

EFFETTI DEL GIUDICATO RISPETTO AI TERZI: DUE CASI IN MATERIA DI PEGNO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Ulp. D. 44.2.11.10 e Pap. D. 20.1.3 pr.-1: sconfitta del debitore pignorante che agisca con la *rei vindicatio* relativamente alla cosa oggetto di pegno e opponibilità dell'*exceptio rei indicatae* al creditore che successivamente esperisca l'*actio pignereticia* contro il vincitore della *rei vindicatio*. L'interpretazione tradizionale di questi passi. - 3. La tesi di Ankum. - 4. Valutazione della tesi di Ankum e considerazioni conclusive. - 5. Cosa vincolata da pegno in tempi diversi in favore di tre creditori e vittoria del terzo sul primo: opponibilità dell'*exceptio rei indicatae* al secondo che agisca contro il terzo.

1. *Premessa*

In numerosi testi della giurisprudenza classica viene affrontato il problema della opponibilità di una sentenza a terzi estranei alla lite¹. In un certo

¹ Fondamentale su questo tema è ancora oggi E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922. In questo lavoro, Betti (213 ss.) notava come le norme che regolano l'estensione soggettiva della cosa giudicata abbiano un carattere particolare. Esse, infatti, hanno senza dubbio carattere processuale, in quanto l'effetto giuridico che dispongono – il comunicarsi della

cosa giudicata – è un effetto di natura processuale; tuttavia, i presupposti in vista dei quali tali norme prevedono questo effetto, sono desunti dal diritto sostanziale. E, secondo Betti, le norme che prevedono l'estensione della cosa giudicata a terzi possono ricondursi tutte a un principio fondamentale comune desumibile da un carattere costante della relazione che, a norma del diritto sostanziale, lega il terzo alla parte in causa: quello della «subordinazione della posizione giuridica (*ius, locum, condicio*) del terzo a quella della parte già in causa rispetto al rapporto deciso». Betti riteneva poi che tale subordinazione potesse nascere, sempre a norma del diritto sostanziale, per quattro ragioni: a) per successione del terzo alla parte nel rapporto giuridico già litigioso; b) per sostituzione processuale della parte al terzo nel rendere litigioso il suo rapporto giuridico; c) per concorrenza alternativa tra il rapporto giuridico col terzo e il rapporto litigioso; d) per dipendenza necessaria del rapporto giuridico del terzo dal rapporto litigioso; secondo Betti, questi quattro criteri consentono una sistemazione esauriente di tutti i casi di estensione della cosa giudicata che si ritrovano nelle fonti. Altrettanto importante è l'opera di M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, la quale però, pur trattando a fondo il problema degli effetti della sentenza rispetto ai terzi, è specificamente dedicata all'indagine della efficacia – pregiudiziale o preclusiva – della sentenza nei diversi tipi di processo civile conosciuti dal diritto romano, coinvolgendo quindi anche il problema della efficacia pregiudiziale o preclusiva della sentenza tra le parti. In particolare, e limitando il discorso ai due soli sistemi processuali che vengono in considerazione ai fini del presente lavoro, premesso che una sentenza ha efficacia pregiudiziale se il suo contenuto vincola il giudice di un altro processo in cui venga riproposta in discussione la questione già decisa con quella sentenza, e che la sentenza ha invece effetto esclusorio (efficacia preclusiva del giudi-

numero di questi casi il terzo in questione è un

cato) quando la sua esistenza impedisce che la stessa questione venga riproposta in discussione, Marrone ritiene che nel processo *per formulas* la sentenza avesse di regola (salvo i due casi delle azioni divisorie e dei *praeiudicia*) efficacia solo preclusiva (per cui veniva presa in considerazione solo l'esistenza di una precedente *litis contestatio* o di una sentenza relative allo stesso rapporto, prescindendo del tutto dall'esito del processo), mentre nel sistema della *cognitio extra ordinem* dell'età del Principato si sarebbe affermato il principio dell'efficacia pregiudiziale della sentenza (per la cui esistenza sarebbero significativi i numerosi accenni alla *auctoritas* dell'organo giudicante e all'*auctoritas rei iudicatae* contenuti in testi che riguardano la *cognitio extra ordinem*). Secondo Marrone, poi, questa efficacia pregiudiziale, probabilmente estesa illimitatamente all'inizio, sarebbe stata via via limitata da numerosi interventi imperiali fino alla formulazione della massima *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*, che avrebbe avuto poi grande fortuna presso i giuristi romani. Marrone è ritornato sul tema anche in tempi più recenti, confermando la tesi di fondo sostenuta nel 1955: M. MARRONE, *Dal divieto di 'agere acta' all' 'auctoritas rei iudicatae'*. *Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, 629 ss. Il giudicato è stato poi oggetto di penetranti indagini da parte di Giovanni Pugliese, il quale vi ha dedicato numerosi scritti. Sotto il profilo che qui interessa possono essere ricordati: G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 727 ss., ID., *La 'cognitio' e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1963, 143 ss.; ID., voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 726 ss., ora tutti in ID., *Scritti giuridici scelti*. II. *Diritto romano*, Napoli, 1985.

creditore pignoratizio. E, come avverte il titolo di questo lavoro, su di essi verrà fermata l'attenzione.

Preliminarmente va osservato che, quando trattano del pegno, i giuristi affrontano la questione degli effetti del giudicato rispetto ai terzi in riferimento a due diverse fattispecie. La prima riguarda il caso di una lite sulla proprietà della cosa oggetto di pegno. Il problema nasce quando la lite sia decisa con una sentenza sfavorevole al costituente, dovendosi stabilire se essa sia o no opponibile al creditore pignoratizio. La seconda fattispecie riguarda invece la lite tra due creditori pignoratizi. In questo caso, il problema riguarda la possibilità o meno di opporre la sentenza che abbia definito la lite tra i due creditori a un terzo creditore pignoratizio del medesimo debitore

Per il primo caso, quello della lite sulla proprietà della cosa oggetto di pegno, verranno specificamente presi in considerazione alcuni testi relativi alla procedura formulare². Essi testimoniano che la possibilità di opporre al creditore pignoratizio una sentenza pronunciata nei confronti del

² E ciò perché essi, e in particolare D. 20.1.3, sono stati oggetto di un attento studio di H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3: 'res indicata' and full and bonitary ownership*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1121 ss. (e già prima H. ANKUM – M. VAN GESSEL-DE ROO – E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks 'in bonis alicuius esse/in bonis habere' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS, CIV*, 1987, 407 ss.), i cui risultati sono però parsi solo in parte condivisibili (oltre, §§ 3 e 4).

debitore è concepibile solo quando il creditore abbia acquistato da chi, al momento della costituzione del pegno, aveva già reso litigioso il rapporto (di proprietà) da cui poteva derivare una valida costituzione del pegno. In tal caso, i giuristi ritengono che il possessore della cosa, già vincitore del precedente giudizio sulla proprietà, possa paralizzare la pretesa del creditore opponendogli l'eccezione di cosa giudicata. La soluzione è opposta quando il creditore abbia acquistato il pegno prima che il suo dante causa intentasse la lite per la proprietà della cosa. In questo caso, il vincitore non può infatti paralizzare la pretesa del creditore opponendogli l'eccezione di cosa giudicata. Nel sistema formulare, dunque, il criterio determinante per la soluzione del problema è temporale: l'anteriorità della lite rispetto alla costituzione del pegno, o viceversa, determinano l'opponibilità o l'inopponibilità della sentenza al creditore pignoratizio estraneo alla lite stessa. La situazione cambia nei testi relativi alla *cognitio extra ordinem*, dove appare un nuovo criterio che fa leva sulla partecipazione o sulla possibile partecipazione del creditore alla lite tra debitore e terzo³.

³ Cfr. Macer 1 *de appell.* D. 49.1.4.4; Macer 2 *de appell.* D. 42.1.63; Pap. 11 *resp.* D. 44.2.29.1 (che però E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 300 ss., riconduce alla procedura formulare: v. oltre, nt. 19). L'unico testo relativo alla *cognitio* nel quale la soluzione non risulta determinata da questo criterio è una cost. di Caracalla del 212 d.C., C. 8.13(14).5: *Praeses provinciae vir clarissimus ius pignoris tui exsequentem te audiet. nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum*

adversario suo aut, ut dicis, non causa cognita, sed praescriptione superatum esse constituerit. Stando a questa costituzione, sembrerebbe che la sentenza sfavorevole al debitore rivendicante fosse sempre opponibile al creditore pignoratizio, salvo il caso in cui ci fosse stata collusione tra il debitore e il possessore della *res* costituita in pegno, e quello in cui, per effetto di una *praescriptio* (difesa procedurale) opposta con successo, il giudice non si fosse pronunciato sulla questione sostanziale in discussione. Tant'è che M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 410 ss., cita questo testo a sostegno della sua tesi secondo la quale nella *cognitio extra ordinem* si sarebbe in origine manifestata la tendenza ad estendere illimitatamente l'efficacia pregiudiziale della *res iudicata* a causa della *auctoritas* su cui era fondata la pronuncia (sopra, nt. 1). Come già si è ricordato, secondo Marrone ciò si potrebbe argomentare *a contrario* dai numerosi interventi imperiali volti a limitare gli effetti pregiudiziali della *res iudicata*. Uno di questi interventi sarebbe appunto la citata cost. di Caracalla, la quale però nella versione originale avrebbe trattato il solo caso della sconfitta del debitore dovuta ad una obiezione di natura processuale, e non anche quello della sconfitta dovuta a collusione. L'imperatore avrebbe cioè escluso l'efficacia pregiudiziale della sentenza «perché il giudice non aveva esaminato il merito della questione; e ciò denota che, di regola, la sentenza di rivendica pregiudicava il creditore». Solo più tardi ulteriori costituzioni avrebbero esteso la portata della cost. di Caracalla, generalizzando il principio per cui il creditore pignoratizio non è pregiudicato dalla sentenza di rivendica sfavorevole al debitore. E a queste costituzioni alluderebbe il testo di Macro poco sopra citato, cioè D. 49.1.4.4 (*Idque ita constitutum est in persona creditoris, cum debitor victus appellasset nec ex fide causam defenderet. quae constitutio ita accipienda est, si interveniente creditore debitor de pignore victus provocaverit: nam absentis creditoris nullum praedictum debitor facit, idque statutum est*). A mio avviso, l'idea di Marrone, e in particolare la sua ipotesi di una alte-

In particolare, due passi attestano l'opponibilità della sentenza al creditore nel caso in cui questi, pur avendo ricevuto il pegno prima della controversia, fosse stato avvisato della lite dal debitore o fosse *sciens*, fosse cioè a conoscenza del processo di rivendica in corso⁴. A differenza dei frammenti riferibili al processo formulare, cui si accennava poco fa, questi passi sembrano peraltro riferibili al caso in cui il debitore abbia partecipato alla ri-

razione della cost. di Caracalla nella parte in cui allude alla collusione, appare un po' forzata. Non mi sembra infatti possibile utilizzare questo testo per sostenere l'originaria efficacia pregiudiziale illimitata della sentenza *extra ordinem* se non altro perché la risposta dell'imperatore non è preceduta dalla descrizione della fattispecie, per cui non è dato sapere in presenza di quali presupposti l'imperatore abbia voluto limitare l'opponibilità al creditore della sentenza sfavorevole al debitore: non sappiamo se il richiedente fosse stato a conoscenza della lite, o addirittura se vi fosse intervenuto, né se il pegno fosse stato costituito prima o dopo il processo. Non a caso H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1145, nella sua interpretazione di questo testo (v. oltre, nella nt. 33), ipotizza che il debitore avesse intentato il procedimento con (l'implicito) consenso del creditore, e E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 329 s., riconduce le due limitazioni trattate nella cost. di Caracalla alle sole ipotesi in cui aveva luogo l'estensione della cosa giudicata al creditore pignoratizio.

⁴ L'opponibilità della sentenza al creditore *sciens* è attestata da Macer 2 *de appell.* D. 42.1.63, mentre l'inopponibilità della sentenza al creditore non notificato risulta da Pap. 11 *resp.* D. 44.2.29.1 (testo che però E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 300 ss., come si è già ricordato nella nt. precedente, riconduce alla procedura formulare: v. oltre, nt. 19).

vendica non in qualità di attore, ma in qualità di convenuto. In questo caso, l'opponibilità della sentenza al creditore pignoratorio si spiegherebbe con il fatto che egli, legittimato passivo alla rivendica, avrebbe tollerato che il debitore, privo di tale legittimazione, conducesse la lite al posto suo senza intervenire⁵.

⁵ Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 439 ss., e E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 79 ss., 91 ss., 108 ss., 123 ss., 130 ss., 299 s. All'intervento del creditore nella lite di rivendica condotta dal debitore fa esplicito riferimento Macer 1 *de appell.* D. 49.1.4.4 (sopra, nt. 3), il quale esclude che la sconfitta del debitore possa pregiudicare il creditore assente ([...] *nam absentis creditorum nullum praeiudicium debitor facit*), ma non specifica se il debitore abbia preso parte alla rivendica in qualità di attore o in qualità di convenuto: sul punto v., M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 442, secondo il quale in questo testo il debitore sostiene il ruolo di attore; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano tenuto nell'Università degli Studi di Genova*², Torino, 1953, 332 s. e nt. 2, secondo il quale, invece, il debitore era convenuto; meno chiara la posizione di E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 37, 48, 88 s., 300 s., il quale sembra incline ad ammettere che il debitore abbia sostenuto la lite in qualità di convenuto, salvo poi citare questo passo per affermare che l'omissione di esercitare la facoltà di intervenire non può pregiudicare il creditore quando l'oppignorante sia attore e dunque legittimato attivo alla rivendica (p. 327). Per le ragioni di cui si dirà (oltre, § 4), sembra più probabile che il debitore sostenga qui il ruolo di attore. In definitiva, le fonti relative alla *cognitio extra ordinem* attestano l'opponibilità al creditore della sentenza sfavorevole al debitore anche nel caso di pegno costituito prima della lite di rivendica. Tale opponibilità, poi, risulta collegata alla possibilità, riconosciuta al creditore pignoratorio, di intervenire nella lite di rivendica

L'altra fattispecie, cui è dedicata la seconda parte di questo lavoro, è testimoniata da un unico passo di Paolo, che ha generato notevoli dubbi interpretativi. Si tratta del caso in cui lo stesso debitore abbia costituito in pegno la medesima cosa in tempi diversi e a favore di tre suoi creditori. Sorta una controversia fra il primo e il terzo creditore, e risolta la lite a favore del terzo, si pone il problema degli effetti che la sentenza pronunciata nella causa tra il primo e il terzo creditore possa produrre nei confronti del secondo creditore pignoratizio estraneo alla lite. Paolo nega con decisione che la sentenza gli possa essere opposta, quasi irridendo l'idea che in virtù della sen-

sostenuta dal debitore. Qualora il debitore avesse preso parte alla rivendica in qualità di convenuto, la sentenza a lui sfavorevole sarebbe stata opponibile al creditore solo che questi, a conoscenza della lite, ne avesse tollerato la conduzione da parte del debitore (D. 42.1.63: in tal caso, secondo E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 101 s. e 397 ss., la *res inter alios indicata* ha efficacia vincolante per il terzo creditore perché egli, con il *pati defendere causam*, non resta estraneo alla lite, ma, sia pure passivamente, vi partecipa; il caso poi, rientrerebbe fra quelli di sostituzione processuale [v. sopra, nt. 1]: il *pati defendere causam*, infatti, se non ha il significato di un *mandatum actionis*, ha però la portata puramente negativa di una autorizzazione la quale, se protratta sino alla fine della lite, «è destinata a imprimere all'attività processuale del litigante carattere di legittimità così rimpetto all'avversario come rimpetto all'autorizzante»). Qualora invece il debitore fosse stato attore in rivendica, la sentenza a lui sfavorevole sarebbe stata opponibile al solo creditore che fosse intervenuto nella lite (D. 49.1.4.4).

tenza ci possa essere una *successio* del terzo creditore *in locum* del primo, analoga a quella che si verifica nella surrogazione ipotecaria. La soluzione è poi arricchita da alcune considerazioni del giurista, e anche su di esse sarà necessario spendere qualche parola.

