

INFLUENZE GRECHE NEL REGIME ROMANO DELLA ‘HYPOTHECA’?^{*}

1. Introduzione: diritto romano, diritti greci, diritti orientali. 2. Il sistema pignoratizio romano: prestiti linguistici e anomalie sostanziali. 3. Il diritto pignoratizio attico alla luce delle moderne teorie ricostruttive. 4. Il possesso degli ὑποκείμενα e la terminologia greca nelle fonti letterarie. 5. Il diritto pignoratizio tra retorica delle parti e differenziazione degli istituti. 6. Il principio dell’ἀνεπαφία e la libera disponibilità del debitore. 7. Conclusioni: efficacia reale del patto ‘*ne liceat debitori hypothecam vendere*’ e persecuzione penale dell’alienazione della *res alii obligata*.

1. *Introduzione: diritto romano, diritti greci, diritti orientali*

Pare che la questione attinente agli *emprunts* che il sistema normativo romano¹ ha ottenuto da diritti ‘altri’, anzi-

^{*} Testo della relazione tenuta in occasione del Seminario Internazionale ‘I sentieri di Dike’ (Milano, 10 - 11 marzo 2008) organizzato dal prof. Alberto Maffi e dalla prof. Eva Cantarella.

¹ Parlo eminentemente di diritto come ‘sistema’ e non di diritto come ‘pensiero’ in quanto mi pare fuor di dubbio che la giurisprudenza romana si sia imposta non solo come modello irraggiungibile ed inegua-

tutto quelli dell'area ellenica², stia riacquistando negli ultimi

gliato nell'antichità, ma come modello isolato e irripetibile: cosa questa che ha indotto lo Schiavone ad affermare che il diritto è «una forma di disciplinamento sociale che ha invaso la modernità, diventandone presto una bandiera» e che essa «è una forma inventata dai Romani» (A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2006, 5). E ciò anche se il pensiero greco – politico e filosofico – ha trovato, invero, fecondo *humus* in talune concettualizzazioni della *scientia iuris* romana (che non è pertanto scevra neppure sotto detto profilo da prestiti greci): una per tutte quella elaborata prima da Labeone e poi da Aristone di *συνάλλαγμα*, sulla scorta (più o meno fedele) dell'archetipo aristotelico contenuto nel quinto libro dell'Etica nicomachea. In tema, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del *συνάλλαγμα* di Aristone*, in L. Garofalo (ed.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, 3 ss.

² Se si considera l'ampio arco di tempo che unisce il periodo miceneo al 212 d.C. (anno in cui Antonino Caracalla, a mezzo del celeberrimo editto che porta il suo nome, attribuì a quasi tutti gli abitanti dell'Impero la *civitas*, subordinandoli così in toto al diritto romano), non fa difficoltà il constatare come negli ampi territori occupati dai parlanti la lingua greca sempre si possa riscontrare (anche dopo l'affermarsi della *koinè* alessandrina) una pluralità di *societates* politicamente organizzate e indipendenti, ciascuna delle quali retta da un proprio sistema, intessuto di regole peculiari, tali da distinguerlo da qualsiasi altro, pur esistendo – ciò è vero e non va negato – strutture normative trasversali e comuni a più collettività: un tanto solo per comprendere come la dottrina contemporanea preferisca giustamente parlare di 'diritti greci', in antitesi a quella più risalente, convinta dell'esistenza di un 'diritto greco' (cfr., sul punto, M.I. FINLEY, *The Problem of Unity of Greek Law*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I Congresso della Società italiana della storia del diritto*, Roma, 1963, 129 e ss.; A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti anti-*

tempi un vigore prima – un poco – sopito dalle austere posizioni di quei numerosi e autorevoli studiosi che, come ricorda bene il Martini, «hanno sempre escluso che vi siano state grosse influenze sul diritto romano da parte del diritto greco, e anche nei casi in cui queste sembrerebbero evidenti, affermano che i romani avrebbero riplasmato l'istituto in forma originale, a modo loro»: e tutto ciò nonostante sia, all'evidenza, «innegabile, che sin dall'età arcaica vi erano stati contatti fra le due culture»³. Insomma, per riprendere ancora le parole dell'insigne romanista e giusgreco, laddove «i romani non avevano difficoltà ad ammettere influenze greche anche per quanto riguarda il loro diritto e potevano permettersi senza imbarazzo di avvalersi di concetti greci, ... la stessa cosa non parrebbe potersi dire per i romanisti, che si sono più spesso eretti a difensori della ge-

chi, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit., 33; A. BISCARDI, *Diritto greco e scienza del diritto*, in *Symposion 1974*, Köln - Wien, 1979, 1 ss.; M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in M. BRETONE - M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma - Bari, 1994, 7 s.; E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006, 3 ss.; M. GAGARIN, *The Unity of Greek Law*, in M. Gagarin - D. Cohen (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge, 2005, 29 ss.). Peraltro, la questione attinente ai diritti di Grecia antica, a mio avviso, ben riflette la speculare problematica linguistica, tanto che gli argomenti addotti ora per suffragare la tesi del greco quale unica lingua, ora per supportare quella dell'inesistenza di una unità possono essere addotti anche nel campo del diritto: a riguardo può essere utile la lettura di alcune belle pagine di un eminente filologo, O. LONGO, *Elementi di grammatica storica e dialettologia greca*, Padova, 1987, 1 ss.

³ R. MARTINI, *Diritti Greci*, Siena, 2002, 9.

nuinità, purezza e originalità del diritto e del pensiero giuridico romano»⁴.

⁴ R. MARTINI, *XII tavole e diritto greco*, in *Labeo*, XLV, 1999, 23. Non serve qui rammentare, in dettaglio, quale influenza la cultura greca abbia esercitato su quella di Roma: mi si conceda solo il ricordo di quei due versi di Orazio che superbamente la compendiano: *Graecia capta ferum victorem cepit / et artis intulit agresti Latio*. Quello che qui interessa, invero, seppur sempre mantenendo una visuale panoramica e non circoscritta della questione, è chiedersi se tale influenza abbia anche esulato dai confini delle ciceroniane *artes liberales*, e abbia dato i suoi frutti altresì nel campo del diritto. Non v'è chi non possa, trattando di influenze greche su Roma, tacere delle diverse testimonianze della tradizione antica che riferiscono della dipendenza del *fons omnis publici privatique iuris*, le XII Tavole, dal diritto greco: da un lato il filone dell'ambasceria ad Atene facente capo a Dionigi d'Alicarnasso e Tito Livio secondo cui, paradigmaticamente, *missi legati Athenas Sp. Postumius Albus, A. Manlius, P. Sulpicius Camerinus, iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta mores iuraque nascere*' (Liv. 3.31.8; cfr., in parallelo, Dion Halic., *ant. rom.* 10.51.5); dall'altro quello di Plinio il Vecchio e Strabone secondo cui i decemviri sarebbero stati aiutati da Ermodoro di Efeso (Plin. *nat. hist.* 34.11.21; Strab. 14.1.25). Per vero, se alcuni studiosi hanno sostenuto la non attendibilità del dato tradizionale (cfr. F. WIEACKER, *Die XII Tafeln in ihrem Jahrhundert*, in *Entretiens de la Fondation Hardt*, XIII, *Les origines de la République romain*, Genève, 1967, 293 ss; nonché E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, 182), altri, di contro, hanno ritenuto senza indugio che la tradizione leggendaria abbia avuto lo scopo di dar forma a una realtà culturale concreta, considerando sicura l'ispirazione greca del codice decemvirale (Cfr. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari, 1987, 79 ss.; ma pure, anche se in termini più 'romano-centrici', V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1968, 67).

Così, a titolo di esempio, non stupiscono affatto quelle lapidarie dichiarazioni di Schulz – collocate a seguito della sua peraltro ottima trattazione della materia pignorantizia per diritto romano classico – secondo cui, da un lato, «the theory of the Greek origin of the Roman hypothec finally collapses, for its strongest support was the Greek term *hypotheca*», dall'altro, «the development of the Roman *hypotheca* (...) is so typically Roman that the theory is today universally abandoned»⁵.

Ma, ad onor del vero, come peraltro è noto, tale posizione di intransigente 'non etero-integrabilità' del diritto romano così 'nazionalmente' inteso, reagiva a più risalenti concezioni che, di contro, non potevano ammettere, fonti

D'altronde lo stesso Cicerone, nel suo trattato *De Finibus Bonorum et Malorum* non esitava a scrivere che *omnium fere ciuitatum non Graeciae solum, sed etiam barbariae ab Aristotele mores, instituta, disciplinas, a Theophrasto leges etiam cognouimus* (Cic. *de fin.* 5.4.11), seppur altrove egli proclamava la superiorità incondizionata del *ius* (e quindi della *iurisprudencia*) dei Romani ad ogni altro diritto straniero, a suo dire, *inconditum ac paene ridiculum: incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum; de quo multa soleo in sermonibus cottidianis dicere, cum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus et maxime Graecis antepono* (Cic. *de orat.* 1.54).

⁵ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 409. Cfr., altresì, A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca romana e l'interdetto Salviano*, Livorno, 1887, 71, il quale nega la possibilità di qualsivoglia derivazione greca di istituti romani; vd., inoltre, A. JOURDAN, *Etudes de droit roman. L'hypothèque*, Paris - Aix, 1876, 19, che sostiene che «dans le domaine du droit ... les Romains ont tout tiré de leur propre fond». Del pari, possiamo vedere il medesimo pensiero – anche se ciò, non poco mi stupisce – espresso in un autore (che definire romanista è riduttivo) a dir poco eclettico: J.J. BACHOFEN, *Das römischen Pfandrecht*, Basel, 1847, 633.

alla mano, l'esistenza di un sistema completamente scevro di influenze straniere, e più precisamente orientali, anche (ma, ovviamente, non solo) nel campo delle garanzie reali (e, *in primis*, nella figura del cd. *pignus conventum*). E a suffragio della presenza di un fondo di principi squisitamente romani in una con ulteriori elementi del tutto 'eterogeni' era costume rilevare la sovente 'assurda'⁶ organizzazione – spesso contraddistinta da stridenti antinomie e contraddizioni –, tra gli altri, degli istituti del pegno e dell'ipoteca.

Del resto, oramai più di un secolo fa Herzen, all'inizio della sua fondamentale opera circa le origini dell'ipoteca romana (apparsa già nel 1898 come tesi di dottorato) e a cui il suo nome è indissolubilmente legato, si domandava: «dans quelle mesures le droit a-t-il été influencé par les différentes législations de l'antiquité?»; nonché: «quelle est la part, dans le droit classique, de l'élément national roman, quelle est celle de l'élément étranger?»⁷. Dietro tali interrogativi si nasconde, neppure troppo bene, la visione, assai suggestiva, di un diritto romano capace di arricchirsi 'cosmopolitamente' di nuove forme, di nuovi principi, di nuovi istituti; la visione di un diritto romano da intendere come «un amalgame grandiose des notions juridiques de toute l'antiquité civilisée» e, per tanto, non come «le droit d'une cité déterminée avec un

⁶ Prendo, impropriamente, l'aggettivo da T. MOMMSEN, *Die Bedeutung des römischen Recht*, in *Gesammelte Schriften*, III, 595 ss.

⁷ N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, 1899, 1. Vedi inoltre: R. MARTINI, *Diritto greco e diritto romano: un'esperienza didattica e di ricerca; bilancio provvisorio*, in *SC*, XIII, 2001, 175 ss.

caractère national nettement marqué» bensì come «le droit d'un monde entier, d'une civilisation entière»⁸.

Certo, alcune posizioni, per così dire 'non romano-centriche', non possono che essere stigmatizzate, nel loro estremismo di sfida, come pericolose minacce per la verità storica: non v'è chi non veda, infatti, la pochezza, se non l'inconsistenza, di proclamazioni intenzionalmente causti-

⁸ Cito ancora da N. HERZEN, *Origine*, cit., 1, il quale più ampiamente scrive: «on abandonne de plus en plus de nos jours l'idée d'un droit roman qui se serait développe et formé indépendamment de toute influence extérieure. La tendance se dessine très nettement de voir dans le droit de l'empire, non un droit national romain, mais un droit cosmopolite, un droit universel qui serait le résultat d'emprunts faits aux diverses législations antiques. Le droit romain serait un amalgame grandiose des notions juridiques de toute l'antiquité civiliste. Cette conception du développement historique du droit romain explique la portée de ce droit et son rôle immense dans l'histoire du droit européen. Ce rôle, il le doit au fait qu'il contient ce qu'il y a d'essentiellement humain, international, universel dans les plus grandes législations de l'antiquité, il le doit au fait qu'il est non le droit d'une cité déterminée avec un caractère national nettement marqué, mais le droit d'un monde entier, d'une civilisation entière». Non si può tacere, sul punto, di poi, la prescrizione connessa alla *Lex Rhodia de iactu*, fattasi norma comune del mondo greco per passare di poi nel *ius gentium* romano (per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, 348). E come non richiamare alla memoria le opinioni di un Gide che vede nel *ius gentium* il diritto delle *poleis* greche o, ancora, quelle di un Krüger e di un Beauchet che pensano di una schietta impronta greca lo stesso *ius honorarium* (P. GIDE, *Etudes sur la condition privée de la femme*, Paris, 1867, 138; L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, I, Paris, 1897, XXV; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, München, 1912, 45)?

che nella loro eterodossia (ma anche mal fondate sulla conoscenza dei testi), come quella di un Revillout che, sul finire del diciannovesimo secolo, riteneva il diritto romano addirittura «l'égout des autres droits de l'antiquité»⁹.

Sulla stessa tanto eversiva quanto audace scia (e, peraltro, ad emulazione del Bernal¹⁰), recentissimamente, si è esposto, per di più, Pier Gianni Monateri¹¹, nel tendenziale perseguimento – più che conseguimento – di un duplice fine, per così dire, ‘destruttivo-costruttivo’. Ossia: da un lato, quello di ridimensionare (se non annichilire) il ‘presunto’ apporto fornito alla tradizione occidentale, in termini di originalità e di valore, dal diritto romano – reputato dell’autore un diritto immeritatamente idealizzato per ragioni politiche, rozzo e primitivo rispetto al livello e alla raffinatezza raggiunti dal mondo orientale –; dall’altro, specularmente, quello di metter in luce la superiorità (oscurata per giustificare l’idea di una ‘panica’ egemonia ariana) delle esperienze giuridiche proprie dell’Oriente mediterraneo, sia pregresse sia coeve alla romanità. Tentativo quello dell’autore che, tutto teso ideologicamente e aprioristicamente a sfatare il mito

⁹ E. REVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien*, Paris, 1886, 239.

¹⁰ M. BERNAL, *Black Athena. The Afroasiatic Roots of Classical Civilisation*, New Brunswick, 1987.

¹¹ P.G. MONATERI, *Black Gains: A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*, in *Hastings Law Journal*, LI.3, 2000, 479 (ora, in italiano, col titolo *Gaio nero*, in P.G. MONATERI - G. G. TOMASZ - A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, 19 ss.

dell'Urbe quale culla del diritto piuttosto che a trovare dei validi argomenti di supporto, a ogni buon conto, non ha potuto che crollare dinanzi le schiaccianti, invincibili critiche (metodologiche, ermeneutiche, storiche), mosse, tra gli altri, da studiosi come Eva Cantarella e Gianni Santucci¹².

Le provocazioni e gli azzardi dei sostenitori di quelle (ipo)tesi che trovano nella spengleriana «favola dei giuristi aramei»¹³ il loro archetipo, insomma, non sembrano proprio voler desistere: basti pensare che già prima dello scritto del Monateri, non troppo tempo addietro, il Westbrook proclamava la natura giurisprudenziale dei 'codici cuneiformi'¹⁴

¹² E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, 101 ss.; G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato*, X, 2007, 1057 ss.

¹³ Secondo A. SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, II, München, 1923, 82 ss., il quale con la sua opera fornì un solido appoggio al pensiero nazista per combattere lo studio universitario del diritto romano, quest'ultimo si sarebbe sviluppato sotto le costanti influenze del mondo orientale semitico, come testimonierebbe l'origine aramea dei giuristi classici, appartenenti alla casta dei Tannaim: contro le pochezze storiche di tale pensiero non si può che rimandare a S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949, 95 s. (cui si deve la bella definizione «favola dei giuristi aramei»), nonché a M. SAN NICOLÒ, *Il problema degli influssi greco-orientali nel diritto bizantino*, in *Atti del congresso internazionale di Diritto Romano (Bologna - Roma, XVII-XXVII aprile MCMXXXIII)*, Pavia, 1934, 257 ss.

¹⁴ R. WESTBROOK, *Studies in Biblical and Cuneiform Law*, Paris, 1988.

e la derivazione babilonese delle XII tavole¹⁵. D'altro canto, non sembrano desistere, del pari, le oltranzistiche posizioni di quelle nutrite schiere di romanisti – già ricordati in apertura – ancora convinti della purezza del diritto romano e della inutilità per il romanista stesso di occuparsi di ciò che esuli dalla specifica area di sua competenza (riducendolo così a uno studioso essenzialmente del *Corpus iuris*, se non di qualche altra sparuta fonte tecnica o atecnica): un atteggiamento questo che non poco ricorda quei personaggi de 'I promessi sposi', i quali non avevano alcuna intenzione di affrontare il problema della peste, perché l'idea stessa della peste non piaceva loro affatto.

Ma il diritto romano, come non è un prodotto di leggi egizie¹⁶ o assire¹⁷, così «non discende dal mondo della luna»¹⁸, sicché sarebbe un assurdo concepirlo come un semplice e intatto 'monolite', oggetto di venerazione nella sua 'autopoiesi'. Di questi due contestuali aspetti negativamente descritti, qualcuno, per fortuna, si è comunque già avveduto: tra i due antipodi, infatti, è dato riscontrare anche ocula-

¹⁵ R. WESTBROOK, *The Nature and Origins of the Twelve Tables*, in *ZSS*, CV, 1988, 44 ss.

¹⁶ E. REVILLOUT, *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, Paris, 1912, 21 ss.

¹⁷ G. DE LAPOUGE, *Le dossier de Bunanitum*, in *NRHD*, XIX, 1886, 113 ss.

¹⁸ Mutuo la immaginifica espressione da un autore che nulla aveva a che fare col mondo del diritto, ma che molto contribuì a inserire la lingua egizia antica in un contesto spaziale e temporale fatto di connessioni e influenze con altre lingue semitiche, e non a vederla come un *quid a sé* stante e unico: si tratta di G. FARINA, *Grammatica della lingua egiziana antica in caratteri geroglifici*, Milano, 1926, VII.

te soluzioni dottrinarie intermedie, le quali, ancorate sì alla fondata convinzione del primato della *scientia iuris* romana, non per questo solo non si aprono ad approcci di più ampio respiro. Si tratta – a titolo esemplare – della posizione, oramai ben nota, assunta in numerosi suoi scritti da Remo Martini¹⁹ ovvero di quella palesata in un suo significativo articolo dal Bauman²⁰. Tale orientamento, nondimeno, si evince altresì da un recentissimo scritto di Luigi Garofalo, il quale non ha avuto alcuna esitazione nell'affermare che «per non scivolare definitivamente in un contingente privo di pensiero e di logica, consegnato a sparse volontà imperscrutabili», così come «per non rimanere invincibilmente intrappolati in quel nichilismo giuridico di cui oggi molto si parla, nel tentativo, forse vano, di esorcizzarlo», sarebbe d'uopo mettere a frutto, in una visione tendenzialmente unitaria del mondo antico, «la fecondità dei lasciti della cultura greca ... pur maturati in contesti non specialistici, rispetto alla giurisprudenza romana»²¹.

È, quindi, seguendo tale illuminante filone di pensiero che si dispiega il seguente mio interrogativo, motore del presente scritto: è conciliabile – in teoria prima ancora che

¹⁹ Cfr., paradigmaticamente, R. MARTINI, *Diritto greco e diritto romano*, cit., 175 ss.

²⁰ R. BAUMAN, *Interface of Greek and Roman Law*, in *RIDA*, XLIII, 1996, 39 ss.

²¹ L. GAROFALO, *Diritti greci e 'scientia iuris' romana*, in ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008, 109. Così, secondo l'autore, nella nozione di contratto formulata da Labeone «appaiono compendiarsi i poderosi e insuperabili apporti della civiltà greca e di quella romana: gli uni sul piano della cultura latamente intesa, ben noti anche a Labeone, che proprio a pagine intense di Aristotele mostra – o, meglio, finge – di appoggiarsi per conferire maggiore autorità alla sua costruzione rivoluzionaria».

in pratica – la natura ‘reale’ di un diritto di garanzia sorto mediante costituzione ipotecaria – quale è, in età classica, il *pignus conventum* romano, altresì detto, con terminologia greca, *hypotheca* – con la presenza di una norma di diritto positivo che fa espresso divieto al debitore pignorante di porre in essere atti di disposizione sulla *res alii obligata* (vale a dire la cosa costituita *iure pignoris*)²²? Meglio: la tutela processuale *erga omnes* (*actio in rem*), quale risvolto naturale della assolutezza propria di un diritto *in re*, in funzione di garanzia di un credito, non entra forse in palese conflitto concettuale colla fortissima limitazione, imposta dal divieto sopraddetto alla libera disponibilità che il debitore, quale proprietario, dovrebbe teoricamente mantenere? Il riconoscimento, nel diritto romano, della realtà del pegno, sia esso sorto in forza di *conventio*, sia esso derivante da *datio*, in altre parole, dovrebbe conformare – e confermare – pienamente l’essenza stessa del diritto in parola: essenza la quale, giusta il *ius sequelae*, in primo luogo, implica che la *res alii obligata* sia suscettibile, nonostante il vincolo costituito a favore del creditore, di essere oggetto di atti dispositivi da parte del *dominus*; e la quale, in secondo luogo, implica l’equazione priorità temporale / priorità giuridica del diritto di pegno sia rispetto a pegni successivi sia di fronte a *iura in re* di *species* differente²³.

²² Imprescindibile, *ex plurimis*, la lettura di A. BISCARDI, *Il tecnicismo della nozione di ‘res obligata’*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D’Ors*, Pamplona, 1987, 326 ss.

²³ Vd., paradigmaticamente, A. BISCARDI, *Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et roman*, in *Journal of Juristic Papirology*, XIX, 1983, 41 ss.

Tuttavia, se da un lato, è agevole rinvenire testi che si impongono quale prova indubbia della esistenza del principio della libera alienabilità – o, *rectius et amplius*, della libera disponibilità – e *latere debitoris* della *res alii obligata*²⁴, risultando tale principio perfettamente consentaneo alla natura di diritto reale del *pignus*, come spiegare, allora, nel modo più persuasivo possibile, la contestuale presenza, sicuramente anomala e di rimarchevole stridore in termini di coerenza, di un vero e proprio divieto (legale) di alienazione della *res alii obligata*, per cui detta alienazione talora viene configurata quale *delictum* (più precisamente quale *furtum*)²⁵, talaltra addirittura quale *crimen* (meglio, quale *stellionatus*)²⁶?

Forse il Manigk non aveva tutti i torti quando sosteneva che «die Erkenntnis der Entwicklung der römischen

²⁴ D. 20.5.12 pr.; D. 13.7.20.3; D. 20.4.17; C. 8.19.1 pr.-1; C. 8.27.10 pr.; D. 20.1.16.9; D. 18.1.81 pr.; D. 13.7.18.2; D. 20.1.34 pr.; D. 13.7.18.2; D. 20.2.9; D. 20.2.6; C. 7.8.2; C. 7.8.3.; P. Oxy. II. 270.

²⁵ Vd. D. 48.2.19.6; D. 47.2.67 pr. Ovviamente la mia domanda ha senso solo allorché si sostenga che divieto di alienazione e configurazione della fattispecie delittuosa (o criminosa) siano legate eziologicamente in una relazione per cui – si potrebbe dire – al debitore, benché *dominus*, è fatto divieto di alienare (se non vuole incorrere in furto e stellionato) e, se aliena, è perseguibile penalmente o criminalmente. Vero è che, in teoria, come ha avuto modo di farmi notare, in un proficuo colloquio, il prof. A. Burdese, si potrebbe anche concepire il furto e lo stellionato a prescindere dal divieto, nel senso che non esisterebbe in capo al debitore un divieto di alienare (in quanto egli è *iure civili* proprietario e, pertanto, è valido ed efficace il suo atto di distrazione), ma solo una qualificazione delittuosa del contegno tenuto.

²⁶ In tema, non si può prescindere da L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, 1998, 73 ss.

Hypothek, die wir an der Stelle darzustellen begonnen haben, kann heute nicht mehr zu einem Gesamtbilde weitergeführt werden, ohne dass neben dem griechischen auch das gräko-ägyptische Pfandrecht wenigstens in den Grundzügen erforscht ist²⁷: proviamo, dunque, a seguire il suo insegmento, muovendo dalle discrasie del sistema romano, per risalire alle regole vigenti nei diritti greci.

2. Il sistema pignoratizio romano: prestiti linguistici e anomalie sostanziali

Il termine latino *pignus* affonda, sotto il profilo storico-linguistico, le proprie origini in un passato alquanto remoto (come, del resto, apprendiamo da Festo²⁸) e, a pre-

²⁷ A. MANIGK, *Gräko-ägyptische Pfandrecht*, in *ZSS*, XXX, 1917, 272.

²⁸ Fest. 232 (ed. Thewrewk-Lindsay): *Pignosa pignora eo modo quo Valesii Auselii pinosi palisi dicebantur*; Fest. 166 (ed. Thewrewk-Lindsay): *Nancitor in XII tab. nactus erit, prenderit. Item in foedus Latino: 'pecuniam quis nancitor, habeto' et 'si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto'*. L'erudito romano, nel primo passo, ci testimonia per il tramite di alcuni esempi un fenomeno di evoluzione consonantica che prende il nome di rotacismo (cfr. A. TRAINA - G.B. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*, Bologna, 1992, 136 s.) e che consiste nella sostituzione della sibilante sorda 's' colla sonante liquida 'r': lo scheletro del plurale classico *pignora* nella sua originaria espressione fonologica, antecedente al fenomeno in questione, era quindi *pignosa*, come *Aurelii* si pronunciava *Auselii*. La prima attestazione di Festo gioca un ruolo di assoluta rilevanza in quanto permette di affermare che la parola *pignus*, indipen-

scindere dalla falsa etimologia gaiana secondo cui *pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur*²⁹, esso, sotto il profilo etimologico, risulta legato indissolubilmente alle radicali del verbo latino *pango* e di quello greco *πήγνυμι*, vale a dire a voci verbali foriere di significati quali quello di fermare, consolidare, assicurare, confermare, forti-

dentemente da che cosa *ex origine* andasse a significare, era esistente già prima dell'evoluzione consonantica, appena brevemente descritta, subita dalla lingua latina arcaica, fenomeno linguistico che si suole collocare approssimativamente verso la metà del IV sec. a.C.: da D. 1.2.2.36 apprendiamo, infatti, che fu Appio Claudio Cieco, censore nel 312 e console prima nel 307, poi nel 296, a sostituire la grafia *Valesii* con *Valerii* e *Fusii* con *Furii*: se si considera che, per ovvie ragioni, i nomi propri sono quelli che si trasformano più lentamente, non è azzardato ammettere che nei nomi comuni il rotacismo era fatto ormai compiuto verso la metà del IV secolo (M. NIEDERMANN, *Précis de phonétique historique du latin*, Paris, 1906, 96; M. LEUMANN, *Lateinische Grammatik*, I, München, 1977, 21 ss.). Nel secondo passo, invece, Festo lega il nome *pignus* ad un altro termine proprio del più arcaico lessico giuridico romano: si tratta della forma più antica della terza persona singolare dell'indicativo presente passivo del verbo 'nancio', vale a dire 'nancitor' (=nancitur), forma quest'ultima che si trova, per l'appunto segnalata in due documenti risalenti, con ogni probabilità, al V secolo, le Dodici Tavole e il Patto Latino.

²⁹ Gai. 6 *ad legem XII tab.* D. 50.6.238.2. Questa derivazione linguistica non è, tuttavia, priva di importanza per la ricostruzione dell'istituto nella sua evoluzione storica all'interno dell'ordinamento romano, sottolineando per l'appunto, che del *pignus*, almeno nella sua originaria fisionomia, erano prevalentemente se non esclusivamente oggetto le cose mobili, ovvero quelle cose suscettibili di essere consegnate in mano e che pertanto 'dantur pugno'.

ficare, conficcare³⁰. È dunque già a fronte di tale duplice assetto (antichità e nucleo semantico originario), che ben si comprende l'ampia polisemia (tanto non giuridica quanto giuridica) del nostro vocabolo il quale, oltre i significati tecnici cui è riconducibile sulla base, anzitutto, dei *Digesta*, nelle fonti letterarie viene impiegato in modo assai vario per indicare: la costituzione di garanzia³¹, l'ostaggio³², la scommessa³³, la caparra³⁴.

³⁰ Cfr. H.G. LIDDELL - R. SCOTT, voce πῆγνυμι, in *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1967, e C.T. LEWIS - C. SHORT, voce 'pango' e 'pepigi', in *A Latin Dictionary*, Oxford, 1966; E. BOISACQ, voce πῆγνυμι, in *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris, 1938; A. MANIGK, voce *pignus*, in *RE*, XX, Stuttgart - Weimar, 1941, 1239, afferma che non risulta che Gaiò si riferisca effettivamente ad una *pignoris capio* pur essendo la motivazione adatta solo ad un *pignus captum* mentre «*pignus a pugno* wurde zwar auf ein *pignus captum* passen, das wohl als Selbsthilfefand der ursprünglichste Fall eines *pignus* war; aber auch dies könnte nicht auf jene sprachliche Abteilung gestützt werden». Il pegno si presenta già nei formulari di Catone come *Pfand* senza trasferimento di possesso, *Besitzuebertagung*, al creditore, *de agric.* 146 ss., così come viene inteso parimenti in Gai 4.147 e in I. 4.15.3: il tutto è sintomatico del fatto che il significato etimologico attestato nel Digesto ha con l'andar del tempo acquisito una estensione semantica ben più ampia (cfr. J.H. WIGMORE, *The pledge-mortgage idea in Roman Law: a revolutionary interpretation*, in *Illinois Law Review*, XXXVI, 1941, 371 ss.).

