



SUL “ IUS VENDENDI ” DEL CREDITORE PIGNORATIZIO



§ 1. Premessa - § 2. Diritto antico e classico - § 3. Diritto post-classico - § 4. Diritto giustiniano - § 5. Risultato.

§ 1. È opinione dominante tra gli scrittori che, nel diritto romano, anteriormente all'epoca classica, il creditore pignoratizio non fosse fornito del *ius vendendi*, cioè a dire non avesse, tranne il caso di un apposito patto contrario, la facoltà di soddisfare il proprio credito vendendo la cosa e attribuendosi il ricavato per la parte corrispondente al valore del diritto garantito dal pegno.

Tale situazione si sarebbe mantenuta in un primo periodo dell'epoca classica, per scomparire poi in un periodo successivo di quella stessa età, in cui il *ius vendendi* sarebbe divenuto un *elemento naturale* del contratto di pegno, e il patto *de pign. distr.* una convenzione superflua, ma perdurante ancora, normalmente, sulla base della tradizione.

La maggior parte degli scrittori fa cominciare questo secondo periodo nella tarda epoca classica; altri invece ne fissa l'inizio verso il principio del maggior fiorire della

giurisprudenza classica, e propriamente al tempo di Pomponio. (1)

È mio intento riporre la questione circa il periodo in cui il *ius vendendi* sarebbe divenuto un *elemento naturale* del contratto di pegno, e cercare di stabilire se quel periodo debba fissarsi proprio nell'epoca classica e non dopo.

§ 2. Il creditore pignoratizio, secondo il diritto anteriore all'epoca classica, non ha sicuramente, come riconosce la dottrina unanime, il *ius vendendi*.

I diritti del pignoratario, nell'epoca cui accenno, sono costituiti dal *ius possidendi*, (2) e dal *ius fruendi*, ove si fosse data in pegno una cosa fruttifera. (3) La funzione propria del pegno è sostanzialmente quella di togliere in fatto al costituente la disponibilità della cosa pignorata, (4) e costringere così indirettamente il debitore all'adempimento dell'obbligazione. (5)

(1) Cfr., per la prima teoria, BACHOFEN, *Pfandrecht*, 1847, p. 157 ss., DERNBURG, *Pfandrecht*, 1860, I, p. 84 ss.; KOHLER, *Pfand. Forsch.*, 1882, p. 65 ss.; HERZEN, *Origine de l'hypothèque*, 1898, p. 163, n. 1; PEROZZI, *Ist.*, 1906, I, p. 515; GIRARD, *Manuale*, 1903, p. 794; FEHR, *Beitr.*, 1910, p. 91; EBHARD, *Digestenfragm. ad form. hyp.*, 1917, p. 127; ARANGIO, *Ist.*, 1913, I, p. 141; V. per la seconda teoria, MANIGK, *Pfand. Unters.*, 1904, p. 77 ss.

(2) Che sorge, nel caso dell'ipoteca, al momento della scadenza del credito. Cfr. PEROZZI, *Ist.*, I, 517.

(3) Sull'esistenza e sui limiti di questo diritto v. MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, 1910, 44 ss.; ARANGIO, I, 142.

(4) Cfr. PEROZZI, *loc. cit.*

(5) In base a questa funzione, che potremmo chiamare negativa, il pegno presenta una stretta analogia col *ius retentionis*. *Pignus*, nel suo significato più esteso e forse originario, comprende ogni forma di vincolo reale costituito a garanzia di un rapporto obbligatorio riconosciuto dal diritto civile o pretorio; e indica talvolta il *ius retentionis*, o designa talune specie di garanzie reali simili ma non identiche a quella rappresentata dal pegno, ad es. ove si riferisce al vincolo del *redemptus ab hostibus* verso il *redemptor* o al *pignus praetorium*. Rimando su questo punto a BACHOFEN, *o. c.* passim; v. anche MANIGK, *Pfand. Unt.*, 18 ss.; FRINGSHEIM, *Kauf*, 1905, 79.

Quando il pignoratario voglia attribuirsi la facoltà di ottenere, attraverso la cosa pignorata, la soddisfazione del proprio credito, dovrà contrarre espressamente con il costituente un accordo che faccia sorgere quella facoltà. L'accordo potrà esser concepito in due modi: o nel senso che, in caso di inadempienza del debitore, la cosa passi in proprietà del pignoratario (*lex commissoria*) o nel senso che, nel caso accennato, quest'ultimo possa vendere la cosa e attribuirsi il ricavato, nella misura corrispondente al suo credito (*ius vendendi*). Il primo sistema è piuttosto raro, nell'epoca cui ci riferiamo, nei confronti del secondo, che invece appare abitualmente, ma non *semper*, seguito nei contratti pignoratizi. (1)

S'intende facilmente come il creditore in cerca di una garanzia reale non si contentasse normalmente dei diritti naturalmente inerenti alla qualità di pignoratario, e volesse invece attribuirsi quella facoltà di vendere la cosa pignorata, che appare perciò come lo scopo precipuo, di regola, dell'accordo pignoratizio. Onde, talvolta, l'accordo delle parti, in realtà inteso a costituire un diritto di pegno accompagnato da *ius vendendi*, formalmente si limitava a fissare quest'ultima facoltà, mentre la costituzione del vincolo pignoratizio doveva desumersi dall'esame della volontà delle parti. (2)

Che in un primo periodo dell'epoca classica, e propriamente sino a Pomponio, il *ius vendendi* fosse ancora am-

(1) Cfr. ARANGIO, I, 138, 139.

(2) Cfr. L. 35 Labeo 1 *pithan. Paulo epitom. D. de pign.* 20, 1 (Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes); L. 3, 2 *Papin. 11 respons. D. qui potiores etc.* 20, 4 (..... inter fratres convenit ut..... partem dimidiam alter distraheret, pignus intellegi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potiore...); MANIGK 34.

missibile soltanto sulla base di un patto *de pign. distr.*, ci è attestato da due passi di Giavoleno e di Aristone, concepiti in senso conforme a quel principio, e dalla mancanza di tracce di una successiva modificazione del principio stesso.

Fr. 74 (73) *Iavolen. 15 ex Cassio D. 47,2 de furtis*: 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 piguoratizio non ha pattuito il *ius vendendi*, o se non attende che giunga il *dies venditionis* stabilito nel patto, commette furto vendendo la cosa pignorata, appunto perchè, nell'un caso come nell'altro, non ha la facoltà di alienare la cosa.

Sul passo di Aristone, riferito nel fr. di Paolo 3 D. 20, 3, ci fermeremo in seguito. Da esso, come dal fr. cit. di Giavoleno, appar chiaro che il pignoratario, nell'assenza del patto *de pign. distr.*, è privo del *ius vendendi*.

La scomparsa di questo principio, e l'attribuzione tacita del *ius vendendi* al pignoratario, risulterebbe indirettamente, dal fr. 5 di Pomponio D. 13, 7, collegato col precedente fr. 4 di Ulpiano mediante un *idque iuris est*, e riferentesi all'ipotesi del patto *de non vendendo*. Questo patto è inspiegabile, se si ammette che il diritto di vendere sorga soltanto in base ad un patto *de pign. distr.* Perciò, ove si ritenesse genuino il fr. 5, dovrebbe pensarsi alla modificazione del principio qui esaminato, sin dal tempo di Pomponio. (1) Siccome però vedremo in seguito che tanto il fr. 4

(1) È questo infatti il ragionamento seguito dal MANIGK (76) il quale è peraltro più coerente di quel che non sia l'opinione dominante, che, non ponendo la dovuta attenzione sul fr. 5 di Pomponio, ritiene possibile affermare contemporaneamente la genuinità della L. 5, l'itp.ne della L. 4 a partire da *nisi ter rell.*, e l'inizio della nuova concezione (riguardante l'*ius vendendi ex lege*) soltanto al tempo di Ulpiano.

quanto il fr. 5 sono itp.^{ti}, possiamo proseguire nella nostra indagine, senza considerare il cit. fr. 5 come un'attestazione sincera del pensiero di Pomponio.

In molti testi si accenna ad un *ius vendendi* spettante al creditore pignoratorio, senza che risulti espressamente che il pignoratorio si fosse costituito quel diritto mediante una apposita convenzione: si vedano p. es.:

Seevola: 21, 1 D. 20, 4;

Marcello: 27, pr. D. 20, 1; 34 D. 13, 7;

Modestino: 26, 2 D. 20, 1;

Pomponio: 32, 1 D. 16, 1; 8, 1 D. 13, 7;

Papiniano: 1, pr. D. 20, 5; 59, 1 D. 17, 1; 51, 3 D. 46, 1; 1, 1 D. 20, 1;

Paolo: 22, 3 D. 17, 1; 25, 14 D. 10, 2;

Ulpiano: 5, 5 D. 26, 8; 5, 3 D. 27, 9; 38, 23 D. 45, 1; 26 D. 46, 3; 46 D. 41, 1;

Marciano: 12, 5 D. 20, 4.