2. *Ulp. D. 44.2.11.10 e Pap. D. 20.1.3 pr.-1: sconfitta del debitore pignorante che agisca con la rei vindicatio relativamente alla cosa oggetto di pegno e opponibilità dell'exceptio rei iudicatae al creditore che successivamente esperisca l'actio pigneraticia contro il vincitore della rei vindicatio. L'interpretazione tradizionale di questi passi.*

Come si diceva, in tre passi relativi alla procedura formulare (i primi due §§ di Pap. D. 20.1.3, e il § 10 di Ulp. D. 44.2.11) è trattato il caso in cui il debitore sostenga una lite di rivendica relativamente ad una cosa costituita in pegno. Il problema affrontato è quello di stabilire se la sentenza contraria al debitore sia opponibile al creditore pignoratizio che successivamente agisca con l'*actio pigneraticia* contro il vincitore della precedente rivendica. E la soluzione sembra sempre dipendere (e cambiare) a seconda che il pegno sia stato costituito prima o dopo la *litis contestatio* relativa alla rivendica: se il debitore ha costituito il pegno prima della lite di rivendica, al creditore non sarà

opponibile l'*exceptio rei indicatae*; in caso contrario, sì.

Nel testo di Ulpiano questa differenza risulta posta nel modo più esplicito:

Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.11.10: *Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Seio dederit, deinde Seius pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem: [nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem]⁶. sed si posteaquam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei indicatae.*

Nel caso prospettato da Ulpiano, Tizio⁷ ha dato in pegno a Seio⁸ una cosa che ha rivendicato da Tu. Nella rivendica, quindi, Tizio assume il ruolo di attore. Dopo di che Seio, il creditore pignoratorio, esperisce l'*actio pigneraticia* contro Tu. Il

⁶ Per la non genuinità delle parole *nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem*, v. E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 325; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 261; H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1144, nt. 87.

⁷ Ulpiano non specifica se Tizio sia il debitore. Poiché tale circostanza è irrilevante ai fini della decisione, per comodità espositiva supponiamo che lo sia.

⁸ Nonostante l'espressione usata da Ulpiano (*pignori dare*), dalla prospettazione del caso risulta in modo piuttosto chiaro che il giurista non stava considerando una ipotesi di pegno manuale, ma un caso di pegno convenzionale: sul punto v. F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della 'res litigiosa' nel diritto romano*, Milano, 1967, 288, nt. 65.

fatto che Seio esperisca l'azione di pegno contro Tu, lascia intendere che Tu, attuale possessore, sia risultato vincitore nella precedente rivendica intentata contro di lui da Tizio⁹.

Riguardo all'*actio pigneraticia* promossa da Seio, Ulpiano afferma che bisogna distinguere quando Tizio gli abbia dato la cosa in pegno: se Tizio ha dato la cosa in pegno a Seio prima di rivendicarla (*antequam peteret*), a Seio (che agisca con l'*actio pigneraticia* contro Tu) non deve nuocere l'*exceptio*. Ma se Tizio ha dato in pegno la cosa dopo averla rivendicata (*posteaquam petiit*), l'opinione preferibile è che a Seio nuoccia l'*exceptio rei iudicatae*¹⁰. In tal

⁹ Sul punto v. E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 326.

¹⁰ Secondo M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 261 s., il testo originario menzionava, al posto dell'*exceptio rei iudicatae*, una *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae utilis* del tipo 'nisi ea res (iudicata vel) in iudicium deducta sit inter te et eum qui eam rem Seio pignori dedit'. Ulpiano, poi, non avrebbe pensato a tale *exceptio* in funzione positiva (cioè con la funzione di richiamare il contenuto della precedente sentenza attribuendo così alla sentenza stessa efficacia pregiudiziale), bensì solo in funzione negativa (cioè con la funzione di precludere un secondo processo *de eadem re*): lo dimostrerebbe «il fatto che Ulpiano, per giustificare l'opponibilità dell'*exc.* al creditore pignoratorio, mostra di dar rilievo al *petere*, mentre prescinde del tutto dall'esito della lite di rivendica». Ritieni assai improbabile che questa *exceptio rei iudicatae* sia interpolata al posto di una *exceptio rei in iudicium deductae*, E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 326, il quale anzi ne deduce che la lite di rivendica intentata da Tizio contro Tu si sia chiusa con l'assoluzione del convenuto, rimasto perciò in possesso della cosa. Anche secondo F. DE MARINI AVONZO, *I limiti*, cit., 292, il fatto che Ulpiano si esprima in termini di *exc.*

caso, cioè, la cosa giudicata tra Tizio e Tu si comunica al creditore pignoratizio che successivamente agisca con la Serviana contro il possessore già risultato vincitore nella rivendica. O almeno, dice Ulpiano, questa è la soluzione preferibile.

Ulpiano non esplicita la ragione di questa soluzione.

La motivazione è invece indicata in un testo di Papiniano che contiene la stessa decisione per un caso analogo.

Pap. 20 *quaest.*¹¹ D. 20.1.3.1: *Per iniuriam victus apud iudic<e>[iu]m¹² rem quam petierat postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit. ergo summovebitur rei iudicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam qui vicit actionem exercere possit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re quae pignori data est debitor habuerit, considerandum est.*

ceptio rei iudicatae lascia intendere come il processo di rivendica si fosse già chiuso al momento della *litis contestatio* dell'*actio pigneraticia*.

¹¹ Si ritiene che questa *inscriptio* non sia corretta: più probabilmente il fr. 3 di D. 20.1 proviene dal 26° libro delle *questiones* di Papiniano, dove il giurista trattava dell'*actio Serviana* (O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889, c. 860, nt. 1), o forse dal 27° libro, che cominciava con la trattazione dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*: v. H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1124.

¹² Cfr. E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 303; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 257; H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1123, nt. 12, 1141.

Nel caso prospettato da Papiniano il rivendicante, che poi ha costituito in pegno la cosa rivendicata, è stato bensì sconfitto, ma per *iniuria iudicis*¹³. Ciò nondimeno, dice Papiniano, siccome il creditore pignoratizio non può avere più di quel che ha chi gli ha costituito il pegno, qualora egli agisca (evidentemente con l'*actio Serviana*), sarà respinto con l'*exceptio rei iudicatae*. Il che è vero, dice il giurista, anche se il possessore convenuto in rivendica e risultato vincitore non possa esperire alcuna azione propria¹⁴. Questa considerazione, infatti, non serve a escludere che gli effetti della sentenza pronunciata dal giudice della rivendica si estendano al creditore pignoratizio perché, quando il creditore pignoratizio agisca con l'*actio Serviana* contro il vincitore della rivendica, il giudice dovrà valutare non ciò che il convenuto non ebbe

¹³ Sull'*iniuria iudicis*, v. G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 225 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 3 ss.; ID., *Note*, cit., 29 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 294 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano, 2004, 320 ss.; M. A. S. MOLLÁ NEBOT, *'Iudex unus'. Responsabilidad judicial e 'iniuria iudicis'*, Madrid, 2010, 132 ss.; A. SALOMONE, *L'iniuria iudicis' tra assistenza nella lite, assunzione del giudizio e appello del terzo*, di prossima pubblicazione in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III.

¹⁴ Sulla interpretazione di quest'ultima considerazione, v. oltre, nei §§ 3 e 4.

al momento della costituzione del pegno, ma ciò che il debitore avesse avuto in quel momento¹⁵.

¹⁵ Secondo M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 256 ss., il passo è stato ampiamente rimaneggiato: egli ritiene infatti spuria la parte finale del testo (*non enim – considerandum est*), ed evidenzia come anche la parte centrale rechi tracce di rimaneggiamento (*qui pignus dedit*, mentre prima si era detto *pignori obligavit; maxime; tametsi* con il congiuntivo). Ciò nondimeno, secondo Marrone è certo che Papiniano discutesse qui di *exceptio rei indicatae (vel in iudicium deductae)*, dal momento che anche Ulpiano, in D. 44.2.11.10 (riportato poco sopra nel testo), trattava di questo mezzo processuale in un caso del tutto simile. I Compilatori sarebbero intervenuti nel testo per trasformare in una comune *exceptio rei indicatae* quella che, nel testo originario, doveva essere una *exceptio rei (indicatae vel) in iudicium deductae* concessa in via utile (cfr. sopra, nt. 10: contro questa ipotesi, v. H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1146; v. poi F. DE MARINI AVONZO, *I limiti*, cit., 292 s. e nt. 77, la quale, evidenziando che il primo processo era già concluso al momento della *litis contestatio* del secondo [il debitore è *victus apud iudicem*], non vede perché Papiniano avrebbe dovuto fare riferimento alla *litis contestatio* e non alla sentenza). Secondo Marrone, poi, deve anche qui escludersi che Papiniano abbia pensato all'*exceptio rei indicatae* in funzione positiva: «Il debitore, nel processo di rivendica, era stato respinto in qualità di attore, per cui nulla si era stabilito circa la pretesa dell'avversario». E ancora, secondo Marrone, deve escludersi che l'eccezione fosse opponibile al creditore quale successore particolare del debitore, dal momento che il concetto della successione particolare non sarebbe stato chiaro alla giurisprudenza classica. Alla successione particolare avrebbero quindi pensato i Compilatori scrivendo le parole *non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit*. Non dubita invece della genuinità di questa frase (e più in generale della genuinità dell'intero testo), E. BETTI, *D.*

42.1.63, cit., 303 ss. e 297 ss., il quale anzi vi ravvisa una ‘interpretazione autentica’ del principio generale formulato da Papiniano in un passo tratto dal l. 27 delle sue *quaest.* riportato in D. 44.2.28: *Exceptio rei indicatae nocebit ei, qui in [dominium] <locum> successit eius qui iudicio expertus est.* Il significato di questo principio, afferma Betti, è «che la posizione giuridica del successore, essendo derivata da quella del predecessore, è necessariamente legata ad essa da un vincolo di subordinazione, per cui, come non può essere più onerosa (Ulp. 1557 D. 50.17.156.2 = D. 43.19.3.2), così non può essere neppure maggiore e più vantaggiosa (cfr. Ulp. 1200 D. 50.17.54; 2721 D. 41.1.20 pr.)». L’essenziale, osserva poi Betti, è questo vincolo di subordinazione, mentre non è necessario che vi sia una identità rigorosa tra la posizione del predecessore e quella del successore. Questa identità, che c’è nella successione a titolo universale, può mancare nell’acquisto derivativo a titolo particolare, al quale, ciò nondimeno, Papiniano applica il principio in parola, non solo in D. 20.1.3.1, ma anche in D. 44.2.29.1 (*Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore causam egerit et contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam praecesserit*: secondo Betti, *sententiam praecesserit* è certamente itp. per *litis contestationem praecesserit*). Qui Papiniano tratta la fattispecie inversa a quella di D. 20.1.3.1, cioè il caso dell’oppignoramento anteriore alla lite di rivendica e, proprio per questo, «nega che il creditore possa considerarsi come subentrato al soccombente per gli effetti dell’*exc. rei iud.* L’argomento *a contrario* [...] è ovvio [...] Se la *pignoris conventio*, anziché essere anteriore, fosse stata posteriore alla lite, si sarebbe dovuto dire, al contrario, che «*creditor in locum victi successisse videbitur*»; e in base a questo concetto si sarebbe dovuto dichiarare il creditore soggetto all’*exc. rei iud.*». D. 44.2.29.1, conclude quindi Betti, contiene una applicazione del principio generale enunciato da Papiniano in D. 44.2.28 «e conferma come il concetto della *successio in*

Siccome nell'*actio Serviana* il creditore dovrebbe provare che la cosa era *in bonis* del debitore al momento della costituzione del pegno¹⁶, Papiniano sembrerebbe quindi affermare che la pretesa del creditore potrà essere paralizzata con l'eccezione di cosa giudicata perché un giudice, nella rivendica precedente la costituzione del pegno, ha già accertato sia pure erroneamente che la cosa non era del debitore e il creditore *non plus habere potest, quam habet qui pignus dedit*.

La *res inter alios iudicata* spiegherebbe dunque i suoi effetti nei confronti del terzo creditore senza che questi possa dimostrare l'erroneità di quella

locum venisse da lui esteso anche a un caso di acquisto c.d. costitutivo». In senso analogo, v. anche H. WIELING, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, in ZSS, CII, 1985, 294 s.

¹⁶ Così, almeno, stando alla ricostruzione della *formula* dell'*actio Serviana* proposta da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig, 1927, 494 s.: *Si paret inter A^m A^m et L. Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A^o A^o pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. s. p. a.* Per una diversa ipotesi ricostruttiva, v. A. D'ORS, *Sobre las pretendeidas acciones reales 'in factum'*, in *Iura*, XX, 1969, 84, 90 ss., secondo il quale la formula dell'azione ipotecaria non conteneva il riferimento all'*in bonis esse*, anche se alle volte il creditore poteva essere tenuto a fornire tale prova *apud iudicem*, così come, per provare il mancato pagamento, il creditore poteva talvolta essere costretto a provare *apud iudicem* l'esistenza del debito.

sentenza. Il solo fatto che un giudice abbia dichiarato l'inesistenza della proprietà del debitore sulla cosa poi costituita in pegno, basterebbe a precludere al creditore la possibilità di provare che la cosa era in realtà *in bonis* del debitore al momento della costituzione del pegno.

Come si diceva, diversa risulta invece la soluzione quando la costituzione del pegno preceda la *rei vindicatio* sostenuta dal debitore pignorante: in tal caso, cioè, l'*exceptio rei indicatae* non può essere opposta al creditore che successivamente agisca con l'*actio pigneraticia*. Oltre che in Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.11.10, per lo più si pensa che la stessa decisione sia attestata in un altro passo di Papiniano, e precisamente nel *principium* di D. 20.1.3, di cui si è appena letto il § 1: benché qui il giurista non specifichi l'ordine cronologico dei fatti, si ritiene infatti generalmente che l'ipotesi considerata sia quella del pegno costituito prima della rivendica.

Pap. 20 (26 o 27) *quaest.* D. 20.1.3 pr.: *Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti res in bonis eo tempore, quo pignus contraheretur, illius fuisse. sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Servianae neglecta de hereditate dicta sententia pignoris causam inspicere debet. [...]*¹⁷

¹⁷ Questa prima parte del testo è generalmente ritenuta genuina. Secondo M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 124 ss., 148 s., Papiniano avrebbe qui espressamente negato efficacia

pregiudiziale alla sentenza formulare di *rei vindicatio* «probabilmente per evitare false illazioni dagli effetti pregiudiziali che alla sentenza erano conferiti in seno alla *cognitio extra ordinem*» (p. 149, nt. 74). Si tratterebbe, secondo l'A., di uno dei pochi casi in cui i giuristi romani – ai quali era ben noto che la sentenza formulare non aveva di regola efficacia pregiudiziale – avrebbero sentito il bisogno di escluderla espressamente. Marrone osserva poi che nella maggior parte di questi casi, i giuristi si limitavano ad escludere l'efficacia pregiudiziale della sentenza emessa *iniuria iudicis* (p. 125 s.). E, a sostegno della tesi per cui Papiniano, in D. 20.1.3 pr., avrebbe espressamente negato efficacia pregiudiziale alla sentenza formulare di *rei vindicatio*, Marrone rileva come nel testo si tratterebbe appunto di una sentenza ingiusta, il cui contenuto poteva essere contestato dal creditore (p. 148, nt. 72). Questa notazione non pare però convincente: nel caso trattato in D. 20.1.3 pr., il debitore rivendicante è stato sconfitto non già per *iniuria iudicis*, ma perché non è riuscito a provare il suo diritto (*quod suam non probaret*). Marrone rileva poi come «il problema dell'efficacia pregiudiziale della sentenza nel sistema formulare si pone esclusivamente in ordine alle sentenze, che accoglievano la domanda dello attore, non anche in ordine a quelle di assoluzione, perché da queste niente poteva ricavarsi circa i diritti delle parti: l'istanza dell'attore, infatti, era stata respinta per non aver costui potuto provare la fondatezza della sua pretesa. Non si era affermato un contrario diritto del convenuto, né si era esclusa la pretesa della parte attrice: il *iudex* aveva pronunciato, ad es.: *non paret Numerium Negidium Aulo Agerio C dare oportere*. La questione, se la sentenza di assoluzione avesse o no effetti pregiudiziali, deve essere quindi risolta negativamente in base a considerazioni, fondate sulla rigorosa logica formulare» (p. 126 s.). In conformità a questa premessa, Marrone ritiene esatta l'osservazione di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 177 ss.,

Se il debitore, il quale aveva rivendicato una cosa di sua proprietà, non sia riuscito a provare il suo diritto e sia stato perciò sconfitto, si dovrà conservare l'*actio Serviana* al creditore il quale pro-

secondo il quale nel caso di D. 20.1.3 pr. la sentenza non si opponeva al creditore perché il debitore soccombente aveva assunto il ruolo di attore nella *rei vindicatio*, e il giudice, dichiarando *non paret rem actoris esse*, aveva negato solo la 'Bewiesenheit', e non l'esistenza del *dominium actoris*. Tuttavia, osserva Marrone, «è pur vero che manca ogni testimonianza che, se il debitore fosse stato convenuto (e la sentenza avesse dichiarato la proprietà dell'attore), la *res iudicata* formulare si sarebbe opposta al creditore pignoratorio» (p. 148, nt. 72). Contro l'idea di Marrone resta però determinante una diversa considerazione. Se – come fa Marrone – si parte dall'idea che il caso trattato in D. 20.1.3 pr. sia quello dell'oppignoramento precedente alla lite di rivendica intentata dal debitore, la soluzione del giurista ben si spiegherebbe anche di fronte ad una sentenza che avesse dichiarato l'inesistenza della proprietà dell'attore all'interno di un sistema che riconosca efficacia pregiudiziale alla sentenza. Il contenuto della sentenza, cioè, non avrebbe potuto pregiudicare il creditore perché la sentenza avrebbe accertato l'inesistenza della proprietà dell'attore a partire dalla *litis contestatio*; il creditore avrebbe perciò sempre potuto provare che al momento della costituzione del pegno il costituente era proprietario, dal momento che il diritto di pegno, pur dipendendo dalla proprietà del costituente, continua ad esistere anche se il costituente perda successivamente la proprietà della cosa: cfr. E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 173 s., 326 s.; G. BESELER, *Beiträge*, cit., 177; H. WIELING, *Subjektive Reichweite*, cit., 316.

vi che la cosa era *in bonis* del debitore al momento della costituzione del pegno¹⁸.

Stessa soluzione, dice Papiniano, vale anche per il caso in cui il debitore, il quale evidentemente ha costituito in pegno una cosa ereditaria, sia stato sconfitto nella rivendica dell'eredità: anche in tal caso, cioè, il giudice dell'azione Serviana, prescindendo dalla sentenza relativa all'eredità, dovrà esaminare la *causa pignoris*¹⁹.

¹⁸ Come si diceva, benché il testo non specifichi l'ordine cronologico dei due eventi, costituzione del pegno e azione di rivendica, si ritiene per lo più che l'ipotesi considerata da Papiniano fosse quella del pegno costituito dal debitore prima della lite di rivendica. In questo senso, v. E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 173 s.; E. VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Roma, 1930, 41 s.; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 148 s. e nt. 74, 258, nt. 395; F. DE MARINI AVONZO, *I limiti*, cit., 292; A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones*, cit., 97; H. WIELING, *Subjektive Reichweite*, cit., 316. Per una diversa ricostruzione, v. H. SIBER, *Präjudizialität feststellender Zwischenurteile*, in *ZSS*, LXV, 1947, 20 ss., secondo il quale Papiniano avrebbe considerato l'ipotesi dell'oppignoramento avvenuto durante la lite, e H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1121 ss. Contro l'ipotesi di Siber è sufficiente fare rinvio alle considerazioni di M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 149, nt. 74, e di H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1127, nt. 22. Nel prossimo § 3, particolare attenzione sarà invece dedicata all'interpretazione del testo offerta da Ankum.

¹⁹ Come già accennato (sopra, ntt. 3 e 4), E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 300 ss., riconduce alla procedura formulare anche Pap. 11 *resp. D. 44.2.29.1* (*Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore causam egerit et contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non vide-*

bitur, cum pignoris conventio sententiam praecesserit), e ritiene che nel testo originale comparissero le parole *litis contestationem praecesserit* anziché *sententiam praecesserit*. A sostegno di questa ipotesi di interpolazione, Betti nota che nella descrizione della fattispecie è evidenziata come circostanza fondamentale l'anteriorità dell'oppignorazione al *causam agere*, espressione che tecnicamente ha il significato di *litem contestari*, e non l'anteriorità alla sentenza; che l'ordine cronologico tra la *litis contestatio* e l'oppignorazione è l'unica circostanza messa in evidenza anche negli altri testi in cui si tratta dell'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* al creditore pignoratizio (Pap. D. 20.1.3.1: *petierat, postea pignori obligavit*; Ulp. D. 44.2.11.10: *petierat, pignori dederit*); e che, anche a prescindere da queste prove testuali, «in diritto classico il momento decisivo per stabilire l'anteriorità della *successio in locum* alla lite, non poteva essere altro che quello della *litis contestatio*, poiché [...] l'*exc. rei iud.*, per la funzione negativa che le è propria, tende in massima a realizzare il principio «*bis de eadem re ne sit actio*». L'interpolazione si spiega col fatto che in diritto giustiniano è venuta meno l'efficacia esclusoria della *litis contestatio* e con essa la c.d. funzione negativa dell'eccezione di c.g., mentre si è affermata e sviluppata la c.d. funzione positiva o pregiudiziale». Come si è già accennato (sopra, nt. 5) e si tornerà a dire (oltre, nt. 50), Betti ritiene poi probabile che il debitore, nella azione di rivendica, abbia qui assunto il ruolo di convenuto e non quello di attore. Questa idea è condivisa da M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 439 s., il quale però ritiene verosimile che il testo si riferisse alla *cognitio extra ordinem* perché ad essa si riferiva sicuramente il *principium* del fr. Secondo Marrone, poi, la chiusa *cum pignoris – praecesserit* sarebbe di origine compilatoria: lo denuncerebbero sia le parole *pignoris conventio*, dato che prima si era parlato di *datio pignoris (quam pignori dedit)*, sia il fatto che nella descrizione della fattispecie è presupposta l'anteriorità della *datio pignoris* all'inizio della lite, mentre nella chiusa si ritiene sufficiente che la

È opinione diffusa nella dottrina romanistica che le soluzioni contenute in questi passi rispecchino il pensiero dei giuristi classici. Secondo i quali, dunque, al creditore che avesse agito con l'*actio Serviana* per far valere il pegno costituitogli prima della *rei vindicatio* intentata (senza successo) dal costituente, non sarebbe stata opponibile l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*; mentre al creditore che avesse agito per far valere il pegno costituitogli dopo la *rei vindicatio*, sarebbe stata opponibile l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

A prescindere da tutte le discussioni circa le possibili funzioni e le ragioni giustificatrici di questa *exceptio*²⁰, un dato indiscusso è che essa presuppone che la parte, alla quale viene opposta, agisca una seconda volta *de eadem re*. Sotto questo profilo, la comune interpretazione dei nostri passi lascia perplessi là dove si rifletta sul fatto che la *rei*

costituzione del pegno preceda la sentenza. Anche secondo H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1144 e nt. 88, il testo si riferisce alla *cognitio extra ordinem*: lo denunciavano le parole *non admonito creditore*, che riguardano la possibilità di una notifica al creditore funzionale al suo intervento nella causa intentata dal debitore, e l'espressione *rei iudicatae praescriptio* contenuta nel pr. del fr. Secondo Ankum, poi, non c'è motivo di ritenere interpolate le parole *cum pignoris praecesserit*, dal momento che il criterio lì indicato come determinante per la soluzione, e cioè quello della anteriorità del pegno alla sentenza e non alla *litis contestatio*, è corretto all'interno del sistema della *cognitio*.

²⁰ V. sopra, nt. 15.

vindicatio nella quale il giudice abbia accertato che l'attore non è risultato proprietario quiritario della cosa rivendicata, non verte sulla stessa questione sottoposta al giudice dell'*actio Serviana*, il quale dovrà accertare se al momento della costituzione del pegno il costituente era per lo meno proprietario pretorio. Nulla dovrebbe quindi impedire al creditore pignoratizio di fornire tale prova anche nel caso in cui il pegno fosse stato costituito dopo la *rei vindicatio* mossa dal debitore.

3. *La tesi di Ankum.*

Proprio partendo da questa considerazione, la comune interpretazione dei passi citati è stata messa in discussione da Ankum attraverso una dettagliata e ingegnosa interpretazione di D. 20.1.3²¹, di cui, per comodità espositiva, riporto le parti che qui interessano con le correzioni suggerite dall'Autore.

Pap. 20 (26 o 27) *quaest.* D. 20.1.3 pr.: *Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam <ex iure Quiritium> non probaret, aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti rem in bonis eo tempore, quo pignus contrahabebatur, illius fuisse. sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Servianae neglecta de hereditate dicta sententia pignoris causam in-*

²¹ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1121 ss.

spicere debebit. [...] enimvero fieri potest, ut et pignus recte <a debitore ante vel post litis contestationem> sit acceptum nec tamen ab eo lis bene instituta. 1. Per iniuriam victus apud iudic<e>[iu]m rem quam <Publiciana> petierat postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit. ergo summovebitur rei iudicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam qui vicit actionem exercere possit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re quae pignori data est debitor habuerit, considerandum est.

Ankum osserva che, mentre nel § 1 Papiniano specifica che il debitore ha costituito il pegno sulla *res* solo dopo la infruttuosa *petitio* della cosa stessa, nel *principium* manca ogni indicazione relativa all'ordine cronologico secondo il quale si sarebbero svolti i fatti. Secondo Ankum, è difficile pensare che un grande giurista come Papiniano possa aver ommesso di precisare che il debitore aveva tentato la *rei vindicatio* solo dopo la costituzione del pegno e che possa aver ignorato questo dato anche nella motivazione della sua decisione di conservare l'*actio Serviana* al creditore, motivazione che si legge alla fine del *principium* (*enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum nec tamen ab eo lis bene instituta*). D'altra parte, osserva l'Autore, i Compilatori non avevano ragioni per stralciare queste considerazioni dal testo papiniano. Ankum ritiene quindi che la mancata menzione del fatto che il debitore aveva tentato la *rei vindicatio* dopo aver costituito il pegno non sia

accidentale: secondo Papiniano, cioè, l'ordine cronologico dei due fatti, costituzione del pegno e esperimento della *rei vindicatio*, sarebbe stato irrilevante²². Ankum evidenzia infatti la circostanza che, nel caso considerato da Papiniano, il debitore ha perso la *rei vindicatio* relativa alla sua cosa perché non è riuscito a provare di esserne il proprietario²³. E, in questa situazione, Papiniano afferma che al creditore pignoratizio deve essere conservata l'*actio Serviana*, il che significa – come giustamente osserva Ankum – che il possessore non potrà paralizzare l'*actio Serviana* del creditore opponendogli l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*²⁴. Il creditore potrà quindi provare che «*rem in bonis eo tempore, quo pignus contrahabatur, illius fuisse*»²⁵.

A questo punto, Ankum osserva che le parole «*rem in bonis [...] illius fuisse*» contenute in questa parte di D. 20.1.3 pr. non coincidono con le parole *rem in bonis Lucii Titii fuisse* che – stando alla ricostruzione di Lenel – erano contenute nella

²² H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1126 ss.

²³ L'A., quindi, pur aderendo all'opinione dominante che considera genuino il *principium* del fr. almeno fino a *inspicere debet*, suggerisce di integrarlo con l'inserimento delle parole *ex iure Quiritium* tra *quod suam* e *non probaret* (H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1125).

²⁴ Ciò si ricava, secondo H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1128, dal confronto del pr. con il § 1 di D. 20.1.3, oltre che con Ulp. D. 44.2.11.10.

²⁵ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1128.

prima parte della formula dell'*actio Serviana*²⁶. Ankum ritiene infatti che, nei testi in cui i giuristi parlano di una cosa corporale in relazione ad un problema di proprietà, si ritrovino due diverse espressioni con le parole *rem in bonis alicuius esse*²⁷. In un primo gruppo di testi, si trovano espressioni del tipo *rem in bonis meis* (o *alicuius*, collegato a *bonis*) *esse*. Questa espressione deve essere tradotta con «a thing is in my belongings» (o «someone's belongings»), e va interpretata in questo senso: «una cosa è nella mia (o di qualcuno) piena (cioè, quiritaria e bonitaria) proprietà o solamente nella mia (o di qualcuno) proprietà bonitaria». In un secondo gruppo di testi si trovano espressioni del tipo *rem in bonis meam* (o *alicuius*, collegato a *esse*) *esse*. Questa espressione va tradotta con «a thing is mine» (o «somebody's»), con la specificazione «in my/his belongings», e va interpretata in questo senso: «una cosa è nella mia (o di qualcuno) proprietà bonitaria». Ora, dice Ankum, nella formula dell'*actio Serviana*, l'espressione *rem in bonis Lucii Titii fuisse* appartiene alla prima categoria, e dunque il creditore, sperando questa azione, dovrà

²⁶ *Si paret inter A^m A^m et L. Titium convenisse ut, ea res q. d. a. A^o A^o pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse [...]*.

²⁷ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1128 ss., dove vengono riportati i risultati raggiunti da H. ANKUM – M. VAN GESSEL-DE ROO – E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks 'in bonis alicuius esse/in bonis habere' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS, CIV*, 1987; *ZSS, CV*, 1988 e *ZSS, CVI*, 1989.

provare che il debitore, al momento della costituzione del pegno, era proprietario pieno (cioè, nello stesso tempo quiritario e bonitario) o solo bonitario della *res pignerata*. L'espressione *rem in bonis* [...] *illius fuisse* contenute in D. 20.1.3 pr., invece, appartiene alla seconda categoria²⁸.

Secondo Ankum, quindi, con queste parole Papiniano voleva chiarire che in tutti casi in cui un debitore (prima o dopo la *pignoris conventio*) avesse esperito infruttuosamente la *rei vindicatio* per non essere riuscito a provare la sua proprietà quiritaria, il creditore avrebbe conservato l'*actio Serviana* contro lo stesso possessore: in questa azione, infatti, il creditore poteva ancora provare che il debitore era proprietario bonitario della cosa pignorata²⁹. Né il possessore convenuto

²⁸ Secondo H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1130 s., infatti, è indubbio che nella frase «*rem in bonis eo tempore, quo pignus contrahabatur, illius fuisse*», *illius* sia collegato a *fuisse*: essendoci cinque parole tra *bonis* e *illius* sarebbe grammaticalmente impossibile collegare queste due parole.

²⁹ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1131, ipotizza due casi ai quali potrebbe aver pensato Papiniano. Per chiarire il suo pensiero, è sufficiente ricordarne uno: il debitore, che ha perso la *rei vindicatio* relativa ad uno schiavo perché non è riuscito a trovare la scrittura della *mancipatio* o i testimoni presenti all'atto, avrebbe però potuto provare che lo schiavo gli era stato tradito. Egli dunque avrebbe vinto se avesse esperito la *Publiciana* anziché la *rei vindicatio*, e di conseguenza il creditore può convenire con successo lo stesso possessore della cosa costituita in pegno. Che il pensiero di Papiniano fosse questo, sarebbe provato, secondo Ankum, dalla motivazione della sua soluzione, contenuta

avrebbe potuto opporgli l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*: manca infatti l'*eadem res*³⁰. Per questo Papiniano non distingue tra la costituzione del pegno avvenuta prima della *rei vindicatio* e quella avvenuta dopo: tale distinzione è infatti rilevante solo quando l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* sia in linea di principio utilizzabile³¹.

nell'ultima frase del *principium* (*enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum nec tamen ab eo lis bene instituta*). Nel caso ipotizzato, infatti, è esatto dire che il pegno è stato acquistato validamente, ma che il debitore non ha cominciato ad agire in modo corretto, non ha cioè intentato l'azione giusta: in base alle prove a sua disposizione, infatti, egli avrebbe dovuto esperire l'*actio Publiciana*, non la *rei vindicatio*. Ankum (p. 1133) aggiunge poi che Papiniano sicuramente non ha pensato al caso in cui il debitore aveva il solo *nudum ius Quiritium* della cosa: egli infatti non scrive che il debitore ha perso la *rei vindicatio* perché il possessore gli ha opposto l'*exceptio rei venditae et traditae* o altra eccezione analoga. Papiniano scrive che il debitore ha perso per non essere stato capace di provare la sua proprietà quiritaria, e ritiene probabile che il creditore potrà provare la proprietà bonitaria del debitore: cosa, questa, che non sarebbe stata possibile se il debitore avesse avuto il solo *nudum ius Quiritium* sulla cosa oggetto del pegno.

³⁰ Nella *rei vindicatio*, infatti, il giudice ha deciso che l'attore non era proprietario quiritario della cosa rivendicata, mentre il creditore, sperando l'*actio Serviana*, afferma che la cosa oggetto del pegno era *in bonis debitoris*, cioè nella proprietà piena o bonitaria del debitore al momento della costituzione del pegno. E queste sono questioni diverse (H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1132).

³¹ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1132. Analoghe considerazioni vengono poi ripetute da Ankum (1134 ss.) per il secondo caso preso in considerazione nel pr. di D. 20.1.3

Ankum ipotizza poi che nelle *quaestiones* di Papiniano il passo riportato nel *principium* di D. 20.1.3 fosse preceduto dall'analisi di un ulteriore caso in cui l'*actio Serviana* doveva essere conservata al creditore il quale potesse provare la proprietà bonitaria del debitore al momento della costituzione del pegno³². Ciò risulta, secondo Ankum, dalla presenza della parola *aeque* nella frase '*aeque servanda erit creditoribus actio Serviana probanti res in bonis eo tempore, quo pignus contraheretur, illius fuisse*' contenuta nel *principium* del frammento. Ankum ipotizza che il caso fosse anche qui quello di un creditore che poteva sperare con successo l'*actio Serviana* nonostante il fatto che il debitore avesse già preteso senza successo la cosa. In questo caso, però, la ragione per cui la *res iudicata* relativa alla causa proprietaria intentata dal debitore non aveva conseguenze giuridiche per il creditore non sarebbe stata l'assenza di *eadem res*, ma il fatto che il pegno era stato costituito prima del processo promosso dal debitore. L'ipotesi di Ankum è la seguente: il debitore, proprietario pretorio della cosa, ha agito con l'*actio Publiciana* contro il possessore della stessa e ha perso. Il possessore vincitore, convenuto con l'*actio Serviana* dal creditore, non potrà opporgli l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* non già per assenza di *eadem res*, ma

(*sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Servianae neglecta de hereditate dicta sententia pignoris causam inspicere debet*).

³² H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1134 s.

perché il creditore ha acquistato il pegno prima che il debitore intentasse l'*actio Publiciana*³³.

³³ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1144 s., ritiene che questa opinione di Papiniano, favorevole al creditore pignoratizio, ci sia stata tramandata – in riferimento alla *cognitio extra ordinem* – in D. 44.2.29.1 (*Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore causam egerit et contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam praecesserit.*), che, secondo l'A., riguarderebbe per l'appunto il caso di un debitore che, dopo aver costituito un pegno, aveva ottenuto una sentenza sfavorevole nella causa da lui intentata per far valere la sua proprietà bonitaria sulla cosa oggetto del pegno. Sulle ragioni per cui Ankum ritiene che questo testo si riferisca alla *cognitio extra ordinem*, v. sopra, nt. 19. Inoltre, è opportuno ripeterlo, Ankum ritiene che dal contesto originale dovesse risultare chiaramente che il *dominium* per il quale il debitore aveva litigato era quello bonitario. Il creditore non notificato, dunque, non è intervenuto nella causa e, a quanto pare, non ha nemmeno saputo che il debitore la stava intentando. Perciò la sentenza, essendo successiva alla *pignoris conventio*, non ha effetto nei suoi confronti. Secondo Ankum, quindi, lo sviluppo del diritto della *cognitio* sul punto era il seguente. Se un debitore costituisce in pegno una cosa che egli poi rivendica senza successo come proprietario bonitario, la sentenza che rigetta l'*actio Publiciana* può essere opposta al creditore se questi è intervenuto nella causa o se non vi abbia partecipato pur sapendo che il debitore stava intentando una azione come proprietario bonitario. Questo sviluppo era basato su costituzioni imperiali ed era noto a Macro (il riferimento è al notissimo e altrettanto complesso D. 42.1.63, punto di partenza del trattato di Emilio Betti sui limiti soggettivi del giudicato; secondo Ankum, anche questo testo, che tratterebbe il caso in esame nel passaggio «*si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris*», doveva chiarire che la sentenza

L'ultima frase del *principium* (*enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum nec tamen ab eo lis bene instituta*) conterrebbe infine la motivazione della soluzione offerta da Papiniano ai due casi considerati nella prima parte del frammento³⁴. Qualora il debitore abbia esperito senza successo la *rei vindicatio* (o la *hereditatis petitio*) perché non è riuscito a provare di essere proprietario quiritario della cosa rivendicata (o perché non è riuscito a provare di essere erede per il *ius civile*), il creditore, cui il pegno sia stato costituito prima o dopo l'azione, potrà ancora agire con l'*actio Serviana* e provare che il

opponibile al creditore concerneva la proprietà bonitaria del debitore). Stesso discorso varrebbe anche per la già citata costituzione di Caracalla riportata in C. 8.13(14).5 (sopra, nt. 3). In questa costituzione, la cancelleria imperiale avrebbe ammesso una eccezione alla opponibilità al creditore della sentenza sfavorevole al debitore emanata nel procedimento sulla proprietà bonitaria intentato da questi con (l'implicito) consenso del creditore; la sentenza sfavorevole al debitore non sarebbe stata cioè opponibile al creditore nel caso in cui ci fosse stata collusione tra il debitore e il possessore della *res* costituita in pegno, oppure se, per effetto di una *praescriptio* (difesa procedurale) opposta con successo, il giudice non si fosse pronunciato sulla questione sostanziale in discussione. Conclude quindi Ankum osservando come sia comprensibile che, una volta riconosciuto al creditore il diritto di intervenire, sia stata riconosciuta l'efficacia vincolante della cosa giudicata nei confronti del creditore che avesse esercitato questo diritto o che avesse deliberatamente omesso di esercitarlo, e che Caracalla abbia introdotto una limitazione a questa regola nei due casi della collusione e della *praescriptio*.

³⁴ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1140 s.

debitore era proprietario bonitario al momento della costituzione del pegno: in questi casi, infatti, il pegno è stato costituito validamente, ma il debitore ha intentato l'azione sbagliata^{35 36}.

Venendo al § 1 di D. 20.1.3, Ankum ritiene che il modo migliore per comprendere il caso qui discusso da Papiniano sia quello di confrontarlo con il caso esaminato nella prima parte del *principium*³⁷.

³⁵ V. sopra, nella nt. 29. Quanto alla genuinità della motivazione, H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1141, ritiene che le parole *ab eo*, spesso considerate l'errore di un copista o un indizio dell'origine postclassica della frase *enimvero – instituta* (in quanto prive di un punto di riferimento), provengano in realtà da Papiniano, il quale immediatamente prima avrebbe specificato che il pegno era stato costituito dal debitore prima o dopo la *litis contestatio*. I Compilatori avrebbero cancellato questa specificazione perché nel loro diritto il momento della *litis contestatio* non aveva più rilevanza giuridica e non si sarebbero accorti che nel testo così tagliato le parole *ab eo* si riferivano a una persona non più menzionata.

³⁶ Non mi soffermo sul caso considerato nella parte non trascritta di D. 20.1.3 pr. (dove si afferma che una diversa soluzione è stata sostenuta in relazione ai legati e alle manomissioni testamentarie per il caso in cui l'erede legittimo abbia agito con successo contro l'erede testamentario) perché si tratta di un passaggio assai discusso e che ci porterebbe troppo lontani (su questa parte del testo, v. di recente P. STARACE, *D. 40.7.29.1: l'interpretazione di Aristone*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 391 ss.). Basterà quindi ricordare che H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1136 ss., ritiene genuina anche questa parte del passo.

³⁷ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1141 ss.

Una prima differenza è che nel § 1 Papiniano propone un caso di *iniuria iudicis*, cioè un caso in cui il giudice, pur avendo l'attore provato il suo diritto, ha emesso per errore una sentenza a lui sfavorevole; nel caso trattato nel pr., invece, il giudice ha respinto la *rei vindicatio* del debitore per insufficienza delle prove fornite. In quest'ultimo caso, quindi, la sentenza, pur non rispecchiando il diritto sostanziale, non è errata. Una seconda differenza è che nel § 1 Papiniano specifica che il pegno è stato costituito dopo la *petitio*, mentre nel pr. manca qualsiasi considerazione circa l'ordine cronologico dei due fatti. La terza differenza è che nel caso trattato nel § 1 il possessore della cosa potrà paralizzare l'azione del creditore con l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, mentre nel caso considerato nel pr. ciò era escluso per assenza di *eadem res*. Una quarta differenza si può ricavare dalle diverse parole usate dal giurista per indicare l'azione intentata dal debitore: *qui rem suam vindicabat* nel pr., *rem quam petierat* nel § 1. Se ne può dedurre, secondo Ankum, che nel caso trattato nel § 1 l'azione intentata dal debitore non era la *rei vindicatio*. Ora, siccome Papiniano afferma che il possessore può paralizzare con l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* l'azione del creditore che abbia acquistato il pegno dopo la *res iudicata* dell'azione reale intentata dal debitore contro lo stesso possessore, ciò significa che doveva esserci *eadem res*. Secondo Ankum, quindi, il caso considerato da Papiniano nel § 1 era quello del

debitore che, in qualità di proprietario bonitario, aveva rivendicato la cosa, poi costituita in pegno, con l'*actio Publiciana*. Qui c'è *eadem res* perché nell'*actio Publiciana* intentata dal debitore la questione verte sulla sua posizione di *usucapiens*, e nell'*actio Serviana* intentata dal creditore la questione verte sulla proprietà quiritaria e bonitaria o solo bonitaria del debitore. Il giudice della prima azione, per errore, ha stabilito che il debitore non era nella posizione di un *usucapiens*. Papiniano scrive che il creditore pignoratizio non può essere in una posizione migliore del debitore quanto alla *res pignerata* (*non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit*). Il che significa che il creditore, il quale abbia acquistato il pegno dopo l'azione intentata dal debitore, non può provare che costui era nella (più solida) posizione di proprietario bonitario: il possessore convenuto dal creditore potrà dunque paralizzare l'*actio Serviana* servendosi dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*³⁸ perché c'è *eadem res* e perché il pegno è stato costituito dopo l'*actio Publiciana* intentata dal debitore. I Compilatori hanno eliminato la menzione dell'*actio Publiciana* perché nel loro diritto questa azione spettava solo al possessore di buona fede

³⁸ Il creditore, il quale voglia provare la proprietà bonitaria del debitore, dovrà dimostrare a) che il debitore era nella posizione di un *usucapiens*, e b) che egli ha acquistato la cosa dal proprietario (pieno o bonitario). Poiché c'è *eadem res* riguardo al primo punto, l'eccezione poteva essere opposta (H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1143).

che avesse perso il possesso. Nel diritto giustiniano, come nel diritto classico, il possessore di buona fede non poteva costituire un valido pigno; il rigetto dell'*actio Publiciana* non poteva quindi avere alcuna rilevanza rispetto al diritto del creditore di intentare l'*actio Serviana*, la quale poteva essere esperita con successo solo se veniva provata la proprietà del debitore.

In definitiva, secondo la ricostruzione di Ankum, il significato che normalmente viene attribuito per il diritto classico ai due casi considerati nel pr. e nel § 1 di D. 20.1.3, è valido solo per il diritto giustiniano. Secondo il diritto giustiniano, il debitore ha intentato la *rei vindicatio* sia nel primo caso del pr., sia nel caso del § 1; nel primo caso, il diritto del creditore era anteriore alla sentenza negativa, e dunque egli non ne era pregiudicato; nel secondo caso, invece, il diritto del creditore era successivo a quella sentenza, e dunque l'*exceptio rei indicatae* poteva essere utilizzata contro di lui.

Secondo Ankum, la soluzione sostenuta da Papiniano nel § 1 di D. 20.1.3 sarebbe stata accolta anche da Ulpiano in D. 44.2.11.10³⁹, dove l'A. suggerisce di inserire *Publiciana* tra *a te* e *petierat*⁴⁰; i

³⁹ Già riportato sopra, nel § 2.

⁴⁰ Ulp. 75 ad ed. D. 44.2.11.10: *Item si rem, quam a te <Publiciana> petierat, Titius pignori Seio dederit, deinde Seius pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem: nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam*

Compileri avrebbero poi eliminato la menzione dell'*actio Publiciana* per le stesse ragioni per cui essi avrebbero dovuto cancellarla da D. 20.1.3.1.

Tornando al § 1 di D. 20.1.3, Ankum conclude con la spiegazione della sua parte finale (*tametsi - considerandum est*), nella quale Papiniano indica una obiezione che potrebbe essere mossa alla sua decisione e spiega le ragioni per cui tale obiezione deve essere respinta⁴¹. Secondo Ankum, Papiniano, lungi dall'affermare in modo generale che il convenuto vittorioso non ha il diritto di intentare alcuna azione relativa alla *res* oggetto del precedente giudizio, avrebbe invece voluto evidenziare come in certi casi il convenuto vittorioso potrebbe trovarsi in una simile situazione. Posto che il convenuto vittorioso mai potrebbe fondare una sua successiva azione per la stessa cosa basandosi sulla sentenza dell'*actio Publiciana*⁴², Papiniano po-

actionem. sed si posteaquam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei indicatae <vel in iudicium deductae> (H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1143 s.). Anche per Ulpiano, quindi, il diritto del possessore convenuto di respingere l'*actio Serviana* del creditore pignoratizio con l'*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* dipende dal momento in cui il creditore ha acquistato il pegno. Se il pegno è precedente alla *litis contestatio* dell'*actio Publiciana* intentata dal debitore (*antequam petere*), l'*exceptio* non è disponibile; se invece il pegno è stato acquistato dopo la *litis contestatio* di quel procedimento (*si posteaquam petit, pignori dedit*), il convenuto può servirsi dell'eccezione.

⁴¹ H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1146 s.

⁴² In questa azione, infatti, il giudice si è pronunciato solo sulla inesistenza del diritto dell'attore, ma non ha emesso

trebbe aver pensato, ad esempio, al caso in cui il possessore vittorioso avesse rubato la cosa oggetto dell'*actio Publiciana*. In tal caso, egli non potrebbe esperire alcuna azione relativamente alla cosa rubata, con la conseguenza che il debitore e il creditore, i quali avessero poi acquistato il possesso della cosa, non avrebbero dovuto temere alcuna azione da parte sua. Questa obiezione⁴³ non potrebbe però essere sollevata contro la soluzione che riconosce al possessore vittorioso la possibilità di paralizzare, mediante l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, la successiva *actio Serviana* del creditore il quale abbia acquistato il pegno dopo la *litis contestatio* della precedente *actio Publiciana*. E la ragione per cui tale obiezione va respinta è che nell'*actio Serviana* la questione giuridicamente rilevante non è se il convenuto non era il proprietario bonitario, ma se lo era il debitore che ha costituito il pegno.

4. Valutazione della tesi di Ankum e considerazioni conclusive.

Come si diceva, l'interpretazione di Ankum risulta assai ingegnosa ed è particolarmente con-

alcuna decisione circa un possibile diritto del convenuto sulla cosa (H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1147).

⁴³ Il fatto cioè che possano esistere casi in cui il possessore vittorioso non ha diritto di esperire alcuna azione concernente la cosa oggetto della precedente *actio Publiciana*.

vincente in riferimento al primo caso trattato nel pr. di D. 20.1.3. Qui non mi pare discutibile che il debitore abbia perso la *rei vindicatio* per non aver fornito la prova del suo diritto: il testo è assai chiaro sul punto, ribadendo per ben due volte che la cosa era effettivamente del debitore (*qui rem suam vindicabat; quod suam non probaret*); del tutto condivisibile è anche la considerazione che il debitore non ha perso perché il convenuto gli ha opposto con successo l'*exceptio rei venditae et traditae* o altra eccezione analoga⁴⁴, e che quindi, avendo il giudice stabilito solamente che il debitore/attore non è proprietario quiritario della cosa pignorata, il creditore sarà ammesso a provarne la proprietà bonitaria anche in caso di pegno costituito dopo l'inizio della rivendica.

Con la sua riflessione, Ankum riesce a superare la perplessità che nasce dalla comune interpretazione di questo testo, stando alla quale non si capisce perché mai, di fronte alla sconfitta del debitore che non ha potuto provare di essere proprietario quiritario per il *ius civile*, il creditore dovrebbe essere ammesso a provarne la proprietà (civile e bonitaria, o solo bonitaria) nel solo caso del pegno costituito prima dell'inizio della lite, e non potrebbe invece provarne la proprietà (solo bonitaria) in quello del pegno costituito dopo l'inizio della lite. In questo caso, a me sembra, ha ragione Ankum: la questione dedotta in giudizio è

⁴⁴ V. sopra, nt. 29.

diversa e il possessore convenuto non potrà opporre al creditore l'*exceptio rei indicatae vel in indicium deductae*.

Plausibile è anche la ricostruzione proposta da Ankum circa il caso considerato da Papiniano nel § 1, benché non risulti convincente la sua interpretazione della frase *tametsi maxime nullam propriam qui vicit actionem exercere possit*. A questo riguardo, Ankum trascura il dato che la sentenza sfavorevole al debitore è stata pronunciata *iniuria iudicis*. Sembra dunque più convincente l'interpretazione proposta da Betti, secondo il quale, con queste parole, Papiniano alluderebbe al fatto che il vincitore, una volta perso il possesso e trovandosi così nella condizione di dover agire, non avrebbe un diritto da far valere con successo in via di azione⁴⁵. La sentenza in suo favore, infatti, è stata pronunciata *per iniuriam iudicis*; essa quindi non corrisponde al vero, ed essendo l'attore il proprietario della cosa, il convenuto vincitore non sarebbe in grado di provare un suo diritto sulla cosa.

Il che induce ad abbracciare l'interpretazione di Ankum là dove suppone che il debitore abbia questa volta agito con l'*actio Publiciana* e non con la *rei vindicatio*.

Si tenga presente che, nel descrivere la fattispecie, Papiniano evidenzia il solo fatto che il debitore è stato sconfitto per un errore del giudice

⁴⁵ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 304.

senza specificare su quale elemento del giudizio è caduto tale errore.

Si ipotizzi allora che il debitore abbia agito con la *rei vindicatio* e che il possessore non si sia difeso opponendo l'*exceptio rei venditae et traditae* o altra eccezione analoga. Il giudice, sia pure per errore, ha stabilito che il debitore non era proprietario quiritario della cosa rivendicata al momento della *litis contestatio*. Nulla impedirebbe al creditore di provare la proprietà bonitaria del debitore nel momento, successivo alla *litis contestatio*, della costituzione del pegno. Questo è il ragionamento che induce Ankum a ritenere che il debitore abbia agito con l'*actio Publiciana*.

Ma si ipotizzi ora che il debitore abbia agito con la *rei vindicatio*, che il possessore gli abbia opposto l'*exceptio rei venditae et traditae* o altra analoga, e che il giudice, per errore, abbia ritenuto fondata questa eccezione. In questo caso la sentenza avrebbe accertato la proprietà bonitaria del convenuto e, implicitamente, l'assenza di tale proprietà in capo all'attore (nudo proprietario quiritario). A questo punto il vincitore, una volta perso il possesso, avrebbe una azione da esperire: egli potrebbe agire con l'*actio Publiciana* e, all'eccezione di cosa giudicata, potrebbe replicare con l'eccezione di cosa giudicata in proprio favore.

Sulla base di queste considerazioni, sembra dunque plausibile ritenere con Ankum che il de-

bitore abbia agito contro il possessore non già con la *rei vindicatio*, ma con l'*actio Publiciana*.

Il significato del passo potrebbe dunque essere questo: se il debitore ha agito con l'*actio Publiciana* contro il possessore e, sia pure per errore, il giudice non ha ritenuto provata la pretesa attorea, il vincitore potrà opporre all'*actio Serviana* del creditore l'*exceptio rei indicatae*: il creditore, infatti, ha conseguito il pegno solo dopo la *litis contestatio* e *non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit*. Il che è vero anche se il vincitore non ha un diritto sulla cosa da poter azionare con successo⁴⁶: infatti, nell'azione Serviana la questione sottoposta al giudice verte sul diritto del debitore al momento della costituzione del pegno, e non sulla inesistenza di tale diritto in capo al convenuto (*non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re quae pignori data est debitor habuerit, considerandum est*).

Meno convincente mi sembra invece la tesi di Ankum là dove interpreta tutti gli altri passi⁴⁷ alla luce della sua ricostruzione di D. 20.1.3.

Qui interessa fundamentalmente Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.11.10⁴⁸, dove, come si è visto, Ankum ipotizza che il debitore abbia esperito l'*actio Publi-*

⁴⁶ Perché la sentenza ha accertato per errore l'inesistenza della qualità di *usucapiens* in capo al debitore e nulla ha stabilito riguardo al diritto del convenuto sulla cosa.

⁴⁷ In particolare, D. 44.2.11.10 (sopra, nel testo del § 3 e nella nt. 40); D. 44.2.29.1; D. 42.1.63; C. 8.13(14).5 (sopra, nt. 33).

⁴⁸ Riportato sopra, nel § 2, e, con l'integrazione suggerita da Ankum, nella nt. 40.

ciana. In effetti, il testo non specifica con quale azione Tizio abbia rivendicato la cosa presso Tu, e Ulpiano usa sempre il verbo *petere*, il quale certamente si addice alla *rei vindicatio*, ma anche all'*actio Publiciana*. Ora, poiché la questione verte sulla possibilità di opporre all'*actio Serviana* che il creditore esperisca contro il possessore *l'exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* tra quello stesso possessore e il debitore pignorante, e poiché tale possibilità è fatta dipendere esclusivamente dal momento in cui il pegno è stato costituito, è evidente che Ulpiano, nel caso del pegno costituito dopo la *petitio*, ritiene che il creditore, agendo con l'*actio Serviana*, deduca in giudizio la *eadem res*. L'ipotesi di Ankum, secondo il quale Tizio avrebbe esperito l'*actio Publiciana*, è dunque plausibile⁴⁹. Tuttavia, non si può escludere che Ulpia-

⁴⁹ Se, infatti, il debitore avesse prima esperito la *rei vindicatio* e successivamente avesse costituito il pegno sulla cosa, si dovrebbe escludere che il creditore, agendo con l'*actio Serviana*, deduca in giudizio la stessa *res* già decisa nella precedente azione esperita senza successo dal debitore contro il possessore. Se in questa azione il giudice ha accertato che al momento della *litis contestatio* l'attore non era proprietario *ex iure Quiritium* della cosa rivendicata, questa decisione non dovrebbe infatti precludere al creditore la possibilità di provare che il debitore era però (anche dopo quel momento) proprietario bonitario della stessa. Se invece il debitore ha agito senza successo con l'*actio Publiciana*, ciò significa che il giudice ha accertato che l'attore non era nella posizione di un *usucapiens*; il creditore, sperando l'*actio Serviana*, dovrebbe provare che il debitore era proprietario quiritario e bonitario o solo binitario della cosa al momen-

no, con il verbo *petere*, facesse riferimento proprio alla *rei vindicatio*. Due dati potrebbero farlo pensare.

In primo luogo, il testo non specifica per quale ragione l'attore ha perso la *petitio*. È anche possibile, quindi, che Ulpiano stesse pensando a un caso in cui il debitore, pur avendo provato di essere proprietario quiritario della cosa rivendicata, avesse perso la *rei vindicatio* a causa di una *exceptio rei venditae et traditae* o di una altra analoga eccezione opposta con successo dal possessore convenuto. In tal caso, la sentenza avrebbe accertato la proprietà bonitaria del convenuto e, implicitamente, l'assenza di tale proprietà in capo all'attore (nudo proprietario quiritario), con la conseguenza che l'azione Serviana del creditore, il quale avesse acquistato il pegno dopo la *litis contestatio* della precedente azione, avrebbe potuto essere respinta con l'eccezione di cosa giudicata: al creditore, infatti, non basta provare la nuda proprietà quiritaria del debitore pignorante al momento della costituzione del pegno; il creditore deve provare la proprietà quiritaria e bonitaria o solo bonitaria del debitore pignorante. E questa questione è già stata decisa, in senso negativo, nella precedente sentenza.

to della costituzione del pegno; poiché il proprietario bonitario è un *usucapiens* qualificato, l'azione Serviana del creditore, il quale abbia acquistato il pegno dopo la *litis contestatio* dell'*actio Publiciana*, è una azione *de eadem re* e potrà essere paralizzata con l'*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*.

Ma soprattutto non si può trascurare il fatto che, per il caso di costituzione del pegno successiva alla *petitio*, Ulpiano riconosce l'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* all'*actio Serviana* solo come la soluzione preferibile (*magis est*): se la prima azione fosse stata la Publiciana, il giurista non avrebbe mostrato questa esitazione⁵⁰.

⁵⁰ Ancora meno convincente è l'ipotesi ricostruttiva di Ankum riguardo a Pap. 11 *resp.* D. 44.2.29.1 e a Macer 2 *de appell.* D. 42.1.63 relativi alla *cognitio extra ordinem* (sulla riferibilità anche di D. 44.2.29.1 alla *cognitio*, v. sopra, ntt. 3, 4 e 19). Come si è visto (sopra, nt. 33), Ankum ritiene che anche questi testi, nella versione originale, dovessero contenere la specificazione che la proprietà per la quale il debitore aveva intentato l'azione fosse quella bonitaria. Ma Ankum non prende nemmeno in considerazione l'idea (sostenuta da E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 79 ss., 89, 299 ss., e anche da M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 439 ss.), secondo la quale in questi due passi il debitore non avrebbe assunto il ruolo di attore nella lite sulla proprietà della cosa, bensì quello di convenuto (sopra, § 1 e nt. 5; nt. 19). D. 42.1.63 è un testo assai complesso. In esso, infatti, Macro, partendo dalla considerazione che molte costituzioni hanno stabilito il principio «*res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*», afferma che questa regola impone una distinzione fra coloro che non sono mai pregiudicati dall'altrui sentenza, nemmeno quando siano a conoscenza dell'altrui azione, e quanti invece sono pregiudicati dalla altrui sentenza quando siano a conoscenza del giudizio *inter alios*. Il giurista adduce poi esempi di queste due categorie di terzi e spiega infine perché solo gli uni, e non gli altri, non siano pregiudicati dall'altrui sentenza nemmeno in caso di *scientia*. Alla complessità del tema e della casistica trattata nel passo, si

aggiunge la difficoltà interpretativa dello stesso, spesso sottoposto di molteplici e assai consistenti interpolazioni (v. per tutti M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 432 ss., e la letteratura ivi citata e discussa). Per queste ragioni, non è possibile dedicarsi in questa sede ad una dettagliata analisi del passo, che porterebbe troppo lontano dal tema, ben più limitato, oggetto di questo studio. Saranno quindi sufficienti poche parole circa il caso del pegno, menzionato da Macro tra quelli nei quali il terzo (cioè, il creditore), se a conoscenza della lite altrui (quella sulla proprietà condotta dal debitore), sarà pregiudicato dalla relativa sentenza. Riguardo a questa categoria di terzi, Macro scrive: *scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt*. Dunque, la sentenza pronunciata fra altri nuoce allo *sciens* quando questi tolleri che, per una *res* la cui *actio* o la cui *defensio* spetta per primo a lui, agisca il *sequens* (per l'itp. della frase *cum quis - sequentem agere patiatur*, v. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 435 e nt. 79, il quale ritiene, fra l'altro, che l'espressione *actio vel defensio* sia insostenibile «posto che, almeno nel caso del creditore pignoratizio, il non legittimato [nella specie il debitore] era convenuto»; per un tentativo di spiegare il significato del '*sequens*', v. E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 108 ss.). Così, ad esempio, quando il creditore abbia tollerato che il debitore conducesse la causa (*experiri*) relativa alla proprietà del pegno, o il marito abbia tollerato che il suocero o la moglie conducessero la causa relativa alla proprietà delle *res in dote acceptae*, o il *possessor* abbia tollerato che il venditore conducesse la causa relativa alla proprietà della cosa comprata. Limitandoci al caso del pegno, da questo testo si ricava che la sentenza pronunciata nel processo relativo alla proprietà della cosa nuocerà al creditore quando que-

