

RIDA

REVUE
INTERNATIONALE
DES DROITS
DE L'ANTIQUITÉ

64²⁰¹⁷



Presses Universitaires de Liège

Table des matières

Éditorial, par Jean-François GERKENS 7

Droits de l’Orient méditerranéen

Nicolas FOREST, *De l’incapacité des alieni iuris à recevoir à titre gratuit en droit perse sassanide* 9

Doris FORSTER, *La lésion énorme en droit romain et l’ona’ah en droit juif* 21

Droit grec

Konstantinos KAPPARIS, *The γραφή μοιχείας in Athenian legal procedure* 37

Carlo PELLOSO, *La ‘flessibilità’ nella persecuzione del furto in diritto ateniese: concorso elettivo di azioni o criterio di specialità?* 53

Droit romain

Federica BERTOLDI, *Forma, formalismo e negozi formali* 79

Francesca DEL SORBO, *In personam servilem nulla cadit obligatio. La capacità d’agire degli schiavi tra regole civilistiche, diritto onorario e prassi negoziale* 109

Macarena GUERRERO, *La reconstrucción urbanística de una Roma en ruinas tras el incendio del año 64: el proyecto de Nerón en Tácito Anales 15,43* 131

Francesca LAMBERTI, *Convivenze e ‘unioni di fatto’ nell’esperienza romana: l’esempio del concubinato* 157

Paolo MARRA, *Un cas particulier de transfert de propriété à titre de garantie : la « Mancipatio Pompeiana »* 177

Joaquin MUÑIZ COELLO, *Sobre las doce tablas. Algunas propuestas historiográficas* 201

Renato PERANI, *Hypothecam in testamento dare. Sulla costituzione di garanzie reali mortis causa* 237

Aldo PETRUCCI, *Les déposants face au risque de crise financière d’un banquier chez les juristes romains* 253

Elena SANCHEZ COLLADO, <i>La responsabilité du negotiorum gestor dans la survenance du cas fortuit et les origines historiques de l'article 1891 du code civil espagnol</i>	263
Eltjo SCHRAGE, <i>Ungerechtfertigte Bereicherung: Einige Bemerkungen aus dem Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte</i>	289
Patrick TANSEY, <i>Publilius, Asprenas and Brutus: A note on D.3.1.1.5</i>	305
Lothar THÜNGEN, <i>Anmerkungen zun den Scholia Sinaitica</i>	313
Andreas WACKE, <i>Das nach siegreich bestandenem Wettkampf zurückzuzahlende Athleten-Darlehen. Eine Entgegnung auf Éva Jakab</i>	367
Gianluca ZARRO, "Sepulchrum", "monumentum", <i>ed aeree</i> "adiectae": <i>elementi comuni e discipline differenziali</i>	383

Chroniques

<i>Hommage à Peter Birks — Conférence inédite</i>	409
<i>Appel pour le XI^e Prix Boulvert</i>	427
Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Bologne</i>	429
Ouvrages reçus par la direction	455

Hypothecam in testamento dare.

Sulla costituzione di garanzie reali *mortis causa*

Renato PERANI
Université de Milan

1. Il divieto di costituzione di ipoteca tra legislazione e dottrina italiana

«Non può essere concessa <ipoteca> per testamento». In questi termini si esprime il codice civile italiano al secondo comma dell'art. 2821, dedicato alla concessione d'ipoteca tramite dichiarazione unilaterale¹. Il divieto viene motivato con il rischio che venga compromessa la parità di trattamento dei creditori². L'esclusione della possibilità che una garanzia ipotecaria possa essere iscritta in forza di un testamento trova infatti ragion d'essere nello scongiurare l'ipotesi che il debitore possa alterare la situazione dei suoi creditori in riferimento al momento in cui cesserà di vivere, accordando preferenza a qualcuno in danno di altri³.

Il comma precedente, dello stesso articolo, trovava la propria *ratio legis* nella messa a disposizione per il privato di una terza ipotesi di possibile iscrizione ipotecaria, oltre a quella legale e giudiziale: essa poteva nascere infatti pure da un contratto⁴ o da una dichiarazione unilaterale, realizzando in tal modo

-
1. Il primo comma di questo stesso articolo prevede che «L'ipoteca può essere concessa anche mediante dichiarazione unilaterale. La concessione deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità». Su tale norma s'è pronunciata anche la Cassazione nella sentenza n. 19963 del 2005 stabilendo che l'atto costitutivo di un'ipoteca si configura come negozio unilaterale, potendo constare anche della sola volontà del concedente, senza bisogno — a differenza dell'ipotesi contrattuale — dell'accettazione del creditore. La costituzione di garanzia reale tramite dichiarazione unilaterale, in vece di un accordo, comporta una subordinazione degli effetti al momento in cui è portata a conoscenza del destinatario, essendo una dichiarazione recettizia.
 2. Ma anche dal fatto che l'istituto ipotecario coinvolge interessi pubblicistici, che devono prevalere su quelli privatistici: v. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano 2009, p. 1245.
 3. B. CUSATO, *Il pegno*, Milano 2006, p. 22 e 162; G. MARTINO, *Il pegno rotativo, Diritto&Diritti* (2003), p. 32–33.
 4. In passato, nel vigore del primo codice civile unitario italiano, la questione sulla possibilità di costituire un diritto di pegno con strumenti diversi dal contratto era esclusa dal dettato dell'art. 1878 del codice civile del 1865, il quale definiva testualmente il pegno come un contratto.

una preferenza nei creditori, destinando a uno di essi una garanzia specifica. È palese, dunque, come nel comma successivo il legislatore abbia, di contro, voluto temperare questa facoltà in capo al debitore, vietando l'iscrizione d'ipoteca tramite testamento⁵ e mirando in tal modo a garantire per l'appunto il principio della *par condicio creditorum* in caso di morte del debitore e già al tempo dell'apertura della successione.

Dopotutto ciò emerse chiaramente già dalla Relazione (n. 1146) del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile, datata 4 aprile 1942: «Derogando alla norma generale, ho però escluso (art. 2821, secondo comma) che l'ipoteca possa concedersi per testamento. Ove si ammetta l'ipoteca testamentaria, si dà modo al debitore di alterare la situazione dei suoi creditori per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere, mentre la legge tende a garantire dopo l'apertura della successione la *par condicio* dei creditori del defunto⁶. Si osserva comunemente che tale ipoteca è soprattutto utile per assicurare il pagamento dei legati di quantità <o di genere>; senonché, contro il pericolo che l'erede, alienando gli immobili, diminuisca le garanzie dei legatari, soccorre l'istituto della separazione (articoli 512 e segg.)».

Nel codice civile italiano del 1942, l'inquadramento della figura del pegno fra le cause legittime di prelazione⁷ ha comportato, dunque, l'ammissibilità di realizzazione della garanzia reale pignorizia pure con forme diverse da quella

Ivi si leggeva: «Il pegno è un contratto, col quale il debitore dà al creditore una cosa mobile per sicurezza del credito, da restituirsi in natura dopo l'estinzione del medesimo». La scelta del codice civile vigente è stata quella di porre fine a questa endiadi — assai discussa, peraltro, già durante la sua vigenza (G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno, delle ipoteche: art. 2784-2899*, Bologna-Roma 1992, p. 52-53, che richiama G. CRISCUOLI, «La costituzione per testamento dei diritti reali limitati», *Giust. civ.* 4 [1964], p. 277) — non recependo il tenore della norma appena richiamata.

