



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Aurelio Arnese

**Considerazioni sull'accordo tra creditore e
debitore in Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D.
20.1.16.9, L. 29**

Numero XI Anno 2018
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Camapania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Isr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

CONSIDERAZIONI SULL'ACCORDO TRA CREDITORE E DEBITORE IN MARC. 29 LIB. SING. AD FORM. HYP. D. 20.1.16.9, L. 29

1.- In D. 20.1, il titolo riguardante «i pegni e le ipoteche, il modo in cui si contraggono e i patti ad essi relativi» (*De pignoris et hypothecis et qualiter ea contrahuntur et de pactis eorum*), i compilatori giustinianeî hanno conservato un passo di Marciano¹, in cui si fa il caso della dazione in pegno o ipoteca di una cosa, con l'acquisizione da parte del creditore del bene da valutarsi al giusto prezzo, ove non sia stata pagata la somma dovuta entro un tempo determinato:

¹ Tratto dal *liber singularis ad formulam hypothecariam*. Dell'effettiva paternità marciana dell'opera non dubitava già F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 360 s. Tendeva però a escludere la presenza della parola *hypotheca* nel titolo, in quanto gli scrittori classici avrebbero preferito usare nei loro libri il nome edittale tecnico di *formula Serviana*. Il cambiamento del termine sarebbe da attribuire ad uno studioso postclassico d'Oriente. Un'opinione, questa, non condivisa da P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, II, Le garanzie reali*, Padova, 1963, 87, il quale segnalava come la parola greca risultasse adoperata nei formulari di Catone oltre che dagli stessi giuristi romani. Inoltre, dalla ricostruzione che Lenel fa nella *Palingenesia* delle rubriche dell'opera, si evince come l'analisi della formula occupasse, sì, lo spazio maggiore, ma non esaurisse l'intero scritto, perché si incontrano sezioni più brevi che rimandano a tematiche quali il pegno tacito, il concorso di creditori o la vendita della garanzia reale, come ha di recente notato L. PELLECCI, *Propter pecuniam debitam: D. 20.1.13.4-6 e una sezione ritrovata del 'liber singularis ad formulam hypothecariam' di Marciano*, in *Sem. Compl.*, 28, 2015, 810 ss., 818, il quale, nel premettere che la stessa proposta leneliana non possa dirsi immune da riserve, ha altresì evidenziato che proprio tra il frammento in esame e quelli immediatamente precedenti, non si riesce a individuare quale possa essere il filo conduttore, potendosi solo constatare la loro non riconducibilità alla materia della *condemnatio*.

Marc. lib. sing. ad form. hyp. D. 20.1.16.9: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Il testo prospetta una sorta di vendita condizionata all'inadempimento del debitore. Le parti, infatti, potevano stabilire con un accordo (*lex commissoria*) che, in caso di inadempimento, il creditore dovesse considerarsi alla stregua di un acquirente della *res* oggetto di garanzia. Si veniva così a delineare una specie di alienazione a scopo di garanzia, sfruttando la clausola accidentale tipica (*lex venditionis*) del contratto di compravendita, denominata per l'appunto *lex commissoria*². Essa si esprimeva con le parole *si ad*

² Clausola utilizzata per far dipendere l'efficacia del contratto dall'avvenuto pagamento del prezzo, originariamente con valenza sospensiva e, dal II secolo d. C., progressivamente impiegata con finalità risolutiva: cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria* e 'ius vendendi' nella fiducia e nel pegno, Torino, 1949, 12 ss. Gli studi sulla figura sono numerosi: oltre al contributo di Burdese cfr., per esempio, A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *AG*, 55, 1895, 189 ss.; R. LEONHARD, voci 'Commissoria lex' e 'Commissum', in *RE*, 4.1, Stuttgart, 1900, 769; J.C. NABER, 'Observatiunculae de iure Romano'. *De lege commissoria*', in *Mnemosyne*, 32, 1904, 81 ss. (spec. 85); F. WIEACKER, *Lex commissoria*. *Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in 'Symbolae Friburgenses in 'honorem' Ottonis Lenel, Leipzig, 1931, 108 ss., ora in *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, 275 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1954 (rist. Napoli, 1990), 400 ss.; A. BISCARDI, *La 'lex commissoria' nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, 575 ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrecht*, Köln-Wien, 1973; M. TALAMANCA, *Recensione a F. PETERS, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrecht*, Köln-Wien, 1973, in *Iura*, 25, 1973, 364 ss.; ID., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione (Seminario ARISTEC per B. Kupisch, Roma 20-22 giugno 2002)* a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 1 ss.; P. ZILLOTTO, *Vendita con 'lex commissoria' o in*

diem pecunia soluta non sit, come si ricava da una testimonianza di Pomponio³. L'utilizzazione di questa clausola della compravendita anche nel campo delle garanzie reali è stata ipotizzata dalla romanistica, sebbene la compilazione giustiniana non rechi testimonianze (dirette ed) esplicite di un tale impiego⁴.

