
IL PEGNO PRETORIO

1) La dottrina continua a distinguere anche per il diritto romano classico tre tipi fondamentali di pegno (1): il *pignus* vero e proprio che nasce per volontà dei privati (*datio e conventio pignoris*), il pegno tacito o legale, che si origina direttamente nella legge, e infine il *pignus, praetorium* che sorge per ordine del magistrato. Entro questo ultimo tipo si ricomprendono esclusivamente le immissioni nel possesso, e la ricomprensione ha una larga base testuale (2).

Tuttavia non è chi non veda come la figura generale dell'istituto, specialmente con l'aggiunta di quella terza categoria, venga ad essere svisata e confusa: ciò ammettono quegli stessi scrittori che pure non discutono sulla giustezza dell'insegnamento comune e sulla classicità delle tre forme (3).

L'unico autore che si sia posto contro corrente è precisamente il Solazzi (4), il quale, occupandosene a diverse riprese ma sempre di sfuggita, ha avanzato il sospetto d'un'origine postclassica del pegno pretorio: questo è quanto cercherò di dimostrare nel presente lavoro. Partendo dall'esame di quelli che sono i requisiti fondamentali del *pignus* vero e proprio dovrò semplicemente osservare se essi si trovino nelle *missiones in possessionem* e sotto quale aspetto. Una tale im-

(1) Tralascio di accennare a quel caso isolato di *pignus iudiciale* che è il p. in causa *iudicati captum* e che del resto rientra o può rientrare in certo senso nel p. pretorio.

(2) V. D. 13, 7, 26; 15, 1, 23; 27, 9, 3, § 1; 36, 4, 11, § 1; 41, 4, 12; 41, 5, 1 pr.; 42, 5, 35; 42, 6, 4 § 1; C. 6, 54, 3 e 5; 8, 17, 2; 8, 21 (22) nonchè numerosi passi dei Bs. Quanto alla dottrina cfr. i trattati o i manuali, per es., da WINDSCHEID *Pand. I*, 2, p. 361 sg. a PEROZZI, *Ist.*, I, p. 813 e il lav. del NABER *De praetorio pignore*, in *Mnemosyne* 1897.

postazione illuminerà e guiderà l'esegesi critica delle fonti in materia.

Intanto premetto una breve osservazione sull'aggettivo *praetorium* che ritorna nella rubrica e nei testi del Cod. 8, 21 (22) *de prael pignore*.

La parola si spiega benissimo nel diritto giustiniano quando essa ha, per così dire, un senso storico ed indica la fonte (magistraturale, giudiziale) del pegno, distinguendolo chiaramente dalle altre due forme; ma nel sistema classico non avrebbe avuto quel senso rigido e preciso che una tecnica giuridica perfetta richiede. Il *pignus* vero e proprio benchè sorga per volontà dei privati, è un istituto che vive nell'ambito del *ius honorarium* ed è tutelato da questo; quindi è già di per se stesso, *praetorium*: usare quest'aggettivo per distinguere la *missio in poss.* dal pegno vero e proprio, non era certo un servirsi d'una terminologia chiara e precisa.

Pretorio è e può chiamarsi l'*in bonis* o l'*actione teneri* nei riguardi del *dominio ex i. quir.* e dell'obblig. civile, ma nel vostro campo non c'era un istituto civile di contro al quale si dovesse e si potesse affermare la natura pretoria delle immissioni. Va bene che l'aggettivo, nel caso, indica la fonte di esse, ma lo fa appunto in un modo che era piuttosto atto a confondere, almeno a prima vista, che a distinguere i due tipi dell'istituto medesimo. I giuristi sono così legati al rigore terminologico da non riuscire, almeno normalmente, a indicare con le stesse parole neanche istituti perfettamente analoghi usato *dominio* e *in bonis* ecc.); quindi non possono aver un termine tanto ambiguo proprio per distinguere due figure giuridiche a ciascuna delle quali poteva applicarsi, sia pure con diversa portata, il medesimo termine.

Per questo affermo sin d'ora la non classicità dell'aggettivo. Esso è d'altronde rarissimo. In C. 8, 21 cit. lo usa Giustiniano e se questi lo attribuisce implicitamente, quando dice che quel pegno "*praetorium nuncupatur* „, a un uso anteriore, quest'uso non può essere, a mio avviso, che postclassico; in D. 41, 4, 12 Pap. X resp., il termine è invece interpolato (5).

(3) Cfr. per es. BACHOFEN *D. röm. Pfandrecht* p. 479 sg.