5. È da rilevare che — in ossequio al cosiddetto *favor testamenti* — l'invalidità dell'inserimento di una siffatta disposizione nel negozio *mortis causa* non lo inficia nel suo insieme: il testamento rimane comunque valido (G. CAPOZZI, *o.c.* [n. 2], p. 1245; F. RUSCELLO, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli 1984, p. 393; E. PROTETTI, *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova 1971, p. 137).
6. Si riporta qui, tuttavia, una critica avanzata in dottrina su un tale fondamento del divieto: se un'alterazione della *par condicio* dei creditori del defunto può realizzarsi in un regime — come lo fu quello francese precodicistico — privo di formalità pubblicitarie per la nascita dell'ipoteca, la quale dunque si costituirebbe al momento dell'apertura della successione, nel nostro sistema «l'ipoteca sorgerebbe soltanto con l'iscrizione, presa contro colui che riceve per successione l'immobile ipotecato dal defunto» (A. CHIANALE, *I diritti reali. 6. L'Ipoteca*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino 2005, p. 238). Gli altri creditori potrebbero comunque valersi dell'istituto della separazione dei beni del defunto, l'iscrizione sui quali prevale «sulle trascrizioni ed iscrizioni contro l'erede o il legatario, anche se anteriori» (ex art. 518, comma 2, cod. civ.), rendendo le conseguenze dell'ipoteca testamentaria non così gravi circa il concorso tra creditori.
7. Lo si legge testualmente nel dettato dell'art. 2741 (Concorso dei creditori e cause di prelazione) cod. civ.: 1. I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di prelazione. 2. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche.

contrattuale in senso stretto⁸ — dapprima invece l'unica plausibile⁹ — entro le quali potrebbe potenzialmente rientrarvi pure il testamento. Da qui il divieto *ex art. 2821*, secondo comma.

Di fronte ad un'esplicita e quindi chiarissima esclusione legislativa di una modalità di costituzione *mortis causa* dell'istituto ipotecario, s'è aperto un dibattito nella dottrina civilistica italiana, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, sulla medesima eventualità ammissibile o meno nel regime pignoratorio¹⁰. Nel silenzio codicistico, dovuto forse ad una scarsa prospettiva di ricorso ad una siffatta possibilità di garanzia reale preferendo ad essa la costituzione di ipoteca¹¹, in quanto senza dubbio più adatta alla modernità del buon funzionamento del mercato¹², vi è in letteratura chi estende il dettato normativo *ex art. 2821*, comma 2, cod. civ. — specifico per l'ipoteca — anche al pegno¹³ e chi invece, al contrario, ne nega l'estensione analogica in quanto disposizione eccezionale, dunque valevole soltanto nell'ambito ristretto della sua collocazione codicistica, ammettendo così di conseguenza (e a differenza dell'ipoteca) un pegno costituito tramite testamento¹⁴.

2. La costituzione di pegno per testamento in un rescritto severiano

La questione, di cui si è dato cenno per la civilistica italiana odierna, fu già posta dalle fonti romane. Una testimonianza ulpiana — tratta dal *liber tertio disputationum* del giurista tardoclassico e riportata nel tredicesimo libro dei *Digesta* sotto il titolo *De pignoratitia actione vel contra* — pare attestare espressamente la validità, all'epoca dei Severi¹⁵, di un pegno costituito con testamento:

8. G. GORLA-P. ZANELLI, *o.c.* (n. 4), p. 53-54. Il pegno, a differenza dell'ipoteca (che può essere legale, giudiziale o volontaria), trova origine unicamente nella volontà del costituente.

9. Cf. *supra* nt. 4.

10. È da sottolineare come anche il regime dell'ipoteca, prima dell'intervento legislativo del 1942, fosse stato oggetto di discussioni dottrinali in merito alla possibilità o meno di costituzione immediata e diretta tramite il testamento. Il legislatore ha poi seguito la dottrina maggioritaria: cf. G. CAPOZZI, *o.c.* (n. 2), p. 1244.

11. Ne sarebbe un chiaro segnale anche l'assenza di specifiche pronunce giurisprudenziali sul punto.

12. Cf. le posizioni di: G. MARTINO, «Il pegno rotativo», *Diritto&Diritti* (2003), p. 39-44; E. GABRIELLI, «Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali», *Il fallimento IX* (2002), p. 933; ID., *Il pegno anomalo*, Padova 1990, p. 136; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, Milano 2001.

13. Quest'orientamento, di estensione analogica anche al pegno del dettato normativo previsto per l'ipoteca, fa capo a Gorla.

14. Quest'altro orientamento, favorevole ad ammettere il pegno testamentario, prende le mosse da D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino 1956.

15. Siamo negli anni a cavallo tra la fine del II e gli inizi del III secolo d.C. L'indicazione temporale *imperator noster cum patre* si riferisce agli imperatori Antonino Caracalla e Settimio Severo, rispettivamente.

D. 13.7.26 pr. (Ulp. 3 disp.)¹⁶: *Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit.*

Oltre al dato letterale della testimonianza, che non lascia adito a dubbi di sorta quanto al suo portato contenutistico, particolarmente significativa pare la scelta sintattica operata dal suo autore. L'esordio (*non est mirum*) è già emblematico dell'intenzione che quanto seguirà è notorio e non controverso¹⁷. Dopotutto non rappresenta un caso isolato¹⁸ nelle *Pandectae* l'uso del termine *mirus* in riferimento ad un moto di sorpresa¹⁹ — qui escluso dalla particella negativa *non* — nel veder applicata una regola di diritto in maniera insolita²⁰. L'inserimento dell'avverbio *quoque* inoltre, sempre posposto alla parola a cui va a riferirsi, mette in tutta evidenza la modalità (anche) *mortis causa* di costituzione della garanzia reale: *cum testamento quoque pignus constitui posse*. Infine è innegabile che l'avverbio al superlativo *saepissime* (inserito nell'espressione *imperator noster cum patre rescripsit*) rivesta un ruolo di richiamo e di conferma del medesimo tenore dell'*incipit* da cui il passo prende le mosse.