'diem addictio': la portata dell'espressione '*res inempta*', in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 503, (reperibile anche in *SDHI*, 69, 2003 e in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 392 ss.); O. SACCHI, '*Lex commissoria*' e divieto del patto commissorio. *Autonomia negoziale o tutela del contraente debole?*, estr. da *D@S*, 19, 2007, 1 ss.; E. NICOSIA, In '*diem addictio*' e '*lex commissoria*', Catania, 2013; M. DI MARIO, '*Lex commissoria*' e '*restitutio in integrum*' in *Paul. 1 Decr. D. 4.4.48. pr.*, estr. da *TSDP*, 7, 2014, 1 ss.; G. DELI, *Die 'lex commissoria' im neuen Licht oder verhaltensoökonomische Streifzüge im klassischen römischen Recht*, in *Quaderni lupiensi*, 5, 2015, 139 ss.; P. MARRA, *La 'mancipatio' pompeiana. Un esempio di alienazione a scopo di garanzia*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità, Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)*, a cura di L. Garofalo e L. Zhang, Ospedaletto (Pisa), 2017, 281 ss.; O. TORO, *L'arricchimento del creditore ai danni del debitore: riflessioni sul patto marciano e sul divieto di patto commissorio*, in *RIDA*, 61, 2014, 256 ss.; EAD., *Riflessioni sulla 'fiducia cum creditore' alla luce dell'emptio in garanzia*, in *Index*, 44, 2016, 255 ss.; E. MARELLI, *Appunti in tema di vendita con 'lex commissoria'*, estr. da *TSDP*, 10, 2017, 1 ss.

³ Pomp. 35 *ad Sab. D. 18.3.2: Cum venditor fundi in lege ita caverit: "si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit", ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.*

⁴ Ma l'intero panorama delle fonti al riguardo non è forse tanto scarso «quanto comunemente si ritiene», osservava A. BISCARDI, *La 'lex'*, cit., 575 e nt. 3, nell'escludere però che concernessero la figura i passi di Catone (*agr.* 146.2) e Cicerone (*pro Flac.* 21.51 e *fam.* 13.56.2). E ciò in dissenso, relativamente agli ultimi due brani ciceroniani testé citati, con A. PERNICE, *Parerga*, II, Weimar, 1896, 134 nt. 4.

Particolarmente significativo riguardo al tema, di cui si era molto occupata la dottrina tedesca⁵, è uno studio giovanile di Burdese⁶, che ne sostenne l'applicazione, oltre che nel *pignus*, anche nella *fiducia cum creditore*⁷. Per il compianto studioso, inoltre, nel *pignus*

⁵ O.V. GRADENWITZ, *Conjecturen IV. 'Emptio ob nummos' und 'lex commissoria'*, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 18, 1890, 349 ss.; A. MANIGK, voce *'Fiducia'*, in *RE*, 6,2, Stuttgart, 1909, 2293 ss.; R. LEONHARD, voce *'Commissum'*, cit., 769; J.C. NABER, *'Observatiunculae'*, cit., 81 ss.; F. WIEACKER, *'Lex'*, cit., 4 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia in römischen Recht*, Weimar, 1940, 2 ss.

⁶ Il lavoro, un'agile monografia, fu pubblicato nel 1949 con il titolo *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pegno* (cit. nt. 2).