Il patto dovrà ritenersi sottinteso. Esso era infatti abituale negli accordi relativi a costituzione di pegno, come ci dice la L. 4 Cod. *de act. pignor.* 4, 24, la quale chiama il *pactum de pignore vendendo* un *pactum vulgare*, cioè normalmente aggiunto a quello riguardante il diritto di pegno. (1)

Perciò s'intende come Papiniano (L. 1, 1 D. 20, 1) per dire che un creditore non ha il diritto di pegno, affermi che

(1) « *Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori [vel hypothecae] data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem (a 223)* ». L'abitualità del patto ne prova indirettamente la necessità. Se infatti si ritiene che le modalità e i limiti relativi all'esercizio del *ius vendendi*, una volta ammesso *ex lege*, fossero regolati in conformità della presunta volontà delle parti, *tenendo conto dell'antérieure pratica contrattuale* (BACHOFEN 174 ss.), la semplice forza della tradizione non sembra bastevole spiegazione della sopravvivenza della diffusione del patto.

hunc (creditore) *rem frustra distrahere*; e come Ulpiano e Paolo (L. 78, 4 D. de leg. II; 25, 14 D. 10, 2) parlino di un *iure pignoris vendere*, che significa, a mio avviso, vendere in qualità di creditore pignoratizio, in conformità alle norme proprie dell'istituto del pegno (su ciò torneremo in seguito), non già vendere in base alla sola qualità di pignoratario. (1)

D'altra parte, se la L. 9 pr. D. 20, 5 di Paolo chiama la vendita del pegno *venditio ex necessitate facta*, l'accento alla necessità non indica affatto il diritto di vendere come qualche cosa di inerente al contratto pignoratizio e quindi di necessario (Dernburg, I, 87). La vendita avviene *necessariamente*, sempre quando il debitore si rifiuti di adempiere il proprio debito, e sol perciò il creditore sia *coretto* a valersi del *ius vendendi* (che ha la sua origine nel patto *de pign. distr.*). Vedremo appresso quale importanza abbia, agli effetti della validità della vendita, e del perdurare eventuale del diritto di pegno, l'accertare che la vendita sia stata effettuata dal creditore *ex necessitate*, nel senso ora chiarito.

Se il patto *de pign. vend.* è abitualmente inserito nel contratto di pegno, non perciò la facoltà di vendere si considererà attribuita tacitamente al creditore pignoratizio, in base al solo accordo relativo al pegno.

Gaio (II 64) quando vuole spiegare come mai il creditore pignoratizio, pur non essendone il *dominus*, possa alie-

(1) V. anche fr. 11, 16 *Iulian.* 46 *ad Sab.* D. 19, 1 (... *iure creditoris vendiderit*); e i fr. di Papiniano 1 D. 20, 5 (... *titulo pignoris vendidit*) 78, 4 de leg. II (... *iure pignoris vendidit*) 5, 2 D. 50, 15 (... *iure pignoris distrahatur*)

Lo stesso Papiniano parla altre volte di un *iure conventionis vendere* (fr. 3, pr. D. 20, 5.) che significa vendere il pegno in conformità dell'accordo relativo alla costituzione del pegno, come del patto *de pign. distr.*

nare la cosa pignorata, *ex pactione*, dice che *hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere*, si pecunia non solvatur. Egli si richiama cioè alla concessione espressa della facoltà di vendere, che accompagna normalmente l'accordo pignoratorio, ma non perciò è compresa, tacitamente, in esso, e tanto meno con esso s'identifica. (1) Se fosse altrimenti, l'aggiunta *qui olim rell.* del passo gaiano sarebbe superflua, dopo il riferimento al *pignus* (alienari) e il precedente *creditor pignus ex pactione*. Invece essa è necessaria; così com'è necessario quel patto *de pign. vend.*, di cui talvolta serbano traccia le fonti, che è diretto esclusivamente a conferire il *ius vendendi* al momento della scadenza del credito. (2)

Il sin qui detto si riferisce al pegno convenzionale. Per i casi di pegno in senso lato, o per così dire improprio, (cfr. Manigk, 18 ss.), come per quelli di pegno non convenzionale, cioè legale o testamentario, varranno principii speciali per ogni singola ipotesi. La diversità della posizione giuridica del pignoratario, nel primo caso, di pegno convenzionale, rispetto agli altri in discorso, scaturisce talvolta dalle fonti con grande chiarezza.

(1) V. contro, sul passo cit. di Gaio, MANIGK 78 n. 1.

(2) Cfr 8, 3 *Pomp.* 35 *ad Sab.* D. 13, 7 (*si ita scriptum sit: « si qua pecunia sua, diē soluta non erit, vendere rem liceret » statim competit ei pacti conventio*); fr. 63 *Scaev.* 6 *resp.* D. 46,1 [*... pactum.. ut.. si, ubi primum petita (mutua) fuissent, non solverentur... ornamenta pignori data intra certum tempus liceret ei vendere...*]; fr. 36,1 *Modest.* 1 *respons.* D. 50,1 (*... pacto facto... ut non soluto debito... distrahatur pignus*) v. anche fr. 14, 5 D. 44, 3 (*Scevola*); 12 D. 20, 1 (*Paolo*). Notevole è inoltre il fr. 8, 4 di *Pomponio* D. 13, 7: *De vendendo pignore in rem pacto concipienda est, ut omnes contineantur; sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam eius iure vendet, si nihil in contrarium actum sit.* Circa il riferimento originario della L. cit. alla *fiducia*, e il suo valore per la questione in esame relativa al pegno, cfr. MANIGK 85.

Il *pignus in causa iudicati captum* è tra i casi di pegno in senso lato ai quali più sovente si fa richiamo nei fr. del Digesto. (1)

La vendita di tal pegno avviene per opera di pubblici ufficiali, e non rappresenta l'esercizio di un diritto inerente *al concetto di pegno*, ma piuttosto l'adempimento di un obbligo inerente ad un pubblico ufficio, e condizionato all'esistenza di determinate condizioni che facciano apparire opportuna la vendita di cui trattasi.

La differenza tra vendita del pegno *ex magistratum auctoritate* e vendita del pegno *iure creditoris*, in base al patto *de pign. vend.*, è posta da Ulpiano nel fr. 3, 1 D. *de rebus eorum* etc. 27, 9 (35 ad Ed.).

« Pignori tamen capi iussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis et distrahi fundus pupillaris potest, sed et in possessionem mitti rerum pupillarum a praetore quis potest et ius pignoris contrahitur, ut procedat, iuberi etiam possideri poterit: hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non *ex tutoris vel curatoris voluntate* id fit, sed *ex magistratum auctoritate* ».

Nel caso iviesaminato, così l'*obligatio rei* come la vendita della cosa hanno origine dal comando del magistrato, e non dalla volontà del pignorante, come avviene invece nell'ipotesi del pegno convenzionale, ove, tanto il vincolo della cosa quanto il *ius vendendi* del pignoratorio, attribuito mediante il patto *de pign. distr.*, sono voluti dal costituente. (2)

(1) Cfr. L. 2 C. *si in causa iudic.* etc. 8, 22 (23)... *per officium eius, qui ita decrevit, venundari solet...*; L. 50 D. 21, 2... *Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententiam sequentes...*; L. 74, 1 D. *eod.*... *Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur...*

(2) Per quanto concerne i c. d. pegni legali, è a ritenere che da tali pegni, non sorga il *ius vendendi*, se se non nei casi in cui la norma giu-

Ed ora domandiamoci: la concezione sin qui esaminata perdura al tempo di Ulpiano e di Paolo? E rispondiamo che sì. Frammenti dello stesso Ulpiano (7, 1 D. 27, 9; 6, 8 D. 10, 3) e di Paolo (3 D. 20, 3), o frammenti forse posteriori e certo non anteriori a quelli ulpiane (fr. 12, 10 MARCIAN. *ad form. hypoth.* D. 20, 4; fr. 114, 12 MARCIAN. 8 *Inst.* D. de leg. I) (1) giustificano la nostra risposta.

Fr. 7, 1 *Ulpian.* 35 *ad Ed.* D. 27, 9.

Si pupillus dedit pignori ex permissu praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri, sed dicendum est posse creditorem ius suum exsequi: tutius tamen fecerit, si prius praetorem adierit.

Il pretore ha dato al pupillo il permesso di concedere in pegno alcuni suoi beni. Questo permesso implica anche autorizzazione della vendita del pegno (da parte del creditore pignoratizio, in base a conforme accordo)?

Il testo dice: è dubbio se l'alienazione possa impedirsi; tuttavia dovrà ritenersi che il pignoratario abbia il *ius vendendi*; però, egli userà un'opportuna misura di prudenza, se chiederà al pretore l'autorizzazione di vendere il pegno.