³¹ Liv. 4.15.7; Liv. 28.34.9, Liv. 43.10.3; Cic. *p. Cluent.* 67, 190; Cic. *Philipp.* 1.2; Ovid. *met.* 2.38-39, Mart. *epigr.* 12.86. 3-5; Macr. *Saturn.* 1.6.29.

³² Liv. 33.22.9; Svet. *Aug.* 21; Gell. *noct. att.* 17.2.21. Assume il significato extragiuridico di 'prova d'amore e fedeltà' in C. X.32.4

³³ Plaut. *Pseud.* 87; *Capt.* 939; *Rud.* 581.

Concentrando, invece, l'attenzione in modo restrittivo, sul concetto espresso dal termine *pignus* da un punto di vista giuridicamente rilevante, muovendo dalla arbitraria e bizzarra etimologia abbozzata nel succitato frammento di Gaio, si evince che *pignus*, in relazione alla sua più antica forma istituzionale, indica «la garanzia di un credito costituita sopra cosa altrui, il cui possesso è presso il creditore»³⁵. In altre parole, la nozione di pegno più giuridicamente propria e cronologicamente più risalente implicava, per gli antichi giuristi, la costituzione di un diritto di garanzia sopra una *res nec Mancipi* che passava in possesso al creditore (*traditio*)³⁶, come si ricava da questo notissimo testo ulpiano secondo cui *proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypo-*

³⁴ Plaut. *Most.* 4.2.62.

³⁵ P. FREZZA, *Le garanzie reali*, Padova, 1963, 81.

³⁶ Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, 127. Il fatto che in origine *pignus*, contro il più ampio uso classico, abbia avuto ad oggetto in via esclusiva *res nec Mancipi* si può desumere anche dalla circostanza che, con buona probabilità, oggetto della più primitiva forma di garanzia che nell'ordinamento romano si è affermata, ossia la *fiducia*, erano solo le *res Mancipi*, così come risulta dalla Tabula Baetica e dal documento pompeiano; sicché l'insorgenza accanto all'istituto fiduciario del negozio di pegno nella sua più antica conformazione si può spiegare pienamente con la opportunità (se non la necessità), sempre più sentita nella prassi, di assicurare in modo più esaustivo il credito, di colmare così una lacuna dell'ordinamento primitivo che non offriva alcun mezzo adeguato per tutelare il credito a tramite di *res nec Mancipi* le quali, prima di essere suscettibili di *dominium*, erano assoggettabili solo alla *possessio*. Cfr., per la *mancipatio fiduciae causa* pompeiana e per la *formula Baetica*, FIRA, III, 291 ss., 295 ss.

*thecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*³⁷. E tutto ciò, fermo restando che – già ai tempi di Catone³⁸ – si era giunti ad una figura più ‘evoluita’ e ‘complessa’, vale a dire una garanzia (*pignus lato sensu*) fenomenologicamente ‘anfibia’, in quanto suscettibile di essere costituita sopra cose mobili ed immobili sia mediante convenzione (*conventio pignoris* o *hypotheca*) sia per il tramite di semplice *traditio* (*datio pignoris*)³⁹.

³⁷ Ulp. 28 *ad ed.D.* 13.7.9.2. Cfr., altresì, I. 4.6.7: *Pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam quae sine traditione nuda conventione tenetur proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.*

³⁸ Cfr. M. SARGENTI, *Il ‘de agri cultura’ di Catone e le origini della ipoteca romana*, in *SDHI*, XXII, 1956, 158 ss.; P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *Studi Betti*, II, Milano, 1962, 435 ss.; G. GROSSO, *Il fr. 77 D. 17. 2 e i formulari del ‘de agri cultura’ di Catone*, in *SDHI*, III, 1937, 440 ss.

³⁹ La tesi maggioritaria vuole che il pegno fosse in origine soggetto al regime commissorio, ossia che la soddisfazione del creditore si risolvesse nella appropriazione in modo definitivo del pegno in caso di insolvenza da parte del debitore. Cfr. A. MANIGK, voce *pignus*, cit., c. 1248: «das ursprüngliche *pignus* ist gemäß dieser Quellengrundlagen als Besitz und Besitzloses Pfand reines Verfallpfand. (...) Das Verfallpfand ist das Pfand der Naturalwirtschaft, das aber noch weiterhin in der Zeit der Geldwirtschaft angewendet wird»; parzialmente conforme a tale impostazione anche A. BURDESE, *La ‘lex commissoria’ e il ‘ius vendendi’ nella fiducia e nel pegno*, Torino, 1949, 95 ss., 131 ss. Il Bscardi, invece, muove da un confronto tra *pignus*, inteso come «attribuzione volontaria di garanzia reale mediante la *traditio possessionis* di una cosa al proprio creditore» e *pignoris capio*, figura di cui le fonti ci conservano menzione nel campo del processo civile, per concludere che «la *pignoris capio*, pur essendo istituto diverso dal rapporto di garanzia costitui-

Anche *sub specie iuris*, dunque, a far tempo dal III-II sec. a.C., la polisemia di *pignus* non è di poco conto: come scrive Manigk «steht auch insbesondere im Einklang dass *pignus* als Pfandrecht auch die Hypothek umfasst»⁴⁰. Indi, a mente del fatto che il termine *pignus* giuridicamente inteso ha perduto poco a poco il suo originario e limitato significa-

to mediante *pignoris datio*, rivela però qualche punto di contatto con il medesimo, se non altro nel senso che esso pure rappresentava comunque un mezzo di protezione del credito: il che è tanto più vero se si considera che, nello stesso modo in cui la *pignoris capio* (concernente in ogni caso rapporti estranei al diritto privato) non era una *legis actio* esecutiva come la *manus iniectio*, ma uno strumento processuale *sui generis* di coercizione a carico del debitore inadempiente, così anche il *pignus* privatistico non fu in origine un mezzo di soddisfazione del creditore re insoddisfatto, ma piuttosto un mezzo di coazione psicologica sul debitore inadempiente affinché adempia» (A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, Milano, 1976, 141 s.). Anche P. FREZZA, *Le garanzie reali*, cit., 82 ss., si dimostra particolarmente scettico verso la tesi del regime commissorio, reputandola appoggiata su fragili osservazioni di comparazione giuridica e su considerazioni di storia economica; l'autore oltre a riferirsi, al pari del Biscardi al funzionamento della forma di esecuzione patrimoniale coatta attuata mediante *pignoris capio* reputa: «a) che certamente in età storica il regime commissorio tanto della fiducia quanto del pegno è un regime che si instaura unicamente per patto espresso: nessuna traccia storica è dunque visibile della supposta spontanea struttura commissoria delle origini; b) che gli istituti della *impetratio possessionis* (per la fiducia) e della *impetratio domini* (per il pegno), i quali provvedono, nel diritto dell'età imperiale, a porre termine allo stato di incertezza che viene a determinarsi in mancanza sia di esercizio della facoltà di vendita, sia della *lex commissoria*, non sembrano conciliabili colla supposta originaria struttura commissoria di questi istituti».

⁴⁰ A. MANIGK, voce *pignus*, cit., c. 1240.

to di garanzia reale avente per oggetto solamente cose mobili da trasferirsi immediatamente al creditore, imponendosi altresì «als Gegenstand zu erfassen, durch dessen realen Wert ein bestehendes Recht gesichert wird, d.h. als Garantiemittel, andererseits als das damit gegebene Rechtsverhältnis»⁴¹, meglio si comprenderebbero passi come quello di Ulpiano secondo cui *pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*⁴², o quello – per vero più problematico – di Marciano ove si trova scritto che *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*⁴³. La maggior parte dei classici, insomma, non faceva distinzione alcuna delle due tipologie di garanzia reale, rimanendo in numerosissimi testi il classico *pignus* quale parola ricomprendente «Besitz- und das Besitzlose Pfand»⁴⁴: non pochi passi infatti, presumibilmente anche oggetto di interpolazione, laddove secondo la istituzionale distinzione terminologica avrebbero dovuto presentare la parola grecizzante *hypotheca*, contengono invece il latino *pignus*: segno tutto ciò che o la distinzione non era stata fatta propria dai classici, ovvero che questi ultimi non la applicavano, o non la ritenevano, pur conoscendola, opportuna⁴⁵.

⁴¹ A. MANIGK, voce *pignus*, cit., c. 1241.

⁴² Ulp. 40 *ad Sab.* D. 12.7.1 pr.

⁴³ Marcian. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.1.5.1.

⁴⁴ A. MANIGK, voce *pignus*, cit., c. 1241.

⁴⁵ D. 12.7.1.1; D. 12.7.11.3; D. 12.7.12; D. 20.1.13 pr.; D. 20.1.29.2; D. 20.6.8.12. Il vocabolo *pignus*, invero, poteva attenersi ora al negozio ora all'oggetto del rapporto, indipendentemente dalla specifica forma

Quanto all'introduzione nel vocabolario giuridico romano della traslitterazione e latinizzazione *hypotheca*, onde significare l'istituto del *pignus conventum*, ben ci si potrebbe porre le seguenti domande: perché la giurisprudenza romana ha fatto proprio, sistematicamente, un termine di origine straniera? Può questo fatto essere chiamato in causa come prova di un'influenza greca nel regime pignoratizio romano? È verisimile, poi, ipotizzare una capillare interpolazione da parte dei compilatori giustiniani ogniqualvolta il termine in questione si presenti in un testo classico?

Ora, il fatto, di per sé solo considerato, che numerose sono le fonti attestanti l'uso del sostantivo *hypotheca* non è di certo invocabile (come faceva – impressionato dalla terminologia – un autore del calibro del Dernburg⁴⁶), per soste-

che nel singolo caso concreto assumeva (*datio pignoris / conventio pignoris*) nelle seguenti perifrasi: *pignori/pignus obligare* (D. 20.2.10); *pignori/pignus ponere* (D. 12.7.27; D. 12.6.36); *pignori accipere, pignus capere* (D. 20.1.19 D. 20.1.24 D. 12.1.28); *pignori contrahere, contractus pignoris, obligatio pignoris contrahitur, ius pignoris contrahitur* (D. 13.7.39 D. 20.1.3 pr.; D. 20.4.3.2; D. 27.9.3.1); *pignoris iure* D. 20.3.1.2. In secondo luogo *pignus* viene ad assumere, prevalentemente, in senso restrittivo solo la connotazione originaria di *datio pignoris*, ossia di pegno con immediata *traditio* della *possessio* al creditore, non solo nei casi in cui si accosta anteticamente al vocabolo *hypotheca* all'espressione *conventio pignoris* o alle perifrasi col verbo *convenire* od *obligare* ma anche nelle locuzioni: *pignori dare; pignori tradere* (D. 13.6.5.12; D. 13.7.1.2; D. 13.7.11.7). Si nota che in D. 18.4.22 *pignus* assume il significato di diritto di ritenzione.

⁴⁶ H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Recht*, I, Leipzig, 1860, 67: «zu einem großer Theil wurde aber gewiss die Idee, dass der bloße Vertrag ein dingliches Pfandrecht erzeuge, dadurch gefordert, dass bei den griechischen Nationen das

nere l'origine greca, ma neppure per patrocinare la causa degli influssi: basti pensare che è unicamente a partire da quasi quattro secoli più tardi dell'età di Catone che il vocabolo compare epidemicamente negli scritti dei giureconsulti.

D'altro canto, affermare, come fa il Rabel⁴⁷, che da sé sola la parola *hypotheca* non è considerabile quale elemento sufficiente per giustificare la tesi degli *emprunts*, non significa affatto che aprioristicamente debbano escludersi questi ultimi ad opera di molteplici canali di penetrazione di 'prassi

bloße Vertragspfand anerkannt und im häufigsten gebrauch war. Schon der äußere Umstand, dass in unserer Materie die Worte *hypotheca*, *hyperocha*, *antichresis* eingebürgert wurden, scheint mir von der stetigen Einwirkung des griechischen Pfandrechts auf das römische Zeugnis zu geben; noch weit entscheidender aber spricht die Natur der Verhältnisse. Wenn wir bei den Griechen das bloße Vertragspfand seit Jahrhunderten ausgebildet finden so dass das Contrahiren einer Forderung ohne hypothekarische Sicherheit dort zu den Ausnahmen gehörte, wenn wir damit zusammenhalten, dass bei den Römern das Vertragspfand erst seit dem vermehrten Verkehr mit den Griechen und dem steigenden Einfluss hellenischen Wesens rechtliche Anerkennung fand, so ist die Annahme der Einwirkung des Rechts des Nachbarvolts fast unabweisbar». L'osservazione della terminologia, che il Manigk definì «äußerliche» (A. MANIGK, voce *hypotheca*, in *RE*, IX, Stuttgart - Weimar, 1916, 346), da parte del Dernburg quale supporto per sostenere «die griechische Ursprung» dell'ipoteca, fu criticata già nella monografia di J.J. BACHOFEN, *Das Pfandrecht*, cit., 633. Invero la tesi di Dernburg rimase dominante sino alla fine del XX secolo, seguita, tra gli altri, da N. HERZEN, *Origine*, cit., 7 ss., e da M. VOIGT, *Das 'pignus' der Römer*, Leipzig, 1888, 234.

⁴⁷ E. RABEL, *Real Securities in Roman Law*, in *Seminar*, I, 1943, 45.

greche' (soprattutto ove i rapporti, culturali, commerciali, economici, e perché no, giuridici, tra Occidente ed Oriente si andarono ad intensificare progressivamente): e ciò mi sembra sostenibile alla luce di quelle anomalie sistematiche (come la qualificazione delittuosa dell'alienazione *a debitore* della *res alii obligata*) che paiono non genuinamente romane e stridono con quei principi di cui, invece, è possibile tracciare, con limpidezza, il percorso evolutivo per farli emergere da un coerente sostrato di matrice squisitamente romana (come la concettualizzazione del pegno quale *ius in re* e il fisiologico diritto di sequela).

Quanto alla questione della interpolazione, la teoria del Fehr⁴⁸ secondo cui tutti i testi del Digesto ove è dato rinvenire il sostantivo *hypotheca* o l'aggettivo *hypothecarius* sarebbero stati oggetto di una massiccia alterazione da parte dei giustinianeï, già al tempo dei fasti dell'interpolazionismo stesso, era stata invincibilmente scalzata dalle serrate argomentazioni sia di Manigk⁴⁹ che di Ermann⁵⁰. A riguardo, può esser sufficiente rammentare quanto segue. Anzitutto, atteso che la terminologia grecizzante in questione si trova impiegata per la prima volta in Giuliano, mentre tutti gli autori precedenti (quali Nerva, Labeone, Octaviano, Proculo, Celso), seppur impegnati in trattazioni afferenti il medesimo

⁴⁸ M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom Römischen Pfandrecht in der Klass. Zeit*, Upsala, 1910, 47; L. MITTEIS, *Neue Urkunden*, in *ZSS*, XXXI, 1910, 489; R. SOHM, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1908, 461; E. ALBERTARIO, *Il pegno della superficie*, Pavia, 1911, 4 e nt. 1.

⁴⁹ A. MANIGK, voce *hypotheca*, cit., c. 343 ss., 364 ss.

⁵⁰ H. ERMANN, 'Pignus Hypothecave', in *Mélanges Girard*, I, Paris, 1912, 419.

istituto, sembrano evitare accuratamente l'uso del sostantivo *hypotheca* (recepito *in toto* nel vocabolario della giurisprudenza romana solo con Gaio)⁵¹, è giocoforza ritenere che la tesi della 'mano compilatoria' è destinata a cadere sia dinanzi all'obiezione secondo cui i giustinianeî – per conseguire lo scopo – avrebbero preferibilmente utilizzato altri sistemi come l'iscrizione della parola incriminata nelle *sedes materiae* (D. 13.7; D. 20, D. 48.32), come è accaduto nei frammenti di Ulpiano, Pomponio, Paolo, Marciano in relazione all'istituto della *fiducia*⁵², sia dinanzi a quella secondo cui la commissione di Triboniano non avrebbe certamente risparmiato i giuristi più antichi di Giuliano⁵³, e taluni a quest'ultimo successivi⁵⁴. In secondo luogo, contro la tesi della totale interpolazione si impone inesorabilmente la considerazione che numerosi testi, pur essendo generalmente riconosciuti come fortemente manomessi dai compilatori, tramandano la parola *pignus*, quasi questa avesse sfidato la pressante tendenza 'emblematica'. Da ultimo, posto che solo i 'contenuti' di uno scritto giurisprudenziale sono suscettibili di invecchiare e di essere, pertanto, oggetto di menda formale volta

⁵¹ A. MANIGK, voce *hypotheca*, cit., c. 388.

⁵² Cfr. A. MANIGK, voce *hypotheca*, cit., c. 387 il quale nota come in tutto il titolo relativo al diritto pignoratizio, *hypotheca* si trova solo una volta e in ben 22 giuristi manca del tutto.

⁵³ Di certo sarebbero stati interpolati i seguenti passi, se la tesi di Fehr fosse corretta: D. 20.6.14; D. 20.4.13; D. 46.3.69.

⁵⁴ Vd., paradigmaticamente, D. 13.7.18.3; D. 20.1.9.1; D. 21.2.65; D. 20.1.16.8.

ad adattarli alle esigenze del presente – laddove non lo sono i titoli dei *iura* classici – non ci si può non chiedere per quale motivo i giustinianeî avrebbero mutato il titolo delle monografie (*libri singulares*) di Gaio, di Marciano e di Paolo *ad formulam hypothecariam*, dando loro un nome che, ricordando la *formula*, si riconnetteva all’ormai sepolto processo classico⁵⁵.

A tal riguardo, suggestiva è stata la oramai attempata soluzione avanzata dall’Ermann: secondo lo studioso, nei tre *libri singulares* concernenti la formula ipotecaria (così come in altri autori posteriori quali Scevola e Papiniano), il sostantivo *hypotheca* altro non sarebbe che «ein Fremdwort»⁵⁶,

⁵⁵ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, 263 s., nt. 1; A. MANIGK, voce *hypotheca*, cit., c. 387 ss.; F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad f.b. und die Hypothekrezeption*, Leipzig, 1917, *passim*. Ammettere una soluzione di tal fatta, in consentaneità col pensiero di Fehr, mi sembra privo di ogni coerenza e razionalità anche perché negli stessi *Scolia Sinaitica* (5 Z. 1) l’opera di Marciano viene denominata in modo corrispondente all’originale (*l.s. ad formulam hypothecariam*).

⁵⁶ H. ERMANN, ‘*Pignus Hypothecave*’, cit., 432 s.: «Hypothek war also für Gaius und seine Nachahmer ein Fremdwort, eine lateinisch geschriebene ὑποθήκη. Hat er da etwa den ganzen Doppelausdruck *pignus hypothecave* einen griechisch üblichen ἐνέχυρον-ὑποθήκη entlehnt? Nein, denn diese Doppelwendung findet sich erst in byzantinischer Zeit, ist also nicht das Vorbild des lateinischen *pignus hypothecave*, sondern im Gegenteil dessen Übersetzung». ID., ‘*Pignus Hypothecave*’, cit., 438: «Ihre Pfänder waren griechisch bestellt worden und die – selbstverständlich ausgestellten - Urkunden lauteten auf ὑποτίθεσθαι, ὑποθήκαι wie die bei Scaevola uns erhaltenen. Daher sprechen sie von *hypotheca*, *hypothecaria*, u.s.w. Aber zugleich wissen sie auch, dass die Römer für die gleiche Sache einen anderen Namen haben: *pignus*, und so setzen sie in der Anfrage an den *consultus* meist gleich beide

ossia, fondamentalmente, «eine griechische bestellte Hypothek» (come parafrasa il Manigk⁵⁷) che, tuttavia, dai Romani dell'età classica fu trattata come *pignus* secondo il concetto di *ius gentium* di cui all'esordio dei commentari gaiani⁵⁸. Di contro, il vocabolo *hypotheca*, in un secondo gruppo di scritti (principalmente i testi dei giuristi dell'età dei Severi, quali Papiniano e Ulpiano, oltre che nei *rescripta* della cancelleria imperiale di quei tempi) avrebbe assunto il significato di «römischen Pfand»: infatti, mentre i tre monografi avevano scritto per i provinciali greco-orientali, sarebbe stato un circolo di lettori romani il primo destinatario delle opere in cui *hypotheca* assumeva connotati essenzialmente romani ma formalmente stranieri⁵⁹.

Ausdrucke: *pignus sive hypotheca*. *pignus* wie es bei Römern, *hypotheca*, wie es bei uns in der Provinz heißt.

⁵⁷ A. MANIGK, voce *hypotheca*, cit., c. 404.

⁵⁸ H. ERMANN, *Pignus Hypothecave*, cit., 446: «*Hypotheca* war also für Marcian ganz wie für Gaius und Paulus das griechische Pfand, die ὑποθήκη, und in seiner Monographie versichert er den Provinzialen, dieser und jener Satz, wie Juristen und Kaiser ihn für das *pignus* herausgearbeitet hatten gälte genau so auch für ihre ὑποθήκη. Das lag ja schon in dem Buchtitel: *formula hypothecaria* für die auf *pignus* abgestellte *Serviana*; aber es ausdrücklich auszusprechen, war bei einem so folgenschweren Satz nur gut und so prägte er das berühmte Wort: *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Der Klang des Namens ist verschieden: *pignus* lateinisch, *hypotheca* griechisch!».

⁵⁹ H. ERMANN, *Pignus Hypothecave*, cit., 447: «in genau derselben Richtung bewegen sich nun auch die Juristen der Severe, unter Führung Papinians, der ja selbst auf griechisch über römisches Recht geschriftstellert hatte und Ulpian aus dem graekosyrischen Tyrus. Behandeln

Il sostantivo *hypotheca* non è una inserzione bizantina: i classici, a partire da Giuliano, lo impiegavano nei loro scritti e ne facevano altresì oggetto di trattazioni monografiche. Ciò detto, non è ipotizzabile che non solo interferenze formali, ma pure influssi di carattere sostanziale, abbiano giocato un ruolo di considerevole importanza nel campo delle garanzie reali romane, in virtù di un processo osmotico che ha reso più fluidi e intensi i contatti tra Roma e Atene (nonché, ovviamente, i figli di Atene, quale il mondo greco-egizio)? Possibile, per riprendere e modificare la metafora del Finley⁶⁰, che l'esperienza giuridica ellenica sia stata, nei confronti del diritto di Roma, non «stepchild» ma «wife»? Alcuni elementi, sintomo di una incoerenza sistematica, potrebbero indurre l'interprete a pensare in questo modo.

A fronte del riconoscimento di una tutela processuale *erga omnes* a mezzo dell'*actio Serviana* e *quasi Serviana* o *hypothecaria*⁶¹, è *communis opinio* che il pegno già dall'età classica si at-

sie auch die *hypotheca* nicht monographisch, so tun sie, was die Monographen - selbst der späte Marcian - vermieden, und gebrauchen das griechische Wort in ihre gewöhnlichen, dem römischen Leserkreise bestimmten Schriften. Bei Papinian und Ulpian findet sich *hypotheca* nicht bloß, wie bei Scaevola, als griechischer Ausdruck von Konsulenten, sondern im Munde der Juristen selbst. Und ganz ebenso in den von ihnen beeinflussten Reskripten der Severer».

⁶⁰ M.I. FINLEY, *Ancient History. Evidence and Models*, London, 1985, 99.

⁶¹ Tale azione rappresenta una estensione della originaria *actio Serviana* (predisposta solo a favore del proprietario del fondo per il pagamento del canone); vd. P. FREZZA, *Le garanzie reali*, cit., 327 ss.; F. LA ROSA, *La protezione interdittale del 'pignus' e l'actio Serviana*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milano, 312 ss.; A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 152 ss.; N. HERZEN, *Origine*, cit., 160 ss.; G. HANARD, *Interdit Salvien et action Servienne*.

teggiasse non a semplice ‘garanzia reale’ ma a ‘diritto reale limitato di garanzia’⁶², sicché la *res alii obligata* rimaneva su-

La genese de l'hypothèque romaine, in *RIDA*, XLI, 1994, 249. Cfr., altresì, A. WATSON, ‘*Actio Serviana*’ and ‘*actio hypothecaria*’ (a conjecture,) in *SDHI*, XXVII, 1961, 356 ss., il quale suggerisce che «the *actio Serviana* lay only against the debtor, the *actio hypothecaria*, or *quasi Serviana*, against anyone else, but the jurists distinguished these only when not dealing *ex professo* with pledge». Quanto alla tutela dell’*interdictum Salvianum* (interdetto concesso in favore del creditore *dominus fundi* al fine di ottenere il possesso degli *invecta et illata* del colono allontanati dal fondo) per la problematica relativa alla sua legittimazione passiva, e più precisamente in afferenza alla questione se «fut-il donné *in rem*» o «seulement contre le fermier resté en possession des biens qu’il avait engagés», vd. proficuamente G. HANARD, *Interdit Salvien*, cit., 240.

⁶² «Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht» afferma categoricamente il Dernburg nell’*incipit* del paragrafo dedicato al «Charakter des Pfandrechts» delle sue Pandette (H. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin, 1911, 480, § 225). Secondo il grande pandettista le conseguenze immediate del carattere reale del diritto sono fundamentalmente riassumibili in due punti: in primo luogo, «die Pfandsache bleibt dem Pfandgläubiger, jedes Eigentumswechsels ungeachtet, verhasst: es macht hierbei keinen Unterschied, ob der spätere Eigentümer sein Recht vom Verpfänder herleitet, oder ob er das Eigentumsrecht originär, etwa durch Ersitzung erwarb»; in secondo luogo, «das einmal begründete Pfandrecht geht späteren Pfandrechten vor. Es hat auch die Priorität vor dinglichen rechten anderer Art, die nach ihm entstehen, z.B. einem Nießbrauch, einer Grund-gerechtigkeit» (ID., *Pandekten*, I, cit., 480 s., § 225). Vero è, però, che già sommi autori del secolo XIX hanno contrastato il carattere reale del pegno: alcuni l’hanno concepito come un diritto di credito «gegenüber der Sache selbst» (K. BUECHEL, *Zivilrechtliche Erörterungen*, I, Marburg, 1832, 2); altri, invece, co-

scettibile, nonostante il vincolo costituito a favore del creditore, di essere oggetto di atti dispositivi da parte del debitore che, per l'appunto, ne rimaneva il solo proprietario (ferma restando, di poi, la priorità temporale/poziorità giuridica del pegno rispetto a vincoli successivi, quali pegni ulteriori o diritti reali di *species* differente). Contro tale assetto intrinsecamente coerente e armonioso – il pegno rimane oggetto di proprietà del debitore ipotecante; il debitore ipotecante ha potere dispositivo sulla *res obligata*; il creditore è ammesso a perseguire *erga omnes* la *res obligata* –, si pone la presenza, come già ho detto, sicuramente anomala e di uno stridore acuto nel sistema del diritto pignoratizio romano, di alcuni passi che attestano l'operatività di un divieto di alienazione accanto al suaccennato principio: si tratta, anzitutto, di quel «tormentatissimo»⁶³ frammento del *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Marciano, contenuto in D. 20.5.7.2. Frammento in cui alla seguente domanda: '*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*', si ri-

me un diritto di credito «gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Objekts» (V. VON MEIBOM, *Das mecklenburgische Hypothekenrecht*, Leipzig, 1889, § 5; vd., inoltre, V. EHRENBURG, *Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht*, Jena, 1880, 434). Credono nella non classicità della natura reale del pegno: G. LA PIRA, *La struttura classica della 'datio pignoris'*, in *Studi Cammeo*, II, Padova, 1932, 1 ss.; ID., *La struttura classica della 'conventio pignoris'*, in *Studi Senesi*, LXVII, 1933, 61 ss.; S. PIETRINI, *A proposito della protezione del creditore pignoratizio*, in *Iura*, LIII, 2002, 144 ss.

⁶³ R. DE RUGGIERO, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano*, Cagliari, 1910, 61.

sponde, inconsuetamente, *‘et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur’*⁶⁴.