⁷ Sulla base dell'accenno che se ne fa in Paul. Sent. 2.13 (*De lege commissoria*), pur non mancando di richiamare i dubbi sull'attendibilità delle rubriche dell'opera: cfr. A. BURDESE, *'Lex'*, cit., 11, (e il riferimento deve intendersi alle edizioni precedenti a quella krügeriana, perché quelle moderne lasciano il titolo che contiene le sentenze che vanno da Paul. Sent. 2.13.1 a Paul. Sent. 2.13.5 sprovvisto di rubrica, come ha precisato O. TORO, *Riflessioni*, cit., 261 nt. 35). Burdese ha invece ritenuto salienti Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18.3.2 e 3, i quali, pur se apparentemente riferiti alla vendita nella versione leggibile nelle Pandette, in quella originale classica dovevano probabilmente essere stati inclusi in una trattazione sulla *fiducia*, sicché la lunga 'digressione' relativa alla *lex commissoria* in essi contenuta, avrebbe potuto essere spiegata considerandola un tratto del discorso sull'analogo patto in materia di *fiducia*: A. BURDESE, *'Lex'*, cit., 11 ss., 20 ss. L'Autore ha altresì ricordato i dubbi avanzati al riguardo da C. LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano, 1933, 10; ID., *Fiducia cum creditore*, in *Studi per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, 819 nt. 19; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni II. Le garanzie reali*, Torino, 1935, 84, 152; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 113. Non ne dubitavano, invece, A. MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, Breslau, 1904, 88 e W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 44. Per altro verso, A. BISCARDI, *La 'lex'*, cit., 586 ss., richiamando la struttura del negozio fiduciario, ha evidenziato le difficoltà dogmatiche che impedirebbero di ammettere che esso possa ritenersi compatibile con la clausola intesa «nel senso di una condizione posta al trasferimento della proprietà», poiché sia la *manipatio* che l'*in iure cessio*, con le quali si dava vita alla *fiducia*, erano *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel*

condicionem (Pap. 28 *quaest.* D. 50.17.77). Con la conseguenza che, se la si concepisse come un condizionamento sospensivo dell'obbligo di restituzione della cosa oggetto della *fiducia*, la si dovrebbe identificare con il patto fiduciario di restituzione, subordinato all'adempimento dell'obbligazione garantita, oppure bisognerebbe supporre, per giustificarne il richiamo, un ulteriore patto annesso, teso ad autorizzare il fiduciario a trattenere la cosa una volta verificatosi l'inadempimento della obbligazione garantita. Tale patto, però, risulterebbe 'assolutamente superfluo', poiché non cambierebbe in nulla gli effetti della *mancipatio* e della *in iure cessio* già poste in essere (negozi con effetti 'teoricamente istantanei') sebbene in concreto l'alienazione fiduciaria avesse carattere provvisorio e fosse più che altro un mezzo di coazione psicologica sul debitore: a meno che fosse stato pattuito il *ius vendendi* o sino a quando esso non divenne un *essentiale negotii*. È largamente diffusa l'opinione che, già all'atto della *mancipatio* o *in iure cessio* fiduciaria, il creditore diventasse proprietario in via definitiva del bene, venendosi a creare una «sorta di responsabilità reale», come ha ricordato P. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della 'fiducia cum creditore'*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-14 settembre 2001, Torino, 2003, 267, nel richiamarsi a W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*, 90, 1973, 150 ss. La stessa Autrice ha però di recente puntualizzato che sarebbe la causa del trasferimento a rappresentare l'elemento determinante dell'effetto reale, assicurando la serietà dell'impegno assunto, ed essa risulterebbe costituita nel negozio fiduciario dal formalismo dell'atto di alienazione accompagnato dalla specifica indicazione che l'atto veniva posto in essere *fidi fiduciae causa*: il che era possibile nella *mancipatio*, mentre è difficile spiegare come potesse avvenire nella *in iure cessio* (ma non può essere un caso che si siano conservate solo testimonianze di *mancipationes* utilizzate nella pratica): P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi urb.*, 66, 2015, 43 e nt. 33, 45. Sarebbe inconcepibile immaginare l'utilizzazione della *lex commissoria* nella *fiducia* per B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, 239 ss., che dissente dal parere di segno contrario, oltre che di A. BURDESE, *Lex*, cit., 10 ss., anche di P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 42 ss. Sul tema cfr. pure, di recente, F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012, 81, secondo la quale, a differenza di quanto sostenuto da Noordraven, si può supporre che le parti, d'accordo fra loro, talvolta potessero stabilire, con un *pactum vendendi*, che il creditore dovesse vendere e altre

datum (ove, a differenza di quanto accade nella *fiducia*, la *res* data in garanzia non passa nella proprietà del creditore ma nel suo possesso) e nella *conventio pignoris* (in cui, come nell'*hypotheca*, il bene rimane nella disponibilità del debitore), sarebbe ravvisabile una 'nota comune' (anche al suo atteggiarsi nella vendita), e cioè 'l'idea di una condizione sospensiva', rappresentata dall'inadempimento, verificatosi il quale, ed essendosi già realizzata nel *pignus datum* la *traditio*, prenderebbe corpo una *iusta causa traditionis* idonea a far acquistare la proprietà al creditore⁸: il quale, nel caso del *pignus conventum*, se non soddisfatto alla scadenza, pur non avendo tra le mani la *res*, avrebbe però a disposizione, a seconda delle ipotesi, l'*interdictum Salvianum*, l'*actio Serviana* e l'*actio quasi Serviana* o *pigneraticia in rem*⁹.

volte che potesse vendere, lasciando intendere così la possibilità di una *lex commissoria*.

⁸ Sugli aspetti generali, nonché sulle ricadute in relazione al pegno, della *traditio* come *iusta causa* per il trasferimento della proprietà, cfr. D. PUGSLEY, *Was 'iusta causa' necessary for 'traditio' in Roman Law?*, in *Americans are aliens and other essays on Roman Law*, Exeter, 1989, 27; C.A. CANNATA, *'Traditio' causale e 'traditio' astratta: una precisazione storico-comparatistica*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, 155 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 141 ss.; L. LABRUNA, *'Tradere'. Evoluzione sociale e mutamenti giuridici nella circolazione dei beni dall'età arcaica alla fine della repubblica*, in *'Tradere' ed altri studi*, Napoli, 1998, 13 ss.; ID., *'Tradere'. Evolución social y cambios jurídicos en la circulación de los bienes desde la edad arcaica al final de la República*, in *Sem. Compl.*, 9-10, 1997-98, 329 ss.; O. BEHRENDTS, *'Iusta causa traditionis'. La trasmissione della proprietà secondo il 'ius gentium' del diritto classico*, in *'Tradere'*, cit., 36 ss., ora in *Sem. Compl.*, 9-10, 1997-98, 140 ss.; R. LAMBERTINI, *In tema di 'iusta causa traditionis'*, in *'Fides humanitas ius'. Studi in onore di L. Labruna IV*, Napoli, 2007, 2745 ss.; M. NASSER OLEA, *Asimilaciones a la compraventa en el Derecho Romano (Distintas formas de la causa 'pro emptore')*, Santiago, 2010, 146.

⁹ A. BURDESE, *'Lex'*, cit., 111 ss.

Diversa fu la posizione assunta anni dopo da Biscardi, il quale, nel premettere di non condividere l'allora *communis opinio*¹⁰, secondo la quale la *lex commissoria* nel pegno e nella vendita sarebbe da considerare alla stregua di due singoli istituti del tutto, o quasi, indipendenti l'uno dall'altro, e pur non esimendosi dal sottolineare il diverso atteggiarsi del patto nella compravendita¹¹, giunse a considerare la *lex commissoria* in funzione di garanzia come un'*emptio venditio in causa obligationis*, affine al *pactum de retroemendo* (oggetto di C. 4.54.2, 7 e Proc. 11 *epist.* D. 19.5.12), da intendersi quale compravendita consensuale, che nondimeno consentiva al creditore di recuperare la *res* in caso di mancato versamento da parte del debitore di quanto da lui dovuto¹².

A mio avviso, è opportuno rilevare che, sulla scorta dei dati desumibili dalle testimonianze concernenti il pegno¹³, non è difficile constatare la specificità che in esso ha la *lex commissoria* in ragione della sua indubbia efficacia, atta com'è a rappresentare una

¹⁰ Con le sole eccezioni di E. COSTA, *Sul papiro fiorentino n. I*, in *BIDR*, 14, 1902, 48, ID., *Storia del diritto romano privato*², Torino, 1925, 285 e H. STEINER, *Datio in solutum*, München, 1914, 106 ss.

¹¹ Al riguardo, l'Autore ha altresì ricordato l'oscillazione della giurisprudenza classica fra i due poli dell'*emptio condicionalis* e dell'*emptio pura* con patto annesso di risoluzione (aspetto su cui si era già soffermato R. HENLE, *Die rechtliche Natur der in 'diem addictio'*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 172 s.), da cui discende il configurarsi di un contratto sottoposto, rispettivamente, a condizione sospensiva (in armonia con l'impostazione di Sabino risultante da Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.2-3), od esente da tale condizione ma soggetto a risoluzione (in linea con quanto avanzato, fra i Proculiani, 'forse per la prima volta' da Nerazio Prisco, come affiora da Ner. 5 *memb.* D. 18.3.5 e Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.1, il cui punto di vista finì col prevalere, come si arguisce da ciò che afferma Ulpiano in 28 *ad Sab.* D. 18.3.1: *ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur*): A. BISCARDI, *La 'lex'*, cit., 577 s.

¹² A. BISCARDI, *La 'lex'*, cit., 589.

¹³ Che, comunque, servono anche a delineare meglio i contorni della *fiducia*: cfr. M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli, 1982, 109 ss. e 231.

forma di pressione psicologica sul debitore per indurlo ad adempiere il debito onde non perdere il bene che gli apparteneva¹⁴: un pregiudizio, per lui, ben più grave della vendita della *res* su impulso del creditore, in base al *ius vendendi* venutosi a costituire in campo pignoratorio, e che quantomeno gli consentiva di recuperare il *superfluum*¹⁵. E ciò, naturalmente, qualora il valore della cosa offerta in garanzia fosse superiore all'ammontare del debito.

¹⁴ Una perdita definitiva della proprietà nella *fiducia cum creditore*, ove si ritenga compatibile la *lex commissoria* con il regime della *fiducia*: sul tema cfr., di recente, O. TORO, *L'arricchimento*, cit., spec. 265 s. e nt. 47.

¹⁵ O *hyperocha*. Sulla progressiva formazione della disciplina in materia di *pignus datum* e *conventum*, anche nel suo diversificarsi dalla *fiducia* e nel delinarsi sia del *ius vendendi* e sia correlativamente del diritto per il debitore di ottenere l'eccedenza tra il prezzo di vendita e il debito, la letteratura è assai ampia. V. ad esempio M. SARGENTI, *Il 'De agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SDHI*, 22, 1956, 158 ss.; E. PALMIERI, voce *Ipoteca*, in *Noviss. dig. it.*, 9, Torino, 1963, 48 ss.; L. BOVE, voce *Pegno*, in *Noviss. dig. it.*, 12, Torino, 1965, 763 ss.; A. BISCARDI, *Le garanzie reali del credito*, Siena, 1957, *passim*; ID., *L'oratio Severi' e il divieto di 'obligare'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 1970, 247 ss.; ID., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, 263 ss.; H. KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte und 'formula Serviana'*, in *ZSS*, 64, 1944, 306 ss.; M. KASER, *Die Interesserechnung bei der 'Vindicatio pignoris'*, in *Iura*, 18, 1967, 1 ss.; ID., *Studien*, cit., *passim*; ID., *Die 'vindicatio pignoris' zwischen 'ius civile' und 'ius praetorium'*, in *Festschrift Hübner*, Berlin, 1984, 63 ss., ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz, 1986, 321 ss.; F. LA ROSA, *Ricerche sul 'pignus'*, Catania, 1977, *passim*; ID., *La protezione interdittale del 'pignus' e l'actio Serviana'*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 281 ss.; N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana.1. Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979, *passim*; EAD., *La struttura della fiducia. 2. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983, *passim*; H.L.E. VERHAGEN, *The evolution of 'pignus' in classical Roman law*, cit., 51 ss.; G. NICOSIA, *Possessio pignoris dantis', 'possessio precario dantis', 'possessio in solidum'*, in *Iura*, 64, 2016, 261 ss.; F. DE IULIIS, *Studi sul 'pignus conventum'. Le origini. L'interdictum Salvianum'*, Torino, 2017, 1 ss.

2.- In rapporto alla situazione di debolezza in cui veniva a trovarsi il debitore rispetto al creditore, per il fatto di subire una costrizione psicologica, si rivelò di particolare importanza la nota costituzione di Costantino¹⁶, conservata sia nel Codice Teodosiano (CTh. 3.2.1), sia in quello di Giustiniano (C. 8.34.[35].3), con la quale si vietò il patto che prevedeva l'acquisto da parte del creditore della *res* concessa dal debitore in garanzia¹⁷. L'imperatore, sancendo la nullità del patto, anche con efficacia retroattiva, e attribuendo ai debitori la possibilità di ottenere la restituzione del bene dai creditori, fermo restando il diritto di costoro di recuperare il credito, mirò a proteggere il debitore dall'«asprezza» (*asperitas*, come si legge nel testo normativo) insita nell'accordo commissorio, che di fatto permetteva al creditore di rivalersi personalmente, e senza far ricorso al giudice, sulla *res* ricevuta in garanzia,

¹⁶ La cui datazione, lo si sa, è incerta: risale al 326 d.C. secondo la *scriptio*; al 320 d.C. in base al luogo di emissione e ad altre costituzioni collegate. Sul problema v. A. CENDERELLI, *Divieto della 'lex commissoria': principio generale o regola occasionale*, ora in *Scritti romanistici*, a cura di C. Buzzacchi, Milano, 2011, 326 (già in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 Aprile 1987, I, Milano, 1988, 245).

¹⁷ Si tratta, com'è noto, del cosiddetto 'divieto del patto commissorio', che anche il nostro Codice civile contempla, sia con riferimento all'anticresi, nell'art. 1963 («È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito»), sia, più in generale, in relazione alla 'garanzia patrimoniale', nell'art. 2744 («È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno»). Lo includeva già il Codice civile italiano del 1865 relativamente al pegno e all'anticresi (art. 1884, comma 2, e 1894), ma non all'ipoteca. Il divieto è presente anche in altri ordinamenti. Il BGB, in Germania, lo prevede nei §§ 1149 e 1229, il Codice civile austriaco nel § 461, quello svizzero nell'art. 816, il *Código civil* in Spagna nell'art. 1859 e il Codice civile portoghese negli artt. 694 e 678.

appropriandosene¹⁸. Il che poteva ingenerare facili abusi, come l'impadronirsi di beni di ingente valore anche a fronte di debiti di modesta entità. Sicché la pressione psicologica subita dal debitore risultava tanto più forte quanto più marcato fosse risultato il divario tra il maggior valore del bene dato in garanzia e il minore importo del debito. È opportuno leggere il testo nelle due versioni del Codice Teodosiano e del Codice di Giustiniano:

CTh. 3.2.1: *Imperator Costantinus ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt*

C. 8.34(35).3: *Imperator Costantinus ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.*

A parte differenze lessicali di poco conto (come l'uso di *recuperare*, nel Codice giustiniano, e di *recipere* in quello di Teodosio)

¹⁸ La *ratio* del divieto, nel suo rivolgersi particolarmente a favore dei debitori che per necessità, oppressi dai debiti, erano costretti a concludere convenzioni in cui promettevano di vendere il bene oppignorato al creditore, è un dato che risulta accentuato nella *interpretatio* a CTh. 3.2.1 (significativi gli incisi *vendere per necessitatem conscripta cautione promittit* e qui *obpressus debito vendidit*): *Commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautione promittit: quod factum lex iusta revocat et fieri penitus prohibet, ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed cum primum voluerit ille, qui obpressus debito vendidit, pecuniam revocet et possessionem suam recipiat.*

colpisce l'inserimento del termine *pignorum* fra le parole *commissoriae* e *legis*. Il che, nell'ottica dei compilatori, parrebbe circoscrivere la portata della disposizione all'ambito del pegno, la cui disciplina, avviata col titolo XIII, si chiude, dopo un lungo itinerario, con il citato provvedimento di Costantino. Tale atto normativo nel Codice Teodosiano appare riferirsi anche alla compravendita, collocato com'è subito dopo il titolo relativo all'*emptio*, e prima di quello dedicato alle azioni edilizie, preceduto a sua volta dal titolo *De patribus, qui filios distraxerunt*. La questione è stata oggetto di un vivace dibattito nella letteratura romanistica¹⁹. Ma ciò che qui interessa è, in particolare, il rapporto fra il divieto introdotto da Costantino e il passo di Marciano, ritenuto interpolato relativamente a *hypothecae* e ai tratti *rem-aestimandam* e *hoc-venditio*²⁰.

Il testo del giureconsulto severiano presenta delle peculiarità tali da aver provocato interpretazioni diverse. Per Burdese la convenzione appariva analoga al patto commissorio in materia di pegno, ma caratterizzata da una clausola a sé, diversa dal *pactum*

¹⁹ L'argomento della diversa collocazione nei due codici non è di per sé significativo ed è stato sminuito già da E. COSTA, *Storia*, cit., 286 nt.1 (ivi lett.), il quale, propendendo per la tesi contraria all'idea di una originaria più ampia operatività del divieto anche alla *lex commissoria* nella compravendita, ha richiamato l'attenzione sia sulla mancanza di un ordine effettivamente logico e corrispondente ad un adeguato riparto degli argomenti nel Codice Teodosiano, sia sull'inciso finale «*creditores enim ...*» quale prova decisiva per escludere la vendita dalla proibizione, dovendosene ricavare che essa fosse diretta esclusivamente nei confronti dei creditori che avessero erogato mutui assistiti da pegni. Con acribia O. TORO, *L'arricchimento*, cit., 280 ss., a cui si rinvia, ha illustrato le varie opinioni elaborate dalla dottrina relativamente alla portata e agli scopi del divieto.

²⁰Cfr. *Index interpolationum*, 387. Al riguardo cfr. ora H.L.E. VERHAGEN, *The evolution of 'pignus' in classical Roman law. 'Ius honorarium' and 'ius novum'*, in *RHD*, 81, 2013, 75 ss.; O. TORO, *L'arricchimento*, cit., 268 ss.; EAD., *Riflessioni*, cit., 278 ss. e nt. 81.

commissorium e dal *pactum vendendi*, contraddistinta cioè dal riferimento alla determinazione del giusto prezzo, sì da rendere più miti le conseguenze a carico del debitore in caso di inadempimento²¹. Solazzi, invece, vi ha colto una ipotesi di compensazione volontaria, in quanto la vendita del bene in garanzia al creditore, generando un credito verso quest'ultimo a favore del debitore, dava luogo ai presupposti per compensare le reciproche prestazioni²². Biscardi ha pensato ad una «*lex commissoria* in funzione di garanzia», configurandosi «il negozio come un'*emptio* vincolata a condizione sospensiva»²³. E ancora, a parere di Frezza, si sarebbe trattato di una *datio in solutum* «sottomessa ad una stima della cosa data», ma presentata quale *condicionalis venditio*²⁴. Più di recente Saccoccio vi ha intravisto un esempio di vendita del pegno, il cui prezzo veniva portato in compensazione rispetto all'ammontare del debito, ma non di una *datio in solutum*²⁵. Un quadro di ricostruzioni, insomma, assai vario, ma che fa risaltare i molti aspetti che affiorano dalla fattispecie descritta da Marciano e che sono tutti rilevanti al fine di definire i contorni della figura.

Orbene, il caso affrontato dal giurista non riguardava il patto secondo il quale a seguito dell'inadempimento da parte dell'obbligato il creditore diventava proprietario della cosa pignorata o ipotecata, cioè l'oggetto del patto vietato da Costantino. Marciano si riferiva, invece, ad una situazione diversa:

²¹ A. BURDESE, *'Lex'*, cit., 119 ss.

²² S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli, 1950, 228 ss.

²³ A. BISCARDI, *La 'lex'*, cit., 580 ss.

²⁴ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 227.

²⁵ Altri casi del genere potrebbero rintracciarsi in Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.3.7.4, Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81 *pr.*, Pomp. 35 *ad Sab.* D. 20.4.4, Paul. 51 *ad ed.* D. 40.12.19, Marc. 2 *reg.* D. 46.3.44, C. 4.49.2, C. 5.74.1, C. 8.19.1, C. 8.30.3, Vat. Fragm. 9: A. SACCOCCIO, *'Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare'*, Milano, 2008, 250.

perché, nell'ipotesi di mancato adempimento del debito, il creditore, secondo quanto risulta dalla lettera del testo, non diventava proprietario ma possessore della cosa gravata (*possideat rem*, si legge nel frammento); ciò a condizione (*ut*) che pagasse al debitore, a seguito di un'apposita stima, il giusto prezzo della cosa (*iusto pretio tunc aestimandam*), venendosi così a trovare nella posizione giuridica di un compratore (*iure emptoris*), il quale, com'è noto, non diveniva *dominus* del bene in forza del solo consenso. Una fattispecie, questa, da ricondurre in qualche maniera ad una vendita sottoposta a condizione (*condicionalis esse venditio*), come si rileva dal tenore del passo. È una costruzione che non è esente da elementi di incertezza. Come emerge già dal contesto di appartenenza, caratterizzato da una serie di interrogativi²⁶ (in alcuni