Se il diritto di pegno implicasse tacitamente il diritto di vendere da parte del pignoratario, il permesso dato dal pretore al pupillo, allo scopo di attribuire un valido *ius pignoris*, dovrebbe, mi sembra, significare anche permesso di

ridica lo attribuisca espressamente. Così avviene ad es. in ordine al pegno [se di vero pegno trattasi: cfr. L. 46, 3 D. 49, 14; 1 C. 8, 15; BACHOFEN 226 ss.] concesso talvolta al fisco o all'imperatore (L. 21, 1 D. 20, 4; 1 C. 4, 46). Anche in questo caso, il diritto che si applica al fisco o all'imperatore non coincide col *ius commune privatorum* (cfr. L. 37 D. 49, 14).

Nell'ipotesi del c. d. pegno testamentario, dovrà ritenersi che manchi il *ius vendendi*, qualora il testatore non l'avesse espressamente concesso all'onorato.

(1) Cfr. KRÜGER, *Histoire* etc. (trad. Brissaud.) pp. 283, 292, 299 ss; FITTING, *Alter. u. Folge der Schriften* etc., Halle, 1908, p. 123.

vendere il pegno, in caso di inadempienza del pupillo. Invece, su questo punto, dice Ulpiano, *nonnulla erit dubitatio*. Vero è che il testo poi afferma recisamente che il creditore può *ius suum exsequi*. Ma l'importanza di questa frase è annullata, agli effetti che ci riguardano, dal seguito *sed tutius rell.* E poi, non può tacersi, a questo proposito, un sospetto circa la genuità del testo a partire da *sed dicendum est* (1), forma recisa e dommatica, quest'ultima, contrastante con la precedente affermazione dubitativa, e con la chiusa del fr., in cui si consiglia quella misura cautelare di cui sopra si è discusso. (1) Lo stesso Ulpiano, nel fr. 7 § 3 *eod.*, mostra di considerare il permesso ottenuto per la vendita, come irrilevante per l'oppignorazione, e viceversa. (2)

Perciò dal nostro fr. 7, 1 pare verosimile che, secondo Ulpiano, diritto di pegno e *ius vendendi* siano due diritti distinti l'uno dall'altro, se il permesso in base al quale il primo diritto è validamente costituito, non implica che sussista anche il *ius vendendi*. Contraria è invece la concezione giustiniana.

Fr. 6, 8 *Ulpian. 19 ad Ed. D. 10, 3.*

Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividendo iudicio.... Arbitrum autem communi dividendo hoc minoris partem aestimare

(1) Indizi formali: *sed dicendum est... ius exsequi... tutius tamen fecerit, si...* (rimando su questo punto agli aut. richiamati nell'*Indice* etc., già cit., Guarneri).

(2) Si praetor tutoribus permiserit vendere illi obligaverint vel contra an valeat quod actum est? et mea fert opinio eum qui aliud fecit quam quod a praetore decretum est nihil egisse. Evidentemente, l'oppignorazione conterebbe in sè, potenzialmente almeno, un'alienazione della cosa pignorata, se al cred. pign. spettasse, come tale, in mancanza di patto contrario, il diritto di vendere.



debet quod *ex pacto vendere* eam rem creditor potest, Iulianus ait.

Dal testo appare chiaramente che il pegno può essere venduto soltanto in base al patto. Ulpiano riferisce in via indiretta il discorso di Giuliano. Se al tempo di Ulpiano il *ius vendendi* fosse spettato al creditore pignoratizio *come tale*, verosimilmente il giureconsulto non si sarebbe limitato ad un richiamo a Giuliano, con quell'*ex pacto (vendere potest)* sicuramente inopportuno, nell'ipotesi ora fatta, e spiegabile solo con la considerazione che unica fonte del *ius vendendi*, al tempo del primo come al tempo del secondo giurista, è il patto *de pign. vend.* Che poi il patto di cui si parla nel testo sia appunto quello *de pign. vend.* e non in genere il patto pignoratizio risulta da quanto si è detto sopra in ordine al passo gaiano II, 4. (1)

Fr. 3 *Paul. 3 quaest. D. 20, 3.*

Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, 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 debitor 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.

(1) V. contro MANIGK 78 n. 1. L'interpretazione del Manigk è inaccettabile, in ordine al nostro fr. 6, 8, perchè, a volerla seguire, l'*ex pacto* appare del tutto superfluo dopo il *pignori datus*.

Il caso fatto nel testo è il seguente. Un creditore pignoratizio è stato soddisfatto mediante una somma pagata da un terzo, il quale ha convenuto con il debitore che il creditore riceva con la somma data dal terzo soddisfazione del suo credito. Quest'ultimo, cioè il terzo, non succede al creditore pignoratizio (*c. d.* successione ipotecaria) se non abbia convenuto ciò, espressamente, con il debitore. (1)

Premessa questa condizione perchè si verifichi la *c. d.* successione ipotecaria, si passa nel testo all'esame di una questione relativa agli effetti della successione stessa, e propriamente alla trasmissibilità del *ius vendendi* dal primo al secondo creditore. Stando alla lettera del passo, bisognerebbe adottare questa interpretazione: se il creditore antecedente interpose col debitore un patto speciale per attribuirsi il *ius vendendi*, e il creditore successivo omise un simile patto, non per dimenticanza, ma volendosi dall'altra parte negargli quel diritto, può passare a lui il *ius vendendi* spettante al precedente pignoratario? E si risponde affermativamente.

Dal passo così inteso, risulta con tutta evidenza che al creditore pignoratizio non compete, in mancanza di un patto espresso, il *ius vendendi*. Infatti, come si desume facilmente dal nostro fr. 3, il patto *de pign. vend.* ha lo scopo di dar vita al *ius vendendi*, e l'omissione del patto basta a impedire che il pignoratario abbia quel diritto.

La successione ipotecaria implica successione nel *rango*,

(1) Cfr., tra gli antichi, CUIAC., Op., ed. cit., V., 1523 ss; tra i moderni FEHR, Beitr., 131 ss. V. contro MANICK 45 ss., secondo il quale la somma di cui trattasi nel testo sarebbe data da un creditore pignoratizio successivo chiamato perciò *posterior* rispetto al precedente, nel cui rango succede (*antiquior creditor*). Ciò è apertamente contrario alla frase del testo *nisi convenerit — de pignore*, dalla quale risulta l'assoluta mancanza di un diritto di pegno nella persona che contratta col debitore, al momento del contratto stesso.

non nel *diritto* del pignoratario cui si succede. (1) Il successore è creditore pignoratizio, e con lo stesso rango spettante al creditore antecedente; ma il diritto di pegno di cui questi era titolare si estingue in seguito all'estinzione del credito dal pegno stesso garantito, in virtù del c. d. principio dell'accessorietà. Perciò, il dire, come si fa nel nostro fr., che il nuovo creditore *in ius primi (creditoris) succedere debet*, non significa che questi succeda nello stesso *diritto* già spettante al primo creditore, intendendo come *diritto* il pegno accompagnato nel nostro caso, in base ad un patto conforme, dalla facoltà di vendere la cosa pignorata.

In tal caso, la questione che segue non avrebbe fondamento. Essa invece deriva dal fatto che la c. d. successione ipotecaria importa acquisto da parte del terzo della stessa posizione giuridica spettante al creditore antecedente, come titolare di un diritto di pegno, e nei confronti degli altri creditori. Qui sorge il dubbio se, avendo il primo il *ius vendendi* in base ad un patto espresso, ed essendone privo il secondo, la successione si estenda anche a quel diritto. Il quale non è dunque elemento naturale del diritto di pegno, perchè altrimenti, se così fosse, mancherebbe la ragione del contendere.

Siamo giunti così al punto che si voleva dimostrare.

Il testo comincia col riportare indirettamente le parole di Aristone. Però è incerto dove finisca il ragionamento di Aristone e dove cominci quello di Paolo. (2)

(1) Cfr. su ciò specialmente DERNBURG, II, 496 ss. e WINDSCHIED, *Pand.* (trad. it., 1925), I, p. 846. V. contro BRINZ, *Pand.*, 2^a II, 2, p. 842 n. 12 e aut. *ivi cit.*

(2) Cfr. FEHR, *op. cit.*, 132.

MANIGK (43 n. 1, 51) riconosce che il testo, con l'ipotesi dell'omissione del patto *de distr. pign.* e la relativa questione in ordine alla successione nel *ius vendendi*, è contraria alla concezione del *ius vendendi ex lege*,

Attribuirlo esclusivamente ad Aristone, e pensare ad una diversa concezione in Paolo, senza che ciò risulti dal testo, sarebbe arbitrario.

La conclusione appare evidente. Dal fr. 3 sembrerebbe che, al tempo di Paolo, il *ius vendendi* non abbia altra base che quella dell'accordo esplicito delle parti in ordine all'alienazione della cosa pignorata.