sti, a conoscenza del giudizio, abbia sopportato che il debitore lo conducesse nonostante il fatto che la *actio* o la *defensio* competesse in primo luogo a lui (creditore). Ora, nel caso del pegno, legittimato ad agire per la proprietà della cosa è solo il debitore: se il debitore avesse sostenuto la causa relativa alla proprietà in qualità di attore, il creditore non avrebbe ‘sopportato’ che il debitore agisse per una *actio* spettante in primo a luogo a lui. L’ipotesi che il creditore tolleri una causa sulla proprietà della cosa condotta dal debitore al posto suo è solo una, ed è quella della costituzione del pegno accompagnata dal trasferimento del possesso (arg. D. 41.3.16; D. 6.1.9): in tal caso, infatti, legittimato passivo alla *rei vindicatio* non è il debitore pignorante, ma il creditore pignoratizio. Perciò E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 79 s., seguito da M. MARRONE, *L’efficacia*, cit., 435 s.; 439, 443, nt. 103, ritiene che nell’esempio prospettato da Macro il debitore non abbia agito con la *rei vindicatio*, ma sia stato convenuto: il creditore avrebbe cioè tollerato che il debitore, privo di legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, sostenesse illegittimamente la lite (senza intervenirevi). Che D. 42.1.63 si riferisca al caso del debitore convenuto, e non attore in rivendica, è opinione anche di H. WIELING, *Subjektive Reichweite*, cit., 317, nt. 109; nello stesso senso v. anche A. VÖLKL, *Der Verkauf der fremden Sache im Westgotenrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis von Vulgarismus und germanischem Recht*, in *ZSS*, CX, 1993, 454. Secondo Marrone, poi (439 ss.), il principio che si ricava dal passo di Macro – cioè che la *scientia* della lite «pregiudica il creditore pignoratizio, unico legittimato passivamente alla rivendica, quando il debitore, convenuto con la *rei vindicatio*, ha illegittimamente sostenuto la lite» – si può ricavare anche da Pap. 11 *resp.* D. 44.2.29.1 (sopra, nt. 19), la cui chiusa (*cum pignoris praecesserit*) sarebbe di origine compilatoria. Ciò posto, Papiniano avrebbe quindi negato che la sentenza sfavorevole al debitore potesse pregiudicare il creditore pignoratizio il quale non fosse stato avvisato dal debitore della lite in cor-

In conclusione, per quanto riguarda gli effetti del giudicato nei confronti del terzo creditore, i tre testi relativi alla procedura formulare sembrano attestare che la possibilità o meno di opporre l'*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* al creditore pignoratizio che esperisca l'*actio Serviana* contro il possessore della cosa già convenuto dal debitore e risultato vincitore, non dipenda solo dal momento in cui il pegno è stato costituito.

Se, infatti, il giudice ha deciso solamente che il debitore non è proprietario quiritario della cosa rivendicata, il creditore conserva la possibilità di provare la proprietà bonitaria del debitore anche

so. Dal che si potrebbe desumere che al creditore avvisato sarebbe stata opponibile la *res inter alios indicata*. La decisione di Papiniano, conclude Marrone, coincide quindi con quella di Macro. Come si è detto (§ 1, e nt. 5; nt. 19), anche secondo E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 89, 299 ss., è probabile che Papiniano, in *D. 44.2.29.1*, abbia pensato al caso del debitore convenuto. Allo stato attuale, quindi, la tesi di Ankum il quale ipotizza che il testo originario di *D. 42.1.63* e di *D. 44.2.29.1* dovesse contenere la menzione dell'*actio Publiciana*, non può a mio avviso essere accolta: l'importanza della tesi sostenuta da Emilio Betti e da Matteo Marrone ne avrebbe infatti imposto una specifica discussione e confutazione. Di conseguenza, viene meno anche la possibilità di seguire Ankum nella interpretazione della costituzione di Caracalla (C. 8.13[14].5) che, secondo l'A., conterrebbe una eccezione al principio, risultante da *D. 42.1.63* e da *D. 44.2.29.1*, della opponibilità al creditore della sentenza sfavorevole al debitore emanata nel procedimento sulla proprietà bonitaria intentato da questi con (l'implicito) consenso del creditore (v. sopra, nt. 33).

se il pegno è stato costituito dopo la *litis contestatio* della precedente *rei vindicatio*: in tal caso, infatti, il possessore non potrà opporgli l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* perché la questione sottoposta al giudice dell'*actio Serviana* è diversa da quella già decisa dal giudice della *rei vindicatio*.

Solamente quando il giudice ha stabilito che il debitore non è nella posizione di *usucapiens* o non è proprietario bonitario, diventa determinante il momento in cui il pegno è stato costituito. Se il pegno è stato costituito prima della *litis contestatio*, il creditore potrà esperire l'*actio Serviana* senza vedersi opporre l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*: nulla impedisce, infatti, che il debitore fosse nella condizione di costituire un valido pegno prima del giudizio dal quale è uscito sconfitto. Se invece il pegno è stato costituito dopo la *litis contestatio*, il possessore vittorioso potrà paralizzare l'*actio Serviana* del creditore mediante l'*exceptio rei iudicatae*, perché la questione sulla situazione dominicale del debitore necessaria e sufficiente per la valida costituzione del pegno è già stata decisa in senso negativo nel precedente giudizio.

L'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* è dunque opponibile al creditore perché questi deriva il suo diritto da quello del debitore e una sentenza ha già accertato che al momento della costituzione del pegno il costituente non era titolare del diritto che gli avrebbe consentito una valida costituzione del pegno. Poiché per la valida costituzione del pegno è necessario che il costituente

sia almeno proprietario bonitario della cosa, il pegno costituito dopo la *litis contestatio* della causa in cui un giudice, sia pure per errore, ha accertato l'inesistenza di tale diritto in capo al debitore, non potrà essere fatto valere con successo dal creditore pignoratizio. Se invece il pegno è stato costituito prima di quel momento, il creditore potrà ancora provare che il debitore era (almeno) proprietario pretorio al momento della costituzione del pegno: in questo caso, cioè, benché il diritto del creditore sia dipendente da quello del debitore, non si può dire che il creditore sia succeduto *in locum* del debitore:

Pap. 27 *quaest.* D. 44.2.28: *Exceptio rei indicatae nocebit ei, qui in [dominium] <locum>⁵¹ successit eius qui iudicio expertus est.*

Nelle fonti relative alla *cognitio extra ordinem*⁵², la soluzione della fattispecie, con l'unica eccezione della costituzione di Caracalla⁵³, risulta sempre collegata ad un criterio che non viene mai in rilievo nelle fonti relative alla procedura formulare⁵⁴,

⁵¹ Cfr. Pap. D. 44.2.29.1.

⁵² D. 42.1.63; D. 44.2.29.1; D. 49.1.4.4; C. 8.13(14).5.

⁵³ La quale, sul presupposto dell'opponibilità al creditore della sentenza sfavorevole al debitore, introduce due eccezioni a tale opponibilità (quella della collusione e quella della *praescriptio*), senza peraltro descrivere la fattispecie sottoposta all'imperatore (v. sopra, nt. 3).

⁵⁴ Salvo ritenere, come fa Betti, che D. 44.2.29.1 vada riferito al processo *per formulas* (sopra, ntt. 3, 4 e 19).

e cioè quello dell'intervento o del mancato intervento del creditore nella causa sulla proprietà sostenuta dal debitore⁵⁵. Come si è visto⁵⁶, l'interpretazione di questi testi è piuttosto incerta. Tuttavia, se si accoglie la tesi sostenuta da Betti e da Marrone, secondo i quali D. 42.1.63 e D. 44.2.29.1 si riferiscono al caso della sentenza sfavorevole al debitore convenuto in rivendica, sembra possibile rintracciare la seguente disciplina.

Nel caso in cui il debitore sia stato convenuto in rivendica e sia stato sconfitto, la sentenza sfavorevole al debitore sarà opponibile al creditore, cui il pegno sia stato costituito prima dell'inizio della lite (o prima della sentenza?), nel caso in cui questi, avvisato dal debitore⁵⁷, non sia intervenuto nella causa. E la ragione per cui il creditore notificato (o solo *sciens*?) subirà gli effetti della sentenza contraria al debitore sembra risiedere nel fatto di aver tollerato che il debitore, privo della legittimazione passiva, stesse in giudizio al posto suo: la *scientia*, accompagnata dall'inerzia, fa sì che

⁵⁵ Del resto, una delle ragioni per cui sembra preferibile riferire anche D. 44.2.29.1 alla *cognitio extra ordinem*, è che la possibilità di intervenire nella causa del debitore sembra riconosciuta al creditore solo nel sistema della *cognitio*: sul punto, v. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 412; H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3*, cit., 1144.

⁵⁶ Sopra, ntt. 5, 33 e 50.

⁵⁷ La notifica risulta richiesta solo da D. 44.2.29.1, mentre D. 42.1.63 si limita a riconoscere l'opponibilità della sentenza al creditore *sciens*.

la sentenza (benché pronunciata *inter alios*) sia opponibile al creditore perché per sua volontà si è giudicato sul diritto che egli aveva ricevuto da chi ha preso parte alla lite: la *scientia*, accompagnata dall'inerzia, ha cioè lo stesso valore dell'intervento (D. 42.1.63: [...] *ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summoveatur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur*). Al creditore non *sciens*, invece, la sentenza non sarà opponibile: in tal caso, infatti, il creditore resta del tutto estraneo alla lite e d'altra parte, poiché il pegno è stato costituito prima della sentenza (o della lite?), *creditor in locum victi successisse non videbitur* (D. 44.2.29.1). Se ne deduce che la sentenza sfavorevole al debitore convenuto sarebbe stata opponibile al creditore, al quale il pegno fosse stato costituito dopo la stessa (o dopo l'inizio della lite?): in tal caso, infatti, *creditor in locum victi successisse videbitur*, e dunque l'attore vittorioso, successivamente convenuto dal creditore, avrebbe potuto opporgli l'*exceptio rei iudicatae*.

Qualora invece il debitore avesse agito in rivendica, sembra che il creditore sarebbe stato pregiudicato dalla sentenza contraria al debitore nel solo caso in cui fosse intervenuto, e non anche nel caso in cui, pur essendo a conoscenza della lite, fosse rimasto inerte. Ciò sembra desu-

mibile da D. 49.1.4.4⁵⁸, che, provenendo dalla stessa opera *de appellationibus* di Macro da cui proviene D. 42.163, si limita ad affermare che al creditore assente *nullum praeiudicium debitor facit*, senza ulteriormente distinguere tra creditore assente *sciens* e creditore assente *ignorans*: il che fa pensare che l'ipotesi considerata fosse quella del debitore che avesse preso parte alla lite di rivendica non quale convenuto non legittimato, ma quale attore legittimato⁵⁹.

Non mi risulta, infine, che esistano testi riferibili alla *cognitio extra ordinem* nei quali venga preso in considerazione il caso del debitore che abbia costituito il pegno solo dopo aver agito contro il possessore per la proprietà della cosa.

Mancano quindi elementi testuali che consentano di approfondire l'analisi dell'ipotesi formulata da Ankum con riferimento al caso del debitore attore. Al di là di questo, l'impressione conclusiva è che nel sistema della *cognitio extra ordinem* la soluzione del problema venga affidata ad un criterio, quello dell'intervento o della possibilità di inter-

⁵⁸ Sopra, ntt. 3 e 4. Su questo testo, v. anche W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, in *RIDA*, XIX, 1967, 328 s., 342.

⁵⁹ Sopra, nt. 5. V. però R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 332 s., nt. 2, il quale pensa che anche nel caso trattato in D. 49.1.4.4 il creditore pignoratizio avesse tollerato la lite di rivendica condotta contro il debitore non legittimato e ritiene che il rilievo dell'*absentia creditoris* riconduca allo stesso criterio della *scientia* sul quale Macro avrebbe poi insistito nel libro 2 *de appellationibus*.

vento da parte del creditore pignoratizio nel processo tra debitore e terzo, il quale non si sostituisce al criterio temporale utilizzato nel processo formulare, ma lo completa, nel senso di aggiungersi a questo per delimitare i casi in cui, essendo il pegno costituito prima della causa tra debitore e terzo, la sentenza che definisca tale causa non sia opponibile al creditore pignoratizio.

5. *Cosa vincolata da pegno in tempi diversi in favore di tre creditori e vittoria del terzo sul primo: opponibilità dell'exceptio rei iudicatae' al secondo che agisca contro il terzo.*

Con queste considerazioni, possiamo quindi passare all'esame del testo nel quale Paolo affronta il problema degli effetti del giudicato altrui nei confronti di un creditore e lo risolve in senso negativo non ravvisando nel caso gli estremi per una disapplicazione del principio *res inter alios iudicata alii non praeiudicat*⁶⁰. Si tratta di un testo assai complesso, che pone difficili problemi interpretativi già riguardo alla ricostruzione della fattispecie esaminata dal giurista.

Paul. 3 *quaest.* D. 20.4.16: *Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutybianae primum, deinde*

⁶⁰ Sulle origini di questo principio, v. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 412 ss.; G. PUGLIESE, *La 'cognitio'*, cit., 158 ss.

Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutythiana de iure suo⁶¹ doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem <expulerat>, an ea remota Turbo tertium excluderet. plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potius esse debere. mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium optinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? nullo modo, ut opinor. igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicatae alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii

⁶¹ non *ins. Cuiacius*. Secondo R. BACKHAUS, 'Casus perplexus'. *Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München, 1981, 135, nt. 52, se *doceret* dovesse essere tradotto con «beweisen wollte», il significato diventerebbe chiaro e sarebbe superfluo inserire il *non*: in questo senso v. R. RÖHLE, *Iulius Paulus. Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen*, Kassel, 1975, 65, il quale rende la frase «*cum Eutythiana de iure suo doceret*» con «als Eutythiana ihr Recht unter Beweis stellen wollte».

*creditori integrum relinquitur*⁶².

La fattispecie presa in considerazione è la seguente: Claudio Felice aveva obbligato per tre volte lo stesso fondo, la prima volta in favore di Eutyichiana, la seconda volta in favore di Turbone, e la terza volta in favore di un altro creditore, che chiameremo Terzo⁶³. Eutyichiana, non riuscendo a provare il suo diritto, viene sconfitta in giudizio da Terzo e non propone appello.

Un primo problema sul quale la dottrina si è divisa è quello del ruolo sostenuto da Eutyichiana nel processo contro Terzo: non è chiaro, cioè, se nella azione ipotecaria tra Eutyichiana e Terzo, Eutyichiana abbia sostenuto il ruolo di attrice o quello di convenuta⁶⁴.

⁶² Per i dubbi sulla genuinità della seconda parte del testo, v. gli Autori citati da R. BACKHAUS, *'Casus perplexus'*, cit., 133, nt. 46, il quale considera il testo genuino, salvo ipotizzare che la parte «*aut contra – primam creditricem?*» possa costituire una glossa (v. oltre, nella nt. 93).

⁶³ Sul tema della pluralità dei creditori pignorati e del loro eventuale conflitto, v. A. BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, 1935, 58 ss.; ID., *Ancora in tema di collisione*, in *SDHI*, IV, 1938, 488 ss.; J. MIQUEL, *El rango hipotecario en el derecho clasico*, in *AHDE*, XXIX, 1959, 229 ss.; S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, 1959; A.J.B. SIRKS, *La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang en droit romain classique*, in *BIDR*, LXXXIX, 1986, 305 ss.; H. WIELING, *'Privilegium exigendi'*, in *TR*, LVI, 1988, 279 ss.

⁶⁴ Per l'ipotesi che Eutyichiana sia stata convenuta da Terzo, v. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach dem Grundsätzen*

La descrizione del caso prosegue ricordando come, davanti a un diverso giudice, anche Turbone sia stato sconfitto da Terzo. Turbone, però, ha proposto appello.

Anche sulla interpretazione di questo dato la dottrina si divide: alcuni ritengono che i due processi, quello di Eutyichiana e quello di primo grado di Turbone, si siano svolti contemporaneamente⁶⁵, mentre altri ritengono che Turbone abbia agito dopo la conclusione del processo in cui era parte Eutyichiana⁶⁶.

La questione affrontata da Paolo è se nel giudizio di appello intentato da Turbone, Terzo, che ha escluso la prima creditrice, debba prevalere anche su Turbone, oppure se, esclusa Eutyichiana, Turbone debba prevalere su Terzo⁶⁷.

des heutigen römischen Rechts, II, Leipzig, 1864, 465, nt. 6; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., I, Torino, 1925, 896; H. SIBER, *Präjudizialität*, cit., 36, nt. 60. Ritengono invece che Eutyichiana abbia agito contro Terzo: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XX, trad. it., Milano, 1895, 413 ss.; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg-Leipzig, 1863, 853 s., nt. 2; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 430 e nt. 67; R. BACKHAUS, *'Casus perplexus'*, cit., 134 s., e ntt. 49-50.

⁶⁵ Così, ad esempio, E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 157.

⁶⁶ Così M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 430; R. BACKHAUS, *'Casus perplexus'*, cit., 135.

⁶⁷ Del tutto condivisibile è l'opinione secondo la quale Paolo sta qui riferendo la storia di un processo realmente celebrato: lo si può ricavare dai nomi delle parti, che non sono quelli convenzionali. In tal senso, v. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 430, e nt. 68, il quale ipotizza che alle di-

Ora, dice Paolo, indubbiamente quando il creditore di grado inferiore soddisfa il creditore di grado anteriore, ne prende il posto nella misura in cui lo abbia soddisfatto (*in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit*)⁶⁸. Non è però giusto risolvere per analogia il caso in esame, cosa

scussioni sopra riportate, svoltesi in grado di appello, Paolo abbia preso parte personalmente, magari in qualità di membro del *consilium* dell'imperatore, e ritiene anche probabile l'ipotesi di I. CUIACIO, *In Librum III. Quaestionum Pauli. Recitationes solennes*, in *Opera Omnia in decem tomos distributa*, V, Paris, 1658, c. 1010, secondo il quale Paolo avrebbe qui riferito la storia di un processo giunto a Roma in seguito ad appello dal *praeses provinciae*. In ogni caso, secondo Marrone, la possibilità di appello e la massima *res inter alios indicata aliis non praeiudicat* escludono che il testo sia riferibile alla procedura formulare. In senso contrario v. però M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 296, nt. 60, seguito da R. BACKHAUS, 'Casus perplexus', cit., 135, nt. 53, il quale ritiene che il processo di primo grado tra Eutyhiana e Terzo si sia svolto nelle forme del processo ordinario: lo farebbe pensare l'espressione «*exceptione aliove quo modo*» contenuta nella prima parte della *reductio ad absurdum*, espressione che avrebbe senso solo se riferita al processo *per formulas*, ma non anche se riferita alla *cognitio*, dove l'idea dell'*exceptio* abbracciava «sowohl das Vorbringen von Gegenrechten als auch das Bestreiten des Anspruchs schlechthin».

⁶⁸ Cfr. D. 20.4.3 pr.; D. 20.6.1.1.; D. 20.3.3; sul punto v. M. KASER, *Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, 45, nt. 68; R. BACKHAUS, 'Casus perplexus', cit., 136. V. anche A. D'ORS, *El 'ius offerendi' de 'Tertius'*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 219, nt. 18, il quale però ritiene una glossa la frase «*in locum eius – exsolvit*» di D. 20.4.16.

che alcuni hanno fatto, sostenendo quindi che anche questo terzo debba essere poziore (e prevalere sul secondo). Secondo Paolo, dunque, Terzo, vincendo su Eutyichiana, non subentra *in locum eius* e non potrà prevalere su Turbone.

A sostegno di questa soluzione, Paolo adduce due ulteriori fattispecie.

Dapprima si ipotizza che Eutyichiana abbia convenuto in giudizio Terzo e sia stata da questi sconfitta in forza di una eccezione o in qualche altro modo. In questo caso, dice Paolo, è escluso che Terzo, il quale ha battuto Eutyichiana, possa avvalersi dell'*exceptio rei iudicatae* (tra lui e Eutyichiana) per paralizzare la successiva azione ipotecaria di Turbone.

Assai diverse sono le spiegazioni fornite in dottrina circa la differenza tra il caso iniziale e questa prima variante.

In secondo luogo, viene preso in considerazione il caso in cui, dopo il primo giudizio in cui la prima creditrice viene superata dal terzo creditore, il secondo creditore abbia sconfitto il terzo. Paolo esclude che il secondo creditore, convenuto dalla prima creditrice già sconfitta dal terzo, possa utilizzare contro di lei l'*exceptio rei iudicatae* (tra lui e il terzo).

Al di là di tutte le difficoltà interpretative che il testo pone, la soluzione di Paolo è chiara e netta: Terzo non succede *in locum* della prima creditrice esclusa, né la *res inter alios iudicata* nuoce o giova ai terzi. Perciò, senza pregiudizio della pri-

ma sentenza, resta integro l'intero diritto di Turbone.

Di fronte a questa netta affermazione di Paolo, secondo il quale Terzo, battendo Eutyichiana, non *successit in locum eius*, parte della dottrina, specie in passato, ha ritenuto che il testo avrebbe considerato il solo caso in cui Eutyichiana fosse stata sconfitta in qualità di attrice⁶⁹. Se, infatti, Terzo avesse vinto in qualità di attore, la soluzione di Paolo avrebbe dato vita ad un *circulus inextricabilis*, e l'unico modo per evitarlo sarebbe stato quello di riconoscere la successione ipotecaria di Terzo a Eutyichiana⁷⁰. Il ragionamento che si fa è il seguente.

Escludendo la successione ipotecaria di Terzo a Eutyichiana, Terzo dovrebbe cedere di fronte a Turbone, il quale a sua volta potrebbe essere convenuto con successo da Eutyichiana. A questo punto Terzo, in conformità alla *res indicata*, potrebbe riprendersi il pegno da Eutyichiana, e con ciò ricomincerebbe il precedente circolo⁷¹. Perciò, si dice, nel caso in cui Terzo abbia vinto contro Eutyichiana in qualità di attore, egli succederà *in locum* di lei e prevarrà su Turbone: se Terzo non può escludere Turbone opponendo in nome pro-

⁶⁹ F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 412 ss.; K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch*, cit., 853 s., nt. 2. Contro questa tesi, v. L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*², trad. it., II, Bologna, 1875, 398.

⁷⁰ K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch*, cit., 854 s., nt. 2.

⁷¹ K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch*, cit., 854 s., nt. 2.

prio l'*exceptio rei indicatae* perché la *res iudicata* non può nuocere ad un estraneo, potrà escluderlo *ex iure primi creditoris* nel cui posto è subentrato in forza della sentenza⁷².

Se invece Terzo vince in qualità di convenuto, non si crea il *circulus inextricabilis*⁷³ perché la sentenza che lo assolve non gli riconosce un diritto poziore rispetto a Eutyichiana⁷⁴. Per questa ragione la sentenza assolutoria non può far stato nei confronti di Turbone. Quando dunque Turbone agirà contro Terzo vincitore del primo processo, Terzo dovrà rilasciargli il pegno⁷⁵. In questa situazione, poi, Eutyichiana potrà ancora agire con successo contro Turbone. L'assoluzione di Terzo nel processo mossogli da Eutyichiana, infatti, non significa un disconoscimento assoluto del diritto di Eutyichiana, la quale potrà provare la poziortà del suo diritto rispetto a quello di Turbone⁷⁶. A questo punto, se cioè Eutyichiana prova la sua

⁷² F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 413.

⁷³ Quel *circulus inextricabilis* ravvisato nella soluzione di Paolo da Accursio, e dopo di lui da molti altri studiosi: cfr. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 415.

⁷⁴ E ciò per la stessa ragione per cui la sentenza, che assolve il possessore convenuto in rivendica perché l'attore non ha provato la sua proprietà, non riconosce di certo la proprietà del convenuto (cfr. D. 44.2.15): F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 413. La sentenza assolutoria di Terzo, dunque, non lo autorizzerebbe a riprendersi il pegno da Eutyichiana: K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch*, cit., 854 s., nt. 2.

⁷⁵ F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 413 s.

⁷⁶ F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 414.

priorità rispetto a Turbone e ottiene il possesso della cosa, Terzo non potrà pretendere il rilascio da Eutyichiana invocando la vittoria precedentemente ottenuta sulla stessa, perché questa sentenza non fece altro che assolverlo dall'obbligo del rilascio, mentre ora Terzo dovrebbe provare la sua priorità su Eutyichiana. Ma ciò, ormai, non sarebbe più possibile perché Eutyichiana ha il possesso della cosa ed è stata riconosciuta con sentenza prima creditrice⁷⁷.

Ora, anch'io sono propensa a ritenere che nel processo Eutyichiana/Terzo, Eutyichiana abbia avuto il ruolo di attrice, ma non credo che questa scelta sia imposta dalla necessità di riconoscere la *successio in locum* di Terzo a Eutyichiana per evitare il *circulus inextricabilis* che si creerebbe in assenza di tale successione qualora Terzo avesse vinto su Eutyichiana in qualità di attore. Altri modi sono ipotizzabili per risolvere questa possibile conse-

⁷⁷ F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 414. Benché l'A. non specifichi la ragione di quest'ultima affermazione, essa dovrebbe essere questa, che Eutyichiana ha provato la sua priorità rispetto a Turbone, il quale a sua volta aveva provato la sua priorità su Terzo. Contro la tesi sostenuta da Glück e von Vangerow, v. L. ARNDTS, *Trattato*, cit., 398, il quale osserva che anche nel caso in cui Terzo avesse sostenuto come convenuto la sua priorità su Eutyichiana, la cosa giudicata sarebbe caduta appunto su tale priorità, e quindi Terzo avrebbe certamente potuto richiedere la cosa a Eutyichiana opponendo alla sua eccezione di priorità la *replacatio rei indicatae*.

guenza della decisione di Paolo⁷⁸, e non credo che il giurista, quand'anche avesse discusso il caso della vittoria di Terzo attore su Eutyichiana, avrebbe riconosciuto la successione ipotecaria, e con ciò la violazione del principio *res inter alios iudicata alii non praeiudicat*. Il dato indiscutibile del testo di Paolo è che Eutyichiana ha perso perché non è riuscita a provare il suo diritto. Supponiamo che Claudio Felice abbia obbligato il fondo in favore di Eutyichiana il 1° di febbraio, in favore di Turbone il 1° di marzo dello stesso anno e in favore di Terzo il 1° di aprile successivo. Ipotizziamo adesso che Terzo abbia agito contro Eutyichiana⁷⁹ facendo valere la sua ipoteca del 1° aprile, e che Eutyichiana abbia eccepito la priorità del proprio pegno⁸⁰ senza però riuscire a darne la prova. All'esito di questo processo, Eutyichiana sarà obbligata a consegnare il pegno a Terzo il quale ne ha diritto non già per aver dimostrato di avere un diritto poziore rispetto a quello di Eutyichiana, ma solo perché Eutyichiana non è riuscita a provare la propria priorità. In altre parole, Terzo ha provato che il suo pegno risale al 1° aprile e, non avendo provato Eutyichiana l'anteriorità

⁷⁸ Sul punto v. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht*, cit., 465 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 896, nt. 2; J. MIQUEL, *El rango*, cit., 309 s.; R. BACKHAUS, '*Casus perplexus*', cit., 138; F. HORAK, *Recensione a R. BACKHAUS, 'Casus perplexus'*, cit., in *ZSS*, CI, 1984, 391.

⁷⁹ Evidentemente in possesso del fondo.

⁸⁰ Cfr. Marcell. 19 *dig.* D. 44.2.19; Marcian. *l. s. ad form. hyp.* D. 20.4.12 pr.

del proprio pegno, tanto basta a Terzo per ottenere la consegna della cosa. A questo punto, però, sarebbe del tutto iniquo riconoscere una successione ipotecaria di Terzo a Eutyichiana che gli consentirebbe di paralizzare con l'eccezione di cosa giudicata l'azione di Turbone: ciò significherebbe respingere l'azione di Turbone, il quale per ipotesi abbia provato la sua ipoteca del 1° marzo, opponendogli una sentenza *inter alios acta*⁸¹ dalla quale risulta una ipoteca di Terzo (1° aprile) successiva a quella di Turbone (1° marzo)! Escluso dunque che Terzo possa paralizzare l'azione di Turbone con l'eccezione di cosa giudicata, e volendo adottare una soluzione che riconosca l'opponibilità della sentenza al terzo estraneo alla lite, più equo sarebbe riconoscere a Eutyichiana, la quale a sua volta sia riuscita a provare la pozziorità del proprio diritto rispetto a quello di Turbone, la possibilità di opporre alla seconda azione di Terzo il giudicato fra lei e Turbone, il quale a sua volta aveva sconfitto Terzo⁸².

⁸¹ E, in particolare, una sentenza in sfavore della convenuta Eutyichiana dalla quale certo Turbone non deriva il suo diritto.

⁸² Tenendo invece fermo il principio della inopponibilità del giudicato ai terzi, una soluzione del problema che deriva dal fatto che nessuno dei tre creditori ha provato di avere la priorità sugli altri due (Eutyichiana non ha provato la sua priorità su Terzo e dunque Terzo prevale su di lei, Turbone prevale su Terzo, e Eutyichiana prevale su Turbone), potrebbe essere quella suggerita da R. BACKHAUS, '*Casus perplexus*', cit., 138, il quale osserva che la situazione

Diverse potrebbero essere le cose se nel processo Terzo/Eutyichiana, il giudice si fosse erroneamente convinto della pozziorità del diritto di Terzo su quello di Eutyichiana⁸³: si pensi, ad esempio, al caso in cui il giudice, per errore, ritenga provata una ipoteca di Terzo risalente al 1° gennaio. Solo in tal caso, a me pare, si potrebbe discutere sulla possibilità che Terzo succeda *in locum* di Eutyichiana e in forza di ciò possa paralizzare la successiva azione di Turbone. Ma non è questa la fattispecie contemplata dal giurista.