⁶⁴ Sono note le dispute secolari tra i romanisti suscitate dal frammento di Marciano. Gli stessi glossatori erano stati assai impressionati dalla unicità del principio giuridico consacrato nel pensiero del giurista ed elevato a legge sotto Giustiniano. Gravi, a quanto risulta, furono le diatribe tra Bartolo e Baldo sul valore da attribuire al testo del frammento (Ant. Fabri. *De erroribus pragmaticorum*, I, 325): Bartolo in persona si recò a Pisa insieme ad Accursio che, secondo la *lectio Haloandrina*, leggeva *‘nullam esse pactionem ut venditioni stetur’* al fine di controllare il testo della Fiorentina (Ant. Augustini. *Lib IV emendationum* cap. 17, tom. IV, *Thes. iur. Rom. Otton.*, 1554). Il Fabro ha un atteggiamento insicuro: ora attribuisce il testo a Marciano, ora teme un errore nei manoscritti proponendo la lettura *‘ne liceat debitoris’*, ora fiuta la mano dei compilatori definendo il frammento *‘Triboniano dignior quam iureconsulto’* e dichiara: *‘etsi nos Bartoli sententiam magis probavimus d.err. 4 decad.6 cum quid iam tum nobis videretur, aperte scribere non omnino auderemus’*. Infine conclude sulla interpolazione: *‘melius ergo est ut Triboniano adscribantur (scilicet verba) cui solemne est, inutile est supervacuas quaestiones prudentum responsis interserere, et ad eas male ac per ambage set circuitus respondere. Hoc vero facilius credent ii, quibus persuasum erit, eiusdem Triboniani manu et insctia corruptum esse aliud Marciani responsum quod extat eiusdem legis parag .praeced.’* (Ant. Fabri, *De erroribus pragmaticorum*, I, 68, 325; II, 516 ss.). Il Cuiacio (Cuiaci *Opera*, Venetiis, 1758, T. IX. C. 213) spiega il passo come senza alcun emendamento e il Donello (*Comm. ad l. 135, 3 De de verbor. obl.*) si professa a favore della lettura accursiana, mentre Giano da Costa correggeva con *‘si pactum sit a debitore ne liceat creditori etc’* (Commentar. ad tit. Institut. *‘quid alienare licet vel non, par. I’*). F. Hotman, invece, sosteneva *‘nullam esse rationem ut pactioni stetur’* (Hotomani *Tractatus de Pignoribus*, cap. V), mentre il Gotofredo (*Animadversion. iuris civilis* cap. XIV, in *Thes. iuris. Rom.*, 302) rifiutava qualsivoglia correzione formale

Tra gli esponenti della dottrina tedesca del XIX sec., c'è stato chi ha insinuato che il frammento fosse connotato da un antichissimo errore di un copista⁶⁵; c'è chi lo ha letto *'si pactum sit a debitore ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus ... nullam esse pactionem ut venditioni stetur'*⁶⁶; chi, infine, ha reputato che il frammento dovesse essere conservato, *sic et simpliciter*, senza reputare intervenute mende formali successive che ne avessero corrotto l'originale stesura⁶⁷. Quanto alla dottrina italiana, secondo il Lusignani⁶⁸ il passo sarebbe

del testo. Allo stesso modo si espresse G. Steck (*Vindicat. Legum anticriticar.* Cap. XIV, Thes. Otton. Tom. I, 524) insieme al Brunneman (*Comm. in pandectas*, ad h.l.). Il Droz (*De apicibus iuris*, II, 109) negava ogni emendazione ma interpretava il testo comunque nel senso che il patto non poteva avere alcuna efficacia giuridica, intendendo che non è concepibile una vendita in cui possa esser produttivo di effetti tale *pactum*.

⁶⁵ J. KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, Jena, 1882, 63.

⁶⁶ G.F. PUCHTA, *Kursus der Institutionen*, II, Leipzig, 1841, 218, nt. 1.

⁶⁷ C.F.F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, I, Leipzig, 1844, 401, nt. 16.

⁶⁸ L. LUSIGNANI, *Interpretazione del fr. 7. 2. D. de distr. pign. 20, 5*, in *BIDR*, XI, 1898, 29: «che infatti il fr 7 par. 2 D. de dist. pign. sia stato alterato nella compilazione pare a noi fuor di dubbio». Secondo l'autore si possono addurre ragioni e sostanziali e formali a sostegno di siffatta posizione. *In primis* la decisione armonizza colla tendenza giustiniana di dare efficacia reale ai patti liberamente conclusi come testimonia la revoca reale nelle sue forme di *modus adiettizio* alle *donationes*, di *lex commissoria*, di *addictio in diem* (a ciò si aggiunga la conferma in D. 8.4.1.13. e in C. 5.54.9). Quanto alle ragioni formali «la mano dei compilatori si rileva in primo luogo per la prolissità del dettato. Posta la questione così: *'Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit'* per qual necessità e a quale scopo soggiungere tosto: *'et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideo-*

corrotto nel *responsum*: secondo l'autore, infatti, Marciano avrebbe dichiarato la vendita valida, a prescindere dal divieto, mentre Giustiniano avrebbe conformato la risposta in senso diametralmente antitetico, ampliando il campo dei divieti di alienazione e delle restrizioni al diritto di proprietà: «il fr. 7 par. 2 D. *de distr. pign.* non può dunque essere genuino» s'è scritto, giacché «probabilmente Marciano, posta la questione così '*quaeritur si pactum sit a creditore ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris est*', sentenziava senz'altro: la vendita è valida ugualmente»⁶⁹. Il De Ruggiero, aderendo pienamente alla ricostruzione del Lusignani, senza esitazione definiva detta congettura «fondata e preferibile ad ogni altra più o meno arbitraria mutazione del testo»⁷⁰, laddove il Burdese, pur ritenendo che «assai probabilmente il giurista classico aveva dinanzi un caso di diritto greco o comunque un patto il cui uso proveniva da influenze orientali», concludeva nel senso che «la soluzione positiva che

que veniri possit ? del resto si noti: il *talis* non nel senso di *eiusmodi* comune allo stile dei compilatori; il *veniri* invece di venire che è già passivo; e l'assoluta mancanza di soggetto nella proposizione '*ideoque veniri possit*'; *veniri* che cosa? Grammaticalmente il riferimento sarebbe a *pactio*! Ancora: '*et certum est*' ; ma se è principio incontroverso di diritto che il patto valga e la vendita sia nulla, a che le accennate premesse? In realtà *certum est, verius est, dubitandum est non, indubitati iuris est*, e simili, sono le frasi preferite dai compilatori per troncicare una controversia» (L. LUSIGNANI, *Interpretazione, cit.*, 30 s.).

⁶⁹ L. LUSIGNANI, *Interpretazione, cit.*, 31.

⁷⁰ R. DE RUGGIERO, *Il divieto, cit.*, 9.

ammette la validità della *pactio ne liceat debitori pignus vendere* è ... sicuramente spuria»⁷¹.

Questo è quanto: ma a mente delle considerazioni di carattere terminologico del Dernburg, nonché dell'ipotesi avanzata dall'Ermann quanto al significato di '*formula hypothecaria*', contenuta nel titolo dell'opera monografica di Marciano, e quanto ai destinatari di detta opera, possono invocarsi, invece, appigli – se non testuali, almeno storici e di carattere generale – per far propendere per una genuinità, e quindi per una sostanziale disarmonia, della soluzione prospettata, senza ricorrere al comodo argomento della mano di Triboniano? La risposta, ovviamente, non può che essere subordinata al riscontro – eventuale – del fatto che nel mondo giuridico greco sia dato rinvenire una prassi che ammetta un 'divieto convenzionale ad efficacia reale', comportante la nullità dell'alienazione posta in essere dal debitore ipotecante a spregio di un '*pactum ne liceat vendere*'.

Peraltro, la incompatibilità tra la natura reale del pegno e la validità (se non anche la teorica ammissibilità) del *pactum* di divieto testé descritto, non è la sola distonia rinvenibile nel diritto pignoratorio romano: come conciliare, infatti, i passi nei quali l'alienazione della *res alii obligata* integra gli estremi di un illecito civile (*delictum*) perseguibile mediante *actio furti*⁷², con la libera disponibilità di cui s'è detto godere, *iure dominicali*, il debitore ipotecario?

⁷¹ A. BURDESE, *La 'lex commissoria'*, cit., 220.

⁷² Il *furtum pignoris* è stato oggetto di importanti e numerosi studi a partire dal 1970 sino ai primi anni '80: J.A.C. THOMAS, *Furtum pignoris*, in TR, XXXVIII, 1970, 135 ss.; ID., *Furtum Pignoris: a Commentary*, in

Basti considerare, per comprendere la problematica *de qua* in tutta la sua portata, anzitutto, quel celebre frammento di Ulpiano, Ulp. 40 *ad Sab. D.* 47.2.19.6, ove leggiamo che *'furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Iulianus scripsit'*. Il testo, a parte talune mende di carattere puramente formale, mi pare sostanzialmente genuino (con la conseguente necessaria esclusione di una creazione giustiniana del principio)⁷³, sicché

Studi Sanfilippo, I, Milano, 1982, 587 ss.; F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 23 ss.; M. KASER, *'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae'*, in *ZSS*, XCIX, 1982, 249 ss.; ID., *Studien zum römischen Pfandrecht*, in *TR*, XLIV, 1976, 233 ss.; ID., *Studien zum römischen Pfandrecht II: 'Actio pigneraticia' und 'actio fiduciae'*, in *TR*, XLVII, 1979, 195 ss.; ID., *Besitzpfand und besitzloses Pfand*, in *SDHI*, XLV, 1979, 1 ss. (contributi riediti in *Studien zum römischen Pfandrecht. Neudrucke mit Nachträge des Verfassers*, Napoli, 1982); H. ANKUM, *'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae' im klassischen römischen Recht*, I e II, in *RIDA*, XXVI, 1979, 127 ss., e in *RIDA*, XXVII, 1980, 95 ss.; ID., *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi Biscardi*, IV, Milano, 1983, 587 ss.; ID., *'Furtum pignoris' dans le text d'Ulpian, D. 47,2,12,2*, in *BIDR*, XC, 169 ss.; J.J. VAN DEN BERGH, *'Custodia' and 'furtum pignoris'*, in *Studi Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 603 ss.

⁷³ Cfr., in tema, il fondamentale P.V. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1915, 560. *Sive tenenti* è da considerarsi insitico e del tutto inutile risulta la proposizione *nam et-constat* così come non troppo elegante è l'ipotetica *'si eo tempore abstulerit quo non possidebat'*. Non mi pare, invece, eccessivamente sorprendente l'uso 'non proprio' del verbo *auferte* (cfr. B. ALBANESE, *La nozione del 'fur-*

già Ulpiano, corroborato dalla determinante autorità di Giuliano, in buona sostanza, affermava essere furto l'atto del debitore che si determini a *rem pigneratam vendere*. Che si tratti, questa, di una posizione caratteristica di Giuliano, *auctor intellectualis* della singolare soluzione⁷⁴, o che il giurista adria-

tum da Nerazio a Marciano, in *AUPA*, XXV, 1957, 110): se in una trentina di testi il verbo latino *dare* significa semplicemente 'costituire' (*scilicet*: una ipoteca) e non consegnare manualmente, così come *accipere* oltre al significato primo di 'prendere', 'ricevere in mano', è suscettibile di un senso traslato in relazione ad un *pignus conventum* (cfr. S. PIETRINI, *A proposito della protezione*, cit., 155), non vedo cosa vi possa essere d'ostacolo al considerare 'auferre' non in senso fisico, ma traslato, onde tradurlo non con 'strappar via' (materialmente, con vie di fatto, la *res* stessa) ma con 'sottrarre' (*scilicet*: la possibilità di trovar soddisfazione nella *res obligata*). Quanto poi alla mancanza di un soggetto della voce verbale '*possidebat*' e all'incertezza equivoca dell'esempio, non mi sembrano elementi sufficienti per poter supporre una pesante intromissione della mano dei compilatori: innanzitutto mi sembra più che agevole comprendere chi sia il soggetto, anche se non esplicitato; in secondo luogo, pur mancando una spiegazione formale, altrettanto pacifico mi pare il fatto che l'esempio si riferisca ad una *conventio pignoris* data la connessione formale e concettuale di '*verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat*' con '*ut puta si rem pigneratam vendidit. Rebus sic stantibus*', si potrebbe suggerire la seguente traduzione del passo, espungendo *sive tenenti* e *nam scripsit* e intendendo *abstulerit* nel senso appena indicato: Ulp. 40 *ad Sab.* D. 47.2.9.6: «È evidente che il proprietario non commette furto solamente quando sottrae al suo creditore il pegno mentre questo ne è in possesso, ma anche nell'ipotesi in cui, possedendo il pegno lui stesso e non il creditore, priva questo ultimo della possibilità di soddisfarsi sulla cosa pignorata, come quando la abbia venduta».

⁷⁴ Cfr. B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 111; H. ANKUM, '*Furtum pignoris*' dans le text d'Ulpian, cit., 175.

neo venga citato da Ulpiano solamente per la sua illustre fama mi sembra non si possa stabilire con certezza matematica, anche se altri passi mi inducono a preferire nettamente la prima delle due opzioni: in Paul. 7 *ad Plant.* D. 47.2.67 pr., infatti, troviamo scritto che *si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat*⁷⁵; così, nel problematico D. 47.2.12.2, Ulpiano ci rende edotti del fatto che viene integrata la fattispecie delittuosa del *furtum pignoris* non solo qualora un terzo sottragga la *res obligata* che si trova presso il debitore, ma anche qualora il debitore stesso alieni la *res* che si trova presso di lui *iure pignoris* (*non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem*), tale ultima soluzione trovando suffragio sempre nell'autorità del giurista adrianeo (*et ita Iulianus scripsit*)⁷⁶.

⁷⁵ Senza troppe pretese di precisione filologica, credo corretto ricostruire, se non formalmente, almeno sostanzialmente, come segue il passo in questione (atteso che, all'evidenza, qui *dare* non può significare consegnare materialmente): se colui che ha costituito pegno (meglio: ipoteca), obbligandosi con una *specialis pactio* su un bene (*scilicet*: di sua proprietà), lo abbia venduto, commette furto, anche se ne è il proprietario; colui che ha dato al creditore una *res* a titolo di pegno, commette furto nell'ipotesi in cui gliela sottragga, essendo stata a lui la cosa consegnata. Cfr., in tema, B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 112. Vd., inoltre, C. 7.26.6 (Imperator Philippus): *Cum sit probatum rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi.*

⁷⁶ Il passo in questione secondo le correzioni di H. ANKUM, *'Furtum pignoris' dans le text d'Ulpian*, cit., 175 ss., correrebbe nel seguente mo-

do: Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.12.2: *Sed et si res pignori [data] <obligata> sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut [non] <idem> teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et iulianus saepissime scripsit.* Quanto all'espunzione di *non*, mi pare non si profilino particolari problemi. Sofferamoci un momento, invece, sulla prima sostituzione e sulla questione della qualificazione giuridica delle fattispecie involte. Il fatto che con l'espressione *res pignori data* Ulpiano si volesse riferire a una ipoteca e non a un pegno manuale mi pare chiaro, a prescindere dalla terminologia impiegata (ineluttabile l'impiego di *dare!*), se si prende in esame il fatto che il giurista nella proposizione principale affermi '*creditori quoque damus furti actionem*', ossia che legittimato attivo all'azione è – oltre al debitore – 'anche' il creditore: Ulpiano non poteva che avere in mente, *in primis*, l'ipotesi in cui fosse stato un terzo a sottrarre furtivamente la cosa costituita a garanzia di un credito e rimasta presso il debitore; ossia, il giurista severiano non poteva che riferirsi a una ipotesi in cui i classici concedevano non solo al debitore ma anche (*quoque*) al creditore l'esperibilità dell'*actio furti* (cfr. D. 47.2.49 pr.; D. 47.2.46.4), come corrobora la perifrasi *ideo autem datur utrique*; tutto ciò, di contro, sarebbe impensabile nel caso in cui avessimo a che fare con una *datio pignoris*, giacché, qui, in caso di sottrazione il solo legittimato era il creditore (cfr. D. 47.2.15 pr.). Di poi, la circostanza che venga richiamata, in tal contesto, l'autorità di Giuliano (*et ita Iulianus scripsit*), come accade per il passo paolino di D. 47.2.67 pr. e per l'altro, sempre di Ulpiano, contenuto in D. 47.2.19.6, onde supportare la tesi per cui l'azione di furto è concessa *non solum adversus extraneum ... verum et contra ipsum quoque dominum*, mi pare significativo indizio del fatto che il giurista non volesse affatto riferirsi all'ipotesi – direi banale – di una sottrazione furtiva da parte

Ai nostri fini, comunque, ciò che conta è rilevare che, in un modo o nell'altro, nel diritto romano (già a far tempo dalla prima metà del II sec. d.C.) si è delineato, con forza sempre più incalzante, un principio che, se da un lato è conforme a quel «*Sicherungsinteresse* ... à la base du droit de pouvoir intenter l'*actio furti*»⁷⁷, attribuendosi al creditore la legittimazione attiva all'*actio* or ora citata, dall'altro appare 'anomalo' e di difficile conciliazione con il *ius sequelae* a favore del creditore pignoratizio, in quanto presuppone l'esistenza di una norma di diritto positivo tesa a sanzionare penalmente la disponibilità *e latere debitoris* della *res alii obligata*. Anzi, a far tempo dalla seconda metà del II secolo d.C., è addirittura la repressione criminale ad essere chiamata in causa: secondo Ulpiano, infatti, nel *crimen stellionatus* – figura approssimativamente riconducibile alla nostra truffa – incorreva con maggior frequenza chi, a seguito della costituzione ipotecaria di

del debitore di una *res tradita* al creditore *iure pignoris*, bensì sentisse l'esigenza di chiamare in causa, con il suo prestigio, Giuliano in quanto egli – come abbiamo appreso – per primo aveva considerato furto la vendita di *res alii obligata* da parte del debitore. Sulla base di tali dati, nonché a mente del fatto che l'espressione *dare pignus* si rinviene in più di trenta casi in relazione ad ipotesi di garanzia reale senza originario spossessamento debitorio (cfr. M. KASER, *Besitzpfand*, cit., 6, nt. 18), credo preferibile lasciare il congiuntivo perfetto passivo del verbo *dare* – *data sit* – piuttosto che correggere in *[data] <obligata> sit*, senza che ciò comporti un'obliterazione del passo tra le fonti attestanti, su spinta di Giuliano, l'integrazione di *furtum hypothecae* mediante distrazione debitoria.

⁷⁷ H. ANKUM, *Furtum pignoris' dans le text d'Ulpian*, cit., 175.

una *res* oggetto del proprio *dominium* in favore di un creditore, ne disponesse o a titolo di vendita, o di permuta, ovvero di dazione in pagamento (*maxime ... si quis forte rem alii obligatam ... alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit*), tenendo dolosamente all'oscuro l'avente causa dell'esistenza del pregresso vincolo di garanzia reale (*dissimulata obligatione per calliditatem*): e, in dette ipotesi, momento consumativo del reato era l'istante in cui l'atto di disposizione veniva posto in essere ledendo così gli interessi protetti, vale a dire sia il bisogno di sicurezza del credito (in relazione al creditore garantito dalla *conventio*, pregiudicato dal comportamento del debitore), sia l'aspettativa alla correttezza negoziale in senso lato (di cui il terzo contraente o creditore era portatore), sicché ad essere offesi dallo *stellionatus*, in buona sostanza, erano tanto il creditore pignoratizio quanto il terzo contraente (o creditore⁷⁸).

⁷⁸ Cfr. per l'integrazione del *crimen stellionatus*: Ulp. 8 *de off. procons.* D. 47.20.31: *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aequè stellionatus reus erit. item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.* Ulpiano dopo aver indicato la spettanza della *accusatio stellionatus* alla *cognitio* straordinaria del governatore della provincia senatoria (nel senso che la repressione del reato non era instaurabile *ex officio*) si cimenta nella definizione della fattispecie criminosa in oggetto (sussidiaria, veniamo a sapere, come il *dolus* nel diritto privato). Questo *crimen* si concretava, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, in una con-

dotta materiale commissiva, idonea (nel suo polimorfismo) a procurare al soggetto attivo un vantaggio economico nonché lesiva dell'aspettativa alla correttezza nei negozi giuridici attinenti al patrimonio; sotto il profilo soggettivo, invece, esso necessitava di un dolo, di un artificioso raggirio qualificato. Rappresentato il carattere doloso e sussidiario della figura, nel periodare ulpiano si rinviene la proposizione di carattere generale '*maxime autem in his locis locum habet*', cui fa seguito una elencazione di varie fattispecie che, nonostante differiscano in relazione al loro specifico modo di atteggiarsi in concreto, vengono trattate unitariamente quali atti di disposizione della *res alii obligata* (cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., 77 ss.). Quanto al concorso tra furto e stellionato, va messo in luce che secondo D. 47.2.19.6 e D. 47.2.67 pr., per sussumere nell'orbita del *furtum* la *venditio* della *res obligata* non era minimamente rilevante la dissimulazione al compratore della previa *hypotheca* gravante sulla merce. La conseguenza diretta di tale circostanza mi par essere che nel caso di dissimulazione dolosa del vincolo ipotecario il debitore sarebbe stato perseguibile, *in primis*, per stellionato (a partire dalla seconda metà del II sec. d.C.), sulla base della *accusatio* dello stesso creditore garantito o dell'acquirente – e ciò quanto ai profili criminalistici della condotta in questione –; in secondo luogo, per furto, su impulso del solo creditore – e ciò quanto ai rilievi penal-privatistici – (cfr., utilmente, M. BALZARINI, *In tema di repressione 'extra ordinem' del furto nel diritto classico*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 5 ss.): mi sembra impossibile qui invocare la natura sussidiaria del *crimen stellionatus* (da concepirsi solamente in funzione di una esclusione della imputabilità per siffatto reato nel caso in cui un più specifico *crimen* fosse suscettibile di configurarsi), attesa altresì in materia la ammissibilità di una doppia responsabilità, e di diritto criminale e di diritto privato (l'azione penale o contrattuale era, infatti, esperibile nei confronti del reo, come testimoniano alcuni casi tipizzati dalle fonti: cfr. L. PELLICCIARI, *Ricerche sul 'crimen stellionatus'*, Carpi, 1983, 60 ss.). A ciò va comunque aggiunto che a partire dai tempi di Giuliano al derubato, in caso di furto non qualificato, era rimessa la scelta tra azione penale privata (*actio furti*) e, mediante *accusatio*, la

Non resta che appurare, forti sia delle suggestioni terminologiche suscitate dal massiccio impiego nei *Digesta* del sostantivo *hypotheca* sia degli stridori di regime verificati nel regime pignoratizio romano, come erano valutati in Grecia antica gli atti posti in essere del debitore sui cd. ὑποκείμενα, onde poter corroborare l'ipotizzata esistenza di legami, interferenze o, comunque, parallelismi tra le anomalie romane e le regole greche in materia di convenzioni dirette a ὑποτιθέναι.

3. Il diritto pignoratizio attico alla luce delle moderne teoriche ricostruttive

Insorto un rapporto obbligatorio tra due parti, oggi come nell'antichità, non è affatto inusuale che, vuoi su richiesta del creditore, vuoi su proposta del debitore, quest'ultimo garantisca l'adempimento della prestazione dovuta o fornendo una terza persona (che assicuri così la *solutio* con la propria persona o col proprio patrimonio), vuoi fornendo una cosa, mobile o immobile: donde la fondamentale dicotomia tra garanzia personale – come quella romana, più antica, dei *vades*, *praedes* e *sponsores*⁷⁹ o quella greca dell'ἔγγυητής⁸⁰ – e

repressione criminale straordinaria (cfr., contro questa ricostruzione, G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, II.14, 1982, 775): e in questo caso sì, giusta la sussidiarietà, delle due (*crimen furti* - *crimen stellionatus*) l'una.

⁷⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 58 ss.

⁸⁰ Cfr., paradigmaticamente, A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 61 ss. e ntt. 83 ss.

garanzia reale del credito⁸¹. Anzi, ad onor del vero, secondo la nota visione di L. Gernet, addirittura, il contratto primitivo del mondo greco non sarebbe affatto consistito in un accordo, ma esclusivamente nella soggezione o di persone o di beni al potere del creditore cui, in caso di mancato adempimento, sarebbe stato concesso di soddisfarsi sulle une o sugli altri: esso, in altre parole, avrebbe avuto la forma di una garanzia o personale o reale⁸².

Con esclusivo riguardo a quest'ultima categoria, si può notare che già la prassi neo-babilonese aveva riconosciuto una figura generale, menzionata nelle fonti cuneiformi col termine 'maskeānu', entro la quale rientravano sia specie caratterizzate dall'originario spossessamento del debitore, sia quelle connotate da una momentanea permanenza della cosa presso il debitore;⁸³ e così, nel mondo egizio, da un lato, la celebre 'Storia dell'oasita eloquente', testimonia l'impiego del pegno manuale come strumento di coazione

⁸¹ Vero è, peraltro, che, a titolo di esempio, il diritto di Gortina testimonia pure un *tertium genus*, quello cioè per cui il debitore costituisce sé stesso *iure pignoris* quale κατακείμενος a favore del creditore καταθέμενος (cfr. Gort. 41.5.4-7): cfr., per tutti, J. DAVIES, *The Laws of Gortyn*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *The Cambridge Companion*, cit., 324 s.; non sarebbe forse troppo ardito, d'altronde, vedere nel *nexus* dei primordi romani, se *vades* e *sponsors* erano 'eterogaranti', una figura di 'autogarante', o meglio di un debitore che si auto-pignorava.

⁸² L. GERNET, *Sur la notion de jugement*, in ID., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, 78 ss.

⁸³ Cfr. H. PETSCHOW, *Neubabylonisches Pfandrecht*, Berlin, 1956, 52 ss.

psicologica ai fini dell'adempimento⁸⁴, dall'altro, Erodoto racconta, col suo consueto e spiccato gusto per l'aneddoto – tuttavia, nel caso concreto, culturalmente non verisimile – della pratica egizia di dare a pegno la mummia del proprio padre⁸⁵. Non da meno, il sistema ateniese 'classico' ci fornisce sia nelle fonti letterarie⁸⁶, sia in quelle epigrafiche⁸⁷, esempi di garanzia reale con o senza spossessamento debitorio.

Prima di inoltrarci nella 'perigliosa selva' della terminologia greca in tema di cd. diritto pignoratizio⁸⁸ e di soffermarci in una sua valutazione, conviene muovere, onde meglio dominare la complessità e spesso l'aleatorietà della materia in esame (in cui paiono essere ben pochi i sicuri

⁸⁴ Cfr. N. SHUPAK, *A New Source for the Study of the Judiciary and Law of Ancient Egypt: 'The Tale of the Eloquent Peasant'*, in *JNES*, LI.1, 1992, 1 ss.

⁸⁵ Her. 2.136.

⁸⁶ Cfr., paradigmaticamente, Dem., XXXIII, *Contra Apaturium*; Dem., XXXVII, *Contra Pantaenetum*.

⁸⁷ Vd. J.V.A. FINE, 'Horoí'. *Studies in Mortgage, Real Security and Land Tenure in Ancient Athens*, in *Hesperia*, Supp. 9, Athens - Baltimore, 1951, 10 ss., 41 ss.

⁸⁸ Come del resto accade in ogni altro settore del diritto greco, anche quello delle garanzie reali si caratterizza, per l'appunto, per una evidente e gravemente problematica assenza di precisione e univocità nella terminologia, colla conseguenza che «this makes difficult to mark in a sharp outline, as we should like, the distinction between the various kinds of real security» (A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, *Property*, Oxford, 1971, 254). Sulle aporie terminologiche vd. M.I. FINLEY, *Studies in Land and Credit in Ancient Athens, 500-200 B.C.*, New Brunswick, 1951, 8, 30 ss., ma soprattutto E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale? The Riddle of Athenian Terminology for Real Securities Revisited*, in *CQ*, XXXVIII, 1988, 351 ss.

punti di appoggio), da una disamina delle teorie che si sono avvicendate, lungo il secolo scorso, sino ai nostri giorni.

Anzitutto, secondo la visione tradizionale, riconosciuta all'oggi come *communis opinio*⁸⁹, i principali istituti di cui nelle fonti si fa menzione, con riguardo precipuo al diritto dell'Atene degli oratori, sarebbero i tre seguenti: ἐνέχυρον ὑποθήκη e πρᾶσις ἐπὶ λύσει. E, per riprendere il passo fondamentale dell'imprescindibile trattazione di Hitzig – la prima e sola monografia ad oggi esistente sul tema –, «das griechische Recht weist drei Erscheinungsformen des Pfandrechts auf: ἐνέχυρον ist Faustpfand, ὑποθήκη Hypothek, der Unterschied zwischen beiden der, dass bei dem Faustpfand der Besitz der verpfändeten Sache sofort auf den Gläubiger übergeht, während bei der Hypothek der Gläubiger lediglich das Recht erhält, sich bei Verfall der Forderung ohne weiteres in den Besitz der Sache zu setzen, neben diese beiden uns heute geläufigen Formen tritt als dritte die πρᾶσις ἐπὶ λύσει»⁹⁰. Le influenze terminologiche e concettuali della dommatica romanistica, nel breve passo appena citato, si fanno più che mai evidenti: come Roma conosceva quale pegno manuale (*Faustpfand*) il *pignus datum*, Atene impiegava il cd. ἐνέχυρον⁹¹; se

⁸⁹ Cfr. H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, München, 1895, 1 ss.; L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, III, Paris, 1897, 252 ss.; D. PAPPOULIAS, Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια κατὰ τὸ Ἑλληνικὸν καὶ Ῥωμαικὸν δίκαιον, Leipzig, 1909; A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 219 ss.; R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 129 ss.

⁹⁰ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 1.

⁹¹ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 94 ss.

la terminologia della *iuris prudentia* si avvaleva della locuzione *pignus conventum* per indicare la garanzia reale senza spossessamento originario del debitore, gli oratori attici (ma anche le fonti epigrafiche⁹² e papirologiche⁹³) avrebbero impiegato il sostantivo ὑποθήκη ovvero verbi ad esso corradicali⁹⁴; se, infine, la più rudimentale e antica forma di garanzia romana era la *fiducia* (con trapasso a mezzo di *mancipatio* o di *in iure cessio* del dominio quiritario *pro creditore*), il diritto ateniese riconosceva una vendita ‘fiduciaria’ (meglio: con patto di riscatto o retrovendita) denominata *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*⁹⁵.

Vero è, peraltro, che, entro la cornice ‘tricotomica’ della tesi del *Verfallpfand* (ossia dell’inerenza al regime pignoratizio della *lex commissoria*), promossa da Hitzig e fatta propria, tra gli altri, da Beauchet,⁹⁶ si profilava, con indubbia nitidezza, il distacco dell’ipoteca greca da quella dell’ordinamento romano, sia per la sua struttura intrinseca sia per i suoi caratteri ulteriori distintivi: così era opinione consolidata presso i sostenitori del sistema hitziano quella della impossibilità di confondere le due figure anche quando «nei tempi più tardi e sul suolo d’Egitto ove più intensi e frequenti s’ebbero i contatti tra Roma e la Grecia, maggiori furono le influenze reciproche tra i due istituti»⁹⁷. L’ipoteca greca, si diceva, era nata quale *datio in solutum* preventiva e

⁹² Cfr. J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 36 s.; 61 ss.

⁹³ Per queste ultime, vd. A. MANIGK, *Gräko-ägyptische Pfandrecht*, cit., 273 ss.

⁹⁴ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 81 ss.

⁹⁵ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 73 ss.; 105 ss.

⁹⁶ L. BEAUCHET, *Histoire*, III, cit., 262 ss.

⁹⁷ R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 5.

condizionata e si era sviluppata, storicamente, mantenendo questo suo carattere originale e originario. Essa, in altre parole, si sarebbe risolta in un ‘sostitutivo del credito’ offerto dal debitore in via preventiva, a soluzione del rapporto, per l’ipotesi in cui l’interesse creditorio non avesse trovato oggettivamente e/o temporalmente piena soddisfazione⁹⁸.

Hitzig, del resto, rammentando un interessante passo di Demostene (*Contra Timotheum*, 11) e richiamando l’uso frequente nelle fonti dei verbi δανείζειν ἐπὶ ed ἐνοφείλεσθαι, concisamente illustrava il nucleo del suo pensiero nei seguenti termini: «der Schuldner bleibt Eigentümer; er behält Besitz und Genuss der Sache; der Gläubiger hat nur das Recht, bei Verfall auf die Sache zu greifen; der Schuldner schuldet auf die Sache, die Sache ist verschuldet, belastet»⁹⁹. E un epigono di Hitzig, il Costa, non aveva dubbi a riguardo, sostenendo, in tema di ipoteca, quanto segue: «essa conferisce al debitore la facoltà o di pagare o di lasciare che il creditore si appropri la cosa su cui grava, attribuisce senz’altro al creditore insoddisfatto la proprietà della cosa ed importa corrispondentemente l’estinzione di ogni azione pel credito»¹⁰⁰.

⁹⁸ A questa posizione si è contrapposto U.E. PAOLI, *Ipoteca e ἀποτίμημα nel diritto attico*, in *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930, 143 ss.

⁹⁹ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 108; cfr., altresì, L. BEAUCHET, *Histoire*, III, cit., 252.

¹⁰⁰ E. COSTA, *Dell’ipoteca greco-egizia*, in *Memorie della R. Accad. di Bologna*, Ser. I, II, 1907-1908, 220. Così, secondo R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 6 s., si inquadrebbero con più compiutezza, negli atti di costituzione d’ipoteca le reiterate clausole che conferiscono al creditore ri-

Secondo la *Verfallpfand-Theorie*, nella sua più rigorosa e meno duttile impostazione, quindi, se il debitore non aveva soddisfatto il creditore entro lo scadere del termine pattuito, il creditore si impossessava mediante ἐμβάτευσις e acquistava la proprietà degli ὑποκείμενα¹⁰¹: «wird der Gläubiger an der Embateusis gehindert oder wird ihm nach vollzogener Embateusis der Besitz wieder entrissen so steht ihm die δίκη ἐξούλης zu»¹⁰²; attesa la funzione solutoria dell'ipoteca, i-

masto insoddisfatto il diritto di impadronirsi della *res alii obligata* senza che siano necessari ulteriori atti traslativi della proprietà da parte del debitore. Di qui, inoltre, il ripetersi della clausola con cui si pone a carico del debitore l'onere dell'*interitus rei* e si dichiara il debitore obbligato a soddisfare per intero il credito nonostante il perimento o il deterioramento dei beni. Di qui, poi, la prassi, invero assai limitata e comunque contraria al diritto, di costituire una seconda ipoteca su beni che già erano sottoposti ad un primo vincolo.

¹⁰¹ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 81: «der Schuldner bleibt vorläufig im Besitz des Pfandobjekts; erst im Moment der Fälligkeit der Forderung wird der Schuldner ὑπερήμερος der Gläubiger setzt sich ohne weiteres in den Besitz des Pfandobjekts; er bedarf dazu keiner gerichtlichen Ermächtigung; diese Besitzergreifung heißt technisch ἐμβάτευσις ἐμβάτεια ἐμβαίνειν = *ingredi in possessionem*; sie kommt nicht nur in Attika vor, sondern scheint gemeingriechisches Recht zu sein».

¹⁰² H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 82. I passi citati per supportare la tesi del *Verfallpfand* sono i seguenti: Dem., XXXII, *Contra Zenothemidem*, 14 (Ἐπειδὴ τοίνυν ἀφίκετο δεῦρο τὸ πλοῖον, γνόντων τῶν Κεφαλλήνων ἀντιπράττοντος τούτου, ὅθεν ἐξέπλευσε τὸ πλοῖον, ἐνταῦθα καὶ καταπλεῖν αὐτό, τὴν μὲν ναῦν οἱ ἐπὶ τῇ νηὶ δεδανεικότες ἐνθὲνδ' εὐθέως εἶχον, τὸν δὲ σῆτον ὁ ἡγορακῶς εἶχεν· ἦν δ' οὗτος ὁ ἡμῖν τὰ χρήματ' ὀφείλων); Dem., XLIX, *Contra Timotheum*, 11 (μὲν γὰρ οὐσία ὑπόχρεως ἦν ἅπασα, καὶ ὅροι αὐτῆς ἔστασαν, καὶ ἄλλοι ἐκράτουν· ὁ μὲν ἐν πεδίῳ ἀγρὸς ἀποτίμημα τῷ παιδί τῷ

noltre, il creditore non aveva il diritto di escutere τὸ ἐλλείπον (la differenza valoristica)¹⁰³ dal debitore e quest'ultimo, specularmente, non aveva alcun diritto alla *hyperocha* (vale a dire 'il di più' che dalla vendita avrebbe ottenuto, rispetto all'ammontare del credito).

Εὐμηλίδου καθειστήκει, ἐξήκοντα δὲ τριηράρχοις τοῖς συνεκπλεύσασιν αὐτῶ ἐπτά μνῶν ἐκάστῳ ἢ ἄλλη οὐσία ὑπέκειτο, ἄς οὗτος αὐτοὺς στρατηγῶν ἠνάγκασε τοῖς ναύταις τροφήν διαδοῦναι); Dem., XXXVII, *Contra Pantaenetum*, 10 (πειδὴ τοίνυν ἀφικόμην σχεδόν τι πάντ' ἀπολωλεκῶς ὅς' ἔχων ἐξέπλευσα, ἀκούσας καὶ καταλαβῶν τοῦτον μὲν ἀφεστηκότα, τὸν δ' Εὐεργον ἔχοντα καὶ κρατοῦνθ' ὧν ἐωνήμεθα, θουμασῶς ὡς ἐλυπήθην, ὁρῶν τὸ πρᾶγμα μοι περιεστηκὸς εἰς ἄτοπον); vd., altresì, IG, II, 1139 e IG, II, 1140. Secondo l'autore, infatti, tutte le testimonianze or ora citate indicherebbero a mezzo del verbo ἔχειν (in una, eventualmente con κρατεῖν) la proprietà che il creditore ha acquistato a seguito della ἐμβάτευσις (presa di possesso), quale effetto dell'inadempimento debitorio (ad esse, pelatro, Hitzig aggiunge la celebre legge di Efeso – Syll.³ 364 – nonché Dem., XXXI, *Contra Onetorem*, 26-27). Su dette fonti cfr., per una puntualissima critica, U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 151 ss.; nonché, soprattutto con riguardo all'interpretazione della perifrasi 'ἃ ἔχει θέμενος ... παρὰ Ἐξακέστου', di IG, XII, 7, 55, vd. E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 364 e nt. 58, che intende l'espressione non come Paoli «ha in possesso avendolo preso in pegno» o come Hitzig «ha in proprietà in seguito a scadenza dell'ipoteca», ma «has received as security», in quanto ἔχει fungerebbe solo da ausiliare e non sarebbe, pertanto, un predicato verbale a sé.

¹⁰³ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 87: «der Verkauf erfolgt im Interesse des Gläubigers zur Ermittlung des ἐλλεῖπον nicht des zu viel, sondern des zu wenig; für das ἐλλεῖπον soll der Gläubiger trotz Realisierung des Pfandrechts Gläubiger bleiben und es wird ihm hierfür ein Pfändungsrecht zugesichert».

Contro la dottrina hitzigiana, si schierarono energicamente il Pappoulias¹⁰⁴ e, prima di lui, il Dareste¹⁰⁵. Quest'ultimo, infatti, era insorto contro l'interpretazione del *Verfallpfand*, sostenendo che ipoteca greca e romana si erano formate e sviluppate allo stesso modo, producendo sempre il medesimo effetto (pur fatte salve alcune diversità di carattere secondario ed accessorio). Se nel sistema hitzigiano del *Pfandrecht* «l'hypothèque grecque aurait été non un droit de gage, mais un droit de propriété, à la différence de l'hypothèque romaine qui n'aurait jamais été qu'un droit de gage, d'où il suivrait que l'hypothèque romaine, malgré son nom grec, serait essentiellement différente de l'hypothèque grecque et n'aurait pas été empruntée par le droit romain au droit grec»¹⁰⁶, invero, ad avviso dell'insigne studioso, «l'hypothèque grecque et l'hypothèque romaine se sont formées et développées de la même manière, que si elles présentent quelques différences, c'est sur des points secondaires et accessoires comme le mode de la publicité»: ossia, in breve, «à Athènes et à Rome l'institution produisait le même effet»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ D. PAPPOULIAS, Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια, cit., *passim*.

¹⁰⁵ R. DARESTE, *Notes sur l'hypothèque en droit grec*, in NRHD, XXXII, 1908, 639 ss.; vd., altresì H. LEWALD, *Beiträge zur Kenntniss des römischen ägyptischen Grundbuchsrechts*, Leipzig, 1909, *passim*.

¹⁰⁶ R. DARESTE, *Notes sur l'hypothèque*, cit., 639.

¹⁰⁷ R. DARESTE, *Notes sur l'hypothèque*, cit., 648. Vedi, a titolo paradigmatico, il seguente passo gaiano, richiamato dallo studioso francese: Gai 2.62-64: *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. Nam dotale praedium maritus inuita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamuis ipsius sit uel mancipatum ei dotis causa uel in iure cessum uel usucaptum. quod quidem ius u-*

Tale effetto fondamentale, per il Daresté, sarebbe stato sempre la messa in vendita della cosa ipotecata quale mezzo per far conseguire al creditore quanto gli spettava qualora il debitore si fosse reso insolvente¹⁰⁸: nell'ipotesi in cui il debitore non avesse soddisfatto il credito entro il termine stabilito, il creditore doveva necessariamente porre in vendita la cosa e se la somma che risultava dalla vendita fosse stata maggiore del valore dell'oggetto dell'obbligazione, il creditore era tenuto a ritornare la *hyperocha* al debitore; se, invece, quanto ricavato fosse stato inferiore al valore del dovuto egli aveva il diritto di escutere dal debitore la differenza. Vero è, d'altra parte, che se i postulati della teoria hitzigiana si basavano quasi esclusivamente su fonti classiche (a prescindere dalla correttezza dell'*interpretatio*), il *punctum dolens* dell'intera costruzione di Daresté e di Pappoulias, come già metteva in risalto il De Ruggiero¹⁰⁹ (e, successivamente, il

trum ad Italica tantum praedia an etiam ad prouincialia pertineat, dubitatur. Ex diuerso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator [versus dimidius legi nequit] est; item creditor pignus ex pactione, quamuis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo uideatur fieri, quod uoluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus uendere, si pecunia non soluatur.

¹⁰⁸ R. DARESTE, *Notes sur l'hypothèque*, cit., 647: «a défaut de paiement le débiteur devra la moitié en sus et la créance hypothécaire sera mise en adjudication».

¹⁰⁹ R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 1 ss.

Paoli¹¹⁰) era dato dall'invocare pressoché solamente fonti ellenistiche¹¹¹.

Senza troppe originalità, si è posto poi l'ambizioso lavoro di J.V.A. Fine sui cd. *horoi* (ossia «mortgage stones»), ove s'è dato vita a una complessa teorica fondata sempre sulla tradizionale distinzione tra *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* e *ὑποθήκη*. Quanto alla prima, l'autore riteneva che con essa «since the debtor immediately lost title to the ownership of the security, he could not contract a second mortgage on it»¹¹². Quanto alla seconda, egli era dell'opinione che il debitore continuasse ad essere il proprietario possessore degli *ὑποκείμενα* e che «he was able to borrow further on the ὄσω ἄξιον πλείονος»¹¹³, citan-

¹¹⁰ U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 147 ss. Non esporrò in questo paragrafo in modo sistematico il pensiero del grande pioniere degli studi giuristici italiani, nella convinzione che esso si appaleserà, comunque, dal resto dello scritto.

¹¹¹ Cfr. R. DARESTE, *Notes sur l'hypothèque*, cit., 642 ss.; D. PAPPOULIAS, Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια, cit., 144, 149 ss., 163. Taluni dei passi citati, in effetti, testimoniano la valorizzazione del pegno e l'autorizzazione alla vendita, come il testo del decreto del senato e del popolo di Delfo o come la legge di Efeso (Syll.³ 364); altri, invece, come Dem. *Contra Aphobum* II, 18, parrebbero invece escludere il *ius vendendi* in quanto, ad esempio, l'espressione *τὰ περιόντα* non indicherebbe, come vuole il Pappoulias, il surplus da restituire al debitore *post venditum pignus*, ma il complesso dei beni di Demostene non pignorati.

¹¹² J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 93 s.; 155. Secondo E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 354 contro l'affermazione di Fine si porrebbe la testimonianza dell'iscrizione di Theosebes (M. CROSBY, *Greek Inscriptions*, in *Hesperia*, X, 1941, 14) ove comparirebbero successive vendite in funzione di garanzia sul medesimo bene.

¹¹³ J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 94.

dosi, peraltro, a suffragio di ciò, solamente un passo che (come Harris ha ben messo in luce) può essere preso in considerazione, al più, «to indicate that the debtor did not have right to contract additional loans on a property once it had already been pledged as security»¹¹⁴.

Inoltre il Fine, sulla base di argomentazioni di carattere generale (come quella secondo cui negli ordinamenti primitivi è concesso al creditore maggior protezione) e di comparazione giuridica (evidente, seppur adombrata, è l'influenza del diritto romano), piuttosto che sulla base di spiegazioni supportate da precise risultanze, concludeva che la vendita ἐπὶ λύσει doveva essere stata, senza ombra di dubbio, la forma più risalente di garanzia: «as Athenian legal ideas matured and as the distinction between ownership and possession became better defined, objections must have arisen – at least among the debtor class – against the , because in that transaction ownership of the security, with or without actual possession, was transferred to the creditor»¹¹⁵.

¹¹⁴ E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 353 s. e ntt. 9 ss.

¹¹⁵ J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 93. Ad avviso di E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 354 s. «the evidence we have does not support such a sequence of development» e «if anything, it suggests that *hypothekē* came first, since the terminology associated with form of securities is found as early as 378/377, while the earliest dated *Horoi* using language of *praxis epi lysei* come from the archonship of Praxibulus (315/14). Vero è, peraltro, che se J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 92, non ha torto là dove afferma che «it is certainly hazardous to claim without question as a hypothec contract referred to by the verbs ὑποτιθέναι or ὑποκεῖσθαι» e che «the possibility must not be excluded that these verbs might have merely a general meaning, signifying

Diversa – eccezion fatta per gli indefettibili punti di partenza – la soluzione prospettata da M.I. Finley: ad avviso dell'autore, infatti, le garanzie reali dell'Atene classica (così come del diritto ellenistico), avrebbero – ma, ancora una volta, la soluzione non è affatto nuova – una 'natura solutoria sostitutiva', in quanto, a prescindere dalla forma di volta in volta assunta, in ipotesi di inadempimento, comunque, «creditors take the security as forfeit». Così, per Finley, da un lato, la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* non sarebbe – diversamente da quanto reputava Fine – una vera e propria vendita («its outward form», scriveva lo storico, «is sale, the essence hypothecation»)¹¹⁶; dall'altro, adducendo che solo 8 *horoi* su 102 relativi alla *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* presentano un esplicito riferimento allo strumento contrattuale, laddove ben 5 su 10 *horoi* contrassegnanti una *ὑποθήκη* fanno menzione a una *συνθήκη*, questa seconda forma di garanzia reale si atteggierebbe a mezzo «more flexible» e pertanto più facilmente accomodabile «to special terms and conditions», spiegandosi,

any type of contract I which real security was involved», allora, non mi pare pertinente la retorica domanda posta dallo stesso Harris: «yet if this were so, how can Fine determine when these verbs refer to *hypotheke* and when they do not?» (E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 356). La risposta è semplice, e non mina il postulato precedente di Fine: solo dalla fortuna di trovare appigli testuali nell'uno o nell'altro senso. Per ulteriori rilievi critici alla costruzione di Fine, cfr. L. GERNET, 'Horoi', in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze, 1955, 345 ss.; P.C. MILLET, *The Attic 'Horoi' Revisited in the Light of Recent Discoveries*, in *Opus*, I, 1982, 219 ss.

¹¹⁶ M.I. FINLEY, *Studies*, cit., 35.

in tal modo, «the more frequent need to commit the agreement to writing»¹¹⁷.

Stando alla rassegna degli autori il cui pensiero sin qui è stato compendiato per sommi capi, non molto di nuovo, in verità, è stato detto dal finire del secolo diciannovesimo: le diverse ricostruzioni (vedi quella di Pappoulas, di De Ruggiero, di Fine o di Finley), infatti, altro non sono che varianti sul tema, presentando unicamente marginali sfumature differenziali rispetto alle due fondamentali e originarie teorie proposte in materia: l'una, quella della ipoteca quale *datio in solutum* preventiva e condizionata (la cui paternità va attribuita al grande pioniere degli studi sul *Pfandrecht* attico, H.F. HITZIG), l'altra, quella, per così dire, 'filoromanistica', della ipoteca intesa come garanzia tesa ad assicurare al creditore la soddisfazione della sua pretesa attraverso la valorizzazione (patrocinata, di contro, dall'illustre storico del diritto ed epigrafista R. Dareste).

Tra le voci fuori dal coro – a prescindere, per ora, dal pensiero di U.E. Paoli – si mette in luce per la raffinata ardi-

¹¹⁷ M.I. FINLEY, *Studies*, cit., 24. Detta spiegazione, invero, come ha sottolineato S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1992, 254, è troppo indeterminata per permettere un'progressione delle nostre conoscenze, né permette, sostanzialmente di operare una netta o comunque intellegibile distinzione tra le due figure. Incisivo, sul punto, anche E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 356: «that does not get us very far. We are told that *hypothekē* and *praxis epi lysei* are both types of hypothecation, differing in form; but how did these differences in form affect the creditor and the borrower?».

tezza che ne connota lo studio, E.M. Harris¹¹⁸, il quale in uno scritto pubblicato sul finire degli anni ottanta, impiegando quale grimaldello unicamente una spassionata e incondizionata rilettura delle fonti, ha forzato la gabbia della tradizione, sovvertendo potentemente il sistema pignoratorio ateniese classico, per come fino ad allora era stato inteso.

La tesi di Harris è tanto ‘affascinante’ quanto ‘radicale’: se non la ho fraintesa nella sua essenza, allora, per l’autore non sarebbe esistito un vero e proprio ‘diritto pignoratorio ateniese’, ma sarebbe dato rinvenire, in detto campo, una sorta di ‘anomia’ – per ricordare San Paolo – o, se si vuole, di ‘anarchia’ – per ricordare Bakunin –. A signoreggiare sarebbe stata la ‘retorica’ delle parti litiganti, e l’*interpretatio*, ora del soggetto attivo ora di quello passivo del rapporto obbligatorio, avrebbe rappresentato la sola ‘caotica’ misura della disciplina concretamente applicabile: se, per usare le parole dello studioso, «previously it was believed that the Athenians had at least two forms of hypothecation, one in which the borrower retained ownership of the security, the other where the creditor gained ownership», l’idea innovativa di cui lo stesso si fa araldo è quella secondo cui «the Athenians did not have two or more forms of security, but essentially one type of security where the borrower and the creditor each considered himself the owner of the security»¹¹⁹.

Così, per fare un esempio, tra i tanti, da una iscrizione amorgina (Syll.³ 1200) apprendiamo che Nicerato, per un prestito di 5000 dracme, ἀπέδετο ... ἐπὶ λύσει a Ctesifonte

¹¹⁸ E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 351 ss.

¹¹⁹ E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 370.

tre immobili dei quali l'uno egli aveva acquistato da un uomo di nome Ischirione, l'altro aveva ereditato insieme con il fratello, l'altro ancora egli aveva ricevuto *iure pignoris* da un certo Esacesto. Ora, secondo la tesi di Harris, Nicerato «treats the property of Exacestus as if it were his own and uses it as security for a loan from Ctesiphon»: ma ciò non perché la forma di pignoramento ottenuta da Esacesto sia, sostanzialmente, una vendita con patto di riscatto (e non una ipoteca), ma solo perché sarebbe nel suo interesse – egli deve fornire in pegno dei beni a Ctesifonte per ottenere da lui un mutuo! – considerare come oggetto di proprietà ἄ ἔχει θέμενος ... παρὰ Ἐξακέστου.

Di contro, nell'orazione demostenica *Contra Lacritum*, si apprende che Androcle e Nausicrate avevano dato a mutuo ad Artemone e ad Apollodoro tremila dracme ottenendo a garanzia un cargo marittimo di tremila giare di vino: i due debitori, inoltre, si erano impegnati contrattualmente a non costituire ulteriori vincoli ipotecari sui beni a garanzia del credito ottenuto. Così, secondo Harris, è vero che «if the creditors Androcles and Nausicrates could be regarded as the owners of the security, it would not have been possible for Artemo and Apollodorus to contract further loans on the cargo since they no longer owned it»¹²⁰, ma altrettanto vero è che «in similar fashion it was in the interest of the debtor to regard the security as remaining in his ownership»¹²¹.

¹²⁰ E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 366.

¹²¹ E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 367.

Insomma, secondo l'autore, la risposta alla domanda «who owned the security?» (*rectius*: 'che tipo di garanzia è stata costituita a favore del creditore: una vendita, o un pegno con o senza spossessamento debitorio?', chi, tra debitore e creditore, può disporre degli ὑποκείμενα?') non sarebbe stata fornita *a priori* dal diritto attico classico: detto interrogativo avrebbe trovato appagamento, invece, nei principi 'nebulosi' della retorica e dell'utilitarismo, in quanto, se «there was no legally prescribed method of resolving the question» allora è giocoforza ritenere che «each person naturally tended to answer it in the way which was most advantageous to himself»¹²².

La provocatoria soluzione di Harris ci ha condotto, in parte, allo stesso tormentato campo da cui, dopo le premesse iniziali, avevamo preso le mosse: ovverosia quello della libera disponibilità *e latere debitoris* delle *res alii obligatae* (per dirla alla latina) o degli ὑποκείμενα (per dirla alla greca): non ci resta che vedere quale sia stato, effettivamente, nel *Pfandrecht* attico, il ruolo della retorica e del principio dell'utilitarismo (e, quindi, appurare se Harris abbia ragione nel sostenere che essi – retorica ed utilitarismo – pervadevano in via esclusiva la totalità di *subiecta materia*), ovvero quanto abbiano rilevato eventuali norme di diritto positivo atte a disciplinare, non dico esaustivamente, ma anche solo per principi, gli atti posti in essere dal debitore 'ipotecante' *tout court*. Ma ciò, previa una avvertenza generale: se il motore di propulsione della ricerca di Harris è il termine *ownership*, io cercherò accuratamente di evitare di parlare di un

¹²² E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 367.

‘diritto assoluto reale di proprietà’ (o diritto dominicale, o *dominium*), concentrandomi, invece, sulla operatività nonché sulle limitazioni del principio sancente la libera disponibilità debitoria sull’oggetto della garanzia (principio che, comunque, è innegabile si atteggi a sintomo esplicito di ciò che, giusta la nostra tradizione e giusta il nostro armamentario tecnico, non abbiamo timore a chiamare ‘proprietà’)¹²³.

4. *Il possesso degli ὑποκείμενα e la terminologia greca nelle fonti letterarie*

La precarietà della terminologia greca nel campo delle garanzie reali, così puntualmente evidenziata da Harris, ma prima di lui dallo stesso Finley, se da un lato è un ostacolo spesso insormontabile ai fini di determinare chi tra il creditore e il debitore sia il proprietario della cosa *lato sensu* pignorata (talché Harris ha evocativamente parlato di «riddle» e ha concluso per una sostanziale indifferenziazione degli

¹²³ Non va sottaciuto che «nell’ambito dell’esperienza greca il diritto di proprietà – che rimase sempre strettamente legato al possesso, onde si può qualificare come un possesso conforme al diritto – restasse un concetto eminentemente relativo, come dimostra chiaramente l’esame dei mezzi processuali che tutelavano il proprietario» (A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 177). Del resto, lo stesso Pringsheim strenuo sostenitore della presenza nella coscienza giuridica greca di una radicale distinzione del concetto di proprietà da quello di possesso, affermava «the question is not: had the Greeks the conception of *dominium*?, but what their own concept?» (F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, 9 s.).

istituti), di inferiore intralcio essa è per un altro scopo, sicuramente meno gravoso, ma, ai fini del nostro studio, non meno vitale: quello della determinazione della parte del rapporto obbligatorio presso cui si trovano gli ὑποκείμενα. Qualche esempio della prima (A: possesso *ab origine* del creditore) e della seconda tipologia (B: possesso del creditore differito) non può che essere di aiuto, anche in ordine a meglio comprendere la magmaticità del lessico giuridico greco.

A1) Lisia¹²⁴ ci informa che il trierarca Demo, il quale aveva ottenuto dal re di Persia in persona una tazza d'oro (quale mezzo di riconoscimento per avere dagli alleati aiuto finanziario), aveva offerto quest'ultima ad un altro trierarca di nome Aristofane, in pegno, onde ottenere a mutuo da detto collega una somma di danaro pari a sedici mine, così da poter raggiungere l'isola di Cipro (meta di entrambi): lì gliene avrebbe restituite addirittura venti (ossia quattro a titolo di interessi da aggiungersi al capitale). Il caso mi pare sintomatico di due elementi 'sostanziali' degni di menzione: da un lato, la tazza costituita *iure pignoris* sarebbe passata nel

¹²⁴ Lys. *de bonis. Arist.* 25-27: Δήμος γὰρ ὁ Πυριλάμπους, τριηραρχῶν εἰς Κύπρον, ἐδεήθη μου προσελθεῖν αὐτῷ, λέγων ὅτι ἔλαβε <μὲν> σύμβολον παρὰ βασιλέως τοῦ μεγάλου φιάλην χρυσῆν, δώσει δ' Ἀριστοφάνει ὡς λαβεῖν ἑκκαίδεκα μνᾶς ἐπ' αὐτῇ, ἵν' ἔχοι ἀναλίσκειν εἰς τὴν τριηραρχίαν· ἐπειδὴ δὲ εἰς Κύπρον ἀφίκοιτο, λύσεσθαι ἀποδοῦς εἴκοσι μνᾶς· πολλῶν γὰρ ἀγαθῶν καὶ ἄλλων χρημάτων εὐπορήσειν διὰ τὸ σύμβολον ἐν πάσῃ τῇ ἡπείρῳ. Ἀριστοφάνης τοίνυν ἀκούων μὲν ταῦτα Δήμου, δεομένου δ' ἐμοῦ, μέλλων δ' ἄξιον <τὸ> χρυσίον, τέτταρας δὲ μνᾶς τόκον λήψεσθαι, οὐκ ἔφη εἶναι, ἀλλ' ὤμνυε καὶ προσδεδανεῖσθαι τοῖς ξένοις ἄλλοθεν, ἐπειδὴ ἥδιστ' <ἄν> ἀνθρώπων ἄγειν τε εὐθὺς ἐκεῖνο τὸ σύμβολον καὶ χαρίσασθαι ἡμῖν ἃ ἐδεόμεθα.

possesso del creditore ('sarebbe', giacché, infine, l'operazione di prestito non andò in porto); dall'altro, la natura (rilevante per diritto internazionale) e il valore economico di detto ὑποκείμενον escluderebbe che, almeno in questo caso, il pegno abbia svolto una funzione 'sostitutiva' della prestazione o che la garanzia si potesse risolvere nell'autorizzazione a vendere alla scadenza.

A2) Sempre da Lisia¹²⁵ apprendiamo che Policles aveva ottenuto a mutuo dodici mine da un soggetto (di cui non conosciamo il nome) il quale, *iure pignoris*, era entrato nel possesso di un cavallo del debitore: la morte dell'animale ipotecato avrebbe impedito al creditore – a detta di un suo socio – di far valere qualsivoglia pretesa verso lo stesso Policles: il *periculum interitus* sarebbe gravato, dunque, sul soggetto a favore del quale si era realizzata la θέσις; soggetto il quale, sprovvisto del mezzo di 'coazione psicologica', non aveva strumenti processuali per far valere verso il mutuatario la sua pretesa (forse per la mancanza di una prova scritta o per testimoni dell'avvenuto prestito).

A3) Del pari, nell'orazione contro Evergo e Mnesibulo si evince che un trierarca aveva preso in pegno i beni di un collega – restio alla restituzione dell'apparecchiatura navale – non

¹²⁵ Cfr. Lys. Κατηγορία πρὸς τοὺς συνουσιαστὰς κακολογιῶν 10: νῦν δὲ (ξυμβαίνει γὰρ καὶ ταῦτα τοῖς πρὸ τοῦ καὶ ἐμοὶ σημεῖα ταῦτα μὲν ἐκείνων ἐστίν, ἐκεῖνα δὲ τούτων ἰκανά) πρῶτον μὲν ἄπαντα δι' ὑμῶν πράξαντά με περὶ τῆς θέσεως τοῦ ἵππου πρὸς Ἡγέμαχον, κάμνοντα τὸν ἵππον ἀνάγειν με βουλόμενον Διόδωρος οὗτος ἀποτρέπειν ἐπειρᾶτο, φάσκων οὐδὲν ἀντιλέξειν περὶ τῶν δώδεκα μῶν Πολυκλέα, ἀλλ' ἀποδώσειν.

tanto per vendere i beni onde acquistarne di nuovi, quanto per coartare il primo alla restituzione¹²⁶.

A4) Più istruttiva, ai fini terminologici, l'orazione pseudo-demostenica scritta contro il celeberrimo figlio di Conone, Timoteo, uomo di grande ricchezza, pupillo di Isocrate e amico di Platone (Dem., XLIX, *Contra Timotheum*, 50-53¹²⁷): Timoteo, convenuto in giudizio da Apollodoro

¹²⁶ Dem., XXXVII, *Contra Evergum. et Mnesibuum.*, 36-38: ὡς δὲ ἀφικνεῖται ὁ Θεόφημος μετελθούσης αὐτὸν τῆς ἀνθρώπου, ἀπήτουν αὐτὸν τὸ διάγραμμα τῶν σκευῶν, λέγων ὅτι ἤδη περι ἀναγωγὴν εἶην, καὶ ἐδείκνυον τὸ ψήφισμα τῆς βουλῆς. ὡς δὲ ταῦτά μου λέγοντος οὐκ ἀπεδίδου, ἀλλὰ ἠπεῖλει καὶ ἐλοιδορεῖτο, ἐκέλευσα τὸν παῖδα καλέσαι εἴ τινας ἴδοι τῶν πολιτῶν παριόντας ἐκ τῆς ὁδοῦ, ἵνα μάρτυρές μοι εἴησαν τῶν λεγομένων, καὶ ἠξίουσαν πάλιν τὸν Θεόφημον ἢ αὐτὸν ἀκολουθεῖν πρὸς τοὺς ἀποστολέας καὶ τὴν βουλήν, καὶ εἰ μὴ φησιν ὀφείλειν, ἐκείνους πείθειν τοὺς παραδόντας καὶ ἀναγκάζοντας εἰσπράττειν, ἢ ἀποδιδόναι τὰ σκεύη· εἰ δὲ μὴ, ἐνέχυρα ἔφην λήψεσθαι κατὰ τε τοὺς νόμους καὶ τὰ ψηφίσματα. οὐδὲν δ' ἐθέλοντος αὐτοῦ τῶν δικαίων ποιεῖν, ἦγον τὴν ἀνθρωπὸν ἐστηκυῖαν ἐπὶ τῇ θύρᾳ, τὴν μετελθοῦσαν αὐτόν. καὶ ὁ Θεόφημος με ἀφηρεῖτο, καὶ ἐγὼ τὴν μὲν ἀνθρωπὸν ἀφῆκα, εἰς δὲ τὴν οἰκίαν εἰσήειν, ἵνα ἐνέχυρόν τι λάβοιμι τῶν σκευῶν· ἔτυχε γὰρ ἡ θύρα ἀνεωγμένη, ὡς ἦλθεν ὁ Θεόφημος, καὶ ἔτι ἔμελλεν εἰσιέναι· καὶ ἐπεπύσμη αὐτὸν ὅτι οὐκ εἶη γεγαμηκῶς. εἰσιόντος δὲ μου παίει πῦξ ὁ Θεόφημος τὸ στόμα, καὶ ἐγὼ ἐπιμαρτυράμενος τοὺς παρόντας ἠμυνάμην.

¹²⁷ Dem., XLIX, *Contra Timotheum*, 52-53: ἢ τίς ὁ παραλαβὼν τῶν οἰκετῶν τῶν ἡμετέρων; χρῆν γὰρ αὐτόν, εἰ μὲν οἰκέται ἦνεγκαν, τοὺς κομίσαντας παραδιδόναι, εἰ δὲ μισθωτοί, τὸν ὑποδεξάμενον καὶ ἀποστησάμενον τὸν χαλκὸν τῶν οἰκετῶν τῶν ἡμετέρων, τοῦτον ἐξαιτεῖν· οὐ γὰρ δήπου ἄνευ γε σταθμοῦ ἔμελλεν οὔτε ὁ ὑποτιθέμενος <παραλήψεσθαι> οὐθ' ὁ ὑποτιθεὶς τὸν χαλκὸν παραδώσειν, οὐδ' αὖ ὁ πατήρ ἔμελλεν αὐτὸς οὔτε οἴσειν τὸν χαλκὸν οὔτε στήσεσθαι, ἀλλ' οἰκέται ἦσαν αὐτῶ, οἱ τὰ ἐνέχυρα τῶν δανεισμάτων παρελάμβανον. θαυμάζω δ' ἔγωγε καὶ τίνας ἔνεκ' ἂν ποτε ὑπετίθει τὸν χαλκὸν τῷ πατρὶ τῷ ἐμῷ ὁ Βοιώτιος ναύαρχος, Φιλίππῳ ὀφείλων χιλίας δραχμᾶς. πότερον ὡς Φίλιππος

per la condanna al pagamento di una somma complessiva di 44 mine e 38 dracme (che egli avrebbe, con più mutui, ottenuto dal padre dell'attore, il banchiere Pasione), sostiene nella propria difesa la mancanza in suo capo della legittimazione passiva, in quanto in Calaurèia, sarebbe stato un ammiraglio Beota, e non lui, ad ottenere mille dracme da Antifane (dracme da distribuirsi, peraltro, ai trierarchi beoti), e che sarebbe stato sempre questo ammiraglio a dare a Pasione in pegno manuale (il verbo è però ὑποτιθέναι) una quantità di bronzo onde ottenere una somma sufficiente ad onorare il pregresso debito. Ora Apollodoro, che si chiede come suo padre avrebbe mai potuto concedere un mutuo a una persona che non conosceva, indica il debitore *ab origine* spossessato (Timoteo) colla perifrasi ὁ ὑποτιθεὶς τὸν χαλκὸν, laddove il creditore (Pasione) è detto ὁ ὑποτιθέμενος. Di poi, come apprendiamo dall'orazione, questi era il proprietario di schiavi οἱ τὰ ἐνέχυρα τῶν δανεισμάτων παρελάμβανον: e qui ἐνέχυρον

οὐκ ἂν ἡδέως τόκον ἐλάμβανεν, εἶπερ ἀσφαλῶς ἦν αὐτῷ τὸ ἀργύριον δεδανεισμένον καὶ ἐπ' ἐνεχύρω; ἢ ὡς οὐκ ἦν τῷ Φιλίππῳ ἀργύριον; In alcuni passi demostenici, infine, il nostro sostantivo viene impiegato per indicare l'atto di pignoramento in caso di sequestro Dem., XLVII, *Contra Evergum*, 38; Dem., XLVII, *Contra Evergum*, 41-42; cfr., comunque, per completezza, le fonti citate da A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 254 il quale rileva, con riguardo ad esso, «its predominant use, when it is not being applied to an object seized by way of distraint, is to denote a thing offered and accepted as security for a loan. Usually the thing is a movable held in the possession of the creditor during the term of the debt»; vd., altresì, J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 61 ss.

indica, all'evidenza, l'oggetto materiale della garanzia reale intesa quale pegno dato e non convenuto¹²⁸ anche se, nel medesimo contesto, il nesso ἐπ' ἐνεχύρω viene impiegato in senso ampio per indicare solamente l'esistenza di un prestito effettuato su garanzia (senza riferimento alcuno alla presenza, o meno, di un pegno con o senza originario spossessamento debitorio).

A5) In un passo di Isocrate¹²⁹, Nicia, al fine di evitare le persecuzioni dei Trenta, non volendo conservare il possesso di alcunché delle sue proprietà, τὴν μὲν οἰκίαν ὑπέθηκε, per poi trasferirsi lui stesso in campagna (e ciò dopo aver mandato fuori dalla sua terra gli schiavi e aver svuotato la casa della mobilia): anche in questo caso, a prescindere dalla qualificazione del contratto, non può dubitarsi dell'originario spossessamento *pro creditore*, nonostante l'impiego di ὑπέθηκε per rendere l'operazione.

¹²⁸ Dem., XLI, *Contra Spudiam*, 11: Βούλομαι τοίνυν, ὦ ἄνδρες δικασταί, καὶ περὶ τῶν ἄλλωνῶν ἐγκαλῶ καθ' ἕκαστον ὑμᾶς διδάξαι. φιάλην μὲν γὰρ λαβόντες παρὰ τῆς Πολυεύκτου γυναικὸς καὶ θέντες ἐνέχυρα μετὰ χρυσίων, οὐκ ἀνενηνόχασιν κεκομισμένοι ταύτην, ὡς ὑμῖν Δημόφιλος ὁ θέμενος μαρτυρήσει· σκηνὴν δ' ἦν ἔχουσιν, οὐδὲ γε ταύτην λαβόντες ἀναφέρουσιν· ἄλλα δὲ πόσα τοιαῦτα; τὸ δὲ τελευταῖον εἰσενεγκούσης τῆς ἐμῆς γυναικὸς εἰς τὰ Νεμέσεια τῷ πατρὶ μῶν ἀργυρίου καὶ προαναλωσάσης, οὐδὲ ταύτης ἀξιοῖ συμβαλέσθαι τὸ μέρος, ἀλλὰ τὰ μὲν ἔχει προλαβών, τῶν δὲ τὰ μέρη κομίζεται, τὰ δ' οὕτω φανερώς οὐκ ἀποδίδωσιν.

¹²⁹ Isocr. *Contra Euthynum* 2: Ὅθεν οὖν τὸ συμβόλαιον αὐτῷ πρὸς Εὐθύνου γεγένηται, διηγήσομαι ὑμῖν ὡς ἂν δύνωμαι διὰ βραχυτάτων. Νικίας γὰρ οὕτωσιν, ἐπειδὴ οἱ τριάκοντα κατέστησαν καὶ αὐτὸν οἱ ἐχθροὶ ἐκ μὲν τῶν μετεχόντων τῆς πολιτείας ἐξήλειπον, εἰς δὲ τὸν μετὰ Λυσάνδρου κατάλογον ἐνέγραφον, δεδιὼς τὰ παρόντα πράγματα τὴν μὲν οἰκίαν ὑπέθηκε, τοὺς δ' οἰκέτας ἔξω τῆς γῆς ἐξέπεμψε, τὰ δ' ἐπιπλα ὡς ἐμὲ ἐκόμισε, τρία δὲ τάλαντα ἀργυρίου Εὐθύνω φυλάττειν ἔδωκεν, αὐτὸς δ' εἰς ἀγρὸν ἐλθὼν διητᾶτο.

A6) Da ultimo, merita di rammentarsi il celeberrimo caso descritto da Demostene nella prima orazione *Contra Aphobum*: l'omonimo padre dell'oratore aveva prestato a Moiriades quaranta mine, ottenendo a garanzia del credito concesso venti schiavi costruttori di letti (definiti τετταράκοντα μνῶν ὑποκειμένους) la cui manodopera gli procurava dodici mine annuali a titolo di interesse: detti schiavi (in una con l'*ergasterion* di quarantadue o quarantatre schiavi addetti alla produzione di spade), morto il creditore, rimasero nel possesso dell'erede – lo stesso Demostene – a mezzo del suo tutore Afobo (il quale, come si vedrà, su di essi, commettendo il più grave degli ἀδικήματα, costituirà un ulteriore vincolo reale di garanzia)¹³⁰: anche qui nessun dubbio sullo spossessamento originario, benché non si parli di ἐνέχυρον.

B1) A mente dei casi suvisti e atteso che l'univocità non è certo prerogativa del vocabolario 'giuridico' attico, non stupisce come in Dem., LVI, *In Dionysodorum* 3¹³¹,

¹³⁰ Dem., XXVII, *Contra Aphobum* I, 9: ὁ γὰρ πατήρ, ὃ ἄνδρες δικασταί, κατέλιπεν δύο ἐργαστήρια, τέχνης οὐ μικρᾶς ἐκάτερον, μαχαιροποιούς μὲν τριάκοντα καὶ δύο ἢ τρεῖς, ἀνὰ πέντε μνᾶς καὶ ἕξ, τοὺς δ' οὐκ ἐλάττονος ἢ τριῶν μνῶν ἀξιούς, ἀφ' ὧν τριάκοντα μνᾶς ἀτελεῖς ἐλάμβανεν τοῦ ἐνιαυτοῦ τὴν πρόσοδον, κλινοποιούς δ' εἴκοσι τὸν ἀριθμόν, τετταράκοντα μνῶν ὑποκειμένους, οἱ δώδεκα μνᾶς ἀτελεῖς αὐτῷ προσέφερον, ἀργυρίου δ' εἰς τάλαντον ἐπὶ δραχμῇ δεδανεισμένου, οὗ τόκος ἐγίγνετο τοῦ ἐνιαυτοῦ ἐκάστου πλεῖν ἢ ἑπτὰ μναῖ.

¹³¹ Dem., LVI, *In Dionysodorum*, 3-4: ὧν οὐδέτερον πρόσεστι Διονυσοδώρῳ τουτῶι, ἀλλ' εἰς τοσοῦτον ἦκει τόλμη, ὥστε δανεισάμενος παρ' ἡμῶν ἐπὶ τῇ νηὶ τρισχιλίας δραχμὰς ἐφ' ᾧ τε τὴν ναῦν καταπλεῖν Ἀθήναζε, καὶ δέον ἡμᾶς ἐν τῇ πέρυσιν ὥρα κεκομίσθαι τὰ χρήματα, τὴν μὲν ναῦν εἰς Ῥόδον κατεκόμισε καὶ

ἐνέχυρον venga sì impiegato per significare l'oggetto della garanzia (vale a dire una nave, in relazione ad un prestito marittimo) e come il debitore (che costituisce la nave in pegno contro un mutuo di tremila dracme) si indichi a mezzo della perifrasi δανεισάμενος παρ' ἡμῶν ἐπὶ τῇ νηὶ τρισχιλίας δραχμάς; ma, al contempo, non v'è chi non veda come, in un caso siffatto, a prescindere dalle scelte terminologiche dell'oratore, manchi l'originario spossessamento del debitore che, quale comandante della nave, nel viaggio non poteva fare a meno del proprio mezzo di trasporto costituito *iure pignoris* per il prestito ricevuto.

B2) Un altro esempio di garanzia reale senza spossessamento ci viene da Eschine¹³²: l'oratore informa, infatti, che la città di Oreo aveva costituito 'ipoteca' sulle proprie entrate per il pagamento di un talento a favore di Demostene: anche qui, ovviamente, data la natura degli ὑποκείμενα,

τὸν γόμον ἐκεῖσε ἐξελόμενος ἀπέδοτο παρὰ τὴν συγγραφὴν καὶ τοὺς νόμους τοὺς ὑμετέρους, ἐκ δὲ τῆς Ῥόδου πάλιν ἀπέστειλε τὴν ναῦν εἰς Αἴγυπτον κάκεῖθεν εἰς Ῥόδον, ἡμῖν δὲ τοῖς Ἀθήνησι δανείσασιν οὐδέπω καὶ νῦν οὔτε τὰ χρήματα ἀποδίδωσιν οὔτε τὸ ἐνέχυρον καθίστησιν εἰς τὸ ἐμφανές, ἀλλὰ δεύτερον ἔτος τουτὶ καρπούμενος τὰ ἡμέτερα, καὶ ἔχων τό τε δάνειον καὶ τὴν ἐργασίαν καὶ τὴν ναῦν τὴν ὑποκειμένην ἡμῖν, οὐδὲν ἦττον εἰσελήλυθεν πρὸς ἡμᾶς, δῆλον ὡς ζημιώσων ἡμᾶς τῇ ἐπωβελίᾳ καὶ καταθροσόμενος εἰς τὸ οἶκημα πρὸς τῷ ἀποστρεῖν τὰ χρήματα.

¹³² Aesch., III, *In Ctesiphontem*, 104: Ὁ δὲ ἀπεκρίνατο τῷ Γνωσιδήμῳ ὅτι ἐλαχίστου χαλκοῦ οὐδὲν δέοιτο, τὸ δὲ τάλαντον διὰ τοῦ Καλλίου εἰσέπραττεν. Ἀναγκαζόμενοι δὲ οἱ ὤρεται καὶ οὐκ εὐποροῦντες, ὑπέθεσαν αὐτῷ τοῦ ταλάντου τὰς δημοσίας προσόδους, καὶ τόκον ἤνεγκαν Δημοσθένει τοῦ δωροδοκῆματος δραχμὴν τοῦ μηνὸς τῆς μνάς, ἕως τὸ κεφάλαιον ἀπέδοσαν.

non sarebbe immaginabile lo spossessamento debitorio *ab origine*¹³³.

B3) Altro caso espressione sintomatica di garanzia con chiaro possesso degli ὑποκείμενα da parte del debitore è quello descritto dallo Pseudo-demostene nella già citata orazione contro Timoteo¹³⁴, ove apprendiamo che al contempo tutti i beni del debitore fungevano da garanzia reale e che erano stati apposti dei ‘contrassegni’, sì da pubblicizzare il divieto per il debitore e per terzi di contrattare sugli stessi ἢ μὲν γὰρ οὐσία ὑπόχρεως ἦν ἅπασα, καὶ ὅροι αὐτῆς ἔστασαν, καὶ ἄλλοι ἐκράτουν· ὁ μὲν ἐν πεδίῳ ἀγρὸς ἀποτίμημα τῷ παιδὶ τῷ Εὐμηλίδου καθειστήκει, ἐξήκοντα δὲ τριηράρχοις τοῖς συνεκπλεύσασιν αὐτῷ ἑπτὰ μνῶν ἐκάστῳ ἢ ἄλλη οὐσία ὑπέκειτο, ὡς οὗτος αὐτοὺς στρατηγῶν ἠνάγκασε τοῖς ναύταις τροφήν διαδοῦναι.

B4) È certo, tuttavia, come poc’anzi si accennava, che è dalla illustrazione di una delle forme commerciali e fi-

¹³³ Cfr., altresì, due iscrizioni di Amorgo che attestano che i creditori della città di Arcesine, ognuno per conto proprio, ὑποτίθενται tutti i beni pubblici e privati della menzionata polis: Inscr. jurid., I, 15 a, 313, 7 ss.

¹³⁴ Dem., XLIX, *Contra Timotheum*, 12. Cfr., altresì, Dem., I, *Contra Polyclem*, 61: Apollodoro che aveva ricoperto la magistratura di trierarca oltre il termine di scadenza della carica, era stato soggetto a ingenti spese; egli afferma che la sua οὐσία era ὑπόχρεως e aggiunge che οἱ δὲ δεδανεικότες (i suoi creditori) ἤκον ἐπὶ τοὺς τόκους, ἐπειδὴ ὁ ἐνιαυτὸς ἐξῆλθεν, εἰ μὴ τις ἀποδοίη αὐτοῖς κατὰ τὰς συγγραφάς. Mi sembra chiaro che, pure qui, il debitore insieme a tutta la sua famiglia si trovava nel possesso della proprietà oggetto di garanzia per i creditori.

nanziarie più notevoli della classicità greca, vale a dire il prestito marittimo (ναυτικὸν τόκος ο, più semplicemente, ναυτικὸν colla ellissi del sostantivo)¹³⁵, che è dato trarre gli

¹³⁵ Il prestito marittimo è definibile come ‘quello che si fa su garanzia della nave, se questa giunge a destinazione; in caso contrario, va perso per creditore anche il capitale’ (cfr. An. Bekk. I, 283; Dem., LVI, *Contra Dionysodorum*, 17). E da tale definizione non è ostico rintracciare alcuni degli aspetti capitali dell’operazione economica in questione, vale a dire la natura ‘fiduciaria’, l’accessorietà della garanzia reale, il regime rischio contrattuale: 1) i debitori (ossia i capitani delle navi, *naukleroi*, o i commercianti all’ingrosso, *emporoi*) ricevono una somma di danaro a prestito (*ekdosis*) contro garanzia della nave, o del carico di questa, oppure di entrambi; 2) la somma oggetto del mutuo va restituita insieme agli interessi, una volta concluso il viaggio, entro 20 giorni dal ritorno al porto di partenza; 3) nell’ipotesi in cui la nave vada perduta (ad esempio per naufragio o per attacco di pirati etc.) il debitore è sollevato da qualsivoglia impegno, in quanto al momento della partenza della nave il rischio passa integralmente a carico del creditore, tal fatto giustificando, all’evidenza, l’applicazione di tassi di interesse particolarmente elevati (il tasso normalmente praticato in Atene per il credito ordinario, detto *éggeios* in opposizione a quello marittimo, è pari al 12%, una dracma al mese per ogni mina – cfr. Dem., XXVII, *Contra Aphobum* I, 23, 25; XXVIII, *Contra Aphobum* II, 13 –; mentre quest’ultimo viene applicato in una misura che varia tra il 20% e il 30% – cfr. Dem. XXXV, *Contra Lacritum*, 10 –). In argomento cfr. U.E. PAOLI, *Il prestito marittimo*, in *Studi*, cit., 24; H. FRANCOITTE, voce *Industrie und Handel*, in *RE*, IX, Stuttgart - Weimar, 1916, 1407; L. GERNET, *Sur les actions commerciales en droit Athenien*, in *Revue des études grecques*, LI, 1938, 1 ss.; J. HASEBROEK, *Zum griechischen Bankwesen der klassischen Zeit*, in *Hermes*, LV, 1920, 114 ss.; ID., *Das Betriebsformen des griechischen Handels im IV. Jahrh.*, in *Hermes*, LVIII, 1923, 393 ss.; U. FINKELSTEIN, *‘Emporos’, ‘naukleros’ and ‘kapelos’*, in *CPh*, XXX, 1935, 320 ss.; S.F. APROSIO, *Navigazione, commercio e credito nella Grecia antica*,

esempi più evidenti e significativi di garanzia contraddistinta dal mancato originario spossessamento debitorio: è proprio qui, infatti, che per l'età classica si rinviene costantemente l'assai raro sostantivo ὑποθήκη (e non semplicemente i verbi corradicali, come negli esempi pregressi), onde determinare, più che l'operazione di 'costituzione in garanzia', l'oggetto offerto e accettato *iure pignoris* a fronte di un prestito¹³⁶.

Paradigmatica la già citata orazione demostenica *contra Lacritum*. L'ateniese Androcles aveva dato in mutuo una somma di danaro pari a tremila mine a due faseliti, Artemo-

in *Il porto dei ladri* (trad. di Dem., XXXV, *Contra Lacritum*), Padova, 1987, 19; P. MILLET, *Lending and Borrowing in Ancient Athens*, Cambridge, 1991, 189 ss. Per le fonti classiche, paradigmaticamente, vd. Dem., XXXII, *Contra Zenothemidem*, 14; XXXIII, *Contra Apaturium*, 1; XXXIV, *Contra Phormionem*, 51; LVI, *Contra Dionysodorum*, 10; Xen. *Oeconom.* 20.28; Plato *Protag.* 319 d; Aristot. *Pol.* 1258 b 21.

¹³⁶ Vd. A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 255, che con riferimento al sostantivo *de quo* afferma: «it is not used to describe the act, still less to differentiate one kind of security transaction from other kinds. It is in fact significant that the Athenians seem to have had no word for *hypotheca* as a distinct type of real security». Vero è che le origini della pratica commerciale in questione non sono agilmente ricostruibili data la lacunosità delle fonti, ma è possibile comunque, con buona probabilità di corretta approssimazione, collocarle nell'Atene del periodo immediatamente successivo alle guerre persiane (cfr. W. SCHWANN, voce *ναυτικὸν τόκος*, in *RE*, XVI, Stuttgart - Weimar, 1935, c. 2034 ss.), per poi vedere nel corso del IV secolo un pieno sviluppo dell'istituto quanto ai suoi aspetti pratici, oltre ad una sua ragguardevole estensione come bene ed ampiamente ci documenta il *Corpus* demostenico.

ne e Apollodoro, fratelli di Lacrito, per un viaggio di andata e ritorno Pireo - Mare Nero; morto Artemone senza aver restituito la somma dovuta, Lacrito, quale sue erede, viene convenuto in giudizio da Androcles con una δίκη ἐμπορική. Lacrito, quindi, instaura un giudizio paragrafico col quale, sembra, oppone di aver rinunciato alla successione e, quindi, di non essere legittimato passivamente all'azione.

È in questo contesto processuale che veniamo a conoscenza dei termini della συγγραφή consacrate la convenzione ipotecaria nonché dei fatti occorsi dopo la prima ipoteca. Da un lato, infatti, il 'contratto' prevedeva esplicitamente sia che gli ὑποκείμενα (ossia tremila giare di vino costituenti il carico marittimo) fossero liberi e non gravati da alcun altro debito, sia che su di questi non venissero costituiti ulteriori vincoli¹³⁷. Dall'altro, si era convenuto che se

¹³⁷ Dem., XXXV, *Contra Lacritum*, 11: ὑποτιθέασι δὲ ταῦτα, οὐκ ὀφείλοντες ἐπὶ τούτοις ἄλλω οὐδενὶ οὐδὲν ἀργύριον, οὐδ' ἐπιδανείσονται. καὶ ἀπάξουσιν τὰ χρήματα τὰ ἐκ τοῦ Πόντου ἀντιφορτισθέντα Ἀθήναζε πάλιν ἐν τῷ αὐτῷ πλοίῳ ἅπαντα. σωθέντων δὲ τῶν χρημάτων Ἀθήναζε, ἀποδώσουσιν οἱ δανεισάμενοι τοῖς δανείασασι τὸ γιγνόμενον ἀργύριον κατὰ τὴν συγγραφὴν ἡμερῶν εἴκοσιν, ἀφ' ἧς ἂν ἔλθωσιν Ἀθήναζε, ἐντελὲς πλὴν ἐκβολῆς, ἣν ἂν οἱ σύμπλοι ψηφισάμενοι κοινῇ ἐκβάλωνται, καὶ ἂν τι πολεμίῳις ἀποτείσωσιν· τῶν δ' ἄλλων ἀπάντων ἐντελὲς. καὶ παρέξουσιν τοῖς δανείασασι τὴν ὑποθήκην ἀνέπαφον κρατεῖν, ἕως ἂν ἀποδῶσι τὸ γιγνόμενον ἀργύριον κατὰ τὴν συγγραφὴν. Dem., XXXIV, *Contra Phormionem*, 6-7: Ἐγὼ γάρ, ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, ἐδάνεισα Φορμίῳι τούτῳι εἴκοσι μνᾶς ἀμφοτερόπλουι εἰς τὸν Πόντον ἐπὶ ἑτέρα ὑποθήκῃ, καὶ συγγραφὴν ἐθέμην παρὰ Κίττῳ τῷ τραπεζίτῃ. κελευούσης δὲ τῆς συγγραφῆς ἐνθῆσθαι εἰς τὴν ναῦν τετρακισχιλίῳν φορτία ἄξια, πρᾶγμα ποιεῖ πάντων δεινότατον· εὐθὺς γάρ ἐν τῷ Πειραιεῖ ἐπιδανείζεται λάθρα ἡμῶν παρὰ μὲν Θεοδώρου τοῦ Φοίνικος τετρακισχιλίας πεντακοσίας δραχμάς, παρὰ δὲ τοῦ ναυκλήρου Λάμπιδος χιλίας δραχμάς. δέον δ' αὐτὸν

il debito non fosse stato onorato entro venti giorni dall'arrivo della nave, i creditori – già entrati nel possesso della nave e del carico – sarebbero stati autorizzati a soddisfarsi vendendo al miglior offerente gli stessi *ὑποκείμενα*¹³⁸. A spregio di tutto ciò, invece, i due debitori avevano convenuto con un giovane creditore successivo la costituzione di un ulteriore vincolo sul medesimo carico, compiendo così un illecito doloso i cui soggetti passivi erano da considerarsi contestualmente sia Androcles che il secondo creditore¹³⁹.

καταγοράσαι φορτία Ἀθήνηθεν μνῶν ἑκατὸν δέκα πέντε, εἰ ἐμελλεν τοῖς δανεισταῖς πᾶσι ποιήσῃν τὰ ἐν ταῖς συγγραφαῖς γεγραμμένα, οὐ κατηγόρασεν ἀλλ' ἢ πεντακισχιλίων καὶ πεντακοσίων δραχμῶν, σὺν τῷ ἐπισιτισμῷ ὀφείλει δὲ ἑβδομήκοντα μνᾶς καὶ πέντε. ἀρχὴ μὲν οὖν αὕτη ἐγένετο τοῦ ἀδικήματος, ὃ ἄνδρες Ἀθηναῖοι οὔτε γὰρ τὴν ὑποθήκην παρέσχεν οὔτε τὰ χρήματ' ἐνέθετ' εἰς τὴν ναῦν, κελευούσης τῆς συγγραφῆς ἐπάναγκες ἐντίθεσθαι. καὶ μοι λαβὲ τὴν συγγραφὴν.

¹³⁸ Dem., XXXV, *Contra Lacritum*, 12-13: ἐὰν δὲ μὴ ἀποδώσιν ἐν τῷ συγκεκριμένῳ χρόνῳ, τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείσασιν ἐξέστω ὑποθεῖναι καὶ ἀποδόσθαι τῆς ὑπαρχούσης τιμῆς· καὶ ἐὰν τι ἐλλείπη τοῦ ἀργυρίου, ὃ δεῖ γενέσθαι τοῖς δανείσασιν κατὰ τὴν συγγραφὴν, παρὰ Ἀρτέμωνος καὶ Ἀπολλοδώρου ἔστω ἡ πρᾶξις τοῖς δανείσασιν καὶ ἐκ τῶν τούτων ἀπάντων, καὶ ἐγγείων καὶ ναυτικῶν, πανταχοῦ ὅπου ἂν ᾦσι, καθάπερ δίκην ὠφληκῶτων καὶ ὑπερημέρων ὄντων, καὶ ἐνὶ ἑκατέρῳ τῶν δανεισάντων καὶ ἀμφοτέροις. ἐὰν δὲ μὴ εἰσβάλωσι, μείναντες ἐπὶ κυνὶ ἡμέρας δέκα ἐν Ἑλλησπόντῳ, ἐξελόμενοι ὅπου ἂν μὴ σῦλαι ᾦσιν Ἀθηναίοις, καὶ ἐντεῦθεν καταπλεύσαντες Ἀθήναζε τοὺς τόκους ἀποδόντων τοὺς πέρυσι γραφέντας εἰς τὴν συγγραφὴν. ἐὰν δέ τι ἢ ναῦς πάθῃ ἀνήκεστον ἐν ἢ ἂν πλέῃ τὰ χρήματα, σωτηρία δ' ἔσται τῶν ὑποκειμένων, τὰ περιγενόμενα κοινὰ ἔστω τοῖς δανείσασιν. κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλο μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς.

¹³⁹ Dem., XXXV, *Contra Lacritum*, 21-22: Περὶ μὲν οὖν τοῦ πλήθους τοῦ οἴνου, ὅσον ἔδει αὐτοὺς ἐνθέσθαι εἰς τὸ πλοῖον, ταῦτα διεπράξαντο,

È proprio sulla base di orazioni come la *Contra Lacritum* (o come la *Contra Phormionem*) che il Paoli ha elaborato la persuasiva tesi della possessorietà dei diritti reali: teoria in virtù della quale, dalla convenzione con cui si indicano i beni che saranno sottoposti all'eventuale presa di possesso creditoria, verificatosi l'arrivo in porto della nave (ovvero, fuori dal diritto ateniese commerciale, verificatosi l'inadempimento) «non sorge un diritto reale»¹⁴⁰.

Nel prestito marittimo il divieto fatto dal creditore al debitore, rimasto in possesso della cosa, di ἐπιδανείζειν (ossia di costituire ulteriori ipoteche) e l'assicurazione che la cosa venga consegnata ἀνέπαφος (cioè libera da gravami e da rivendicazioni)¹⁴¹, sono considerabili quale prassi usuale al fine di evitare un concorso che si impone quale pericolo per tutti i creditori (anteriori o successivi). Infatti, qualora il debitore contragga più vincoli successivi nel tempo *de eadem re* (violando così, nei confronti del primo creditore, il divieto di oppignorare e contravvenendo, nei confronti del secondo,

καὶ ἤρξαντο εὐθὺς ἐντεῦθεν ἀπὸ τοῦ πρώτου γεγραμμένου παραβαίνειν καὶ μὴ ποιεῖν τὰ γεγραμμένα. μετὰ δὲ ταῦτ' ἔστιν ἐν τῇ συγγραφῇ ὅτι ὑποτιθέασιν ταῦτα ἐλεύθερα καὶ οὐδενὶ οὐδὲν ὀφείλοντες, καὶ ὅτι οὐδ' ἐπιδανείσσονται ἐπὶ τούτοις παρ' οὐδενός. ταῦτα διαρρήδην γέγραπται, ὦ ἄνδρες δικασταί. οὗτοι δὲ τί ἐποίησαν; ἀμελήσαντες τῶν γεγραμμένων ἐν τῇ συγγραφῇ δανείζονται παρὰ τινος νεανίσκου, ἐξαπατήσαντες ὡς οὐδενὶ οὐδὲν ὀφείλοντες· καὶ ἡμᾶς τε παρεκρούσαντο καὶ ἔλαθον δανεισάμενοι ἐπὶ τοῖς ἡμετέροις, ἐκεῖνόν τε τὸν νεανίσκον τὸν δανείσαντα ἐξηπάτησαν ὡς ἐπ' ἐλευθέρους τοῖς χρήμασιν δανειζόμενοι· τοιαῦτα τούτων ἔστιν τὰ κακουργήματα. ταῦτα δὲ πάντ' ἔστιν τὰ σοφίσματα Λακρίτου τουτουί. ὅτι δὲ ἀληθῆ λέγω καὶ ἐπεδανείσαντο χρήματα παρὰ τὴν συγγραφὴν, μαρτυρίαν ἀναγνώσεται ὑμῖν αὐτοῦ τοῦ ἐπιδανείσαντος.

¹⁴⁰ U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 145.

¹⁴¹ Cfr.: A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 223 ss.; U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 185 ss.

all'impegno di garantire a mezzo di soli beni ἀνέπαφοι), commette un illecito sia verso il creditore antecedente sia verso quello successivo, soggettivamente contraddistinto dal dolo (ἀπάτη): per diritto commerciale greco non varrebbe, insomma, il principio del *prior in tempore potior in iure*.

Unicamente accettando che il titolo che determina uno stato di pozziorità del diritto sia non la priorità temporale, bensì il possesso della cosa, è lecito comprendere la circospezione di tutti i creditori a non concorrere con creditori più antichi o anche successivi: fintantoché il debitore rimane nel possesso della ὑποθήκη, ogni creditore è esposto al rischio di essere leso dalla contingenza che un altro creditore (magari successivo) lo preceda nel prender possesso della cosa. Se il diritto attribuito al creditore dalla convenzione espressa dal verbo ὑποτίθημι avesse natura di realtà tale da poter subordinare, secondo il principio della assolutezza, i diritti sugli ὑποκείμενα del creditore successivo, e il creditore *prior tempore* non dovesse temere, in quanto 'privilegiato', il concorso con creditori posteriori, lo stato di cose di cui le fonti forniscono chiara testimonianza risulterebbe di assai ardua, se non inattuabile, spiegazione: come rendere intelligibile, altrimenti, il fatto che nel prestito marittimo (o più in generale negli affari commerciali), non appena è giunta la nave in porto, i creditori incalzano onde prenderne, al più presto, il possesso?

5. *Il diritto pignoratizio tra retorica delle parti e differenziazione degli istituti*

Da quanto abbiamo sin qui detto, sotto il profilo della terminologia greca pignoratizia, pare corretta la universale considerazione della sua precarietà¹⁴², quale sintomo del fatto che Atene, a differenza di Roma, «lacked the juristic formalism and dogmatism, and the professional jurists necessary to define and preserve the subtle lines of distinction and classification»¹⁴³: si è constatato che il verbo semplice τίθημι e il suo composto ὑποτίθημι vengono adoperati alla voce attiva, *ex latere debitoris*, per indicare sia la garanzia contraddistinta da un originario spossessamento sia quella solo convenzionale¹⁴⁴, laddove la forma medio-passiva del verbo denota l'esistenza di un credito garantito mediante una cosa (ancora una volta o in possesso del creditore oppure rimasta presso il debitore)¹⁴⁵; del pari, del verbo ὑποκεῖμαι viene fatto uso in relazione sia alla cosa data in pegno sia a quella sulla quale si è costituita garanzia senza un materiale trasferimento dell'oggetto vincolato al creditore¹⁴⁶; e, sempre parimenti si è constatata la non univocità di ἐνέχυρον.

¹⁴² Vd., per tutti, E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 355 s., 357 e nt. 27, 358 e nt. 28.

¹⁴³ M.I. FINLEY, *Studies*, cit., 8.

¹⁴⁴ Dem., XLIX, *Contra Timotheum*, 52; Dem., XLI, *Contra Spudiam*, 11; Dem., XXXV, *Contra Lacritum*, 11 e 21.

¹⁴⁵ Dem., I, *Contra Polyclem*, 55; Dem., LIII, *Contra Nicostratum*, 10.

¹⁴⁶ Oltre al già considerato Dem., LVI, 3, si veda Dem., XXVII, *Contra Aphobum* I, 9. Per ulteriori riferimenti di natura epigrafica: IG, II, 2758; 2759; 43; oltre a Harp. *Lex.* v. θέσθαι.

Tuttavia, pur a fronte di una magmatica caoticità del vocabolario, dalla disamina dei molteplici casi addotti, alcune distinzioni strutturali e sostanziali mi paiono essere emerse. Da un lato, il diritto commerciale attico classico (cfr. Dem., XXXV, *Contra Lacritum*, 12) già testimonia quella valorizzazione del pegno che sarà del tutto compiuta in età ellenistica (cfr. il testo del decreto del senato e del popolo di Delfo di cui a Syll.³ 672), laddove ciò non sembra affiorare dalla branca più statica rappresentata dal ‘diritto civile’: qui, infatti, si sono riscontrati casi in cui, evidentemente, il pegno assolve una funzione non ‘sostitutivamente solutoria’ ma ‘psicologicamente coattiva’ (cfr. Lys., *de bonis Aristoph.* 25; Dem. XLVIII *Contra Energom et Mnesibulum*, 37-38). Dall’altro, non poco rilievo mi pare aver la circostanza che, mai, nelle fonti sopra prese in esame (come in moltissime altre ancora) sia dato ricavare un *dies*, una scadenza della garanzia, a seguito della quale possano essere definitivamente messi in valore *pro solutione*, vuoi attraverso una *venditio*, vuoi attraverso una *missio*, gli ὑποκείμενα¹⁴⁷. Di contro, di detto termine è agevole trovare riscontro in quelle pochissime testimonianze letterarie in cui si dice che il creditore ha acquistato un bene del debitore a titolo di garanzia: non è forse questo un indice – con tutte le cautele che, ovviamente, debbono prendersi, attesa la lacunosità delle fonti – di

¹⁴⁷ Cfr. U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 155 ss., 159 s., 163, 165; ID., *Sul diritto pignoratizio attico*, in *AG*, IV s., XXIV, 1932, 167 ss.; cfr., *contra*, V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione a U.E. PAOLI Studi di diritto attico*, in *AG*, IV s., XXIII.2, 1932, 249 ss.

una sostanziale distinzione dei casi in cui il creditore, semplicemente, ὑποτίθεται, da quelli in cui ὄνην ποιεῖται?

Così, il bizantino Apaturio, contro un prestito di quaranta mine, costituisce in garanzia una nave della quale, scaduto il termine di adempimento, i creditori si affrettano a prender possesso: Apaturio riesce a ottenere subito da Parmenone tre mine e se ne fa promettere altre sette, mentre ottiene da un altro soggetto indeterminato – chiamiamolo X per comodità – l'intercessione per avere da un banchiere altre trenta mine; Parmenone, di poi, non volendo a seguito di una lite con Apaturio aver più rapporti diretti con quest'ultimo, consegna le sette mine promesse a X, il quale contratta con Apaturio affermando: ὄνην ποιῶμαι τῆς νεῶς καὶ τῶν παίδων, ἕως ἀποδοίῃ τὰς τε δέκα μνᾶς ἅς δι' ἐμοῦ ἔλαβεν¹⁴⁸. Appare chiaro dalla proposizione temporale introdotta da ἕως che le due parti avevano stabilito un termine piuttosto ristretto entro il quale Apaturio avrebbe potuto riscattare la nave.

Parimenti (sempre in connessione ad una operazione di compera) nel complessissimo caso di Panteneto¹⁴⁹, il riferimento al termine per riscattare la garanzia è ancora più pa-

¹⁴⁸ Dem., XXXIII, *Contra Apaturium*, 8: αὐτὸς μὲν οὖν διὰ τοῦτο οὐκ ἐβούλετο ποιήσασθαι τὸ συμβόλαιον, ἐμὲ δ' ἐκέλευεν πράξαι ὅπως αὐτῷ ὡς ἀσφαλέστατα ἔξει. λαβὼν δὲ [ἐγὼ] τὰς ἑπτὰ μνᾶς παρὰ τοῦ Παρμένοντος, καὶ τὰς τρεῖς ἅς προειλήφει οὗτος παρ' ἐκείνου, ἀνθομολογησάμενος πρὸς τοῦτον, ὄνην ποιῶμαι τῆς νεῶς καὶ τῶν παίδων, ἕως ἀποδοίῃ τὰς τε δέκα μνᾶς ἅς δι' ἐμοῦ ἔλαβεν, καὶ τὰς τριάκοντα ὧν κατέστησεν ἐμὲ ἐγγυητὴν τῷ τραπεζίτῃ. καὶ ὡς ἀληθῆ λέγω, ἀκούσατε τῶν μαρτυριῶν.

¹⁴⁹ Cfr., per una rassegna delle diverse impostazioni, E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 370 ss. e nt. 68.

lese: Mnesicles, aiutato finanziariamente da altri due soggetti, aveva acquistato da Telemaco un *ergasterion* insieme a trenta schiavi minatori per centocinque mine a favore di Panteneto il quale, per onorare il debito verso i tre creditori, chiede un prestito del medesimo ammontare a Nicobulo ed Evergo. Mnesicles, quindi, su richiesta di Panteneto stesso, vende – diventando così garante – l'*ergasterion* e gli schiavi a Nicobulo ed Evergo i quali, in prima persona sostengono¹⁵⁰:

¹⁵⁰ Dem., XXXVII, *Contra Pantaenetum*, 5: πρατῆρ μὲν δὴ τοῦ ἐργαστηρίου καὶ τῶν ἀνδραπόδων ὁ Μνησικλῆς ἡμῖν γίγνεται (καὶ γὰρ ἑώνητ' ἐκεῖνος αὐτὰ τούτῳ παρὰ Τηλεμάχου τοῦ πρότερον κεκτημένου): μισθοῦται δ' οὗτος παρ' ἡμῶν τοῦ γιγνομένου τόκου τῷ ἀργυρίῳ, πέντε καὶ ἑκατὸν δραχμῶν τοῦ μηνὸς ἑκάστου. καὶ τιθέμεθα συνθήκας, ἐν αἷς ἢ τε μίσθωσις ἦν γεγραμμένη καὶ λύσις τούτῳ παρ' ἡμῶν ἐν τινὶ ῥητῷ χρόνῳ. A mio avviso, anche Isaac. *De Diceogene* 21 testimonia un'ipotesi di vendita in funzione di garanzia: ἐπεὶ, ὦ ἄνδρες, εἰ Δικαιογένης ἀληθῆ λέγει, τί ἡμεῖς ὠφελούμεθα νικήσαντες, ἢ τί οὗτος ἐζημιώθη ἠττηθείς; Εἰ γὰρ ἀπέστη μόνον, ὡς φησι, τοῖν δυοῖν μεροῖν τοῦ κλήρου, ἀναμφισβήτητα δὲ μὴ ὠμολόγει παραδώσειν, τί ἐζημιούτο ἀφιστάμενος ὧν τιμὴν εἶχεν; Οὐδὲ γὰρ πρὶν ἠττηθῆναι τὴν δίκην εἶχεν ὧν ἡμεῖς δικαζόμεθα, ἀλλ' οἱ παρὰ τούτου πριάμενοι καὶ θέμενοι, οἷς ἔδει αὐτὸν ἀποδόντα τὴν τιμὴν ἡμῖν τὰ μέρη ἀποδοῦναι. Secondo U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 155, Diceogene doveva restituire ai compratori (verosimilmente ἐπὶ λύσει) e ai creditori in possesso dei beni il denaro loro dovuto e dare all'attore che aveva esperito contro di lui azione e che era consigliato da Iseo, la parte che spettava. Io credo, invece, che il participio aoristo sostantivato θέμενοι non debba affatto riferirsi a creditori ipotecari nel possesso degli immobili in questione, a garanzia di una obbligazione ancora in vita e supporto questa mia interpretazione sulla base di due dati testuali: il participio non viene preceduto dall'articolo determinativo οἱ rendendo così possibile, (per non dire

preferibile) tradurre la perifrasi οἱ παρὰ τούτου πριάμενοι καὶ θέμενοι non come ‘coloro che hanno acquistato la proprietà ἐπὶ λύσει e coloro che hanno costituito ipoteca’, ovverosia come indicanti due diverse categorie di creditori, bensì nel senso di ‘coloro che hanno acquistato la proprietà a titolo di garanzia’. In altre parole si tratterebbe di un nesso, seppur artefatto, per indicare la sola categoria dei creditori, acquirenti ἐπὶ λύσει e la presenza del secondo participio troverebbe giustificazione nella necessità di specificare che coloro che hanno acquistato la proprietà, non sono semplici compratori ma sono dei creditori del venditore; l’espressione formata dal participio congiunto ἀποδόντα e dal suo accusativo dell’oggetto esterno τὴν τιμὴν, letteralmente *pretium*, non mi sembrerebbe appropriata se usata in rapporto all’istituto dell’ipoteca. Se invece intendiamo οἱ παρὰ τούτου πριάμενοι καὶ θέμενοι quale perifrasi riferita alla singola classe di creditori di cui sopra, il ritornare il prezzo acquisisce nel contesto un significato pienamente accettabile. D’accordo con una tale interpretazione, sono A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 265 (da consultarsi per una esaustiva disamina delle interpretazioni possibili), nonché J.V.A. FINE, ‘*Horoï*’, cit., 75 secondo il quale: «the key to the understanding of isaeus’ words may well be in the expression ἀποδόντα τὴν τιμὴν. The speaker says that ought to return the price to his creditors and thus redeem the property. Returning the price does not seem a natural phrase to be used in connection with hypothec, but it is very appropriate if we understand οἱ παρὰ τούτου πριάμενοι καὶ θέμενοι to refer to one class of creditors, namely those in a. the situation alluded to by isaeus can probably be reconstructed as follows: Dikaiogenes, in need of money, sold some immovables ἐπὶ λύσει to certain purchasers who gave a definite price for them. By this transaction the purchasers became provisory owners and, if they took possession, they had the usufruct in lieu of interest. Regarding the status of the purchasers Isaeus uses the verb which can denote ownership or possession, or both, but from the words in the following section (22) it seems clear that the creditors were in phisical possession. If, then, the

τιθέμεθα συνθήκας, ἐν αἷς ἢ τε μίσθωσις ἦν γεγραμμένη καὶ λύσις τούτῳ παρ' ἡμῶν ἐν τινι ῥητῷ χρόνῳ.

Se, quindi, si volesse tracciare una, pur vaga, distinzione di disciplina tra i due istituti, ipoteca *lato sensu* e *compera e latere creditoris*, ciò sarebbe possibile, benché con qualche accortezza. Da un lato, infatti, è facile trovare passi che, vuoi per imprecisione solo terminologica, vuoi per intrinseche carenze dogmatiche, sono interpretabili nel senso, se non di una ontologica omologazione, comunque di una pratica indistinzione tra la *possessio sine die* derivante dalle convenzioni 'ipotecarie' e quella fondata sulla ὄνῃ da parte del creditore garantito, o comunque su di un titolo che potremmo definire dominicale¹⁵¹; dall'altro, è solo con riguardo a questa seconda tipologia che le fonti attestano una λύσις per il recupero dell'oggetto della garanzia e l'impiego della figura (o se si vuole della 'finzione') della μίσθωσις per giustificare *ante diem* il possesso del debitore-venditore.

purchasers (i.e. the creditors) were in possession, Dikaiogenes could redeem the property merely by repaying the purchase price (i.e. the amount of the loan); no interest payment would be required since for the duration of the contract the creditors had had the usufruct of the property».

¹⁵¹ Conformemente vd. A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 221. Cfr. IG II² 43.37-40 (E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 362) ove vengono posti sullo stesso piano l'atto di vendere e quello di oppignorare, in quanto determinanti una *egktesis*; Isae. *pro hered. Arist.* 24 (U.E. PAOLI, *Sul diritto pignoratizio*, cit., 168), ove il debitore ipotecante, il venditore e la sentenza sono tra loro equiparati quale prova del titolo per cui un soggetto ha presso di sé un bene, allorché insorgano contese su di esso.

Come ha fatto notare Harris¹⁵², è imprescindibile nella valutazione delle orazioni il ponderare adeguatamente l'apporto della retorica e delle utilitaristiche ragioni di parte: basti pensare a quel passo demostenico della seconda orazione *Contra Aphobum* in cui tutto è iperbole, tutto è artificio teso ad indirizzare i giurati all'accoglimento delle proprie tesi (dall'affermazione secondo cui non v'è un bene dell'oratore che non sia oberato di debiti, a quella per cui l'intera proprietà è 'dei creditori')¹⁵³. Tuttavia, vero è che dalle fonti – seppur nella loro laconicità o nella loro caotica ciarleria – non mi sembra troppo ardito sostenere l'esistenza di talune (come quelle poc'anzi rammentate) differenze di regime, non tanto da imputare al cangiante utilitarismo delle parti in causa e alla loro *vis rhetorica*, quanto da far dipendere da prescrizioni di norme positive. Così, ad esempio, non è la retorica o l'opportunità del momento ciò che fa dire a Demostene che nella οὐσία paterna (trasferita a lui *mortis causa*) vi sono sia schiavi che il padre aveva presso di sé come proprietario, sia schiavi che aveva presso di sé *iure pignoris* (ὑποκείμενοι), ma è semplicemente la volontà

¹⁵² E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 358 ss.

¹⁵³ Dem., XXVIII, *Contra Aphobum* II, 18: Ἐὰν οὐκ ἀρχῆς ἡδίκημαι, μεγάλα δ' ὅτι δίκην ζητῶ λαβεῖν, νῦν ὑπ' αὐτῶν βλάπτομαι; τίς δ' οὐκ ἂν ὑμῶν τούτῳ μὲν φθονήσειε δικαίως, ἡμᾶς δ' ἐλεήσειεν, ὁρῶν τῷ μὲν πρὸς τῇ οὐσίᾳ τῇ παραδοθείσῃ πλεῖν ἢ δέκα ταλάντων τὴν ἐμὴν τοσαύτην οὖσαν προσγεγενημένην, ἡμᾶς δὲ μὴ μόνον τῶν πατρῶων διημαρτηκότας, ἀλλὰ καὶ τῶν νῦν παραδοθέντων διὰ τὴν τούτων πονηρίαν ἀπεστερημένους; ποῖ δ' ἂν τραποίμεθα, εἴ τι ἄλλο ψηφίσαισθ' ὑμεῖς περὶ αὐτῶν; εἰς τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείσασιν; ἀλλὰ τῶν ὑποθεμένων ἐστίν. ἀλλ' εἰς τὰ περιόντ' αὐτῶν; ἀλλὰ τούτου γίγνεται, τὴν ἐπωβελίαν εἶν ὀφλωμεν.

dell'oratore di enumerare tutte le posizioni 'attive' facenti capo al proprio ereditando al momento della sua morte (atteso che l'eredità è, appunto, una *universitas* entro cui si annoverano crediti, debiti, nonché – nella visione greca – 'diritti reali' in una con 'situazioni possessorie'); e, quindi, è la volontà di mettere in luce il proprio diritto a succedere nella totalità dei rapporti anche possessori di cui era parte, in vita, il padre (in modo tale che, come si dice, il possesso del *de cuius* 'continui' nell'erede)¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Cfr., in tema, P. MILLET, *Lending*, cit., 168 ss.; vd. E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 362 s. Di poi, come spiegare, ad esempio, con la teoria di Harris i passi 11, 12, 21 e 22 della *Contra Lacritum*? Qui, ovviamente, sarebbe tutto interesse dei creditori affermare che le botti di vino sono in loro proprietà; invece, ciò essi non fanno, sostenendo l'illiceità della condotta dei debitori che, pur proprietari, hanno contratto ulteriori debiti *de eadem re* contravvenendo al divieto di oppignorare ulteriormente (cfr. E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 366); e, parimenti, con riguardo all'iscrizione amorgina della 'vendita' di Nicerato, non sarebbe più conveniente al creditore Ctesifonte affermare che il suo debitore dante causa non semplicemente ἔχει θεμέριον i beni destinati a garanzia del suo credito, ma ne è il proprietario (E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 378)? Non è più agevole spiegare la testimonianza nel senso che Nicerato è legittimato a vendere taluni beni perché li ha validamente acquistati da Ischirione, altri li ha ereditati, altri presso di lui *iure pignoris* li ha venduti con il consenso del debitore Exacesto? Non mi riesce, di poi, di comprendere in che modo la tesi di Harris possa spiegare il caso di Teosebes e Teomnesto (E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 355, 378), di cui in SEG XII, 100. La casa di Teosebes, figlio di Teofilo, condannato in contumacia di sacrilegio, viene confiscata – ai fini di una vendita

6. Il principio della ἀνεπαφία e la libera disponibilità debitoria

Abbiamo visto, con riguardo al diritto commerciale, che prima dell'impossessamento *e latere creditoris* degli ὑποκείμενα l'ipoteca non si atteggiava affatto a 'diritto reale': non attribuiva, cioè, al titolare una pretesa spiegabile *erga omnes*, ma, al più, nei confronti del debitore 'ipotecante'. Il caso della nave o del cargo rimasti presso il mutuatario durante il viaggio sono emblematici di un capitale problema di carattere ancor più generale: come proteggere adeguatamente il creditore che non avesse un diretto controllo sulla cosa oggetto di garanzia e non fosse ammesso a perseguire la cosa garantita presso terzi nonché a far valere un diritto di prelazione verso chi avesse ottenuto, in un secondo tempo,

pubblica – dai *poetai* grazie alla *apographè* di Teomnesto (che avrebbe ricevuto i tre quarti del valore del bene): una *enepiskepsis*, tuttavia, viene attivata, giacché taluni terzi accampano pretese sull'immobile vendendo. In ordine cronologico, la casa era già stata ipotecata per 150 dracme da Teofilo a favore di Smicito (cosa riconosciuta da Teomnesto stesso); successivamente la medesima casa era stata acquistata da Ciconide e dal *koinòn* dei *phrateres* Medontidi per 100 dracme (il testo recita solo ἀποδομέμενο, e non ἀποδομέμενο ἐπὶ λύσει) di poi, ancora, era stata venduta ἐπὶ λύσει da Eschine e da un *koinòn* di *orgeones*. La casa venne venduta per 575 dracme a Lisania, ma solo la pretesa di Smicito venne soddisfatta: io credo perché le altre due vendite erano da considerarsi invalide (giusta divieto di disposizione per il debitore della cosa oggetto di garanzia), giacché la perifrasi ἔδοξεν ἐνοφείλεσθαι deve intendersi come sintomatica di un'apparenza fattuale opposta alla realtà di diritto.

dal medesimo debitore una garanzia *de eadem re* per la concessione di un ulteriore prestito? A tali possibili e gravi inconvenienti tenta di rispondere un principio di portata fondamentale: il principio della cd. ἀνεπαφία, che restringe le facoltà di disposizione del proprietario, sicché questi non può servirsi della propria cosa (di cui abbia anche disponibilità materiale), quale mezzo di credito, se non risulta quest'ultima essere *in toto* libera da pretese altrui.

È questa regola, per l'appunto, che fonda non solo la prassi marittima di consacrare nelle clausole della συγγραφή sia il divieto di ipotecare una cosa già ipotecata sia la pretesa creditoria di ottenere in garanzia una cosa totalmente libera da pregresse pretese altrui – come abbiamo già ritrovato nell'orazione *Contra Lacritum* –, ma anche, limitatamente al diritto civile ateniese, quella unilaterale *défense* creditoria – cui era inesorabilmente soggetto il debitore – avente ad oggetto la perfezione, da parte di quest'ultimo, di ulteriori negozi alienativi¹⁵⁵. *Défense* che, in concreto, poteva aver luogo sia nella forma privata e orale della ἀπόρρησις (vuoi per mobili, vuoi anche per immobili), sia per il tramite della apposizione di un sill'edificio o sul fondo rustico costituito *iure pignoris* e rimasto presso il debitore. Una rassegna di talune testimonianze può aiutare a ben comprendere la portata e le modalità operative della cd. ἀνεπαφία.

¹⁵⁵ Cfr. E. RABEL, *Die Verfügungbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, 9 ss.; D. PAPPOULIAS, Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια, cit., 122 ss.; U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 185 ss.

Una disposizione contenuta nel codice di Gortyna¹⁵⁶ si impone quale la più antica testimonianza del manifestarsi, nel modo più rigoroso possibile, nell'esperienza giuridica greca del principio *de quo*, corollario storico dell'insorgere e dell'affermarsi di quella prassi, via via sempre più diffusa e frequente, in virtù della quale sono le cose e non le persone a rispondere delle obbligazioni: ἄνθρωπον μὴ ὠνήθαι κατακείμενον, πρὶν κ' ἀ(λλ)υ(σ)ήται¹⁵⁷ ὁ καταθένης μηδ' ἀμίμων μηδὲ δέκσαθαι μηδὲ ἐπισπενσάθαι μηδὲ καταθέθαι αἱ δὲ τις τούτων τι φέρκσαι, μηδὲν ἔς κρέος ἦμεν, αἱ ἀποπωνίοιεν δύο μαίτυρες. Il divieto, come è evidente, ha quale diretto destinatario il terzo acquirente e non il venditore¹⁵⁸, e si atteggia a statuizione negativa legale

¹⁵⁶ Gort. 10.25-32. Cfr., in generale, S. LINK, *Das griechische Kreta*, Stuttgart, 1994; M. GUARDUCCI, *Inscriptiones creticae*, IV, Roma, 1935-1950; R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 192 ss.; A. MAFFI, *Il diritto di famiglia nel Codice di Gortyna*, Milano, 1997; nonché J. DAVIES, *The Gortyn*, cit., 305 ss. (e nt. 1 con ampia bibliografia).

¹⁵⁷ Mi pare corretto segnalare che oggetto di disputa è la lettura del nesso κ' ἀ(λλ)υ(σ)ήται (D. COMPARETTI, *Le leggi di Gortyna e le altre iscrizioni arcaiche cretesi*, in *Monum. At. Pubbl. per cura della R. Acc. Dei Lincei*, III, 1894, col. 93-242, e soprattutto 228 e 278 ss.), letto κ' ἀ(ρτ)υ(σ)ήται da alcuni (F. BÜCHELER - E. ZITELMANN, *Das Recht von Gortyn*, Frankfurt, 1885, 178), da altri (Fabricius, citato in R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 39) καττύνεται mentre altri ancora legge καττύνηται. Cfr., altresì, J. DAVIES, *The Gortyn*, cit., 323, che aderisce alla *lectio* di Comparetti, laddove H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 108, aderisce a Bücheler e Zitelman.