Di una certa rilevanza appare anche l'analogia richiamata da Ulpiano, che sfrutta la certezza della constatazione secondo la quale la costituzione del pegno può avvenire pure attraverso il negozio testamentario a sostegno di quanto affermato nella prima parte del testo: vale a dire l'immissione nel possesso accordata

-
16. Da Lenel (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, rist. Roma 2000, c. 395) riportato sotto il titolo *De re uxoria. De iure dotium*, con una nota circa la congettura secondo la quale tale passo dovevasi riferirsi al procedimento di *missio in possessionem* richiesto dalla moglie nei confronti degli eredi del marito a garanzia del credito dotale: «*Suspitor haec ad missionem dotis nomine factam pertinere*». Di questo tipo di *missio in possessionem* è possibile rinvenirne traccia pure in altri testi del Digesto: in D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad ed.*), in D. 44.3.15.4 (Venul. 5 *interd.*), in D. 46.3.48 (*Marcell. lib. sing. resp.*) e in D. 50.1.26.1 (Paul. 1 *ad ed.*). M. VARVARO, «Una congettura sull'applicazione del *praedictum* quanta dos sit», in *Philia: scritti per Gennaro Franciosi* 4, Napoli 2007, p. 2734–2736; O. LENEL, *o.c.* (n. 16), c. 395 nt. 2.
 17. *In primis* riguardo al pegno pretorio ma, conseguentemente, anche al pegno testamentario che ne rappresenta la premessa causale del ragionamento del giurista.
 18. Lo si ritrova in: D. 9.2.51.2 (Iul. 86 *dig.*); D. 21.1.4.5 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 21.1.63 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 21.2.51.3 (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 23.2.14.4 (Paul. 35 *ad ed.*); D. 23.3.59 pr. (Marc. 7 *dig.*); D. 31.82.2 (Paul. 10 *quaest.*); D. 32.55.5 (Ulp. 25 *ad Sab.*); D. 33.7.12.13 (Ulp. 20 *ad Sab.*); D. 37.10.5.3 (Ulp. 41 *ad ed.*); D. 38.16.1.1 (Ulp. 12 *ad Sab.*); D. 38.16.15 (Pap. 29 *quaest.*); D. 40.5.24.6 (Ulp. 5 *fideicomm.*); D. 40.12.15.2 (Gai. *ad ed. pr. urb. tit. de liberali causa*); D. 43.1.2.2 (Paul. 63 *ad ed.*); D. 43.24.3 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 49.15.12.3 (Tryph. 4 *disp.*).
 19. S. SCIORTINO, «Denegare actionem, decretum e intercessio», *AUPA* 55 (2012), p. 675–676 nt. 37.
 20. E in questo senso *mirus* vale *novus*: *nec novum aut mirum esse* si legge in D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*).

dal magistrato²¹, in determinate ipotesi, e per la quale — impropriamente secondo alcuni²² — si suole parlare di pegno pretorio²³.

Questo ci rivela come, stando alla lettera del passo tramandatoci, non soltanto sia indubbia la modalità di costituzione *mortis causa* della garanzia reale, ma addirittura sia ritenuta talmente certa e scontata da poter essere utilizzata come argomento per dimostrare altro.

Partendo dal presupposto che il diritto romano classico non conoscesse la possibilità di costituire *mortis causa* una vera e propria garanzia reale senza l'ausilio dell'attività di un soggetto intermediario²⁴, il passo ulpiano di cui stiamo parlando è stato interpretato da una parte della dottrina²⁵ come testimonianza in parte ritoccata, al fine di presentarla come momento di passaggio²⁶ da un periodo in cui il principio della costituzione diretta di pegno per testamento era sconosciuto ad uno nel quale esso fu definitivamente previsto per via legislativa²⁷. Per sostenere un siffatto quadro ricostruttivo, non si può far altro che ritenere appunto interpolato il testo classico di Ulpiano, cosa che Frezza fa sulla base dell'assenza di rigore logico, che il giurista severiano era invece solito avere per via della sua tendenza alla risistemazione organica del materiale a sua disposizione, e per l'emergere della nozione di *pignus praetorium* — di cui prima già si evidenziava — data alla

-
21. È lo stesso Ulpiano, al paragrafo successivo del medesimo frammento D. 13.7.26.1 (Ulp. 3 *disp.*), a specificare: *sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem*; cioè che, laddove per ordine del magistrato si costituisca pegno, ciò non avverrà se non con l'impossessamento di esso.
22. P. FREZZA, *Le garanzie reali*, II, Padova 1963, p. 114. «In base a costituzioni imperiali dell'età dei Severi» (come ci attesta il nostro passo) — scrive A. BURDESE, v. «Pegno (dir. rom.)», *ED* 32 (1982), p. 666 — il pegno si costituisce anche «per testamento, ove tuttavia sembra si trattasse piuttosto di testamentaria *missio in possessionem (legati servandi causa)*, denominata *pignus praetorium* con termine non classico o quanto meno non tecnico... e solo da Giustiniano fornita di tutela possessoria analoga a quella del creditore pignoratizio». Stessa affermazione si trova in L. BOVE, v. «Pegno (diritto romano)», *NNDI* 12 (1965), p. 764: «In diritto giustiniano si fa espressa menzione del *pignus praetorium... quod a iudicibus datus* (cf. C. 8, 21, 2 pr., Iustinian. A. Iuliano pp., a. 530)». E ancora S. SOLAZZI, «Il *pignus praetorium* in D. 41, 4, 12», *SDHI* 22 (1956), p. 339–341, indagando l'autenticità del passo papiniano, minata a suo parere dalla «inesplicabile, o almeno difficile a spiegare» presenza delle parole *pro emptore*.
23. F. BETANCOURT, «Recursos supletorios de la cautio damni infecti en el derecho romano clasico», *Anuario de Historia del Derecho Español* 45 (1975), p. 46 nt. 7. Cf. D. 27.9.3.1 (Ulp. 35 *ad ed.*).
24. B. SANTALUCIA, «Note pauline ed ulpiane alle quaestiones ed ai responsa di Papiniano», *BIDR* 68 (1965), p. 97. Il riferimento è ovviamente all'erede che, su incarico espressamente contenuto nel testamento del *de cuius*, dovrà realizzare una *conventio pignoratis* col legatario beneficiario, individuato pure egli dal testatore stesso.
25. A. BURDESE, *l.c.* (n. 22), p. 666; L. BOVE, *l.c.* (n. 22), p. 764; B. SANTALUCIA, *l.c.* (n. 24), p. 97–98; P. FREZZA, *o.c.* (n. 22), p. 114.
26. Verosimilmente, volendo assecondare la suggestione dell'interpolazione del passo ulpiano, l'idea dei compilatori giustiniane era quella di suggerire l'esistenza di un precedente postclassico al nuovo orientamento legislativo.
27. Il riferimento è alla costituzione C. 6.43.1.2 (Iust., a. 529), di cui *infra*.