(4) *Arch. giur.* (89) 1923 p. 247, *La revoca degli atti fraudolenti*, 1934, p. 302 n. 2. V. anche SEGRÈ, *Studi Bonfante* III, p. 577 n. 209.

(5) Per l'itp., che è anche più vasta, cfr. SEGRÈ, *l. cit.*

2) I requisiti fondamentali del pegno vero e proprio si possono fissare agevolmente. Primo di tutti è l'elemento volontario, cioè quello che manca negli altri due tipi. Poi vengono: a) l'esistenza d'una cosa o tutt'al più (6) d'un diritto da dare in garanzia; b) un credito certo da garantire, anzi una vera e propria *obligatio*; sono escluse le obbligazioni naturali, mentre i crediti condizionati fanno sorgere il *pignus* solo al momento in cui s'avvera la *condicio* (7); c) l'accessorietà conseguente del pegno, che si origina a obbligazione già nata e muore col sodisfacimento (*solutio, satisfactio*, mora del creditore) di essa (8); d) la tutela *erga omnes*, che si attua con gli interdetti possessori nella *datio pignoris* e con l'a. Serviana nell'ipoteca; e) l'impero della regola "prior in tempore potior in iure", (v. D. 20, 4); f) la funzione satisfattiva, per cui il passaggio in proprietà della cosa pignorata o, come sembra normale dal tempo dei Severi (9), la vendita di essa sostituisce il pagamento del debito.

I casi di pegno legale, mentre pullulano nel sistema bizantino (10), sono molto rari nel diritto classico; non solo, ma quando i giuristi li vogliono inquadrare nell'istituto, non possono che richiamarsi ad una *fiction* di costituzione da parte dei privati, ad una tacita *conventio* (D. 20, 2, 3; 4; 6): l'elemento volontario, nella struttura del *pignus*, era dunque così rilevante che non ci si poteva del tutto staccare da esso (11). Meglio che di pegno legale si dovrebbe parlare, nel diritto classico, di *pignus tacitum*.

(6) Non sembra nemmeno che si potesse costituire un *ius pignoris* su qualunque diritto: v. PEROZZI *op. cit.* p. 823, ALBERTARIO *Il pegno della superficie* 1911, e lo stesso DERNBURG *Pfandrecht*, I, p. 488.

(7) Sul primo punto cfr. la letter. concorde e per tutti DERNBURG *op. cit.* p. 491, *Pandette*, I, 2, p. 407. Sull'esclusione dell'obl. natur. v. PEROZZI *op. cit.*, p. 811 n. 2 e *autt. citt.* nell'*Iudex It.* D. 20, 1, 5. pr., 14 § 1. Sull'ultimo punto cfr. VASSALLI *Bull. I. D. R.*, 1915, p. 232 sg. In dottrina s'è anzi, anche discusso a lungo se il pegno d'un credito futuro si perfezioni o no dal momento della sua costituzione (v. BONELLI *Arch. giur.*, 52, 1894, p. 136 sgg.).

(8) V. letter. cit. in CARRELLI *Sull'accessorietà del pegno*, 1934, p. 5. sg.

(9) Cfr., sull'affermarsi del *ius distrhaendi* come regola tacita costante, oltre ai manuali, MESSINA VITRANO *Per la storia del i distr. nel p.* 1910.

(10) Se ne v. l'elenco in WINDSCHEID *op. cit.*, p. 352 sgg., e in PEROZZI *op. cit.* p. 814 n. 1.

(11) Perciò non aderisco ai sospetti (d'itp. dei tre brani) avanzati dal KOSCHAKER *Festschr. Hanausek* p. 152 n. 3, il quale si pone contro l'evoluzione naturale dell'istituto.

Ad ogni modo gli altri requisiti fondamentali dell'istituto si ritrovano tutti anche in questa ipotesi, per così dire, aberranti. Che l'oggetto del pegno sia sempre una cosa, risulta da tutti i ffr. sul tema e specialmente da quelli contenuti in; D. 20, 2 cit.; che la *res* sostituisca l'eventuale mancato pagamento del debito è conseguenza necessaria; gli altri requisiti appariranno da sè a un rapido esame dei casi di pegno legale classico.

Nella fattispecie contemplata in Marc. D. 20, 2, 2 il pegno del locatore d'un fondo urbano sugli *invecta et illata* garantisce soltanto i *crediti* derivanti dal rapporto di locazione. Nel caso della l. Pomp. D. eod. 7 il locatore del fondo rustico ha una garanzia tacita sui frutti, la quale non va oltre i *crediti* derivanti dal contratto d'affitto (12). In Pap. D. eod. 1, l'edificio garantisce la restituzione d'una somma data a prestito; lo stesso si dica riguardo al pegno tacito del pupillo impubere sulle cose acquistate a nome altrui col suo danaro (13). Il credito certo (v. sub *b*), anzi la pecunia, è il presupposto necessario del sorgere del *pignus*; quindi anche l'altro requisito dell'accessorietà ne discende in conseguenza.