¹⁵⁸ A prescindere dalle dispute sulla corretta lettura del testo e quindi alla ricostruzione filologica dell'originale, palese è il fatto che si tratta di una disposizione normativa che inibisce il *ius vendendi* del pegno fino a quando, e qui il punto è *sub iudice*, il vincolo non sia sciolto o non

comportante la nullità assoluta dell'atto di disposizione po-

siano intervenuti tra i protagonisti del rapporto obbligatorio garantito accordi in senso opposto. Tengo a ribadire che si tratta di un divieto che vede il suo destinatario nel terzo acquirente: si tratta, in buona sostanza, non di un divieto di alienare fatto direttamente al debitore rimasto in possesso della garanzia, bensì di un divieto ad acquistare, a mio modo di vedere, fatto indipendentemente da chi sia nel possesso dello schiavo: se il divieto della disposizione viene impartito dal legislatore di Gortyna ad eventuali terzi acquirenti, mancando la specificazione di chi sia il venditore, credo che nella disposizione si sia deliberatamente voluto compendiare una duplice inibizione. Più precisamente, credo che in tale prescrizione negativa si vada a comminare la nullità della vendita per l'ipotesi in cui non venga ottemperato il divieto di *ius distrabendi* imposto nei confronti del creditore, qualora egli sia entrato già da subito nel possesso dello schiavo, nei confronti del debitore qualora lo schiavo sia rimasto presso di lui. Fatta propria la *lectio* di Zitelman e di Buecheler (κ' ἀ(ρτ)υ(σ)ήται), questo documento può essere preso in considerazione come prova che esplicitamente sancisce per la città di Gortyna (nel V sec.?), il divieto di disposizione sulla cosa pignorata sino a quando non sia intervenuta una intesa tra le parti per il caso dello schiavo già oggetto di garanzia, sino a quando la situazione non sia definitivamente regolata per il caso dello schiavo litigioso. Se si legge invece, come vuole il De Ruggiero, κ' ἀ(λλ)υ(σ)ήται, allora la legge disporrebbe che il servo ipotecato al pari del servo litigioso non può essere oggetto di contrattazioni ulteriori fino a quando chi lo ha dato in pegno non lo abbia prosciolto attraverso l'adempimento della obbligazione della quale esso rappresenta la garanzia. Un punto è chiaro, entrambe le *lectiones* porterebbero all'affermazione di un divieto legale mentre rimarrebbe ancora in dubbio se l'estinzione del vincolo fosse stata elemento necessario per la sua cessazione o se invece si profilasse come sufficiente la semplice convenzione tra le parti in questo senso sempre che il consenso del creditore non comportasse estinzione al diritto di ipoteca.

sto in essere dal debitore (o forse, altresì, dal creditore?) sullo schiavo oggetto di pregressa garanzia o sullo schiavo litigioso: e ciò fintantoché il debito non sia stato onorato (leggendo κ' ἀ(λλ)υ(σ)ήται) o, secondo la *lectio* meno probabile, fintantoché non siano intervenuti tra le parti accordi in tal direzione (leggendo κ' ἀ(ρτ)υ(σ)ήται)¹⁵⁹.

Il principio così cristallinamente sancito nel divieto legale a Gortina, trova però anche nell'Attica classica assai valida – seppur più duttile – conferma¹⁶⁰. Il primo passo da

¹⁵⁹ Cfr. H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 108 s.: «die Stelle erklärt sich am einfachsten, wenn man einen Verkauf durch den Verpfänder annimmt; er soll, vor er verkauft, ἀρτύναι was ist damit gemeint? Das Wort findet sich auch in der Tafel von Heraklea; im Testament der Epikteta erscheint ein ἀρτύτηρ; Hesychios gibt dafür διατιθέναι und παρασκευάζεσθαι; das nächstliegende ist: in Ordnung bringen, sich mit ihm verständigen». Tale ermeneusi viene seguita da L. BEAUCHET, *Histoire*, III, cit., 255, secondo il quale «le créancier fait directement défense aux amateurs de se rendre acquéreurs de l'immeuble hypothéqué, probablement parce que ceux-ci, voyant sur l'immeuble les ὄροι qui manifestaient le droit du créancier, lui avaient demandé son consentement à la vente. C'est donc qu'en l'absence de ce consentement la vente ne pouvait être valable. Cette solution paraît, du reste, avoir été généralement admise dans le droit grec». Alla nt. 3, della medesima pagina l'autore francese, di poi, afferma che «en dehors de l'Attique, la loi de Gortyne fait défense, à peine de nullité d'acheter un homme donne en gage avant que celui qui l'a donne ne l'ait dégagé, c'est à dire sans le consentement du créancier gagiste». Per una singolare traduzione che scinde le due ipotesi (schiavo litigioso – schiavo pignorato), rimando a U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 185 s. nt. 2.

¹⁶⁰ Parlano di un divieto legale anche per l'Atene del V-IV sec. a.C.: H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 108 ss.; L. BEAUCHET, *Histoire*, III, cit., 254 ss., N. HERZEN, *Origine*, cit., 207; J.V.A. FINE, *Ho-*

analizzare, al fine di una generale disamina della tematica afferente al divieto di atti dispositivi da parte del debitore, è tratto da una orazione demostenica. In Dem., LIII, *Contra Nicostratum*, 10, troviamo Nicostrato seriamente intenzio-

roi', cit., 61 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 253 ss. Questa opinione si basa in parte su due passi degli oratori greci, Dem., LIII, *Contra Nicostratum*, 10 e Isae. *de Menecl. her.* 28, in parte sulla generalizzazione del principio rinvenuto nella legge di Gortyna, in parte sulla presenza di una siffatta clausola in un papiro berlinese (U. WILKEN, *Abhandl. der Berl. Akad.*, 1886, 20). Come bene mette in luce R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 33 s., però, invocare tale ultima prova a favore del divieto legale non considerarsi argomento scientificamente valido: infatti, la presenza di una tal clausola negoziale è suscettibile di essere interpretata in modi antitetici. Di ogni clausola ci si può chiedere se sia la semplice riproduzione di una disposizione di diritto positivo, ovvero se di contro non si tratti di una deroga voluta dalle parti contrattuali ad una disposizione di legge non imperativa. Il patto di divieto e la comminatoria di nullità dell'atto dispositivo posto in essere non ottemperando al divieto non si prestano ad una interpretazione che permetta di considerarli (o meno) superflua *duplicatio* di precetti positivi; se si dovesse prendere in considerazione, per esempio, quella clausola che conferisce al creditore il diritto di impossessarsi della cosa nel caso di inadempienza del debitore, si dovrebbe concludere sia che questa è una pura e semplice riproduzione di una norma di diritto consentanea alla natura dell'ipoteca sia che la sua omissione non comporterebbe la perdita nel creditore di quei poteri che il sistema positivo gli attribuisce. La esiguità delle risultanze ha indotto E. RABEL, *Die Verfügungbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papiri*, Leipzig, 1909, 16, a un solenne *non liquet*; mentre R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 35 ss., si è pronunciato, un po' a stento (e fortemente influenzato dal diritto dei papiri) per la sola natura convenzionale.

nato a pagare certe somme di danaro che gli erano state date a mutuo con il patto che, nel caso in cui non le avesse rese al creditore entro 30 giorni, sarebbe stato tenuto a restituire il doppio. Al fine di onorare il suo debito, quindi, Nicostrato pensava di mettere in vendita un fondo e Demostene ci informa che, invero, nessuno aveva voluto né comprare né accettare in ipoteca tale fondo, in quanto il fratello stesso di Nicostrato, Aretusio, si era opposto sia alla vendita sia alla oppignorazione ulteriore dell'immobile, ὡς ἐνοφειλομένου αὐτῷ ἀργυρίου¹⁶¹. Il passo, nella sua laconicità – ammettiamo

¹⁶¹ Dem., LIII, *Contra Nicostartum*, 9-11: ἐπειδὴ οὐκ ἠύπορον ἀργυρίου διὰ τὸ διαφόρως ἔχειν τῷ Φορμίῳ καὶ ἀποστερεῖσθαι ὑπ' αὐτοῦ τὴν οὐσίαν ἣν μοι ὁ πατήρ κατέλιπεν, κομίσας ὡς Θεοκλέα τὸν τότε τραπεζιτεύοντα ἐκπώματα καὶ στέφανον χρυσοῦν, ἃ παρ' ἐμοὶ ἐκ τῶν πατρῶων ὄντα ἐτύγγανεν, ἐκέλευσα δοῦναι τούτῳ χιλίας δραχμάς, καὶ τοῦτο ἔδωκα δωρεὰν αὐτῷ τὸ ἀργύριον, καὶ ὁμολογῶ δεδωκέναι. ἡμέραις δὲ οὐ πολλαῖς ὕστερον προσελθὼν μοι κλάων ἔλεγεν, ὅτι οἱ ξένοι ἀπαιτοῖεν αὐτόν, οἱ δανείσαντες τὰ λύτρα, τὸ λοιπὸν ἀργύριον, καὶ ἐν ταῖς συγγραφαῖς εἶη τριάκονθ' ἡμερῶν αὐτόν ἀποδοῦναι ἢ διπλάσιον ὀφείλιν, καὶ ὅτι τὸ χωρίον τὸ ἐν γειτόνων μοι τοῦτο οὐδεὶς ἐθέλοι οὔτε πρίασθαι οὔτε θέσθαι· ὁ γὰρ ἀδελφὸς ὁ Ἀρεθούσιος, οὗ τάνδράποδ' ἐστὶ ταῦτα ἃ νῦν ἀπογέγραπται, οὐδένα ἐώη οὔτε ὠνεῖσθαι οὔτε τίθεσθαι, ὡς ἐνοφειλομένου αὐτῷ ἀργυρίου. Che si tratti di ipoteca e non di una vendita 'fiduciaria' (il verbo τίθεσθαι e θέσθαι indicano un tal negozio essendo congiunti mediante correlative οὔτε ... οὔτε ai verbi πρίασθαι e τίθεσθαι a favore di Aretusio mi pare fuori di ogni dubbio come bene viene argomentato sia da A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 267 sia da J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 81 s. che sono in disaccordo solo su di un marginale elemento riguardante il possesso, in quanto Harrison afferma che Fine «is wrong to deduce from Nickostratos' desire to sell or mortgage that he was in possession of the property and that this is therefore a fairly strong instance of the debtor in hypothec retaining possession». Del medesimo

per un attimo che Nicostrato fosse altresì debitore di Aretusio e il fondo che aveva intenzione di impiegare, in un modo o nell'altro, fosse stato già ipotecato al fratello – ci rende edotti del fatto che Aretusio era il titolare di un 'potere di inibizione' che limitava la libera disponibilità di Nicostrato (nonostante questi fosse dotato di un titolo dominicale) e che questo potere era stato concretamente esercitato sortendo l'effetti voluto: la non alienazione dell'immobile (laddove, *a contrariis*, si potrebbe inferire che, qualora detto potere non fosse stato esercitato, Nicostrato avrebbe venduto o ipotecato efficacemente e validamente)¹⁶². In

avviso H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 121 ss. e J.H. LIPSIUS, *Das Attische Recht und Rechtverfahren*, Leipzig, 1915, 700, nn. 87, 89; secondo E. RABEL, *Die Verfügungbeschränkung*, cit., 16 si ha da dubitare che il fratello di Nicostrato avesse ipoteca sul bene e ipotizzano che sia configurabile la possibilità che il divieto di alienazione e di ulteriore oppignorazione derivi dal fatto di essere condomino. Io escluderei questa supposizione dato l'uso del verbo ἐνοφείλεσσαι che denota l'esistenza di un debito. A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 267, 277, vede comunque questo caso come di grande importanza in quanto «gives us, on the most likely interpretation, the rule that the first creditor in whichever type of security this is could ban both the sale of the property charged and the raising of a further loan on it». M.I. FINLEY, *Studies*, cit., 271 considera invece il caso come non ben decifrabile; cfr., in tema, anche E. WEISS, *Griechisches Privatrecht*, Leipzig, 1935, 355 ss.

¹⁶² Secondo H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 108 «das griechische Recht verpönt eine Veräußerung ohne Einwilligung des Pfandgläubigers und erklärt sie nichtig», e ne sarebbe prova l'ostacolo all'alienazione che risiedeva nel rifiuto del consenso del creditore ipotecario. Dello stesso avviso è anche Beauchet che, più ampiamente,

contrappone l'atteggiarsi del diritto ateniese classico alle moderne legislazioni e al diritto romano in quanto in quell'ordinamento, come proverebbe il passo demostenico, «le débiteur ne peut, sans le consentement du créancier, vendre valablement la chose hypothéquée»; o meglio: «en droit roman comme dans les législations modernes l'hypothèque ne s'oppose nullement à ce que le débiteur puisse aliéner la chose hypothéquée; l'aliénation est valable même sans le consentement du créancier seulement la chose demeure, entre les mains du tiers acquéreur, affectée à la créance de la même manière que si elle se trouvait encore en la possession du constituant: c'est l'effet de ce que l'on nomme le droit de suite. D'autre part, le tiers acquéreur n'est tenu envers le créancier que *propter rem* ou, en d'autres termes, c'est la chose seule qui est affectée entre ses mains: il est tout à fait étranger à l'obligation personnelle contractée par le constituant et qui continue à peser sur celui-ci exclusivement. La théorie du droit attique paraît avoir été différente» (L. BEAUCHET, *Histoire*, III, cit., 253 s.). I due interpreti, pertanto, concordano nel far risalire l'ostacolo di cui si discute ad un divieto avente natura legale che alla alienazione si oppone *ipso iure* e concepiscono il consenso del creditore come elemento necessario per procedere da parte del debitore alla disposizione: cfr., conformemente, E. WEISS., *Griechisches Privatrecht*, cit., 335; J.H. LIPSIVS, *Das Attische Recht*, cit., 700. Secondo il De Ruggiero, partendo dal presupposto che l'oratore non specifica affatto in base a quale diritto il fratello esercitasse la sua opposizione né se tale opposizione fosse da lui legittimamente esercitata, non troverebbe inoppugnabile documentazione la conseguenza supposta per esistente dalla dottrina facente capo ad Hitzig (R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 34 s.). Lo stesso Guiraud aveva accennato ad una alternativa spiegazione del passo: secondo l'autore francese si potrebbe infatti supporre l'intervento di una convenzione tra i due fratelli in forza della quale Nicostrato si obbligava a non vendere né ad ipotecare fino a quando Aretousio non fosse stato del tutto soddisfatto (P. GUIRAUD, *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*, Paris, 1893, 287): in effetti è pienamen-

altre parole, più che di un divieto operante, come a Gortina, *ipso iure*, il passo, a quanto mi pare, attesta solo un divieto ‘azionabile’ dal creditore, un diritto potestativo (inibitorio) ad attuazione creditoria, cui corrisponde, ovviamente, la soggezione del debitore.

Un caso analogo – seppur più ambiguo – ci offre Iseo¹⁶³ nell’orazione per l’eredità di Meneclis: questi, a seguito di una μίσθωσις οἴκου era divenuto il ‘locatario-tutore’ dei beni del figlio di Nicia; tenuto alla restituzione di alcune somme di danaro, una volta divenuto di maggiore età il pupillo, e non disponendo di sufficienti liquidità (anche per l’accumulo degli ingenti interessi dovuti), aveva deciso di vendere uno dei suoi fondi, ma il fratello del nostro *de cuius* (forse con lui tutore), invero, si era opposto alla alienazione, inibendo agli acquirenti di comprare¹⁶⁴ (anche se, va notato, la contestazione era stata sollevata solo per una parte del fondo e non sull’altra, così che Meneclis, infine, era stato in grado di vendere la porzione non contestata). Il passo, ad

te lecito concordare che il genitivo assoluto ὡς ἐνοφειλομένου αὐτῶ ἀργυρίου non fa allusione alcuna alla fonte del divieto, indicandone semplicemente il quid detto divieto è stato imposto.

¹⁶³ Isaac. *de Menecl. her.* 28: Ἐπειδὴ γὰρ ἔδει τῶ ὀρφανῶ τὰ χρήματα ἀποδιδόναι, ὁ δ’ οὐκ εἶχεν ὀπόθεν ἀποδοῦναι, τόκοι δὲ πολλοῦ χρόνου συνερρηκότες ἦσαν αὐτῶ, τὸ χωρίον ἐπώλει. Καὶ οὗτος καιροῦ λαβόμενος καὶ βουλόμενος αὐτῶ ἐπηρεάζειν, ὅτι ἐμὲ ἐποίησατο, διεκώλυε τὸ χωρίον παραθῆναι, ἵνα κατοκώχμιον γένηται καὶ ἀναγκασθῆ τῶ ὀρφανῶ ἀποστῆναι. Ἡμφεσβήτει οὖν αὐτῶ μέρος τινὸς τοῦ χωρίου, πρότερον οὐδεπώποτε ἀμφισβητήσας, καὶ ἀπηγόρευε τοῖς ὄνουμένοις μὴ ὠνεῖσθαι.

¹⁶⁴ A causa di tale intervento Meneclis successivamente esperì contro il fratello una δίκη ἀπορρήσεως: U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 187 ss.

onor del vero, poco dice e solo con un po' di fantasia si riesce a scorgere nell'opposizione *de qua* una ἀπόρρησις per l'esistenza di un vincolo ipotecario (ἀποτίμημα) su parte del fondo di Meneclès a favore del pupillo: così, però, la pensano sia Hitzig (il quale riconosce, però, che «ist nur die Legitimation des Gegners zur Einsprache nicht ganz klar»)¹⁶⁵ sia Beauchet¹⁶⁶, ritenendo entrambi – in via di ipotesi – che un tale vincolo (reale) comportasse automaticamente un divieto di alienazione, vincibile solo col consenso dell'avente diritto. Detta interpretazione, a detta degli autori, sarebbe suffragata dalla finale ἵνα κατοκώχιμον γένηται καὶ ἀναγκασθῆ τῶ ὀρφανῷ ἀποστῆναι da cui si evincerebbe che l'avversario intendeva affermare che, se Meneclès non fosse stato in grado di pagare, la proprietà dell'immobile sarebbe stata devoluta al pupillo: l'intervento del fratello di Meneclès e la legittimazione dell'azione in difesa del pupillo si giustificherebbero, pertanto, con l'ipotesi che il fratello fosse co-tutore¹⁶⁷ e che,

¹⁶⁵ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 109-110. Secondo A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 291 (cfr. anche p. 307): «there is however absolutely nothing to suggest that the brother's claim to intervene rested on any kind of mortgage interest in the land. He may well, for example, have been claiming that he was joint heir to the land, or sole owner of that particular part of the inherited estate».

¹⁶⁶ L. BEAUCHET, *Histoire*, III, cit., 254.

¹⁶⁷ H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 110, nt. 1: «vielleicht war er selbst Vormund. Es ist m.e. nicht auffällig, dass die Einsprache vom Vormund ausgeht, die Zahlung aber an den Mündel erfolgt, man darf annehmen, dass Verkaufsversuch noch vor und angesichts der bevorstehenden Beendigung der Vormundschaft erfolgte». L. BEAUCHET, *Histoire*, III, cit., 254: «celui-ci, agissant vraisemblablement comme cotuteur des mineurs, fait défense aux amateurs d'acheter

in tale qualità, facesse valere un diritto a favore del pupillo stesso¹⁶⁸.

Meno criptico e più utile risulta, ai nostri fini, un passo tratto da Dem., XXVII, *Contra Aphobum* I, 27(-28) ove al tutore Afobo si prescrive una determinata condotta, ossia l'impedire al debitore del pupillo la concessione di nuovi vincoli di garanzia su beni già ipotecati¹⁶⁹. Moiriades, come

l'immeuble que Ménécès mettait en vente et qui était grevé d'un ἀποτίμημα au profit des mineurs et Ménécès ne peut vendre que les immeubles à l'égard desquels il n'y a pas eu d'opposition».

¹⁶⁸ Secondo R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 36 s., sarebbe ben più naturale congetturare che Meneclès ed il fratello fossero condomini dell'immobile oggetto della contestazione e che l'impedimento trovasse il proprio fondamento giuridico nei diritti spettanti al fratello per la sua qualità di comproprietario (E. CAILLEMER, *Le contrat de vente à Athènes*, Paris, 1857, 657; U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 190). A mio avviso, la spiegazione non può essere assolutamente accettata: il testo infatti espressamente chiarisce che il motivo che sta alla base della opposizione riguarda un vincolo in favore del pupillo ed è enunciato inequivocabilmente nel suo interesse. L'ipotesi della co-tutela, considerata dal De Ruggiero 'stranissima', a mio parere, seppur rimane poco cristallino l'intervento del fratello e non chiara la legittimazione del suo agire, non è tanto più inverosimile di quella del condominio. Un fatto rimane: siamo nel campo delle congetture.

¹⁶⁹ Dem., XXVII, *Contra Aphobum* I, 27-28: ὅτι τοίνυν οὐκ ἄπορος ἦν ὁ Μοιριάδης, οὐδ' ἦν τῆ πατρὶ τοῦτο τὸ συμβόλαιον εἰς τὰνδράποδ' ἠλιθίως συμβεβλημένον, μεγίστω τεκμηρίῳ γνώσεσθε· λαβὼν γὰρ ὡς ἑαυτὸν Ἄφοβος τοῦτο τὸ ἐργαστήριον, ὡς αὐτοὶ τῶν μαρτύρων ἠκούσατε, καὶ δέον αὐτόν, εἰ καὶ τις ἄλλος ἐβούλετ' εἰς ταῦτα συμβαλεῖν, τοῦτον διακωλύειν ἐπίτροπόν γ' ὄντα, αὐτὸς ἐπὶ τούτοις τοῖς ἀνδραπόδοις τῶ Μοιριάδῃ πεντακοσίας δραχμὰς ἐδάνεισεν, ὅς ὀρθῶς καὶ δικαίως παρ' ἐκείνου κεκομίσθαι

già sappiamo, aveva dato in pegno all'omonimo padre di Demostene alcuni schiavi il cui possesso era continuato, dopo la morte di questi, nel figlio a mezzo di Afobo. Questi, secondo l'accusa mossagli dall'oratore, non avrebbe dovuto permettere la costituzione di una seconda garanzia su tali schiavi, in quanto essi erano già oggetto di una prima garanzia: egli, invece – compiendo un atto qualificato come 'il più illecito' –, date a mutuo 500 dracme a Moiriades, aveva convenuto con quest'ultimo di ottenere in pegno gli stessi schiavi. L'accenno seppur indiretto alla ἀπόρρησις è chiaro: nella normalità dei casi, il tutore era tenuto a opporre il divieto a che si contrattasse su beni sui quali il pupillo era

ὁμολόγηκεν. Cfr. E. RABEL, *Die Verfügungbeschränkungen*, cit., 16 s.: «Er verging sich schon das durch das Pfandnehmen, denn es war δέον αὐτόν, εἰ καί τις ἄλλος ἐβούλετ' εἰς ταῦτα συμβαλεῖν, τοῦτον διακωλύειν ἐπίτροπόν γ' ὄντα. Hier ist eigentlich nicht gesagt, dass er nur hätte die Sklaven nicht zu weiterer Verpfändung herausgeben sollen, sondern ein aktives Verhalten ist ihm vorgeschrieben, wieder das κωλύειν συμβαλεῖν und wieder an den neuen Pfandgläubiger gerichtet, wie in der Isaeusstelle an die Kauflustigen. Nun handelt es sich aber hier nicht bloß um Sklaven- welche die erwähnte Grammatiker- notiz ἐν λευκώμασιν allerdings das Grundstücken gleichstellt- sondern auch um irgend eine Art Besitzpfand. Welches aktive Eingreifen konnte man da dem Gläubiger zumuten? Demosthenes nimmt vielleicht nur eine geläufige Redewendung aus Hypothekenrecht herüber; für dieses selber wenigstens scheint damit immerhin die vom Pfandgläubigers erwartete Tätigkeit richtig umschrieben». Vd. Hesych. *Lex.* voce ἐν λευκώμασιν ἔθος ἦν τὰ πιπρασκόμενα χωρία ἢ σώματα δημοσία ἀπογράφεσθαι ἐν σανίσι λευκαῖς, οἱ δὲ πυξίοις κεχρισμένοις λευκῇ γῆ, τὰ ὀνόματα καὶ τῶν κτημάτων καὶ τῶν ἀνδραπόδων καὶ τῶν πριαμένων αὐτά, ἵν' εἴ τις βουλευθῆι αἰτιάσασθαι ἐπ' ἀδείας ἔχοι ἐντυχῶν τῶ λευκώματι.

già titolare di diritti (quale quello di garanzia). A mio modo di vedere, l'interpretazione del passo deve muovere altresì dal secondo rimprovero mosso da Demostene: la condotta di Afobo appare tanto più riprovevole in quanto è egli stesso – che pur doveva impedire la costituzione di pegni ulteriori sugli schiavi – a farsi dare a garanzia del credito concesso quegli schiavi sui quali – egli ben ne era cosciente – già Demostene vantava pregresse pretese (e, peraltro, nonostante lo stesso debitore, Moiriades, avesse altri beni sui quali poter costituire pegno). In definitiva, il passo non può che considerarsi di grande momento: da un lato, esso ci corrobora nella convinzione che il divieto di disporre degli ὑποκείμενα da parte del debitore non operasse *ipso iure*: il creditore (o chi per lui, come nel caso di specie) era ammesso esclusivamente a κωλύειν συμβαλεῖν, cosicché, qualora non si fosse attivato in questo senso (cioè non avesse esercitato il diritto potestativo riconosciuto dall'ordinamento), l'atto dispositivo del debitore era da considerarsi valido; dall'altro, esso ci attesta l'esistenza in capo al tutore non della mera 'facoltà di opporsi' *pro pupillo*, ma di un vero e proprio 'obbligo inibitorio', cui si aggiunge il più generale divieto di porre in essere attività che, contravvenendo ai vincoli del proprio ufficio, determinino un conflitto d'interessi con il pupillo (come quando egli non solo non faccia divieto al debitore pupillare di oppignorare o di alienare, ma, addirittura, presti danaro a quest'ultimo ottenendo beni già costituiti a garanzia di un credito dello stesso pupillo).

Alla luce di tali risultanze¹⁷⁰, mi pare, lecito, per concludere, da una parte obliterare l'elemento convenzionale dalla fonte del divieto in parola; dall'altra, inferire che non si tratti di un divieto operante per automatismo giuridico, giacché il debitore pare essere autorizzato a disporre della cosa che è presso di lui (o, eventualmente, anche presso il creditore), solo allorché quest'ultimo non eserciti il proprio diritto di ἀπόρρησις cioè di intervento inibitorio (o, altresì, allorché manifesti il suo consenso rinunciando, per esempio, alla cd. *hyperocha*, ovvero estinguendo il vincolo¹⁷¹). Di poi, non mi

¹⁷⁰ Cfr., per ulteriori esempi, per altro di ardua decifrazione, H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 111 ss., che tratta, tra l'altro, del registro delle vendite di Tenos, § 37, e di una iscrizione di Delo del III sec.