situazione derivante da una *missio in possessionem* che i Romani però ebbero a definire soltanto in epoca tarda²⁸. Ciò che esponeva originariamente Ulpiano doveva risultare, dunque, un ragionamento giuridico meno ricco e intrecciato, rispetto a quello che noi oggi leggiamo, del tipo: numerosi rescritti imperiali²⁹ concedevano per via testamentaria una *missio in possessionem* magistratuale³⁰, punto. Entrambe le indicazioni testuali di *pignus* andrebbero quindi a riferirsi a questo strumento complementare al processo e non al negozio giuridico sostanziale nella libera disponibilità di realizzazione — unilaterale o convenzionale che fosse — ad opera dei privati. Frezza stesso³¹, richiamando Dernburg³², dà notizia di altre testimonianze presenti nella compilazione giustiniana che attestano questa possibilità di concessione di una *missio in possessionem mortis causa*: trattasi di un passo di Marciano del suo *liber octavo institutionum* (D. 30.114.12: *Idem principes rescripserunt <divi Severus et Antoninus³³>... mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa, ut pro pignore, non ut pro dominis possideant vel alienandi ius, sed ut pignus habeant...*), di un frammento del coevo Ulpiano tratto dal suo *liber quinquaginta duo ad edictum* (D. 36.4.5.16: *Imperator Antoninus Augustus rescripsit certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos...*) ed infine di una costituzione dei Severi del 196 d.C. (C. 6.54.3: *Imp. Severus et Antoninus. AA. Symphoro. Si postquam servandi legati seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenit, praecedere causam tuam, quam iure praetorio velut pignus habuisti, manifestum*

-
28. P. FREZZA, *o.c.* (n. 22), p. 114; F. BETANCOURT, *l.c.* (n. 23), p. 46 nt. 7; A. BURDESE, *l.c.* (n. 22), p. 666. A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino 2014, p. 392, indirettamente salvano invece la genuinità della testimonianza ulpiana su questo punto, mostrando la discendenza persino dal periodo repubblicano del *pignus praetorium* in relazione alle ipotesi di *missio in bona* e solo da Giustiniano riconosciuto con una denominazione sua propria. Di conseguenza ammettono la possibilità di costituzione del pegno per atto di ultima volontà: A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO MARUOTTI, *o.c.* (n. 28), p. 391.
29. Uno di questi è senz'altro la costituzione imperiale contenuta in C. 6.54.5: *Imp. Alex. A. Paulinae. Qui legati sive fideicommissi causa in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed ius pignoris. Ut autem et post acceptum pignus satisfiat defuncti voluntati, competens iudex te adeunte providebit. A 224 PP. III ID. AUG. IULIANO ET CRISPINO CONSS.* L'espressione *in possessionem mittuntur*, sulla base della *legati sive fideicommissi causa*, darebbe ragione del fatto che qui si stia parlando dell'istituto che, in epoca tarda, verrà definito *pignus praetorium*: così F. BETANCOURT, «La difesa pretoria del *missus in possessionem*», *Anuario de Historia del Derecho Español* 52 (1982), p. 374 nt. 1. G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino 1962, p. 78 e V. ARANGIO-RUIZ, *Parerga* 6, in *Atti Napoli* 61 (1942), p. 273-275 preferirono invece proporre un'idea di moto di ampliamento — ancora in via del tutto eccezionale — delle situazioni che erano in grado di realizzarsi col legato (*per vindicationem*) testamentario, i cui effetti beneficiarono di un'estensione da parte dell'intervento pretorio.
30. P. FREZZA, *o.c.* (n. 22), p. 114.
31. P. FREZZA, *o.c.* (n. 22), p. 114.
32. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig 1860, p. 285 nt. 7.
33. Come si legge nell'*incipit* del paragrafo precedente: D. 30.114.11.

est. A 196 PP.XI K.DEC.DEXTRO ET PRISCO CONSS.). Quantomeno sul dato della copiosa frequenza in epoca severiana di rescritti in materia — e quindi sull'interessamento alla costituzione, in generale, di garanzie reali in seguito ad atto di ultima volontà — non v'è da dubitare³⁴.

Contrario alla critica interpolazionistica è invece Burdese³⁵. E anche Levy sostiene essere attestata, negli antichi Romani «*au moins au III^e s. ap. J.-C. : D. 13.7.26pr*³⁶», la novità di un pegno testamentario, quarto tipo di garanzia reale oltre a quelli convenzionale, legale e giudiziale.

Sulla medesima scia di pensiero, De Churruca evidenzia il dato secondo il quale a Roma il contenuto e la struttura della garanzia reale pignorizia erano talmente eterogenei da comportare in numerosi strumenti giuridici qualificati come *pignus* un indebolimento, se non addirittura in certi casi una vera e propria scomparsa, dell'elemento consensuale, ampliando così le modalità della sua costituzione. Su questa base evolutiva si insinuerebbe la possibilità di una dichiarazione unilaterale, ammissibile come costitutiva di *pignus* quando veniva ad essere contenuta in un testamento³⁷.

Un altro elemento a favore della genuinità della testimonianza ulpiana è dato dal poter noi scorgere in una costituzione severiana (di Alessandro Severo) dell'anno 224 d.C.³⁸ la riprova dell'esistenza di rescritti imperiali del III secolo attestanti la costituzione (diretta o meno che fosse) di un diritto di pegno tramite negozio testamentario: si parla qui di *legati sive fideicommissi causa... nanciscuntur... ius pignoris*.

3. Il pegno *mortis causa* a garanzia di legati di alimenti

Disposizioni testamentarie che prevedevano, fra le altre, una costituzione di *pignus* tramite l'attività intermediaria dell'erede non dovevano essere così rare, quantomeno nell'età tardoclassica. Testimonianze di Papiniano e Paolo al

34. Dato ancor più confortato dalle intenzioni imperiali che si leggono nella costituzione *Tanta*: pr. (...) *erat enim mirabile Romanam sanctionem (...) in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium neque idem neque simile in ea inveniatur*; 13 (14) (...) *deinde sciat, quod similitudo in quibusdam et his brevissimis adsumpta non inutilis est, et nec citra nostrum propositum hoc subsecutum: aut enim ita lex necessaria erat, ut diversis titulis propter rerum cognationem adplicari eam oporteat, aut, cum fuerat aliis diversis permixta, impossibile erat eam per partes detrahi, ne totum confundatur (...)*; 14 *Similique modo si quid principalibus constitutionibus cautum est, hoc in digestorum volumine poni nullo concessimus modo, quasi constitutionum recitatione sufficiente: nisi et hoc raro ex isdem causis, quibus similitudo adsumpta est.*

35. A. BURDESE, *l.c.* (n. 22), p. 666.

36. J. P. LEVY, «Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles», *TR* 55 (1987), p. 245 nt. 96.

37. J. DE CHURRUCA, «Pignus», *Derecho romano de obligaciones. Estudios J. L. Murga*, Madrid 1994, p. 345.

38. C. 6.54.5 (Alex., a. 224).

riguardo, per via della loro analogia di prospettazione delle fattispecie, ce ne danno conferma.

D. 33.1.9 (Pap. 7 resp.)³⁹: *Fundus, quem pater familias libertis legatorum nomine, quae in annos singulos relinquit, pignus esse voluit, ex causa fideicommissi rei servandae gratia recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum est et in aliis rebus hereditariis, ut et in eas legatarius mittatur.*

Il caso delineato è il seguente: il testatore decide di lasciare ai propri liberti un legato (*nomine legatorum*) a prestazioni periodiche (*in annos singulos*), da garantire attraverso la costituzione di un pegno su un dato fondo (*fundus... pignus esse voluit*); se quest'ultima non verrà realizzata dagli eredi a favore dei liberti legatari, questi potranno richiedere la *missio in possessionem*⁴⁰ *ex causa fideicommissi*. La nota paolina, inserita in conclusione al passo, non fa altro che ampliare la costituzione del suddetto pegno a tutte le *res hereditariae*.

Tralasciando la critica interpolazionistica avanzata da alcuni⁴¹ e smentita da altri⁴², non condivisibile in quanto priva di indizi persuasivi contro una genuinità attestata dalla presenza in passi classici di questo tipo di fattispecie⁴³, ciò che emerge dal contenuto del frammento papiniano è un'ipotesi di costituzione pignoratizia realizzata attraverso il negozio giuridico fedecommissario. L'espressione *ex causa fideicommissi rei servandae gratia recte petetur* dimostra chiaramente come venga costituito un pegno a beneficio dei liberti legatari⁴⁴. Anche questa constatazione dopotutto, in linea col regime giuridico classico, dovrebbe confermare l'autenticità della testimonianza.

È possibile che Papiniano abbia fatto riferimento al seguente testo quando chiude con la nota paolina. Così diviene interessante il rapporto fra le due testimonianze.

D. 34.1.12 (Paul. 14 resp.)⁴⁵: *Lucius Titius libertis suis cibaria et vestiaria annua certorum nummorum reliquit et posteriore parte testamenti ita cavuit: "Obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos illum et illum, ut ex redditu eorum alimenta supra scripta percipiant". Quaesitum est, an, si quando minores redditus pervenerint, quam est quantitas cibariorum et vestiariorum, heredes ad supplendam eam onerari non debeant, vel, si alio anno excesserint, an supplendum sit, quod superiore anno minus perceperint. Paulus respondit cibaria et vestiaria*

39. Da Lenel (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889, rist. Roma 2000, c. 912) collocato nel titolo *De legatis*.

40. Ritorna qui, nella sostanza, il pegno (pretorio) di cui al passo ulpiano.

41. H. KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke*, in *Studi Bonfante*, II, Milano 1930, p. 311; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1913, p. 65.

42. B. SANTALUCIA, *l.c.* (n. 24), p. 96 e 98.

43. Oltre a questo D. 33.1.9 (Pap. 7 resp.), almeno D. 2.15.8.15 (Ulp. 5 *de omnibus tribunalibus*), D. 10.2.18.6 (Ulp. 19 *ad ed.*) e D. 34.1.12 (Paul. 14 resp.).

44. B. SANTALUCIA, *l.c.* (n. 24), p. 99.

45. Da Lenel (O. LENEL, *o.c.* [n. 39], c. 1245) collocato nel titolo *De fideicommissis*.

libertis defuncti integra deberi, neque ex eo, quod postea praedia his pignoris iure testator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum vel auxisse ea quae reliquerat videri.

Qui Paolo riporta una fattispecie del tutto analoga⁴⁶, nei caratteri utili per la nostra indagine, a quella or ora vista: ritroviamo il legato a prestazioni periodiche (*cibaria et vestiaria annua certorum nummorum reliquit*) a favore dei propri liberti (*libertis suis*), la *missio in possessionem ex causa fideicommissi* (*obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos*) e lo scopo ultimo di costituire un diritto di pegno sui fondi a garanzia degli stessi liberti legatarii⁴⁷ (*quod postea praedia his pignoris iure testator obligare voluit*).

Il filo conduttore fra il passo papiniano con nota paolina e questo dello stesso Paolo è rappresentato dalla medesima fattispecie sottesa e dalla medesima *ratio* perseguita da ambedue i giuristi severiani: la garanzia reale offerta per legati di alimenti deve essere preservata e pienamente operante, senza che si possa pretendere qualcosa in più ma senza, parimenti, che si debba patire l'ottenimento di qualcosa in meno (*minuisse eum vel auxisse ea quae reliquerat videri*).

Le testimonianze classiche pervenuteci, tuttavia, non si fermano qui. Un altro esempio di clausola testamentaria inserita allo scopo di costituire una garanzia reale — sempre entro l'ambito delle obbligazioni alimentari — ce lo offre anche Ulpiano.

D.2.15.8.15 (Ulp. 5 *de omnibus tribunalibus*)⁴⁸: *Si uni pluribusve fundus ad alimenta fuerit relictus velintque eum distrahere: necesse est praetorem de distractione eius et transactione arbitrari. Sed si pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus et hi inter se transigant: sine praetoris auctoritate facta transactio rata esse non debet. Idem est et si ager fuerit in alimenta obligatus: nam nec pignus ad hoc datum inconsulto praetore poterit liberari.*

Le espressioni dell'ultimo inciso *idem est et si ager fuerit in alimenta obligatus... pignus ad hoc datum* sono sufficientemente chiare nel rivelare la costituzione dell'istituto pignoratorio attraverso la disposizione *mortis causa*⁴⁹.

Il passo ulpiano del *De omnibus tribunalibus* si articola su tre ipotesi di *distractio* di un fondo lasciato dal *de cuius* a scopo alimentare.

Che i legatari trovino un accordo con terzi (*si uni pluribusve... velintque eum distrahere*) oppure tra loro stessi (*et hi inter se transigant*) per la distrazione del terreno, la transazione realizzata senza l'intervento del pretore non potrà essere valida (*necesse est praetorem de distractione eius et transactione arbitrari* si legge per la prima ipotesi; *sine praetoris auctoritate facta transactio rata esse non debet* si legge invece per la seconda): la *ratio*, in entrambi i casi, risiede nella volontà

46. B. SANTALUCIA, *l.c.* (n. 24), p. 96-97.

47. M. TALAMANCA, *Revoca testamentaria e «translatio legati»*, Milano 1961, p. 59.

48. Da Lenel (O. LENEL, *o.c.* [n. 39], c. 998) collocato nel titolo *De alimentis legatis*.

49. A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, p. 159-160.

dell'ordinamento romano di assicurare pienamente una tutela al beneficiario del lascito alimentare⁵⁰.

La medesima soluzione, sostenuta anch'essa da un'identica *ratio*, viene adottata pure nel terzo caso prospettato dal passo: quello in cui il fondo *in alimenta obligatus* venga gravato da un pegno. Il nuovo titolare di diritti reali sul fondo si trova limitato nei poteri di godimento e disposizione del bene ricevuto per via successoria *mortis causa*: senza una previa autorizzazione pretoria, nulla può fare all'infuori dell'obbligo alimentare a cui è stato onerato, nemmeno togliere il diritto di pegno posto a garanzia proprio della corresponsione degli alimenti a favore di terzi⁵¹.

La soluzione ulpiana di questo § 15 è genuina e non viene in alcun modo intaccata da quanto è possibile leggere nel precedente § 5 del medesimo frammento: *Sed et si sit certa quantitas relicta Titio vel res ita, ut inde alimenta Seio praestentur: magis est ut transigere Titius possit, nec enim transactione Titii minuuntur alimenta Seii*. L'apparente diversità di conclusioni è facilmente spiegabile sulla base dell'oggetto posto a garanzia dell'adempimento: se nel § 15 abbiamo visto essere un fondo, *res infungibile* quasi per definizione data l'eccezionale considerazione in cui esso è sempre stato tenuto nel corso della storia romana, nel § 5 si parla semplicemente di una *certa quantitas*, riferita con tutta evidenza ad una cosa individuabile solo nel numero e nel genere. Da una garanzia reale passiamo, dunque, ad una garanzia personale ed è ovvio che se nella prima il fulcro del vincolo alimentare viene a rappresentarsi nella *res* medesima, per cui vengono imposti su di essa limiti di disposizione e godimento, nella seconda ciò che rileva è il soggetto debitore, il quale può ben *certam quantitatem transigere* perché — come dice puntualmente lo stesso Ulpiano — *nec enim transactione Titii minuuntur alimenta Seii*.

4. Il tipo di legato utile alla costituzione di un pegno *mortis causa*

Essendo la disposizione di ultima volontà un negozio giuridico contenitore di altri negozi, si pone inoltre il problema di quale tra essi possa eventualmente realizzare la costituzione della garanzia. Lo sguardo si deve volgere doverosamente al binomio legati-fedecommissi, che i precedenti passi analizzati menzionano.

Gaio, nelle sue *Institutiones*, illustra i legati distinguendoli nei *quattuor genera*⁵² e iniziando a trattare del legato — ad effetti reali — *per vindicationem*. L'indicazione *ex iure Quiritium* è un suo richiamo costante che può annoverarsi fra i presupposti che il giurista adrianeo ritiene essenziali di un siffatto tipo di legato. Grosso rileva come ciò si possa spiegare col fatto che questo trattato elementare di

50. A. BELLODI ANSALONI, «Un caso di iurisdictio voluntaria: la *transactio alimentorum*», *BIDR* 101–102 (1998–1999), p. 485 nt. 45.

51. A. BELLODI ANSALONI, *l.c.* (n. 50), p. 484–486.

52. Gai. 2.192.

epoca classica avesse particolare riguardo al *ius civile* e qui, per semplicità del testo didattico e per maggior aderenza alle ipotesi più frequenti nella pratica, al legato di *res corporales*⁵³.

Escludendo i tipi *per damnationem* e *sinendi modo*, in grado soltanto di produrre effetti obbligatori — al pari, d'altronde, dei fedecommessi (da escludere quindi anch'essi) — e dunque inadonei per natura a consentire la costituzione diretta di una garanzia reale come quella pignorizia, e tenuto conto del fatto che il legato *per praeceptionem* trovava il suo campo di applicazione nei soli casi di coeredità, l'unico tipo apparentemente sfruttabile all'uopo rimaneva proprio quello *per vindicationem*, col limite però di cui Gaio ci attesta⁵⁴.

Non essendo il pegno annoverato fra i diritti reali contemplati dal *ius civile*⁵⁵, il problema si ripropone: che cosa accadeva se oggetto della disposizione particolare *mortis causa* fosse stata una cosa tenuta solo *in bonis* dal testatore o su cui questi avesse vantato un mero diritto reale pretorio⁵⁶? Gaio stesso — siamo all'epoca degli Antonini — nega per questo caso l'efficacia reale ad un legato di tal genere, richiamando, per ammettere utilità al legatario, il senatoconsulto Neroniano⁵⁷ di conversione negoziale alla forma di legato più adatta al caso, allo scopo di salvare le ultime volontà del *de cuius*.

Al tempo dei Severi, qualche decennio più tardi dunque, Ulpiano ci dà notizia di alcuni sviluppi della disciplina⁵⁸ entro cui si situa il passo delle sue *disputationes* che, con chiarezza, collega il *pignus* al negozio *mortis causa*. Il fatto che in passato il testo contenuto in D. 13.7.26 pr. fu sospettato di interpolazione non può comunque minare *in toto* la testimonianza ulpiana: troppo esplicita infatti è l'asserzione ivi contenuta. L'alterazione sarebbe da riferirsi eventualmente soltanto al dato formale. È fuor di dubbio quindi che, sul tramonto dell'epoca classica, rescritti imperiali permisero di legare — con effetti reali — un «diritto pretorio» quale fu

53. G. GROSSO, *o.c.* (n. 29), p. 77.

54. B. SANTALUCIA, *l.c.* (n. 24), p. 97-99. M. KASER, «*Ius honorarium und ius civile*», ZSS 101 (1984), p. 91-92 e nt. 416, ci informa di un ulteriore limite del legato *per vindicationem* usato per costituire un diritto di pegno: l'impossibilità che un legato di questo tipo — senza l'intervento del senatoconsulto Neroniano — possa essere disposto su beni altrui o per diritti su beni altrui (eventualità invece pacificamente ammessa per il pegno).

55. B. SANTALUCIA, *l.c.* (n. 24), p. 97.

56. Come lo era, per l'appunto, il pegno nella sua duplice veste di *datum* e *conventum*.

57. Gai. 2.222: *Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit sive extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatus consulto <Neroniano> utile erit legatum, heredi vero familiae herciscundae iudicis officio praestabitur; quod si nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatus consulto <Neroniano> utile erit.*

58. Si vedano: D. 30.71.5-6 (Ulp. 51 *ad ed.*) riguardante un legato di *ius in agro vectigali*; D. 30.86.4 (Iul. 34 *dig.*) e D. 43.18.1.7 (Ulp. 70 *ad ed.*) sul legato di superficie.

l'«ipoteca⁵⁹». Arangio-Ruiz⁶⁰ e Grosso⁶¹ provarono ad ipotizzare che, a partire da questa estensione pretoria degli effetti del legato *per vindicationem*, si potesse scorgere un movimento complessivo di ampliamento delle fattispecie correlate a un siffatto strumento *mortis causa*. Subito però Grosso stesso pone un serio ostacolo, informandoci del fatto che per l'*in bonis habere* vi erano in diritto classico difficoltà tecniche: per sfruttare l'*exceptio rei venditae et traditae*, le *exceptiones* ad essa analoghe e per la stessa *actio Publiciana* era necessario un concreto impossessamento della cosa «che <tuttavia> non si trasmetteva per effetto di un semplice legato <seppure> *per vindicationem*⁶²».

L'estensione pretoria — sulla base di queste riflessioni — era quindi ancora ben lontana dall'essere generale⁶³: essa si mostrava destinata, per il momento, solo ad ipotesi particolari⁶⁴.

Una generalizzazione della disciplina ci è attestata invece essere avvenuta in epoca giustiniana⁶⁵.

5. La costituzione di ipoteca per testamento in una legge di Giustiniano

In epoca giustiniana lo sviluppo dell'istituto giuridico pignoratizio prosegue entro le sue linee direttive di una maggior efficacia e di un ampliamento delle fattispecie da esso stesso garantite⁶⁶. Fanno la loro comparsa il pegno tacito — costituito validamente tramite una disposizione implicita — e il pegno legale⁶⁷ — realizzato persino senza una vera e propria disposizione — i quali vengono considerati dal diritto giustiniano in maniera unitaria, senza differenze⁶⁸. Con quest'ultima

59. G. GROSSO, *o.c.* (n. 29), p. 78.

60. V. ARANGIO-RUIZ, *o.c.* (n. 29), p. 273–275.

61. G. GROSSO, *o.c.* (n. 29), p. 78.

62. G. GROSSO, *o.c.* (n. 29), p. 78–79. Infatti, nel lasso di tempo intercorrente fra la morte del testatore e l'acquisto da parte del legatario (oppure, secondo la scuola sabiniana, l'*aditio hereditatis* compiuta dall'erede), l'oggetto del legato è considerato *res nullius*: come attestato in Gai. 2.200.

63. Dopo l'entrata in vigore del senatoconsulto Neroniano i Romani, con il loro modo di procedere caso per caso, non avrebbero più avvertito una questione generale da risolvere.

64. M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli 1982, p. 29 nt. 99; G. GROSSO, *o.c.* (n. 29), p. 79.

65. G. GROSSO, *o.c.* (n. 29), p. 80. Per lo sviluppo del legato di ipoteca, cf. H. DERNBURG, *o.c.* (n. 32), p. 281–286.

66. Ammettere o meno l'interpolazione del passo ulpiano in D.13.7.26 pr., nella parte in cui afferma *cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescipit*, non mette in dubbio la constatazione che, in epoca giustiniana, questo in ogni caso era diventato il regime giuridico di riferimento.

67. A. BURDESE, *l.c.* (n. 22), p. 666–667.

68. A. BURDESE, *l.c.* (n. 22), p. 667.

forma pignorizia si diffonde la cosiddetta ipoteca generale, gravante sull'intero patrimonio e non più soltanto su di un singolo bene⁶⁹. Come dicevamo, è in questo periodo che trova un suo riconoscimento ufficiale ed una sua denominazione specifica il cosiddetto pegno pretorio⁷⁰, concesso dal giudice a seguito di *missio in possessionem* (anche testamentaria)⁷¹ e dotato di tutela possessoria ora pienamente equiparata a quella prevista per il pegno classico (C. 8.21[22].2, a. 530)⁷².

Frezza⁷³, sostenuto da Santalucia⁷⁴, ragiona sul punto che parificare la posizione del *missus in possessionem* a quella del creditore pignorizio voleva dire anche ammettere una costituzione diretta di ipoteca tramite atto di ultima volontà, che infatti troviamo puntualmente enunciata in un provvedimento, tramandatoci nel *Codex* giustiniano.

C. 6.43.1.2: *Imp. Iustinianus A. Demostheni PP. Cum enim hoc iam iure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas induxerunt, non ab re est etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. A 529 D.XV K.OCT. CHALCEDONE DECIO VC.CON.S.*

Questa costituzione ebbe lo scopo primario di far confluire i vari tipi di legati nonché i fedecommessi entro un'unica figura sostanziale⁷⁵ e di stabilire un comune regime di tutela processuale in materia ipotecaria⁷⁶: quest'ultimo il senso della

69. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 481; A. BURDESE, *l.c.* (n. 22), p. 667.

70. L. BOVE, *l.c.* (n. 22), p. 764.

71. A. BURDESE, *l.c.* (n. 22), p. 667.

72. C. 8.21(22).2: *Imp. Iustinianus A. Iuliano PP. Veteris iuris dubitationem decidentis ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam si ab eo cadat, sive sua culpa sive non sive fortuito casu, humanius esse perspeximus et in praetorio pignore dare recuperationem creditoribus, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua sive non sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur iacturam, tamen, ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur et ei recuperationem donamus. A 530 D. K. AUG. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTE VV. CC. CONSS.*

73. P. FREZZA, *o.c.* (n. 22), p. 114 n. 2.

74. B. SANTALUCIA, *l.c.* (n. 24), p. 98 e nt. 143, il quale si discosta dal pensiero di Frezza soltanto in riferimento al tipo di *missio in possessionem* di cui qui si parlerebbe: *missio in possessionem legati servandi causa* per il secondo; *missio in possessionem* del tutto particolare invece per il primo.

75. Riforma tardo-imperiale confermata anche in D. 30.1 (Ulp. 67 *ad ed.*) e, in modo ben più articolato ed esaustivo, in I. 2.20.2-3.

76. R. DE LA FUENTE, «Algunas consideraciones sobre el reconocimiento y sanción jurídica de los fideicomisos», *Revista General de Derecho romano* 16 (2011), p. 45; I. FARGNOLI, «Rescriptio actionem dandam. Sulla ripetibilità del legato *per damnationem*», *Labeo* 47 (2001), p. 256 e

particella *etiam* legata all'espressione *in praesenti casu*, il tutto riferito al proposito di *hypothecariam donare*.

Un forte interesse attorno a questa testimonianza sorge, ai fini della nostra ricerca, indagandone la sua parte finale. Per quale motivo Giustiniano s'è sentito in dovere di aggiungere in chiusura la proposizione *quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci*? Nell'annunciare apertamente la novità dispositiva si celerebbe un indizio della costante attenzione giustiniana alla tradizione del passato⁷⁷. La comparsa di un contenuto di tal genere potrebbe essere interpretata come il desiderio di evidenziare una prassi già da tempo seguita, ma della quale l'ordinamento, fino ad allora, se ne fosse scarsamente occupato, in quanto di carattere meramente eccezionale⁷⁸. Quindi, a ragion di logica e confermata qui dal dato letterale così inteso, l'*hypotheca in testamento* ormai non doveva più essere un'effettiva novità e, proprio perché nella pratica testamentaria più non lo era, si sarebbe avvertita la necessità di prevedere qualcosa (questo sì di carattere realmente innovativo, come l'elemento testuale dimostra) che in precedenza non si trovava in nessuna parola della legge. Era il diritto stesso, inteso come cura degli interessi giuridici (anche) privati, ad esigerlo. Se nella prassi il testatore indicava sempre più spesso la sua volontà di poter costituire ipoteca sui propri beni per garantire un legatario in attesa del suo lascito, continuare a rifarsi per questa fattispecie ai principi regolatori tipicamente classici, dell'unica possibilità di una mera costituzione per il tramite dell'attività dell'erede, non solo non offriva una completa tutela, ma ci si affidava in maniera esagerata e poco prudente ad un soggetto interessato in realtà a realizzare tutt'altro. Ecco ciò che si sancì: anche questo caso di costituzione di ipoteca (testamentaria) risultava ora definitivamente tutelato da un'azione⁷⁹; conformemente alla tendenza giustiniana di esaltare in massima parte l'efficacia delle ultima volontà (*quibus voluerit dare*) del *de cuius*⁸⁰, si volle che i legatari «ne fossero impossessati di pieno diritto, ed il suo fine fu di assicurare tanto maggiormente il pagamento de loro legati⁸¹».

nt. 18; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, p. 276–289.

77. Questa tendenza è una costante della legislazione giustiniana, improntata all'idea di una risistemazione organica di tutto il materiale giuridico classico e postclassico, come più volte dall'imperatore stesso ribadito nelle costituzioni di presentazione e conferma di ciascuna parte della sua compilazione. Si leggano: il *principium* e il paragrafo 2 della *Haec quae necessario*; i paragrafi 1 e 3 della *Summa rei publicae*; i paragrafi 1, 2, 9 e 10 della *Deo auctore*. «La natura stessa della osservazione è così conforme al genio dei compilatori...» afferma inoltre C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, Milano 1889, p. 288.