E qui potremmo fermarci, se non credessimo opportuno esaminare ancora meglio la decisione, la quale rivela, a mio avviso, il mutamento verificatosi dopo il diritto classico circa il punto che esaminiamo.

Se la decisione affermativa contenuta nel testo sia genuina è dubbio, sia per quanto si è detto in ordine alla natura della c. d. successione ipotecaria, la quale non implica, ripeto, trapasso degli *stessi diritti* dall'uno all'altro creditore, sia in base alla motivazione *saepe enim* rell. sicuramente compilatoria. (1)

La decisione affermativa è conforme alla legislazione giustiniana, nella quale il *ius vendendi* è elemento inerente al diritto di pegno ed esiste in mancanza di un patto contrario.

e spiega il quesito come possibile soltanto al tempo di Aristone, e non anche al tempo di Paolo.

Quando si tratta però di stabilire quanto del nostro fr. appartenga all'uno e quanto all'altro giureconsulto, il Manigk ascrive a Paolo la decisione, a partire da *quod admittendum rell.*, oltre alla frase *neque enim — efficietur*. Anche ammessa come verosimile la distinzione voluta dall'insigne romanista, com'è possibile spiegare l'atteggiamento fedele di Paolo di fronte alla questione e decisione di Aristone, in seguito alla supposta innovazione sostanziale prodottasi in tema di *ius vendendi* al tempo dello stesso Paolo?

(1) E' noto che in vari passi i compilatori ammettono la possibilità dell'acquisto di diritto *per liberam personam* (talvolta originariamente *pro curatorem*). Mi limito a citare, a questo proposito, fr. D. 43. 24 (BES, Beitr., IV, 199); 1, 1 D. 38, 3 (KRIEGER, *Societas Public.*, 25).

Allora, la questione non ha più ragion d'essere, quando manchi un patto relativo all'alienazione della cosa pignorata. In tal caso, il *ius vendendi* appare come tacitamente concesso al pignoratario.

Ciò spiega il « non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere ». Questa frase si riferisce appunto al patto contrario all'alienazione del pegno. (1) Il patto è superfluo nel dir. classico, per le ragioni già esposte. Nel dir. giustiniano invece è necessario, se il debitore vuole impedire l'alienazione della cosa pignorata.

Si è detto che *cum hoc ageretur, ne posset vendere* si riferisce all'accordo delle parti contrario all'alienabilità del pegno. (2) Infatti la semplice omissione del patto non rivela di per sè una siffatta intenzione *esplicita* delle parti, da contrapporre alla pura dimenticanza, nel caso concreto esaminato dal giureconsulto. Ma, d'altra parte, quella frase contrasta con la precedente, in cui si parla di *omissione de patto de pignore distrahendo*. Sarebbe assai strano pensare in questo modo: il creditore ha ommesso un patto per l'alienazione del pegno, perchè si voleva dalle parti impedire l'alienazione! Il caso al quale sembra si voglia accennare andava invece indicato logicamente col dire che, nella seconda oppignorazione, vi era stato un patto contrario all'alienabilità del pegno. Perciò è verosimile l'ipotesi (cfr. DERNBURG II, 510) che *non per oblivionem vendere* sia da attribuire ai compilatori. Nella nuova epoca, il testo vuol dire che, nel caso di successione ipotecaria, il creditore pignoratizio succede nel *ius vendendi* spettante al cre-

(1) Cfr. *Cuiac., loc. cit.*

(2) Volontà delle parti contraria alla vendita del pegno e patto (*ne creditor) posset vendere* sono una cosa stessa. Non intendo come si possa stabilire una distinzione su questo punto. V. contro MANIGK 48.

ditore antecedente, anche se a lui tale diritto fosse stato negato esplicitamente dal debitore pignorante.

Fr. 114, 12 D *de leg. I* (Marcian.)

Idem principes rescripserunt filiis ante diem fideicommissi venientem restitui hereditatem maternam necesse non esse, sed..., si praestare eam (cautionem) non poterit (heredem), mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa, *ut pro pignore, non ut pro dominis possideant vel alienandi ius*, sed ut pignus habeant, ut filius per patrem fructus consequatur et servus per dominum.

Interessa qui notare la frase *ut pro pignore per dominum*. Siccome è sicuro che il *missus in poss.* non aveva il diritto di vendere l'oggetto della missio (cfr. L. 5, 21 D. 36, 4), il passo in esame va interpretato a mio avviso così: i fedecommissari posseggono i beni pro pignore, cioè come se fossero dei creditori pignoratizi, *non pro dominis* (cioè come se fossero proprietari) *o come se avessero il ius vendendi*. Possedere *pro pignore* e possedere l'*ius alienandi* sono due cose distinte come possedere *pro pignore* e possedere *pro domino*

Perciò Marciano dice: *ut pro pignore* (possideant) non *ut pro dominis possideant, vel alienandi ius* (possideant).

Fr. 12, 10 D. *qui potiores* ect. 20, 4 (Marcian.).

Si priori hypotheca obligate sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendendo convenerit, verius est priorem potioem esse: nam et in pignorem placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potioem esse priorem.

Si discute sui criterî in base ai quali debba giudicarsi della poeriorità tra i vari creditori pignoratizi o ipotecari, e si dice che il criterio esatto è costituito dall'epoca dell'ac-

cordo relativo alla costituzione del pegno o dell'ipoteca. Ciò è vero, anche se, in caso di ipoteca, il creditore antecedente non si attribui, mediante apposita convenzione, il *ius vendendi*, mentre invece simile patto interpose il creditore successivo.

Se l'*ius vendendi* fosse inerente alla qualità di creditore ipotecario, il caso esaminato da Marciano e le ragioni del dubbio (*verius est*) sarebbero inspiegabili. Se invece si ammette il contrario, la questione, e la motivazione e la decisione del giureconsulto s'intendono chiaramente. Il secondo creditore, titolare del *ius vendendi*, ha una posizione giuridica più vantaggiosa rispetto al primo, al quale non fu concesso il *ius vendendi*. Ciò non implica però che debba farsi eccezione alla regola *prior in tempore potior in iure*, senza tener conto delle varie epoche dei diversi accordi. Quindi il creditore che non ha *ius vendendi* ma è *prior in tempore*, ha la precedenza rispetto al creditore successivo, per quanto concerne l'esercizio dei diritti sulla cosa a lui spettante come creditore ipotecario (cioè *ius possidendi* e *fruendi* alla scadenza del credito).

In caso di pegno, se il trasferimento materiale della cosa non è ancora avvenuto, e già interviene una seconda oppignorazione con relativa consegna del pegno al secondo creditore, la posizione più vantaggiosa fatta a quest'ultimo non turba d'una linea i principii regolatori dei rapporti tra i varii pignoratarii: anche qui, *prior in tempore potior in iure*. Quest'ultima circostanza serve a mostrare come anche nel primo caso quei principii ora accennati debbano conservare il loro vigore.

Tornando al nostro argomento, e per concludere, resta fermo che l'*ius vendendi* non compete al creditore ipotecario *come tale*. Il testo si riferisce all'ipoteca, perchè appunto in quel caso appare più netto il contrasto tra la posizione

dell'un creditore e quella dell'altro a causa *esclusivamente* della concessione (a favore di uno solo) dell'*ius vendendi*. (1) (Nel caso del pegno, dovrà ripetersi la stessa decisione, per la stessa ipotesi relativa al *ius vendendi*).

La pozziorità del creditore ipotecario precedente rispetto a quello successivo è dovuta al principio *prior in tempore potior in iure*; l'origine della questione esaminata da Marciano è costituita dalla circostanza che il creditore precedente non ha il *ius vendendi*, perchè *nihil de venditione convenerit*, a differenza del secondo, al quale quel diritto compete in virtù di apposita convenzione *de hypoth. vend.* (2)

§ 3. Si è visto nel § precedente che ancora ai tempi di Ulpiano e di Paolo il *ius vendendi* del cred. pignorazio ha la sua fonte esclusivamente nel patto *de pign. vend.*

Si legga ora PAUL. *Sent.* 2, 5, 1:

Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

Il passo, tradotto quasi letteralmente, vuol dire che il creditore al quale sia stato consegnato un pegno *semplicemente*, se vuole vendere la cosa pignorata, deve preventivamente intimare al debitore, per tre volte, di pagare il proprio debito.

Che cosa significa quel *simpliciter* (pignus depositum)? Parrebbe che *semplicemente*, messo in relazione con il suc-

(1) S'intende, prima della scadenza del credito, momento in cui sorge l'*ius possidendi*.