Tornando ora al problema relativo al ruolo svolto da Eutyichiana nel processo contro Terzo,

nella quale nessuno dei tre creditori ha mezzi sufficienti per provare la sua precedenza sugli altri due creditori corrisponde, almeno processualmente, alla situazione in cui non vi sia una gerarchia tra i creditori derivante dal successivo ordine cronologico della costituzione dei relativi diritti, ma la cosa sia stata costituita in pegno a tutti e tre contemporaneamente. In tal caso, vale la regola *melior est causa possidentis* (D. 20.1.10), e dunque il potere di vendere il pegno spetterebbe a Eutyichiana. Concorda con Backhaus nel risultato, anche se non nell'argomentazione, F. HORAK, *Recensione* a R. BACKHAUS, 'Casus perplexus', cit., 391, il quale ritiene che Eutyichiana – già sconfitta contro Terzo, a sua volta poi sconfitto da Turbone, a sua volta poi sconfitto da Eutyichiana – nel secondo processo contro Terzo potrebbe fare rinvio al già dimostrato grado anteriore di Turbone rispetto a Terzo, e in questo modo non sarebbe più possibile contestarle il primo grado. Per altre ipotesi relative alle possibili soluzioni del *circulus inextricabilis*, v. gli autori citati nella precedente nt. 78.

⁸³ Su questa ipotesi, v. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht*, 1864, 462 ss.

come già detto a me sembra che la prima creditrice abbia preso parte a questo processo in qualità di attore⁸⁴. E la ragione mi sembra questa: il testo non contiene alcun indizio dal quale si possa ricavare che il processo di primo grado di Turbone contro Terzo si sia svolto dopo il processo tra Eutyhiana e Terzo⁸⁵. Sembra, cioè, che i due processi si siano celebrati contemporaneamente davanti a due giudici diversi⁸⁶. Se ciò è vero, Terzo non poteva che essere convenuto.

Dunque, Eutyhiana ha agito contro Terzo e ha perso perché non è riuscita a provare il suo diritto. Stessa sorte è toccata a Turbone nell'azione contro Terzo. Eutyhiana non appella, Turbone sì.

⁸⁴ In questo senso, v. anche M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 430 e nt. 67, il quale però, a sostegno di questa idea, adduce un diverso argomento. Nel testo, osserva Marrone, si dice che Eutyhiana è stata sconfitta per non aver dato prova del suo diritto di priorità: se Eutyhiana fosse stata convenuta, non lei ma l'attore avrebbe sostenuto l'onere della prova (v. anche R. BACKHAUS, *Casus perplexus*, cit., 134 s., e ntt. 49-50). L'argomento non mi sembra però del tutto convincente. All'azione ipotecaria intentata contro di lei da Terzo, Eutyhiana avrebbe potuto opporre l'*exceptio rei sibi ante pignorate*' (cfr. Marcell. 19 dig. D. 44.2.19; Marcian. *l.s. ad form. hyp.* D. 20.4.12 pr.), e anche in tal caso l'onere di provare la poeriorità del suo diritto sarebbe gravato su di lei.

⁸⁵ V. però M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 430; R. BACKHAUS, *Casus perplexus*, cit., 135.

⁸⁶ In questo senso, v. E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 157.

Ed è in questo giudizio di appello che si sviluppa la discussione tramandataci da Paolo, se cioè Terzo, avendo battuto Eutychediana, debba prevalere anche su Turbone, oppure se Turbone possa ancora prevalere su Terzo. Come si è già detto, Paolo sembra qui riferire la questione giuridica sorta nel corso di un processo realmente celebrato⁸⁷. Il dato è particolarmente significativo poiché a mio avviso la tesi avversata da Paolo, secondo la quale Terzo, battuta Eutychediana, dovrebbe vincere anche su Turbone perché la vittoria su Eutychediana gli garantirebbe la priorità su Turbone al pari di un pagamento con surrogazione effettuato in favore del primo creditore, più che l'opinione di una diversa corrente giurisprudenziale, ha tutta l'aria di una insostenibile tesi dei difensori di Terzo. Tant'è che Paolo, il quale, come pure si è già detto, ha probabilmente preso parte a questo processo come membro del *consilium* dell'imperatore⁸⁸, la scarta «con parole caustiche»⁸⁹: *mibi nequaquam hoc iustum esse videbatur*.

Contro questa tesi, Paolo adduce quindi due ipotetici casi analoghi nei quali sarebbe assurdo pensare di poter opporre al creditore estraneo alla lite la sentenza pronunciata fra gli altri due.

Il primo caso è quello di Eutychediana che abbia convenuto in giudizio Terzo e sia stata da questi sconfitta in forza di una eccezione o in qualche

⁸⁷ V. sopra, nt. 67.

⁸⁸ V. sopra, nt. 67.

⁸⁹ R. BACKHAUS, *'Casus perplexus'*, cit., 136.

altro modo (*pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam*). In questo caso, dice Paolo, è escluso che Terzo, il quale ha battuto Eutychniana, possa avvalersi dell'*exceptio rei iudicatae* (tra lui e Eutychniana) per paralizzare la successiva azione ipotecaria di Turbone (*numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest?*).

Secondo Betti, a quanto pare, l'unica differenza rispetto al caso iniziale, sarebbe che in questo caso i due giudizi contro Terzo, quello intentato da Eutychniana e quello intentato da Turbone, si sarebbero svolti non contemporaneamente, ma l'uno dopo l'altro⁹⁰.

Più incisiva è la spiegazione di Marrone. Questi, osservando che in sede di appello Paolo si era opposto alla tesi favorevole a Terzo⁹¹ basandosi sulla considerazione che *nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet*, ritiene che il giurista avrebbe voluto qui sottolineare che «l'applicazione di questo principio era quanto mai opportuna: la prima creditrice – osserva infatti Paolo – poteva anche essere stata respinta per un

⁹⁰ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 157 s.

⁹¹ Tesi dell'autorità della cosa giudicata che Terzo, vincitore di Eutychniana, avrebbe potuto opporre contro Turbone, e che, secondo M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 431, era prevalsa in primo grado. Quest'ultima considerazione non è a mio avviso condivisibile perché, come si è detto, pare che i due processi di primo grado si siano svolti contemporaneamente.

motivo indipendente dalla sostanza del suo diritto di pegno⁹²: e, in tal caso, sarebbe stato assurdo che al creditore vittorioso giovasse poi l'eccezione di cosa giudicata⁹³.

⁹² Dalla parte del testo che qui interessa, M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 429, espunge le parole «*alioue quo modo*»: esse, infatti, essendo troppo generiche, «annullano il rilievo di Paolo, secondo cui la creditrice era stata superata per motivi non inerenti la sostanza del suo diritto di pegno».

⁹³ Quindi Paolo, negata sia la *successio* del creditore vittorioso *in locum* di quello soccombente, sia l'opponibilità della cosa giudicata tra altri, avrebbe concluso nel senso che *sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur*: così M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 431 s., secondo il quale, infatti, il secondo caso addotto da Paolo contro la tesi da lui avversata, contenuto nel tratto «*aut contra – primam creditricem*», sarebbe di origine glossematica: lo indicherebbe il fatto che in questo caso si chiede se Turbone, vincitore contro Terzo, potrebbe poi opporre l'*exceptio rei indicatae* a Eutyichiana, mentre nella parte finale del testo (*sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur*) è supposto soltanto il processo di Turbone contro Terzo (p. 429). Questa considerazione non è però a mio avviso decisiva. Escluso che in entrambi i casi ipotetici addotti contro la tesi opposta il creditore ipotecario estraneo alla lite possa ricevere pregiudizio dalla sentenza *inter alios acta*, Paolo, nella parte finale del testo («*igitur - relinquitur*») ritorna al caso iniziale per concludere che, non essendoci *successio in locum* e non potendo né giovare né nuocere a terzi la sentenza *inter alios acta*, si deve concludere che Turbone, nonostante la vittoria di Terzo su Eutyichiana, conserva integro il suo diritto. Per l'origine glossematica del secondo caso, v. anche R. BACKHAUS, 'Casus perplexus', cit., 136, nt. 67, il quale, rilevando che esso non aggiunge nulla di nuovo rispetto alla prima variante (anche

Interessante è poi l'interpretazione di Backhaus. Egli parte dalla considerazione che nella fattispecie iniziale il problema verte sulla possibilità di riconoscere che Terzo, battuta Eutychiana, succeda *in locum* di lei allo stesso modo in cui il creditore di grado posteriore succede *in locum* di quello anteriore da lui soddisfatto con il pagamento del credito garantito. Ammettendo questa possibilità, Terzo acquisterebbe tutti i poteri del creditore nel cui *locum* sarebbe subentrato, e dunque potrebbe opporre in via utile a Turbone la stessa *exceptio* che gli avrebbe potuto opporre Eutychiana: *l'exceptio rei sibi ante pigneratae*. Paolo rifiuta di applicare per analogia il principio della *successio in locum* che vale per il *ius offerendi*, e, a sostegno della sua tesi, adduce due casi che si inquadrano in una *reductio ad absurdum*, solo il primo dei quali, cioè quello di cui ci stiamo occupando, sarebbe significativo⁹⁴. Secondo Backhaus, la differenza tra questo caso e quello iniziale, è che in quello iniziale la questione verteva sulla *successio in locum* di Terzo a Eutychiana, mentre in questo caso il problema è quello della opponibilità dell'*exceptio rei indicatae*. Il nesso tra i due casi, osserva quindi

in questa seconda variante, cioè, la questione è se l'*exceptio rei indicatae* può essere opposta a chi non è stato parte del precedente processo), ritiene probabile che si tratti di una glossa, senza peraltro escludere la possibilità che Paolo, con questa ripetizione, intendesse dotare la propria soluzione di maggiore incisività.

⁹⁴ Sul valore che l'A. attribuisce al secondo, v. sopra, nella nt. 93.

l'A., è il seguente: la conseguenza processuale di una *successio in locum* di Terzo a Eutyichiana consisterebbe nel riconoscere a Terzo la possibilità di paralizzare l'azione di Turbone con l'*exceptio rei sibi ante pigneratae*. Senonché, accordando a Terzo questa eccezione, Terzo verrebbe a trovarsi nella stessa situazione in cui si troverebbe se la *res iudicata* nel processo tra lui e Eutyichiana avesse efficacia nei confronti dei terzi, efficacia che Terzo potrebbe opporre a Turbone con l'*exceptio rei iudicatae*. Questa eccezione, però, sarebbe in contrasto con il principio generale *res inter alios iudicata alii non praeiudicat*. Ora, osserva Backhaus, se è vero che in alcuni casi i classici hanno riconosciuto l'estensione a terzi degli effetti di una sentenza *inter alios dicta*, è anche vero che una estensione del giudicato mediante *exceptio rei iudicatae* non ha mai luogo là dove – come nel caso esaminato da Paolo – il diritto di colui al quale l'*exceptio* deve essere opposta è del tutto indipendente dal diritto della parte soccombente nel processo. E allora, siccome la posizione di Terzo di fronte a Turbone deriva esclusivamente dalla sua vittoria processuale su Eutyichiana, sarebbe inappropriato eludere l'inapplicabilità dell'*exceptio rei iudicatae* utilizzando per analogia il principio della *successio in locum* che attribuirebbe a Terzo la stessa posizione processuale che egli avrebbe nel caso di estensione del giudicato tramite *exceptio rei iudicatae*. Confutata così la tesi opposta, Paolo avrebbe infine ribadito che nella fattispecie esaminata non ha luogo una

successio di Terzo *in locum* di Eutyichiana, e che Terzo non può opporre a Turbone l'*exceptio rei iudicatae*: resta dunque fermo il rango originario dei creditori.

Venendo ora brevemente al secondo caso, quello in cui la prima creditrice è stata superata dal terzo creditore e il secondo creditore ha sconfitto il terzo («*aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium optinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? nullo modo, ut opinor*»), e ammesso che esso comparisse nel testo originale⁹⁵, Paolo avrebbe nuovamente escluso l'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* al creditore ipotecario estraneo alla lite. In particolare, Paolo escluderebbe che il secondo creditore, convenuto dalla prima creditrice già sconfitta dal terzo, possa utilizzare contro di lei l'*exceptio rei iudicatae* (tra lui e il terzo).

Al di là del modo in cui si voglia intendere il rapporto tra la fattispecie concreta esaminata dal giurista e i due casi analoghi da lui addotti per confutare l'opinione di quanti volevano sostenere, in difesa di Terzo, una sua *successio in locum* di Eutyichiana, la soluzione di Paolo è chiarissima:

Igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere

⁹⁵ V. sopra, nt. 93.

solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur.

Quella della *successio in locum* è per Paolo una idea assurda, che mai potrebbe essere sostenuta, in quanto, diversamente dal pagamento con surrogazione, la sentenza favorevole ottenuta da Terzo nei confronti di Eutyichiana non può in alcun modo incidere sulla posizione sostanziale di Turbone, il cui diritto è del tutto indipendente da quello di Eutyichiana, parte soccombente di quel processo la cui sentenza si vorrebbe opporre a Turbone nella causa da lui mossa contro Terzo.

ABSTRACT

Qualora il creditore pignoratizio resti estraneo alla lite di cui siano parti il debitore che costituì il pegno e un terzo, sorge il problema degli effetti verso il creditore pignoratizio del giudicato sfavorevole al debitore. Il problema è affrontato dai giuristi romani innanzi tutto in riferimento a una lite sulla proprietà della cosa, parti della quale siano il debitore pignorante e il possessore. La soluzione dei giuristi muta nel tempo. Nei testi relativi al processo formulare, la questione è risolta sulla base di un criterio temporale, e cioè a seconda dell'anteriorità o posteriorità del pegno rispetto alla lite. Nei testi relativi alla *cognitio extra*

ordinem viene invece usato il criterio della partecipazione o meno del creditore al processo di cui è parte il debitore pignorante. La prima parte del lavoro è dedicata all'analisi di queste diverse soluzioni. Nella seconda parte del lavoro si esamina invece il singolo caso trattato da Paolo, in cui il debitore aveva costituito in pegno la cosa a favore di tre suoi creditori, intervenuta una lite tra primo e terzo creditore, Paolo esclude che la sentenza favorevole al terzo creditore possa pregiudicare il secondo, estraneo alla lite.

If a pledgee does not take part in a proceeding between the pledger and a third party, the problem arises of the *res indicata* effects towards the pledgee, when the final decision is against the pledger. The issue is discussed by roman jurists firstly with reference to a dispute on the *res* property between pledger and possessor. The solution changes. The sources relating to *per formulas* actions settle the question according to a time principle, *i.e.* depending on the priority of the pledge or of the proceeding. The sources relating to the *cognitio extra ordinem* adopt a different rule, based on the attendance or not of the pledgee at the proceeding between the pledger and the third party. The first part of the essay analyzes those different solutions. The second part of the essay concerns a single Paul source, where the debtor had pledged the same chattel to three different creditors. After a dispute between the first and

the third creditor, Paul clears that the decision in favor of the third creditor can't harm the second one, who did not take part in the proceeding.

PAOLA ZILLOTTO

Professore associato di Diritto Romano

Università di Udine

E-mail: paola.ziliotto@uniud.it