Poichè si tratta di casi i quali fanno capo all'esempio tipico degli *invecta et illata*, cioè all'ipoteca, non doveva mancare la tutela *erga omnes* con l'*actio* Serviana (14). Infine l'impero della regola "prior in tempore ecc.", si può argomentare, se non altro, direttamente o analogicamente da Ulp. 20, 4, 7 pr. e da Gai, eod. 11 § 2. Quindi non v'è niente di strano che pure in questi casi si parli di pegno, mentre, contemporaneamente, è sintomatico che lo si faccia con molta cautela. Del resto perfino nel secolo IV, introducendo una quinta figura di pegno legale, lo stesso imperatore Costantino (15) si mostra assai circospetto: egli si limita a dire (nei riguardi dei soggetti passivi del rapporto) che sono "*tanquam pignoris titulo obligati* „.

Resterebbe il così detto pegno del Fisco, sorto a quanto pare con i Severi a garanzia dell'imposte e dei crediti nascenti da con-

(12) V. DERNBURG *op. cit.* p. 430, WINDSCHEID *op. cit.*, p. 354.

(13) Cfr. D. 27, 9, 3 pr., C. 7, 8, 6 ecc.

(14) La formula di quest'*actio* (su cui LENEL, Ed. Perp. p. 494 sg.) contiene l'indicazione della *pecunia debita*, cioè d'un credito certo.

(15) C. 5, 37, 20, (a. 314) e si v. WINDSCHEID *op. cit.* p. 356 n. 3.

tratto coi privati (16). Qui l'anomalia nei riguardi dell'istituto vero e proprio è anche più grave poichè non c'era bisogno dell'*a. Serv.*, mentre poi non è *obligata* una singola *res* ma tutto intero il patrimonio del privato. Appunto quest'ultimo rilievo dimostra come non si tratti realmente di pegno, ma soltanto d'un diritto di precedenza sugli altri crediti di cui è soggetto passivo la stessa persona ch'è debitrice del fisco.

Poichè questo può escutere il debitore, agendo sul suo patrimonio, prima d'ogni altro, siamo evidentemente nel campo più vasto e meno rigido del *privilegium* (Ulp. D. 49, 14, 6; 33) (17). I giuristi classici non lo confondono col pegno, anzi in D. 57, 9, 21; 28 e nello stesso 22 § 1 quando si parla di *pignus* ci si riferisce, in contrapposizione al privilegio del fisco, al pegno convenzionale. In due costituzioni del 213, 214 (C. 8, 14, 1 e 2) ci si limita a parlare di "*vice pignorum*," "*veluti pignus*,". Pertanto ho ragione di credere che la ricomprensione di questo privilegio nell'ambito del pegno legale si debba attribuire ai postclassici. Va bene che in D. eod. 46 § 3 si afferma nettamente: "*Fiscus semper habet ius pignoris*,". ma il passo è di Ermogeniano (l. VI iur. epitom), cioè d'un autore della decadenza.

Ecco un altro argomento dell'impossibilità d'un diritto di pegno sur un patrimonio e dello scarso valore della categoria del pegno legale classico, ridotto a soli quattro esempi. (*continua*).

GIUSEPPE BRANCA

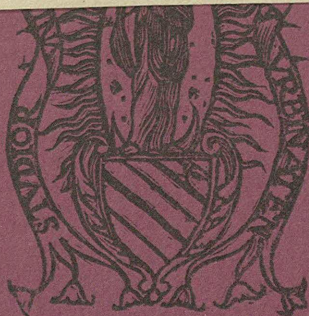
(16) Si v. DERNBURG *Pfandr.*, I, § 41 sgg.

(17) Cfr. anche la rubrica dello stesso Cod. 7, 73 "*de privilegio fisci*,".

STVDI VRBINATI

ERRATA CORRIGE

- a pag. 99 linea 30 dopo sch. aggiungere: Hag.; 60, 5, 13 e sch. 1;
60, 5, 21 e sch. Hag.; sch.
a pag. 99 linea 31 dopo eod aggiungere 47.
a pag. 101 linea 5 invece che 220 leggere 22.
a pag. 101 linea 13 dopo *riteneva* aggiungere il *Destinatario*.
a pag. 101 linea 26 *giouvava* leggi *giocava*.
a pag. 101 linea 29 *era* leggi *sia*.



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI