 1 (1941).
- A. MANIGK, Privatautonomie, in Festschrift Koschaker, I, Weimar 1939.
- U. MANTHE, Die *libri ex Cassio* des Iavolenus Priscus, Berlin 1982.

- M. MARRONE, “*Precario habere*” e “*precarium*” (recensione a P. Zamorani, *Precario habere*, Milano 1969), in *Labeo*, 17 (1971).
- T. A. J. MCGINN, *Ne serva prostituatur*, in *ZSS*, 107 (1990).
- G. MELILLO, Forme e teorie contrattuali nell’età del Principato, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, *Principat*, 14, Berlin 1982.
- F. MESSINA VITRANO, *Per la storia del ius distrahendi nel pegno*, Palermo 1910.
- M. MICELI, Studi sulla “rappresentanza” nel diritto romano, I, Milano 2008.
- L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908.
- A. MURILLO VILLAR, Aproximacion al origen del fideicomiso ‘*de eo quod supererit*’, in *BIDR*, 92-93 (1989).
- G. NICOSIA, La pretesa *possessio* del sequestratario, *Cunabula iuris*. Studi storico giuridici per G. Broggin, Milano 2002.
- B. NOORDRAVEN, Die “*fiducia*” im römischen Recht, in *INDEX*, 18 (1990).
- B. NOORDRAVEN, Pomp., D, 13, 7, 6, pr.: un caso di *pignus*, in *BIDR*, 83 (1980).
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma 1928.
- P. PESCANI, Studi sul *Digestum Vetus*, in *BIDR*, 84 (1981).
- G. PROVERA, “*Precario habere*” (recensione a P. Zamorani, “*Precario habere*”, Milano 1969), in *INDEX*, 1 (1970).
- G. PUGLIESE, Studi sull’«*iniuria*», I, Milano 1941.
- G. PUGLIESE, *Usufrutto uso e abitazione*, Torino 1972.
- E. RABEL, Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom, in *Atti Congr. Int. dir. rom.*, Roma, I (1934).
- E. RABEL, Grundzüge des römischen Privatrechts, in *Holtendorff-Kohler Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, I (1915).

- U. RATTI, Sul «*ius vendendi*» del creditore pignoratizio, in Studi Urbinati, I (1927).
- U. RATTI, Sull'accessorietà del pegno e sul '*ius vendendi*' del creditore pignoratizio, Napoli 1985.
- M. RICCA-BARBERIS, Ancora sul '*pactum de non praestanda evictione*', in Studi in onore di P. De Francisci, II, Milano, 1956.
- M. RICCA-BARBERIS, Efficacia giuridica del patto '*de non praestanda evictione*', in Studi e documenti di storia e di diritto, XXIV (1903).
- S. RICCOBONO, Studi critici sulle fonti del diritto romano, in BIDR, 8 (1895).
- C. RUSSO RUGGERI, '*Suae rei emptio consistere non potest*', in: *Sodalitas*, Scritti in onore di Antonio Guarino, VI, Napoli 1984.
- O. SACCHI, *Lex commissoria* e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?, in *Ius Antiquum*, 19 (2007).
- A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano 2008.
- C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, La '*accessio possessionis*' en el derecho romano clásico, in BIDR, 98-99 (1995-1996).
- M. SARGENTI, Il *de agri cultura* di Catone e le origini dell'ipoteca romana, in SDHI, 22 (1956).
- G. SCHERILLO, Locazione e precario, estratto da RIL, 62 (1929).
- G. SCHLICHTING, Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht, Karlsruhe 1973.
- F. SCHULZ, Storia della giurisprudenza romana, Firenze 1968.
- G. SEGRÉ, Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni, II. Le garanzie reali, Torino 1934-35.
- H. SIBER, *Contrarius consensus*, in ZSS 42 (1921).

- M. SIČ, I beni “*extra commercium*” e la protezione dei deboli secondo il Breviario Alariciano “*de bonis viventis*”, in *Revista de Științe Juridice*, II (2008).
- V. SILVA, Precario con possesso e precario con detenzione, in *SDHI*, 6 (1940).
- S. SOLAZZI, *Le facultà del ‘procurator bonorum’ nel diritto romano-ellenico*, Milano 1924.
- H. STEINER, *Datio in solutum*, München 1914.
- H. STOLL, Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines. Vertragsverhältnisses in römischen Recht, in *ZSS* 44, 1924.
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- M. TALAMANCA, La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie, in *Centro di Studi Romanistici Arangio-Ruiz – Opuscola XVIII*, Napoli 1998.
- M. TALAMANCA, La romanistica italiana fra Otto e Novecento, in *INDEX*, 23 (1995).
- M. TALAMANCA, Recensione a D. Johnston, On a singular book of Cervidius Scaevola, in *BIDR*, 91 (1988).
- J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, in *IURA*, 19 (1968).
- J. A. C. THOMAS, Tenancy by Purchaser, in *IURA*, 10 (1959).
- S. TONDO, «*Pignus*» e «*precarium*», in *Labeo*, 5 (1959).
- A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 2011.
- S. VIARO, *Corrispettività e adempimento del sistema contrattuale romano*, Padova 2011.
- K. VISKY, Appunti sul pegno gordiano, in *RIDA*, 24 (1977).
- P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952.
- A. WACKE, Die Konvaleszenz von Pfandrecht nach römischen Recht, in *ZSS*, 115 (1998).

- A. WACKE, Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders?, in IURA, 24 (1973).
- P. WEIMAR, Zum Eigentumsübergang beim Pfandverkauf im klassischen römischen Recht, in Mélanges Felix Wubbe, Zürich 1993.
- U. WESEL, Zur dinglichen der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, in ZSS 85 (1968).
- F. WIEACKER, *Lex commissoria*, Berlin 1932.
- W. WIEGAND, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, in Juristische Schulung 1971.
- B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, Frankfurt am Main 1900.
- B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, Frankfurt am Main 1906.
- P. ZAMORANI, "*Precario habere*", Milano 1969.