¹⁷¹ Come è ovvio nel vigore più stretto del principio della ἀνεπαφία e della natura di coazione psicologica delle diverse forme di pegno, sia la costituzione di seconde ipoteche sia l'alienazione degli ὑποκείμενα, non era concepibile o quantomeno non era praticamente utile e teoricamente supportabile: originariamente la cosa data in garanzia rimaneva presso il creditore colla conseguenza necessaria che la garanzia, indipendentemente dal suo valore rispetto all'ammontare del debito, non era suscettibile, in pratica, di venire utilizzata *iure pignoris* nei confronti di un secondo creditore, né, *a fortiori*, poteva formare oggetto di una alienazione. Ma, anche una volta concepita come attuabile una forma di garanzia caratterizzata dall'assenza dello spossessamento debitorio *ab origine* (ad esempio nel caso di prestito marittimo), il persistere del severo postulato dell'*anepaphia* si imponeva quale grave impedimento alla coesistenza di più vincoli ipotecari sul medesimo bene nonché alla sua alienazione. Tutto ciò, infatti, non sarebbe stato con-naturale alla funzione originaria del diritto pignoratizio greco: costituita una cosa a garanzia di un credito, esclusivamente a quest'ultimo essa doveva essere destinata. Ma, la *progressio* del diritto è, invero, fenomeno (talora solo auspicabile, ma talaltra pure) inevitabile: palesi ra-

gioni di natura equitativa imposero contro il rigore di siffatto principio (massimamente in considerazione della possibile sproporzione valoristica tra l'obbligazione e la cosa che la garantiva) l'affermarsi di un regime derogatorio di natura convenzionale: giacché il creditore *prior tempore* consentiva che il debitore si servisse della cosa su cui vantava una pretesa come strumento creditorio e in virtù della prestazione di un tale consenso si obbligava a lasciare a disposizione del nuovo creditore quello che le fonti chiamano ὄσω ἄξιον πλείονος (valore residuo). Così, nell'orazione pseudo-demostenica *Contra Lacritum*, 52, Androcle (in qualità di convenuto παραγραφώμενος), lamentandosi del comportamento disonesto dei debitori Artemone e Apollodoro, esclama Ὁ μὲν νόμος, ὃ ἄνδρες δικασταί, οὕτω χαλεπός ἐστίν· οὗτοι δὲ οἱ μιαρῶτατοι ἀνθρώπων ἀπάντων, γεγραμμένον διαρρήδην ἐν τῇ συγγραφῇ Ἄθηναζε πάλιν ἦκειν τὰ χρήματα, εἰς Χίον ἐπέτρεψαν καταχθῆναι ἃ ἐδανείσαντο Ἄθηνηθεν παρ' ἡμῶν. δανειζομένου γὰρ ἐν τῷ Πόντῳ τοῦ ναυκλήρου τοῦ Φασηλίτου ἕτερα χρήματα παρά τινος Χίου ἀνθρώπου, οὐ φάσκοντος δὲ τοῦ Χίου δανείσειν, ἐὰν μὴ ὑποθήκην λάβῃ ἅπαντα ὅσα ἦν περὶ τὸν ναύκληρον, καὶ ἐπιτρέπωσι ταῦτα οἱ πρότερον δεδανεικότες, ἐπέτρεψαν ταῦτα ὑποθήκην γενέσθαι τῷ Χίῳ τὰ ἡμέτερα καὶ κύριον ἐκεῖνον γενέσθαι ἀπάντων, καὶ οὕτως ἀπέπλεον ἐκ τοῦ Πόντου μετὰ τοῦ Φασηλίτου ναυκλήρου καὶ μετὰ τοῦ Χίου τοῦ δεδανεικότες, καὶ ὀρμίζονται ἐν φωρῶν λιμένι, εἰς δὲ τὸ ὑμέτερον ἐμπόριον οὐχ ὀρμίσαντο. Il faselita di cui si tratta, obbligato a contrarre un prestito per prendere la via del mare, offre a garanzia le merci imbarcate, ma, profilatasi la necessità di un secondo prestito, il sovventore prima di stipulare il prestito marittimo esige che i creditori anteriori gli consentano di prendere come ipoteca il carico del debitore. È, dunque, con il consenso del creditore pregresso che il debitore ipotecante avrebbe potuto mettere a disposizione del nuovo creditore l'eccedenza di valore del primo pegno. In un tempo non ben precisabile, ma collocabile di certo dopo la fine del V sec. (e attestato per l'età ellenistica), andò ad affermarsi in modo totale il diritto del creditore di vendere, previo impossessamento, la cosa ipotecata percependo sul prezzo di vendita

pare peregrino postulare l'efficacia reale del divieto in parola e, quindi, sostenere la nullità dell'atto di disposizione posto in essere in spregio alla ἀπόρρησις (laddove, per diritto commerciale, abbiamo appreso dalla *Contra Lacritum*, che l'ulteriore disposizione – costituente ἐπιδανείζειν – integrerebbe solo gli estremi di un delitto doloso). In tal contesto, e ai fini dell'ἀπόρρησις, pare abbia giocato un ruolo fondamentale la conoscenza (e la conoscibilità) da parte del creditore delle intenzioni dispositive del debitore ipotecante, nonché da parte dei terzi dell'esistenza di un vincolo pregresso: infatti, se da un lato abbiamo constatato già che il

l'ammontare del suo credito (valorizzazione): fenomeno questo, ancora una volta non sconosciuto alla prassi marittima, come desumiamo, ad esempio da Dem., XLIX, *Contra Timotheum*, 35 in cui si contempla – seppur teoricamente – l'ipotesi di un banchiere che dopo aver dato a mutuo a un commerciante la somma necessaria per il trasporto di un carico, vende quest'ultimo sino alla copertura del dovuto. E una volta affermatosi un tale riconoscimento, l'esistenza di una pluralità di vincoli ipotecari gravanti sulla stessa cosa non trovò più alcun ostacolo, come ci attestano bene tutti i passi che concernono od operazioni sull' ὄσφ ἄξιον πλείονος (anche se l'istituto della seconda ipoteca non passò «nell'uso normale e quotidiano», divenendo «connaturale all'ipoteca», giacché l'oppignoramento ulteriore «fu sempre ristretto e nel diritto greco e nel greco-egizio»: R. DE RUGGIERO, *Il divieto*, cit., 43). Giunto a tal punto il diritto pignoratizio, l'utilizzo di uno stesso oggetto quale strumento di credito verso una pluralità di soggetti dipendeva esclusivamente «dalla sua prevedibile capacità di soddisfare più debiti in rapporto al suo valore effettivo, mentre il consenso degli interessati permette di derogare al principio della anepafia» (A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 226 s.). Vd., comunque, in tema con riguardo specifico alla legge di Efeso e alle modalità con cui far valere i propri diritti sul valore residuo U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 184 ss., 190 ss.

creditore poteva cautelarsi inserendo nelle clausole contrattuali del prestito marittimo l'inibizione a ulteriormente pignorare (e, *a fortiori*, a compiere atti di natura dispositiva alienativa), nel campo del diritto civile, la nullità dell'atto di disposizione esigeva, al contempo, pure la protezione dei terzi aventi causa del debitore.

Così, come apprendiamo da Teofrasto (citato nel *Florilegium* di Stobeo), esistevano in diverse città della Grecia molteplici procedure finalizzate a far conoscere la preventivata vendita di beni immobili e, così, a far intervenire chi, come il soggetto che si dicesse vero proprietario del bene vendendo o titolare di una garanzia reale su di esso, volesse far valere fondate pretese, tali da escludere nel futuro dante causa il potere di disporre (l'uno opponendo il titolo dominicale, l'altro esercitando il potere inibitorio o comunicando che già questo era stato esercitato): a Cizico, ad esempio, una vendita doveva essere annunciata mediante un araldo diversi giorni prima della sua perfezione, mentre in Atene, si profilava una forma di pubblicità scritta mediante la consegna di un atto attestante la volontà di alienare il bene presso l'ufficio di un magistrato almeno sessanta giorni in anticipo e l'acquirente doveva pagare una tassa fissata all'1% del prezzo di acquisto; regole tutte queste (tra cui αἱ προγραφὰὶ καὶ αἱ προκηρύξεις) che in assenza di una ἀναγραφὴ τῶν κτημάτων καὶ τῶν συμβολαίων, erano deputate a render

ποτο εἰ ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα καὶ τὰ αὐτοῦ πωλεῖ
δικαίως¹⁷².

¹⁷² J. Stobaeus *Florilegium* 4.2.20: Οἱ μὲν οὖν ὑπὸ κήρυκος κελεύουσι πωλεῖν καὶ προκηρύττειν ἐκ πλειόνων ἡμερῶν, οἱ δὲ παρ' ἀρχῆς τι, καθάπερ καὶ Πιττακὸς παρὰ βασιλεῦσι καὶ πρυτάνει. ἔνιοι δὲ προγράφειν παρὰ τῆς ἀρχῆς πρὸ ἡμερῶν μὴ ἔλαττον ἢ ἑξήκοντα, καθάπερ Ἀθήνησι, καὶ τὸν πριάμενον ἑκατοστὴν τιθέναι τῆς τιμῆς, ὅπως διαμφισβητῆσαι τε ἐξῆς καὶ διαμαρτύρασθαι τῶν βουλομένων, καὶ ὁ δικαίως ἐωνημένος φανερός ἢ τῶν τέλει. παρὰ δὲ τισὶ προκηρύττειν κελεύουσι πρὸ τοῦ κατακυρωθῆναι πένθ' ἡμέρας συνεχῶς, εἴ τις ἐνίσταται ἢ ἀντιποιεῖται τοῦ κτήματος ἢ τῆς οἰκίας· ὡσαύτως δὲ καὶ ἐπὶ τῶν ὑποθέσεων, ὡσπερ καὶ ἐν τοῖς Κυζικηνῶν. οἱ δὲ Θουριακοὶ τὰ μὲν τοιαῦτα πάντα ἀφαιροῦσιν, οὐδ' ἐν ἀγορᾷ προστάττουσιν, ὡσπερ τὰλλα, διδόναι δὲ κελεύουσι κοινῆ τῶν γειτόνων τοῖς ἐγγυτάτω τρισὶ νόμισμά τι βραχὺ μνήμης ἕνεκα καὶ μαρτυρίας. ἀναγκαῖον δηλονότι τοῖς μὲν τὰς ἀρχὰς ὑπευθύνους ποιεῖν, τοῖς δὲ τοὺς γείτονας, ἐὰν μὴ λάβωσιν ἢ δις παρὰ τοῦ αὐτοῦ λάβωσιν ἢ ἔχοντες μὴ λέγωσι τῶν ὄνωνμένων. οὐ χρὴ δ' ἀγνοεῖν, ὅτι αἱ προγραφαὶ καὶ αἱ προκηρύξεις καὶ ὅλως ὅσα πρὸς τὰς ἀμφισβητήσεις ἐστὶ πάντ' ἢ τὰ πλεῖστα δι' ἄλλειψιν ἑτέρου νόμου τίθεται παρ' οἷς γὰρ ἀναγραφὴ τῶν κτημάτων ἐστὶ καὶ τῶν συμβολαίων, ἐξ ἐκείνων ἐστὶ μαθεῖν, εἰ ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα καὶ τὰ αὐτοῦ πωλεῖ δικαίως· εὐθὺς γὰρ καὶ μετεγγράφει ἢ ἀρχῆς τὸν ἐωνημένον (cfr. V. ARANGIO-RUIZ - A. OLIVIERI, *Inscriptiones Graecae Siciliae et infimae Italiae ad ius pertinentes*, Milano, 1926, 240 ss.). In conformità a quanto riportato da Teofrasto, va citato, altresì, un passo tratto dal Corp. Paroem. Gr. (I, 405) che fa riferimento alla pratica ateniese di pubblicare su tavole di color bianco i dettagli riguardanti le future compravendite aventi per oggetto beni immobili o schiavi. Cfr., sul punto, E. RABEL, *Die Verfügungsbeschränkung*, cit., 12 s.: «Fragen wir, wie sich im sonstigen Griechenland di Hypothek zu später bestellten andern Rechten an der Sache verhielt, so wäre die Hauptstelle der bekannte Auszug aus Theophrasts Schrift über die Verträge bei Stob., lauteten deren Nachrichten nur nicht so unbestimmt. Einiges ist immerhin zu entnehmen. Als die vollkommensten Publizitätsvorschriften für den Grundstücksverkehr

Tuttavia, come è noto, per i beni immobili la forma precipua attraverso la quale si esplicava il potere del creditore di κολύειν συμβαλεῖν, era quella degli ὄροι, expediente

werden die Register der Liegenschaften und Verträge hingestellt. Aus ihnen könne der Käufer ersehen, ob das Gut frei und unbelastet sei und dem Veräußerer gehöre. Danach wird man annehmen dürfen, dass 1, wo vom Verkauf und auch von der Verpfändung in anderen Gegenden die Rede ist, meint, die da besprochenen Maßnahmen der verschiedenen Gesetzgeber- Heroldsruf, behördliche Fertigung, öffentlicher Anschlag, Aufbietung zur Einsprache, Beziehung der Nachbarn- wollten nicht bloß Eigentumsansprüche sondern ebenso andere bisherige Ansprüche, namentlich hypothekarische, zur Meldung herausfordern. Allein, was ist die Folge des Meldens, was die der Nichtmeldung? Der Schlusssatz des 1 sagt uns offenbar, die Beamten oder Nachbarn seien verantwortlich, wenn durch ihre Schuld der Akt vereitelt oder zwei aufeinanderfolgende einander widersprechende Akte herbeigeführt werden. Das ergibt noch kein klares Bild der Rechtslage. Außerdem erfahren wir bloß, bei einigen ergehe der öffentliche Aufruf durch fünf Tage (mit der Aufforderung) ob jemand protestiere (ἐνίσταται) oder Ansprüche auf das Grundstück oder Haus erhebe (ἀντιποιεῖται) und betreffs der Gruppe von Gesetzen, welcher Athen zugehört, der Kauf werde mindestens 60 Tage vorher bei der ἀρχή durch Anschlag veröffentlicht damit wer wolle darum streiten und Protest (διαμαρτυρία) anbringen könne. Dies wird für Athen durch Notizen der Grammatiker bestätigt, die sowohl die Form des Anschlags näher beschreiben, als den Zweck desselben angeben: damit, wenn jemand anfechten (ἀτιάσασθαι) wolle, er die Freiheit habe, an das λεύκωμα (Anschlagstafel) heranzugehen, Corp. Paroem. Graec. 1, 405. Mit Recht wird danach angenommen, dass die Einsprache in einem Prozess mit Veräußerer zu erledigen war, ehe die Veräußerung vor sich gehen konnte».

surrogatorio e perfezionamento della più rudimentale ἀπόρρησις. Tali contrassegni, infatti, erano tesi, essenzialmente, a denunciare l'esistenza di un vincolo obbligatorio, ponendo anche ai terzi il divieto di contrattare, senza influire però sulla realtà o meno del diritto di garanzia (non perfezionavano, in altre parole, la natura dell'ipoteca, facendole acquisire il carattere di *ius in re*, limitandosi semplicemente ad adempiere ad una funzione inibitoria)¹⁷³.

Alla luce di tali considerazioni e partendo da IG, II, 1098, ove – eccezionalmente – è esplicitato il divieto di συμβαλεῖν (ὄρος χωρίου κοινοῦ Εἰκαδέων. μὴ συμβάλλειν εἰς τοῦτο τὸ χωρίον μηθένα μηθῆν) con riguardo a quegli ὄροι nei quali si rinviene scritto che il cippo stesso è stato infisso ὥστε ἔχειν καὶ κρατεῖν τὸν θέμενον ovvero ἐφ' ᾧτε ἔχειν καὶ κρατεῖν τὸν ὑποθέμενον (IG, II, 1139-1140), credo che quest'ultime locuzioni debbano interpretarsi in senso 'negativo' e, per così dire, *a contrariis*, appunto quali elementi sintomatici del divieto di disposizione e *latere debitoris*¹⁷⁴: divieto che, in modo esplicito o in modo implicito,

¹⁷³ Cfr., altresì, Lex. Seg. 285.18. La formula di interdizione risultava però nella maggior parte dei casi inutile, essendo il divieto implicito, in quanto il principio che escludeva il cumulo delle pretese dei diversi creditori *de eadem re* era la norma, e la denuncia del vincolo, già in sé e per sé considerata, aveva carattere inibitorio.

¹⁷⁴ Reputo, quindi, in conformità al rilievo di Arangio Ruiz (V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione*, cit., 249), che «chi è in possesso non ha bisogno di ὄρος» e, a differenza del Paoli (U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 153), ritengo che tali iscrizioni non facciano riferimento all'attuale possesso del creditore ma solamente al fatto che non è più il debitore a ἔχειν καὶ κρατεῖν cioè ad essere titolare di un 'potere dispositivo' (come, del

non a caso non si rinviene là dove il lessico della ‘vendita’ fa da padrone, risultando l’inibizione, *in re ipsa*: ὅρος χωρίο πεπραμένο ἐπὶ λύσει καὶ οἰκίας XX Φιλοκτήμονι Αθμόνει Θεοκλεῖ Αθμονεῖ¹⁷⁵.

La infissione degli ὅροι, comunque, comportante una estensione del divieto a tutti i possibili contraenti e ad ogni specie di contrattazione, era logico avvenisse quando la cosa fosse stata nel possesso del debitore: come già si è detto, gli ὅροι non assurgevano a elemento necessario per il perfezionarsi dell’istituto pignoratizio ma esaurivano la loro funzione originaria, quali mezzi al contempo di pubblicità e di interdizione, in modo tale da rendere chiara la *res facti et iuris* nei riguardi tanto del debitore¹⁷⁶, che, consentendo alla apposizione, riconosceva pubblicamente l’esistenza dell’obbligazione assunta e il limite alla suo potere di distrazione e/od oppignoramento, quanto dei terzi¹⁷⁷, diffidati dal creditore dal voler contrattare su quei beni¹⁷⁸.

pari, non sono convinto della tesi dello Hitzig per cui le due testimonianze sarebbero espressione della presa di possesso creditoria e dell’acquisto della proprietà: H.F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, cit., 84 ss.); cfr., tuttavia, su ἔχειν καὶ κρατεῖν E.M. HARRIS, *When a Sale is not a Sale?*, cit., 378 e nt. 83; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 201 s., 270 e nt.2; M.I. FINLEY, *Studies*, cit., 204 n. 11.

¹⁷⁵ J.V.A. FINE, *Horoi*, cit., 32.

¹⁷⁶ Cfr. Dem., XXV, *Contra Aristogitonem* I, 69.

¹⁷⁷ Cfr. Dem., XLII, *Contra Phaenippum*, 5.

¹⁷⁸ H.F. HITZIG *Das griechische Pfandrecht*, cit., 70; U.E. PAOLI, *Ipoteca*, cit., 190. Si può pertanto escludere, in diritto greco, per tale istituzione, la figura della cd. pubblicità costitutiva che invece caratterizza il

7. *Conclusioni: efficacia reale del patto 'ne liceat debitori hypothecam vendere' e persecuzione penale dell'alienazione della 'res alii obligata'*

Non resta che tirare le fila del nostro lungo discorso, e fare il punto della situazione, mettendo a frutto le risultanze emerse dalle fonti greche, in comparazione con quelle aporie di cui si è dato conto per diritto romano.

Anzitutto, il codice di Gortina attesta la più severa e risalente operatività del principio dell'*anepabia*: lo schiavo già costituito a titolo di garanzia non è suscettibile di essere ulteriormente pignorato o messo in vendita, pena la nullità stessa dell'atto. Un divieto legale assoluto esplica i suoi effetti prescindendo da qualsivoglia elemento consensuale delle parti: fintantoché il debitore non abbia estinto il proprio debito (attraverso pagamento o, eventualmente, ottenendo una remissione dal creditore), lo schiavo deve rimanere indisponibile, e indissolubilmente vincolato *pignoris cau-*

nostro sistema: l'ipoteca, per diritto italiano, si impone, in effetti, quale fattispecie complessa nella quale si possono distinguere due momenti fondamentali: a) l'esistenza di un titolo per la costituzione; b) la costituzione per il tramite della iscrizione nei pubblici registri. L'apposizione degli ὄποι non si connota, pertanto, per efficacia costitutiva, ma le si può attribuire, da una parte, l'effetto pratico della conoscibilità, dall'altro quello giuridico, nella sua duplice veste, della opponibilità, o efficacia relativa, e, ovviamente, della inibizione (cfr. art. 2817 cod. civ. per l'ipoteca legale, art. 2818 ss. per l'ipoteca giudiziale sui beni del debitore, art. 2821 ss. per quella volontaria; art. 2808, comma 2).

sa: e tutto ciò mi pare assurgere a necessario bilanciamento della inesistenza di un originario *ius sequelae* a favore del creditore.

Il diritto civile ateniese, rivelatore dello stadio più antico del sistema (benchè contestuale alla vigenza del cd. *ius gentium*), in quanto tradizionalista e meno soggetto a fenomeni di evoluzione, non ancora vede defunto il principio *de quo*, ma è certo di un rigore inferiore rispetto a Gortina: il divieto di disposizione non sembra più operare *ipso iure*, ma essere rimesso all'attivazione del creditore che ha da cautelarsi contro il pericolo di eventuali oppignorazioni o alienazioni attraverso l'esercizio, formale e pubblico, del proprio potere di inibizione: anche qui il sistema degli ὄροι e della ἀπόρρησις non poteva che portare ad una acquisizione di un vigore *erga omnes* del divieto e, quindi, alla nullità dell'atto posto in essere in violazione di quest'ultimo. Alla validità della disposizione, infatti, corrisponde il pericolo per il creditore di essere scalzato da un secondo creditore (ovvero da un avente causa del debitore) che per primo si impossessi del bene: e ciò, non vigendo il principio *prior in tempore potior in iure*, non essendo concepibile l'esistenza di una pluralità di vincoli ipotecari, non potendo – data la funzione surrogatoria del divieto rispetto alla realtà del diritto – il creditore far valere la propria pretesa sulla cosa verso soggetti terzi rispetto al proprio debitore.

Il 'diritto commerciale' ateniese, pronto ad adattarsi con fluidità e al mutare delle contingenze e ad adattarsi ai fermenti economici della società, accusa i colpi di un progressivo indebolirsi della ἀνεπαφία e testimonia, al contempo,

l'affermarsi di prassi (originariamente convenzionali) derogatorie: ad esempio, quella del consenso che il creditore *prior in tempore* manifesta a che il debitore si serva degli ὑποκείμενα come strumento di credito (lasciando al nuovo creditore il cd. ὅσῳ ἄξιον πλείονος), o quella della autorizzazione a vendere da parte del creditore gli stessi ὑποκείμενα per soddisfarsi in caso di inadempimento. A parte ciò, sia la prassi capillarmente diffusa consistente nell'inserzione, nelle clausole della συγγραφή, del divieto per il mutuatario marittimo di ἐπιδανείζειν nonché della sua promessa di costituire a garanzia del credito beni ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα, sia la prassi dei creditori di affrettarsi a prendere possesso della nave-ipoteca una volta giunta in porto, informano, da un lato, della circospezione di ogni creditore (sia *prior* che *posterior in tempore*) verso il pericolo di concorrere con altri, dall'altro della progressiva concettualizzazione del divieto in termini 'convenzionali' più che 'legali', dall'altro ancora della qualificazione in termini di κακούργημα ο ἄδίκημα della trasgressione debitoria al divieto (con ἀπάτη sia verso il primo che verso il secondo mutuante ipotecario).

Da ultimo, il diritto dei papiri greco-egizio attesta un massiccio impiego, entro i contratti scritti di mutui ipotecari, accanto alle altre clausole che connotano in modo tipico l'ipoteca greca, di una convenzione che limita le facoltà del proprietario-debitore in modo tale da vietargli la vendita della *res obligata*, nonché la costituzione di un vincolo di garanzia ulteriore sino alla soddisfazione del credito. In certi casi è esplicito il divieto di non alienare (μὴ ἐξέστω πωλεῖν), in certi altri anche quello di ipotecare (μὴ ἐξέστω πωλεῖν μηδ'

ἑτέροις ὑποτίθεσθαι); altri ancora fanno riferimento al divieto di iscrivere la proprietà in favore altrui (οὐ καταχρηματίζειν οὐδὲ ἀπογράφεσθαι), mentre in altri, in modo più generico, si afferma il divieto di non compiere atti che pregiudichino la costituzione ipotecaria (μηδ' ἄλλο τι κακοτεχνεῖν): divieti che, con buona probabilità, producevano effetti reali, comportando la nullità dell'atto in trasgressione¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Paradigmaticamente, in P. Fior., I, 81, si fa riferimento ad un caso di mutuo tra cittadini di Hermopolis: un certo Areio, non ancora raggiunta la maggiore età, concede un prestito a Dioscoro, con assistenza del proprio genitore, Sarapione; il mutuo ha per oggetto 500 dracme e gli interessi che vengono richiesti sono fissati al 12% per anno. Areio, per ragioni di maggior sicurezza, si fa costituire quale garanzie del credito verso Dioscoro, una ipoteca immobiliare su 5 arure e 1/2 di terreno che, in forza di altri due mutui precedenti erano già stati vincolati in favore del medesimo creditore; la costituzione della ipoteca è fatta seguire dalla clausola contrattuale in virtù della quale l'omissione del pagamento si impone come giusta causa di devoluzione del dominio del fondo ipotecato (l. 10-14); nelle linee 15 ss., si fa riferimento in modo esplicito al divieto, gravante sul debitore, proprietario del fondo, di alienare, e la facoltà di Dioscoro viene limitata ulteriormente in quanto si sancisce affermando la invalidità della ulteriore oppignorazione, ὑποτίθεσθαι, a soggetti terzi. In P. Fior., I, 1.8 la creditrice, una certa Ermione di Ermopoli, assistita dal padre Eudaimone, concede in mutuo a Ptolema, che si fa assistere da Orione, 200 dracme con i soliti interessi annui del 12%; il credito viene garantito costituendo ipoteca su di una quota di uno stabile in cui viene prodotto dell'olio; ad Ermione si assicura il diritto di prender possesso dei beni alla scadenza mentre alla debitrice viene fatto divieto di ogni alienazione e di ogni ulteriore costituzione d'ipoteca; a queste due espresse limitazione del potere dispositivo, le linee 9 ss., testimo-

Il *processus* dal diritto di Gortina sino al diritto dei papiri ci palesa la diffusione nel mondo ellenico o ellenizzato del divieto (ora legale, ora inteso quale oggetto di un potere creditorio cui corrisponde la soggezione del debitore, ora visto come forma convenzionale) di atti dispositivi da parte del debitore, della illiceità dell'atto contrario al divieto, nonché – ove ciò sia reso possibile da sistemi di pubblicità – della sua nullità. Ora, se da un lato, mi pare più che plausibile che Marciano – attesa l'assenza di mende compilatorie in D. 20.5.7.2 –, nella sua monografia non solo si sia avvalso di terminologia greca (*in primis* nel titolo della sua opera, ap-

niano il divieto più ampio di non compiere atti che possano in alcun modo pregiudicare la garanzia, essendo posta a suo carico ogni deterioramento o perdita della ipoteca. Pare ammissibile la invalidità dell'atto posto in spregio del divieto sulla base della presa in considerazione delle caratteristiche dell'ordinamento proprio dell'Egitto greco in materia di pubblicità della proprietà fondiaria e delle garanzie reali sugli immobili: infatti, i divieti di alienazione possono acquistare efficacia reale in primo luogo là dove esista un sistema di pubblicità di ipoteche. Nell'Egitto greco troviamo vigente questo sistema che, col suo sviluppo eccezionale, fu, certamente, un mezzo che favorì l'efficacia reale del divieto il quale anche se non veniva riprodotto in modo esplicito con un annotamento *ad hoc*, quando si effettuava la iscrizione dell'ipoteca nel libro fondiario, nel 'folio' personale del creditore garantito e in quello del debitore, proprietario del fondo ipotecato, acquisiva una sufficiente pubblicità ai fini della registrazione del vincolo ipotecario che rinviava all'atto mediante il quale si costituiva la garanzia reale e nel quale il divieto era contenuto, con adeguati richiami alle parti, alla data e al luogo: cfr. R. DE RUGGIERO, *The Oxyrhynchospapiri*, London II p. 152 - 164, in *BIDR*, XIII, 1900, 61 ss.; ID., *Il divieto*, cit., 54 ss.

punto *'ad formulam hypothecariam'*), ma pure abbia cristallizzato nel suo responso il *Volksggeist* di un'area legata intimamente alla tradizione giuridica ellenica, non conforme ai postulati fondamentali del diritto pignoratorio e pattizio romano¹⁸⁰, dall'altro mi pare una coincidenza di straordinaria singolarità il fatto che il primo dei giuristi ad avvalersi di terminologia greca (*hypotheca*) per indicare il pegno convenzionale, ossia Giuliano, sia anche il primo a concepire quale furto, cioè quale *maleficium* (ossia, allo stesso modo in cui, ad esempio, Demostene chiamava l'atto commesso in spregio del divieto di ἐπιδανείζειν, κακούργημα¹⁸¹) l'alienazione della *res alii*

¹⁸⁰ Cfr. Pomp. 9 *ad Sab. D. II.14.61: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet.*

¹⁸¹ Ora, qui giova ricordare che i cosiddetti *kakourgoi* (ladri, rapitori, ladri scassinatori, ladri di vestiario, sacrileghi, altro non sono che coloro che appartengono alla prima di tre categorie (le altre due sono relative all'ipotesi di omicidio seguito dalla frequentazione di luoghi pubblici da parte dell'omicida, e al caso di *atimos* esercitante diritti: cfr. A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 225 ss.) di soggetti perseguibili per il tramite della procedura speciale della *apagogè* (Hesych. *Lexicon*, 5710, 1,20), ossia «the haling before the competent magistrate of one taken *in flagrante delicto* committing certain acts». Dunque, i cosiddetti *kakourgoi* «when summarily arrested, could be executed by the Eleven at once if they confessed» (A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 222; vd., altresì, R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, II, New York, 1968, 214) e, ovviamente, erano assoggettati dai magistrati alla pena appropriata. Tuttavia, se il cd. malfattore non confessava, «his accuser had to present to the magistrate a written indictment, also called *apagogè* on the basis of

obligata: e ciò, all'evidenza, postulando il vigore di un divieto *ex lege* – rilevante sul piano della persecuzione penale (nonché, successivamente, criminale), nonché cozzante coi generali principi della libera disponibilità del *dominus* debitore e della sequela *pro creditore* del *pignus* – di 'distrarre' il bene ipotecato.

Un divieto, insomma, che non stupisce ed anzi sembra fisiologico nel mondo greco, ma che in testi scritti da giuristi romani non può che stridere rispetto all'armonia della costruzione 'realistica' dell'ipoteca e gridare la sua 'estraneità' al sistema.

CARLO PELLOSO

Dottorando di ricerca

presso l'Università degli studi di Padova.

ABSTRACT

which the magistrate or magistrates introduced the issue for trial by a dikastery» (R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice*, II, cit., 121). Sul consiglio degli Undici e sui Tesmoteti, vd. R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice*, II, cit., 65 s., 75 n. 2, 78, 91, 101 ss., 109 ss., 121, 203, 241, 243, ss., 290. Va peraltro rammentato, come apprendiamo da R. DARESTE, *Notes sur l'hypothèque*, cit., 640, che nel caso di falsa dichiarazione del venditore «que l'immeuble était franc et libre de toute dette ... le seul remède était l'action dedol, ou de vol, *phoras dike*, dit la fondation d'Attale».

Dopo una breve introduzione in merito ai rapporti tra diritto romano e diritti dell'antichità, il presente contributo tende a investigare su alcuni aspetti del diritto pignoratizio romano stonanti in termini di coerenza rispetto all'architettura generale del sistema e, più puntualmente, mira a ricercare in modelli greci la verisimile ragione storica di quella 'disarmonia' per cui il *ius sequelae* implicato dal *pignus conventum* o *hypotheca* convive – a far tempo almeno dal II sec. d.C. – con il divieto imposto al debitore di porre in essere atti di disposizione sulla *res alii obligata*: se da un lato, infatti, è alquanto agevole rinvenire testi che si impongono quale prova certa dell'esistenza del principio della libera alienabilità – o, *rectius et amplius*, della libera disponibilità – e *latere debitoris* della cosa ipotecata, risultando tale principio perfettamente consentaneo alla natura di diritto reale propria del *pignus*, dall'altro si pone il problema della contestuale presenza, sicuramente anomala, di alcune fonti attestanti un vero e proprio divieto di alienazione della *res alii obligata*: un divieto ora 'legale' ora 'convenzionale', in forza del quale detta alienazione, a seconda dei casi, o viene configurata quale *delictum* (se non addirittura quale *crimen*), o viene detta colpita da radicale nullità.