78. G. LUCHETTI, *o.c.* (n. 76), p. 280–281 nt. 224.

79. F. REGELSBERGER, *Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte: Eine civilistische Abhandlung*, Erlangen 1859, p. 117.

80. C. FERRINI, *o.c.* (n. 77), p. 287.

81. P. A. MERLIN, v. «Legatario», *Dizionario universale ossia repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto* 7 (1838), p. 797.

6. Riflessioni conclusive

La costituzione di garanzie reali attraverso il negozio testamentario ha interessato l'esperienza giuridica già a partire dall'età classica romana. Lo spunto, attestatoci dalle fonti, è stata l'utilità pratica o meglio, in questo caso di specie, la volontà di un soggetto di realizzare una situazione già tutelata e riconosciuta dall'ordinamento ma per altre vie. Garanzie reali pignoratorie furono considerate certo ammissibili attraverso accordi o comunque manifestazioni di volontà *inter vivos*: consentirle pure con uno strumento *mortis causa* quale il testamento non avrebbe stravolto il sistema, anzi sarebbe stato del tutto in linea con la tendenza romana al *favor testatoris*.

I giurisperiti dell'epoca già non vedevano nulla in contrario ad un tale contenuto del testamento e significativa, in questo quadro, risulta essere la fonte ulpiana, contenuta in D. 13.7.26 pr. (Ulp. 3 *disp.*), la quale, parlando espressamente di *cum testamento quoque pignus constitui posse*, sembra attestare una costituzione diretta di pegno tramite testamento. E la continuazione della stessa, con le parole *imperator noster cum patre saepissime rescripsit*, amplierebbe in maniera decisa una tale previsione, risalente all'epoca dei Severi, confermando in tal modo che si trattasse di prassi diffusa. Ciò che non può essere smentito, anche alla luce dei forti dubbi avanzati sulla genuinità del testo, è comunque il constatare un interessamento costante alla fattispecie e, nello specifico, una propensione verso il riconoscimento di una garanzia reale che — in continua evoluzione sin da età tardorepubblicana — trova le proprie basi in un numero sempre più ampio di atti, ivi compreso appunto pure quello *mortis causa*.

L'affermazione *quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci*, con cui Giustiniano chiude la sua costituzione (C. 6.43.1.2) del 529, *data* a Calcedonia e indirizzata al prefetto del pretorio Demostene, vertente testualmente sull'ammissibilità di un'ipoteca testamentaria, sembra essere in linea, a distanza di qualche secolo, proprio con quella iniziale — per quanto risulta dalle fonti pervenute — viva attenzione giurisprudenziale circa la costituzione mediante testamento di tali garanzie. Con il provvedimento giustiniano si sarebbe dunque voluto finalmente dare ingresso, a tutti gli effetti, nel quadro legislativo, alla prassi già da tempo abbracciata di costituire garanzie reali anche *mortis causa*. Nel VI secolo Giustiniano giunge così ad ammettere una costituzione diretta di ipoteca per via testamentaria.

Giuristi classici — quali Papiniano, Paolo e Ulpiano — si erano già occupati della questione, propendendo però in quel tempo per una mera costituzione di pegno mediata dall'intervento dell'erede, seppur su incarico del testatore: ipotesi di pegno costituito tramite testamento al fine di garantire legati di alimenti si trovano, ad esempio, in D. 33.1.9 (Pap. 7 *resp.*), D. 34.1.12 (Paul. 14 *resp.*) e in D. 2.15.8.15 (Ulp. 5 *de omnibus trib.*).

Il punto nodale dell'intera questione ha tutta l'evidenza di risiedere in un calcolo di opportunità e contemperamento di interessi. Le due esigenze, alternative

fra loro sono, da un lato, la protezione dell'affidamento dei terzi (come s'è vista esaltata dalle parole del Guardasigilli Dino Grandi con riferimento alla normativa codicistica italiana) e, dall'altro, la tutela della piena autonomia di disporre del proprio patrimonio dopo la morte. Soltanto un ampio riconoscimento della seconda — scelta che Giustiniano, infine, rende possibile — può aprire la strada ad una vera e propria costituzione diretta di garanzia reale tramite testamento.

RIDA

64²⁰¹⁷

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3^e série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2^e série de la *Revue Internationale des Droits l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA). Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

Sommaire

Droits de l'Orient méditerranéen

Nicolas FOREST, *De l'incapacité des alieni iuris à recevoir à titre gratuit en droit perse sassanide* ;
Doris FORSTER, *La lésion énorme en droit romain et l'ona'ah en droit juif*

Droit grec

Konstantinos KAPPARIS, *The γραφή μοιχείας in Athenian legal procedure* ; Carlo PELLOSO, *La 'flessibilità' nella persecuzione del furto in diritto ateniese: concorso elettivo di azioni o criterio di specialità?*

Droit romain

Federica BERTOLDI, *Forma, formalismo e negozi formali* ; Francesca DEL SORBO, *In personam servilem nulla cadit obligatio. La capacità d'agire degli schiavi tra regole civilistiche, diritto onorario e prassi negoziale* ; Macarena GUERRERO, *La reconstrucción urbanística de una Roma en ruinas tras el incendio del año 64: el proyecto de Nerón en Tácito Anales 15,43* ; Francesca LAMBERTI, *Convivenze e 'unioni di fatto' nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato* ; Paolo MARRA, *Un cas particulier de transfert de propriété à titre de garantie : la « Mancipatio Pompeiana »* ; Joaquin MUÑIZ COELLO, *Sobre las doce tablas. Algunas propuestas historiográficas* ; Renato PERANI, *Hypothecam in testamento dare. Sulla costituzione di garanzie reali mortis causa* ; Aldo PETRUCCL, *Les déposants face au risque de crise financière d'un banquier chez les juristes romains* ; Elena SANCHEZ COLLADO, *La responsabilidad du negotiorum gestor dans la survenance du cas fortuit et les origines historiques de l'article 1891 du code civil espagnol* ; Eltjo SCHRAGE, *Ungerechtfertigte Bereicherung: Einige Bemerkungen aus dem Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte* ; Patrick TANSEY, *Publilius, Asprenas and Brutus: A note on D.3.1.1.5* ; Lothar THÜNGEN, *Anmerkungen zun den Scholia Sinaitica* ; Andreas WACKE, *Das nach siegreich bestandenen Wettkampf zurückzahlende Athleten-Darlehen. Eine Entgegnung auf Éva Jakob* ; Gianluca ZARRO, *"Sepulchrum", "monumentum", ed aee "adiectae": elementi comuni e discipline differenziali*

Chroniques

Hommage à Peter Birks — Conférence inédite
Appel pour le XI^e Prix Boulvert
J.-Fr. GERKENS, *La SIHDA à Bologne*
Ouvrages reçus par la direction

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-170-2