(2) MANIGK (47) dice invece che la questione è risolta negativamente perchè il cred. antecedente aveva il *ius vendendi ex lege* (al tempo di Marciano) e quindi non era necessario un patto esplicito che lo attribuisse. Se fosse vera l'ipotesi del Manigk, la questione posta da Marciano non avrebbe alcuna ragion d'essere, e tanto meno si spiegherebbe un qualsiasi dubbio (*verius est*) sul punto in esame.

cessivo richiamo alla volontà di operare la vendita, indichi la mancanza di un patto, aggiunto a quello pignoratizio, e relativo alla alienazione della cosa pignorata.

Cioè a dire nel caso ipotizzato vi fu soltanto costituzione e consegna di un pegno. Nulla fu convenuto intorno all'alienabilità e alla vendita della cosa. Come potrà in queste condizioni procedere alla vendita del pegno il pignoratario che, al momento della consegna della cosa, non interpose alcun patto de *pign. vend.*, ma che intanto ora *distrahere velit*?

Si dovrebbe rispondere, secondo l'insegnamento desunto dai fr. sopra esaminati, che il creditore non può vendere il pegno. Invece le *Sent.* dicono che è dato procedere alla alienazione previa la triplice *denuntiatio*.

L'osservanza di questa formalità rende, a quanto sembra, al credit. pign., quel *ius vendendi* che egli non seppe o non potè attribuirsi mediante esplicito patto con il debitore pignorante.

L'intimazione al debitore è fatta allo scopo di porre a quest'ultimo il dilemma tra liberazione o alienazione del pegno; se il debitore rifiuta l'adempimento dell'obbligazione, mostra con ciò di preferire alla prima la seconda soluzione offertagli dal pignoratario. Quindi, la *denuntiatio* triplice ha l'effetto di render valida l'alienazione del pegno.

Chiarita così la decisione contenuta nelle *Sent.* di Paolo, sorge spontaneo il desiderio di confrontare il passo con altri delle fonti, che concordino col pensiero or ora ricostruito. Ma, per quanto io abbia cercato, non son riuscito a trovare, nelle fonti del *puro dir. romano*, (1) un solo testo che corrisponda a quell'intento, un solo testo cioè nel quale si dica

(1) Come vedremo in seguito, un accenno alla triplice *denuntiatio* è contenuto nel libro siro-romano.

che, in mancanza di patto *de pign. vend.*, è possibile procedere all'alienazione dopo una *triplice denuntiatio* fatta dal creditore al proprio debitore.

Vi sono attestazioni delle fonti (1) dalle quali si può desumere l'osservanza normalmente adempiuta della *denuntiatio* da parte del creditore pignoratizio, diretta al debitore, prima di procedere alla vendita del pegno. Ma bisogna notare subito che trattasi di *una* denuntiatio; delle *tre* intimazioni volute dalle *Sent.* nel caso in esame non v'è traccia.

Che il caso contemplato nei testi ora citati e in altri che poi citeremo (2) sia quello di pegno *simpliciter depositum*, cioè senza aggiungere il patto *de pign. distr.*, non è dato affermare con fondamento. Piuttosto, tenendo conto di quanto si è visto sopra, dovrà, parlandosi di vendita del pegno, ritenersi sottinteso quel patto, *de pign. distr.* aggiunto normalmente all'accordo pignoratizio, (3) e designato

(1) Cfr. L. 4 C. 8, 27 (28): Creditor [hypothecas sive] pignus cum proscribit *notum debitori facere*, si bona fide rem gerit, et quando licet testato dicere debet. Si quid itaque per fraudem in pignore villae venditae commissum probare potes, ut inferatur actio, quae eo nomine competit ad eum cuius de ea re notio est (a. 225), L. 18 C. 5, 37; debitoribus pupillae pro officii ratione, tutorem te constitutum adseverans ad te nominum periculo pertinente, parere solutioni denuntia. Qui si satis non fecerint, in venditione pignorum tibi communi iure potes (a. 293). Per quanto concerne l'ultima parte di questo testo, l'*uti communi iure potes* non vuol dire che il tutore-creditore può vendere il pegno perchè questa facoltà è divenuta inerente tacitamente al contratto di pegno, e quindi *ius commune* (come ritiene invece l'opinione dominante). Quella frase significa soltanto che nella vendita del pegno il tutore è sottoposto alle norme che regolano la vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio. Ha perciò lo stesso significato dell'*iure creditoris* (D. 19, 1, 11, 16) o dell'*iure pignoris* vendere (*de leg.* II, 78, 4) di cui già sopra avemmo ad occuparci.

(2) L. 7 C. 8, 27 (28) L. 9 *eod.*

(3) Il *si nihil convenit specialiter* della cit. L. 20 di Diocleziano C. *eod.* (a. 294) riguarda il caso in cui la vendita del pegno fosse avvenuta ad un prezzo superiore al credito garantito, e nulla si fosse stabilito dalle parti.

nelle fonti come patto *vulgare* (L. cit. 4 C. 4, 24). Basterebbero queste osservazioni per escludere che nei testi ai quali si accenna trovi conferma la decisione di PAUL. *Sent.*

Esaminiamo ora le ragioni dell' unica *denuntiatio*, per distinguerla così nettamente dalle tre *denuntiationes* richiamate nelle *Sententiae*.

Premetto subito che, a mio avviso, la *denuntiatio* non era richiesta come condizione per la validità della vendita del pegno, ma costituiva una formalità normalmente adempiuta dal creditore, allo scopo di stabilire con certezza l'esistenza dei requisiti necessari per poter procedere all'alienazione, e di liberarsi da eventuali responsabilità a causa della vendita della cosa pignorata.

Un primo requisito indispensabile perchè si avesse una valida vendita di pegno era rappresentato dall'inadempimento del debito per colpa del debitore. Chè se l'esecuzione fosse dipendente da colpa del creditore, come non era più concessa a quest'ultimo l'a. ipotecaria, così e a maggior ragione gli era interdetta la vendita del pegno.

Il mezzo più facile e sicuro per accertare quel requisito è rappresentato dalla intimazione fatta al debitore perchè adempia il proprio debito, intimazione che, sicuramente per il dir. classico, e forse anche per quello giustiniano, non è richiesta come condizione essenziale della mora da parte del debitore, ma è compiuta allo scopo già accennato. (1)

nel patto *de pign. distr.*, per questa speciale ipotesi, spettando tacitamente al costituente il diritto alla restituzione del superfluo da parte del pignoratario. Cfr. 9, 1 *Paul. 3 quaest. D. de distr. pign.* 20, 5 (*Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo.*) per il caso inverso.

(1) Cfr. su ciò, specialmente, SIBER, Z. Sav., 29, 47 ss.

L'obbligo della *denuntiatio* si spiega anche con le seguenti considerazioni.

Il creditore nel procedere alla vendita, deve curare, oltre al suo interesse, quello del costituente, osservando i dettami della *bona fides*. In caso diverso, il debitore potrà esigere da lui un equo risarcimento, mediante l'*a. pigneraticia*. Perciò interessa allo stesso cred. pign. notificare al debitore la sua intenzione di procedere alla vendita del pegno, nella speranza di ottenere l'adempimento dell'obbligazione. Il debitore che si rifiuti, se preventivamente avvertito dal cred. pign. circa le sue intenzioni, avrà la possibilità di sorvegliare la condotta del creditore per quel che concerne tutti gli atti relativi alla vendita del pegno, ed in particolar modo la scelta del compratore e la determinazione di un prezzo corrispondente al valore del pegno da una parte e alle offerte dei terzi dall'altra. (1)

La L. 7 cit. si occupa della *fraus* esercitata nella vendita dal creditore; in base alla frode, *esclusivamente del creditore*, può agirsi contro quest'ultimo con l'*a. pigneraticia*. Ciò, sempre che la vendita sia avvenuta *non reluctantemente lege contractus*. Questa frase vuol dire, a mio avviso, « in conformità della convenzione, relativa all'attribuzione e all'esercizio del *ius vendendi*, contenuta nel contratto di pegno ». Essa tende a precisare l'*ius vendendi* spettante al cred. pign. nel caso in esame. Chè se la vendita fosse avvenuta senza tale diritto, o per mancanza di un patto de

(1) L. 9 C. 8,27 (28): Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem bona fide debetis et sollemniter vendere: ita enim parebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri potest; quod si quid deerit, non prohibemini etiam cetera bona iure conventionis consequi (a. 287). V. anche L. 7 *eod.*: Si cessante solutione creditor non reluctantemente 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).

pign. distr., o non essendo ancora scaduto il termine inserito per la vendita in quel patto, era possibile al pignorante rivendicare la cosa dal compratore.

La nostra L. si riferisce ad un caso in cui il patto *de pign. distr.* conteneva norme precise circa l'estensione e l'esercizio del *ius vendendi*; se tali norme erano state formalmente osservate dal creditore, ma questi era colpevole di frode nei riguardi del debitore, non era possibile giuridicamente, nè era equo nei confronti del compratore, *revocari venditionem*; soltanto era ammissibile un'azione personale contro il cred. pignoratizio. Forse, il pignorante pretendeva che fosse considerata come nulla la vendita del pegno compiuta in conformità del patto. E non è inverosimile che tale pretesa derivasse dalla considerazione che la prova della frode appariva particolarmente difficile nel caso in discussione, non essendo stato il debitore preventivamente avvertito circa la vendita del pegno, e non avendo potuto esercitare egli perciò, quel controllo reso generalmente possibile dalla *denuntiatio*, intorno all'esercizio del *ius distrahendi*.

Il controllo del debitore garantisce non solo quest'ultimo da eventuali frodi del creditore, ma anche il creditore stesso da eventuali pretese di risarcimento di danno da parte del debitore pignorante. E appunto per quest'eventuale responsabilità è opportuno (1) che il creditore notifichi al debitore l'intenzione di vendere; com'è ugualmente opportuno che il creditore pignoratizio renda pubblica la sua intenzione di vendere il pegno, mediante pubblici affissi, allo scopo di richiamare sulla vendita l'attenzione ed eventualmente le of-

(1) Non si potrà parlare invece di un obbligo imposto al cred. pign., affinché la vendita sia valida. Così invece GIRARD, *Manuale*, (1909) 795, secondo il quale l'obbligo sarebbe stato prescritto da Diocleziano (L. cit. 18 C. 5, 37).

ferte dei terzi. (1) A questa pubblicità accenna la L. 9 (... debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et sollemniter vendere) ove richiede che, in seguito al rifiuto di pagare da parte del debitore, il creditore proceda alla vendita in buona fede e in forma solenne, perchè così appaia se il valore del pegno, desunto dalla vendita fatta nelle condizioni in discorso, potesse bastare alla soddisfazione del credito. (2) Altrimenti, mancando la solennità e la pubblicità di cui trattasi, il debitore, se la vendita sia stata fatta ad un prezzo inferiore al valore del credito, potrà, adducendo un sospetto di mala fede nei riguardi del creditore, rifiutare la consegna degli altri beni pignorati, al creditore che volesse venderli per ottenere il soddisfacimento del residuo del credito. E' questo un altro pericolo che il creditore eviterà mediante la *denuntiatio* e la pubblicità della vendita.

Dunque, la *denuntiatio* non rappresentava che una misura cautelare adottata in pratica, normalmente, dal cred. pign., prima di procedere alla vendita, in mancanza di diversi precisi accordi tra le parti intorno all'esercizio del *ius distrahendi*.

Diffusasi tale consuetudine, di essa terrà conto necessariamente il giudice, o il giureconsulto, o l'imperatore nei suoi rescritti (cfr. L. cit. 18 C. 5, 37; 4 C. 8, 27; 9 *eod.*) nei limiti entro cui l'uso è sorto e si è mantenuto; lo scopo della *denuntiatio*, nei sensi sopra chiariti, non si altera, anche se la *denuntiatio* è ufficialmente riconosciuta come opportuna, prima che si proceda alla vendita.

È perciò da escludere l'ipotesi che la *denuntiatio* fosse

(1) Cfr. L. 4 C. 8, 27 (28)... *pignus cum proscibit* (a. 225); L. 15, 32 Ulp. 77 ad Ed. *de iniur.* 47, 10: *Item si quis pignus proscrisperit venditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa...*

(2) Il *sollemniter* può riferirsi anche alla *denuntiatio*. Cfr. PAUL. *Sent.* 2, 13, 5 (... *denuntiare ei sollemniter potest et distrahere*).

stata richiesta da qualche rescritto imperiale, come condizione per la validità della vendita. Così pure, d'altra parte, inverosimile è l'ipotesi che la necessità della *triplice denuntiatio* derivi da un intervento del pretore (1) o dall'attività della giurisprudenza. Per quel che concerne quest'ultima, l'inverosimiglianza dell'ipotesi è data così dalla mancanza di tracce della supposta innovazione nel nostro caso specifico, (2) come dalla natura propria dell'attività giurisprudenziale, alla quale non era consono il porre l'obbligo preciso dell'osservanza di una determinata formalità, per condizionare ad essa l'*ius vendendi* in genere, e la validità della vendita in specie. (3)

Resterebbe allora, come ultima possibile spiegazione dell'innovazione relativa alla vendita del pegno previa *triplice denuntiatio*, il ricorso ad una nuova pratica invalsa in un secondo periodo dell'epoca classica, in senso conforme

(1) Cfr. BACHOFEN, 174 contro quest'ipotesi.

(2) Nel passo cit. delle *Sent.* di Paolo si parla della necessità della *triplice denuntiatio* come diritto già vigente al tempo di Paolo. Quindi bisognerebbe porre, già per i tempi anteriori a Paolo, o nell'epoca stessa di Paolo, ma escludendo questo giurista, il quesito: a quale giureconsulto o a quale scuola è dovuta l'innovazione? — Nel fr. 4 D. 13, 7, che esamineremo in seguito, a proposito dell'*ius vendendi* tacitamente spettante al cred. pign., è detto *hoc tamen iure utimur*. Il fr. di Ulpiano descriverebbe dunque il *ius vendendi ex lege* come già spettante al cred. pign., secondo l'*ius receptum* al tempo di Ulpiano. Perciò è inesatto sicuramente parlare nel nostro campo (come invece si fa talvolta) di *concezione ulpianea* (favorevole al *ius vendendi* tacito). Intanto, i fr. anteriori a Ulpiano sono contrari, tutti, alla concezione in parola.

(3) Privo d'importanza è il richiamo, fatto a questo proposito da alcuni scrittori (DEBNBURG, I 89 n. 1), ad analoghi obblighi di triplici *denuntiationes*; trattandosi di obblighi aventi la loro origine in editti pretorii o in S. C. (Cfr. L. 53, 1 D. 42, 1; PAUL. *Sent.* II, 5, ^a 7; II, 21, ^a 17). — Il termine triennale stabilito per il passaggio a nuove nozze del coniuge del captivo (L. 6. D. 24, 2; 8 D. 49, 15) prima considerato come un'innovazione della giurisprudenza, è ora dall'opinione dominante attribuito ai compilatori.

all'innovazione di cui trattasi. Cioè a dire, la norma enunciata nelle *Sent.* di Paolo sarebbe una norma consuetudinaria, affermata già stabilmente con certezza al tempo di Paolo, e forse anche prima: (1) In molti casi in cui non si era stabilito appositamente il *ius vendendi* mediante un patto aggiunto all'accordo pignoratizio, il *cred. pign.* procedeva alla vendita del pegno dopo una triplice *denuntiatio*, e il debitore riconosceva come valida la vendita, con la relativa estinzione del debito, nella misura corrispondente al prezzo ricavato dal *cred. pign.* Da questa pratica sarebbe sorta poi la norma designata da Paolo nelle *sent.*, e il conseguente *ius vendendi* tacitamente spettante al creditore.

La spiegazione non è ammissibile. Essa contrasta innanzi tutto con l'abitudine pel patto *de pign. distr.*, la quale doveva impedire la formazione di una norma consuetudinaria per il caso, raro nei confronti di quello in parola, in cui non fosse intervenuto il patto concedente il *ius vendendi*, accanto al contratto di pegno. Data l'abitudine del patto *de pign. vend.*, l'omissione del patto stesso era presumibilmente dovuta all'intenzione del costituente contrario alla alienabilità del pegno; quindi, nel caso in cui il pignoratario avesse venduta la cosa, il pignorante, probabilmente, non si rassegnava a riconoscere la vendita come valida, e rivendicava la cosa dal compratore, anche se, com'era suo diritto, non agiva per furto contro il pignorante.

L'abitudine del patto confermava sempre più il principio fondamentale che solo il *dominus* ha di regola il *ius alienandi*, e, che, in tema di pegno, l'alienabilità della cosa da parte del *cred. pign.* si basa sull'espressa concessione del costituente (GAI. II 64). Che contro quel principio fondamentale, nell'epoca classica, si affermasse una divergente

(1) Cfr. per questa spiegazione DERNBURG, 1 88 ss.

norma consuetudinaria, non sembra nemmeno conforme all'importanza della consuetudine, come fonte di diritto, nell'epoca cui mi riferisco. Nè la natura stessa della norma (obbligo di osservare una determinata formalità, *triplice denuntiatio*) è favorevole all'ipotesi della base consuetudinaria della norma stessa, se si prescinde da altri fattori, della cui esistenza ora ci occuperemo, e che probabilmente influirono sull'evoluzione del diritto romano soltanto nell'epoca post-classica.

Concludendo, ritengo che il passo delle *Sent.* non sia una manifestazione genuina del pensiero della tarda giurisprudenza classica, come si è ritenuto sinora, ma rappresenti il diritto vigente nell'epoca post-classica. (1)

Forse abbiamo innanzi il sunto di un frammento di Paolo assai più vasto di quello attuale, in cui il giurista trattava il caso del patto *de pign. distr.* privo di disposizioni riguardanti l'esercizio del *ius vendendi*. Questo fr. sarebbe stato sostanzialmente modificato con l'inserzione del *simpliciter pignus depositum* al posto dell'ipotesi accennata, e con il *ter* (*denuntiare.*) (2)

Interessa stabilire i probabili fattori dell'innovazione verificatasi, secondo l'ipotesi ora messa innanzi, nell'epoca post-classica. Probabilmente, il mutamento di cui ci occupiamo ha origine *consuetudinaria*; propriamente si è svolto sulla base della nuova prassi formatasi, relativamente al punto in discussione, nell'epoca post-classica.

E' a tutti noto come sia questa l'epoca in cui buona

(1) È qui inutile ritornare sui motivi ormai a tutti noti per cui sospetti sono in genere i passi delle *Sent.* di Paolo tramandatici dai compilatori visigoti.

(2) Il *TER* deriva forse da una soppressione del precedente *sollemni*; cioè Paolo diceva *SOLEMNITER* (*denuntiare*) come fa nell'altro passo cit. delle *Sent.*, 2, 13, 5, e com'è scritto nella cit. L. 9 C. 8, 27 (28)?

parte degli istituti più genuinamente e profondamente romani è modificata, o alterata, o addirittura talvolta soppiantata, a causa della normale ignoranza del puro diritto romano succeduta, nella vita pratica, al periodo della giurisprudenza classica; o della desuetudine in cui cadevano talune delle più antiche istituzioni romane; o del vigore con cui le istituzioni giuridiche del mondo provinciale sopravvivevano e reagivano alla diffusione del diritto romano in tutto il territorio dell'impero; o delle costituzioni degli imperatori, spesso interpreti fedeli delle esigenze affermatesi o perduranti nella società dell'epoca romano-ellenica; o infine della prassi giudiziaria, sempre conforme alle pratiche necessità od opportunità, anche, talvolta, in aperta contraddizione con le norme rigorosamente applicate nell'epoca classica. (1)

Un avvenimento assai notevole nel campo del diritto in genere, e del diritto di pegno in ispecie, è segnato, come si sa, da quella costituzione di Costantino dell'a. 320, che sancì la nullità della *lex commissoria*. (2) Dell'uso della *lex commissoria* sappiamo, per bocca dello stesso Costantino, *l. cit.*, che esso era assai diffuso, e aumentato rispetto alla pratica anteriore, ai tempi dell'imperatore (*commissoriae legis crescit asperitas*). Quest'uso, verosimilmente seguito in ispecie nei contratti di pegno, rivela l'affermarsi sempre più vigoroso di quella concezione cui abbiamo accennato nel

(1) Cfr. specialmente § 3 *Inst.* II, 10 (*Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi...*) e RICCIBONO, *Fusione* etc., in *Arch. f. R. u. Wirtschaftsph.*, XVI, p. 504 ss., sull'importanza della consuetudine in genere e della prassi giudiziaria in ispecie come fonte del diritto post-classico e giustiniano.

(2) Cfr. C. 8, 34 (35) 3, IMP. CONSTANTINUS A. *ad populum*: *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae [pignorum] legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri.* Cfr. C. Theod. 3, 2, 1.

principio del nostro studio, in base alla quale il pegno è costituito allo scopo di dare al cred. pign. il mezzo onde ottenere direttamente, attraverso la cosa pignorata (acquistando la cosa stessa ⁽¹⁾ o il suo prezzo), il soddisfacimento del credito garantito. Scomparsa la *lex commissoria*, non riconosciuta dal diritto, la concezione su accennata doveva consolidarsi in pratica su quell'unica base ora rimasta intatta, quella cioè dell'esercizio del *ius vendendi* da parte del cred. pign. Su tale base consuetudinaria si innestava, verosimilmente l'idea del *ius vendendi* tacitamente spettante al cred. pign., purchè egli avesse dato al debitore il tempo necessario per considerare l'opportunità di eseguire il debito, e se del caso, di cercare il modo onde procurarsi il danaro richiesto per l'adempimento dell'obbligazione. (2)

Che questa situazione si verificasse nel mondo provinciale orientale, analogamente a quanto doveva avvenire nel-

(1) Cfr., per l'antico diritto greco, HITZIG, *Griech. Pfandr.*, 1895, passim; RAAPE, *Der Verfall des griech. Pfand.*, 1912. passim.

(2) Una prova indiretta di quest'evoluzione sostenuta nel testo credo possa vedersi nella L. 1 C. 8, 34 (35): Qui pactus est nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit solveret, cessurum creditoribus, hypothecam vendere debet (a 322). Infatti, probabilmente la L. 1 è itp.^{ta} (cfr., in base a indizi formali [*hypothecae... pignore... hypothecam; itaque*] BEARD 50) allo scopo di ripetere sostanzialmente, sotto il tit. del Cod. « de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda » la c. 9 C. 8, 16 di Giustiniano, dell'è. 528: Si quis in cuiuscumque contractus instrumento ea verba posuerit: « fide et periculo rerum ad me pertinentium » vel « per earum exactionem satisfieri tibi permitto », sufficere ea verba ad rerum... hypothecam, nec ex prioribus sanctionibus minus habere speciali hypothecae memoria videri, cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere. Il pactus est, nisi... solveret, cessurum se della L. 1 sembra accenni proprio alla *lex commissoria* con il cessurum (cfr., su questo punto, NABER, *Mnem.*, 32 (1904) p. 81); ma, secondo il criterio stabilito da Giustiniano nella L. 9, dovrà vedersi in quel patto una semplice costituzione d'ipoteca, con relativo *ius vendendi* tacito del cred. pign. Ecco come qui all'originaria *lex commissoria* si sostituisce il *ius vendendi ex lege*; l'attività legislativa corrisponde in questo senso all'attività delle parti, affer-

l'Occidente (secondo l'attestazione del Paol. Visig.), ci è detto dal libro siro-romano (che, com'è noto, costituisce assai spesso una fonte preziosa per la conoscenza degli usi affermatasi o perduranti nel mondo orientale, nell'epoca post-classica, e talvolta influenti sulla evoluzione dello stesso diritto romano, post-classico o giustiniano), ove si parla del *ius vendendi* spettante al *cred. pign.*, previe le tre intimazioni accennate nelle *Sent.* di Paolo.

Nel passo delle *Sent.* non si accenna affatto ad una circostanza di evidente, primaria importanza, cioè al tempo che doveva trascorrere tra l'una e l'altra *denuntiatio*, si pure, come potrebbe anche ammettersi, tenuto conto del tenore letterale del testo (ma come non sembra conforme al probabile scopo della triplice *denuntiatio* sopra accennato), le tre *denuntiationes* non potevano o dovevano susseguirsi senza interruzione, e la ripetizione dell'*intimatio* non aveva altra funzione che quella di conferire solennità all'atto del creditore. Nel siro-rom. invece quella circostanza è posta in rilievo, affermandosi che le tre intimazioni dovessero avvenire in tre tempi diversi. (1) L'estensione di ciascuna delle due epoche intermedie si fissò probabilmente sulla base della pratica, sia giudiziaria, costituita dal criterio generalmente adottato nei giudizi, sia volontaria, consistente nei normali accordi, taciti o espressi, delle parti.

matasi in seguito all'abolizione della *lex commissoria* per opera di Costantino.

Forse, la L. 1, nella sua forma genuina, si riferiva ad un patto analogo a quello esaminato nella L. cit. 4 C. 4, 24, cioè un patto che conferiva il *ius vendendi nisi intra certum tempus pecunia soluta fuisset*. Il *cred. pign.*, verificatasi la condizione, aveva il *ius distrahendi*: ma sempre in qualità di creditore pignoratizio (*iure creditoris*). Quindi, pur dopo il verificarsi della *condicio* predetta, il debitore conservava la facoltà di richiedere il pegno (con l'*à pigneraticia*) e d'impedire la vendita, pagando la somma dovuta.

(1) Cfr. *Syr. Rechtsbücher* (ed. Sachau, 1907) L. 96; R. I 49; R II 184; R III 97.

§ 4 — Nel dir. giust. il *ius vendendi* spetta al cred. pign. anche in mancanza di patto *de pign. distr.*, e senza che sia necessario ricorrere alle tre *denuntiationes* di cui parlano le *Sent.* di Paolo. Basta una sola *denuntiatio*; però da essa deve decorrere un biennio, perchè possa procedersi alla vendita (1)

Non mancano nel Digesto tracce dell'innovazione.

Itp.^{ta} è in questo senso la L. 5, 21 *Ulpian.* 52 *ad Ed.* D. 36, 4: Quaeri poterit an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur; et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari: quin immo et si amplius quam sibi debetur perceperit legatarius, exemplo pigneraticiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debebit. [sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit, ut festinetur ad sententiam].

Ci interessa la chiusa *sed pignora vell.* Il creditore pignoratorio, si dice, può vendere il pegno. Limitare l'affermazione al caso di *pact. de pign. distr.* non è possibile, data la formulazione generica *pignora quis distrahere potest.*

Altrimenti, del resto, la distinzione fatta nel passo non avrebbe significato: un patto *de distrahendo* può intercedere anche tra erede e fedecommissario. (2)

(1) L. 3, 1 C. *iure dominii impetrando* 8, 33 (34): 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... 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).

(2) All'istesso modo il diritto ai frutti appare dal testo come spettante al cred. pign. in virtù della qualità stessa di cred. pign., e indipendente da un'apposita conforme convenzione tra le parti. Cfr. *MANIGK, Befriedigung* etc., 53.

Si noti ora, contro la genuinità della chiusa, che manca un nesso tra la questione principale posta in principio e l'osservazione in esame; (1) che il *quis potest* è formalmente sospetto; che infine *festinetur ad sententiam* è assolutamente inspiegabile. (2)

Altro testo itp.to nello stesso senso è il fr. 4 *Ulpian.* 41 *ad Ed.* D. 13, 7:

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. [*sed etsi* (1) convenit de distrahendo pignore, *hoc tamen iure utimur* (1), ut liceat distrahere, *si modo* (1) non convenit, ne liceat; *ubi vero* (1) convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, *nisi* (1) ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit]. (3)

Secondo Ulpiano il *ius vendendi* mancava, se mancava il patto *de pign. distr.* Ciò si è desunto sopra da varii frammenti, tra i quali alcuni di Ulpiano.

Nel dir. giustiniano invece il pignoratario, nel caso in esame, può procedere alla vendita del pegno trascorso un biennio dalla *denuntiatio*. (4)

E' necessario ora il patto *de non distr. pign.* se si vuole impedire l'alienazione del pegno. (5) Nel qual caso il cred.

(1) Perchè porre in luce una circostanza contro le altre due precedenti, che tendevano a porre un'analogia tra pegno e *missio*? Anche ammesso il *ius vendendi ex lege* da parte del cred. pign., l'analogia precedentemente posta rendeva necessaria l'aggiunta in discussione?

(2) CUIACIO, *Op.*, Prati, I, 172, corregge *sententiam* con *satisfactionem*, pensando alla concessione della *cautio* da parte dell'erede, in seguito alla quale ha fine lo *missio*.

(3) Il fr. è itp.to secondo l'opinione dominante (cfr. WINDSCHEID, *o. c.*, I, § 237, p. 860 n. 5; HERZEN, *loc cit.*), a partire da *nisi ei rell.*

(4) Cfr. per quest'ultima aggiunta al fr. 4, BAS. 25, 1, 4 Sch. 1 Steph. (*Heimb.*, III, 53). Sulle ragioni del sospetto dell'itp.to a partire da *sed etsi* tornerò tra breve.

(5) Cfr. quanto si è detto in ordine al fr. 3 D. 20, 3.

pign. non avrà il *ius vendendi*. Egli però potrà, previe tre *denuntiationes*, vendere il pegno e non incorrere tuttavia in alcuna responsabilità da furto. Ciò mostra come si tenda a rafforzare sempre più i diritti del creditore pignoratizio, e a considerare il *ius vendendi* quasi come un elemento *essenziale* del contratto pignoratizio. (1)

Il pegno è così sottoposto ad un regime analogo a quello classico relativo alla *fiducia* (*Paul., Sent. 2, 13, 5*). (2)

(1) Vero elemento essenziale è invece secondo l'opinione dominante. Nel fr. 4 si esclude a mio avviso soltanto la responsabilità da furto, ma non la nullità della vendita. L'adempimento della formalità ivi richiesta toglie alla vendita, nel nuovo dir., il carattere di alienazione fraudolenta; eliminata la *fraus*, scompare la figura del furto. (Alla questione accenno soltanto incidentalmente, intendendo occuparmi nel mio studio soltanto del *ius vendendi* come elemento *naturale* del contratto di pegno).

(2) Forse nel fr. 4 Ulpiano distingueva tra pegno e fiducia, e i compilatori, seguendo un solito procedimento, hanno cancellata la menzione della fiducia e dell'*a. fiducia* per sostituirvi quella del pegno e dell'*a. furti*. Per quanto possa pensarsi, in genere, ad una reciproca influenza degl'istituti della fiducia e del pegno nel dir. class. (cfr. MANIGK, v. *fiducia* in Enc. Paul Wiss., 2298), un'influenza della *fiducia* sul *pignus*, relativamente alla questione in esame, già nel dir. class., è inverosimile.

[Anche il fr. 5 di Pomponio *eod.* (Idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit) si riferiva forse alla fiducia e propriamente al patto *de non vendenda fiducia*. Cfr. il fr 8, 4 *eod.* già cit., in cui *de vendendo pignoris pactio* sostituisce, per opera dei compilatori, un'originaria *pactio de vendenda fiducia* (cfr. LENEL, *Pal.*, II, 147)].

Nel nuovo dir., il patto *ne distraheretur* promosso dal debitore contro il cred. pign. mira a togliere a quest'ultimo quel *ius vendendi* che a lui spetterebbe tacitamente in virtù del pegno. Quindi, nella nuova epoca, la posizione del cred. pign. si presenta analoga a quella che aveva il fiduciario nel dir. classico.

A favore dell'ipt.^{ne} del fr. 4 a partire da *sed etsi* sono evidenti come, indizi formali, *sed etsi... hoc tamen iure utimur... si modo... ubi vero vell.* - Il principio del fr. (*si convenit - habere*) mostra chiaramente il pensiero di Ulpiano; in caso di patto *de pign. vend.*, non solo la vendita è valida, ma la cosa passa anche in proprietà del compratore; invece, in mancanza di quel patto, si ha soltanto la validità della vendita, ma il compratore non acquista la proprietà della cosa. Cfr. il noto fr. 28 *Ulp. 41 ad Sab. D. 18, 1* (*Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori anferri potest*).

Il *ius vendendi* del cred. ha ora la sua base non più in un esplicito accordo delle parti, che, come dà al cred. la facoltà di vendere, così autorizza il debitore a costringere il creditore alla vendita, ma in una norma generale posta dall'ordinamento giuridico a tutela del creditore pignoratizio, e dalla quale scaturisce esclusivamente la facoltà di procedere alla vendita, ove ciò si ritenga opportuno da parte di quest'ultimo. (1)

Ciò costituisce una notevole eccezione al principio che l'*ius alienandi* è normalmente connesso al diritto di proprietà sulla cosa (GAI. II 62); eccezione non più fondata sulla volontà espressa dal costituente, ma derivante dalla natura stessa del diritto di pegno.

Il pignoratario, pur non essendo il *dominus*, ha ora, come il *dominus* costituente, il *ius distrahendi*. V'ha di più. La posizione del primo può divenire anche più vantaggiosa, se egli, come gli è concesso nel nuovo diritto, riesce a togliere al secondo il *ius vendendi*, con un'apposita convenzione. (2)

§ 5 — Al quesito posto nel principio del presente stu-

(1) Cfr. L. 6, pr. *Pomp.* 35 *ad Sab. D.* 13, 7: *Quamvis convenerit, ut fundum pignoratitium 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... [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 pignoratam, si nobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.]* Che i compilatori abbiano modificato sostanzialmente il fr. 6, pr. da *melius autem dici* sino alla fine già dimostrò il GRADENWITZ, *Interp.* 22 ss. Contro quest'ipotesi, ma, a mio avviso, senza superare gli argomenti addotti dal Gradenw., v. MANIGK, *Pfandr. Unt.*, 89 ss.

(2) Cfr. L. 7, 20, 5 (*Marcian.*): *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*

dio, circa l'epoca in cui il *ius vendendi* sarebbe divenuto un *elemento naturale* del contratto di pegno, si può a mio avviso rispondere sinteticamente così.

Il cred. pign., in mancanza di un patto che gli conferisca il diritto di vendere la cosa pignorata, è privo del *ius vendendi*, sino a tutta l'epoca classica. Egli acquista la facoltà di alienare il pegno (dopo tre *denuntiationes* dirette al debitore) nell'età post-classica. Nel dir. giustiniano, al cred. pign. compete il *ius vendendi* anche se manchi un patto relativo alla vendita del pegno, e previa una sola *denuntiatio*.

UMBERTO RATTI

dell'Università di Macerata

et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur]. Per l'itp.^{ne} del fr. (a partire da *et certum rell.*) v. LUSIGNANI, Bull. XI, pp. 26-31; HABEL, *Verfügungsbeschränkungen* etc., 1909, p. 7 e passim; DE RUGGIERO, *Studi, Cagliari*, 1910, p. 9 e passim.