²⁶ Estensione dell'ipoteca anche agli incrementi a seguito di alluvione (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16 pr.: *Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione maior factus est, totus obligabitur*); ratifica della dazione di ipoteca (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.1: *Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt*); trasformazione della *res* ipotecata ed esercizio dell'azione ad essa relativa (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.2: *Si res hypothecae data postea mutata fuerit, aequae hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta: item si de loco convenit et domus facta sit: item de loco dato, deinde vineis in eo positis*); conseguenze della perdita di possesso da parte del debitore convenuto della cosa pignorata in pendenza dell'azione reale pignorizia (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.3: *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequae absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. sed si velit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est vel in provinciis), solet cautionibus res explicari: nam si caveret se restitutum, absolvitur. sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisis non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?*);

passaggi, come in Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.3, 5, 8 spicca il *quaeritur*), ma soprattutto dalle parole dubbiose (*videtur quodammodo*) con le quali si introduce il riferimento alla vendita²⁷, e

condanna alla corresponsione dei frutti del bene ipotecato (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.4: *Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit*); esclusione dell'esercizio dell'azione di rivendicazione da parte del creditore in ordine all'oggetto di ipoteca ed utilizzo dell'apposita azione ipotecaria (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.5: *Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium eius vindicare non potest. sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obicietur a possessore rei iudicatae, replicet: "si secundum me iudicatum non est"*); mancata consegna da parte del debitore della cosa pignorata e condanna al pagamento di una somma superiore al cumulo di capitale e interessi ed effetti sulla liberazione della *res* posta a garanzia (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.6: *Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi: sed humanius est non amplius eum, quam quod re vera debet, dando hypothecam liberare*); possibilità di vincolare con ipoteca una cosa altrui sotto la condizione che diventi del debitore (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.7: *Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit*); pattuizione di ipoteca a favore, contemporaneamente, di due soggetti e conseguente modalità di escussione (Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.8: *Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur. et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim: sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte*).

²⁷ Per A. BISCARDI, *La 'lex'*, cit., 584, Marciano, «con il *quodammodo*» sembra «quasi lasciare aperto ... uno spiraglio alla diversa e pur plausibile concezione della *venditio pura*». Ma, come si è detto, possono ravvisarsi anche profili che rimandano alla compensazione (per S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto*

dal modo con cui Marciano conclude, nel richiamare, con un «così» (*ita*), la decisione di Settimio Severo e Caracalla. Un intervento, quello imperiale, che pare decisivo per riconoscere la legittimità della soluzione, la ragionevolezza di una decisione verosimilmente non estranea al pensiero della giurisprudenza precedente. Lo rivela, ad esempio, un passo di Cervidio Scevola che, in Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81 pr., in un caso analogo parla di una «compravendita fatta sotto condizione»²⁸. E nella stessa direzione risulta particolarmente significativa una testimonianza di Trifonino²⁹, che ricorda proprio un rescritto imperiale, sollecitato da Papiniano (*agente Papiniano*), e volto a stabilire che «il creditore potesse comprare dal debitore la cosa sottoposta a pegno», dovendosi essa considerare «rimasta in proprietà del debitore»³⁰.

Il brano di Marciano e la costituzione di Costantino riguardano, dunque, situazioni non sovrapponibili, perciò l'idea

romano, cit., 228 ss.) e alla *datio in solutum* (P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 227 e A. SACCOCCIO, *'Aliud'*, cit., 250).

²⁸ Il caso concerneva il problema del fideiussore che avesse adempiuto alla sua garanzia personale, e se, non avendo il debitore rimborsato il prestito nel termine stabilito, il *fideiussor* stesso potesse acquisire i beni immobili offerti dall'obbligato principale quale garanzia reale: Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81 pr.: *Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia emptae esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emptae haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut emptae habeat, sub condicione emptio facta est et contractam esse obligationem.*

²⁹ Tryph. 8 *disp.* D. 20.5.12 pr.: *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*

³⁰ Il che era il nodo problematico che l'imperatore («who must have been Septimius Severus») intendeva chiarire e per distinguere la situazione da quella che si verificava in caso di *fiducia*, nella quale la cosa oggetto di garanzia passava già in proprietà del creditore: H.L.E. VERHAGEN, *The evolution*, cit., 75 s.

della non autenticità del passo del giurista può essere rimessa in discussione. Viene meno, infatti, la necessità di armonizzare il passo del giurista nella presunta versione originaria, scritto quando il patto commissorio non era vietato, con il successivo divieto introdotto da Costantino. Questo è l'argomento principale su cui si reggono le interpolazioni segnalate nel brano³¹, le quali non convincono, a cominciare dalla presunta aggiunta del riferimento all'*hypotheca*³², ove si tenga adeguatamente conto della specificità della fattispecie trattata nel passo marciano, ma anche della sua coerenza rispetto ad un orientamento che pare già essersi stabilizzato in epoca severiana, volto ad evitare patti che consentissero squilibri e ingiustificati arricchimenti a favore dei creditori a danno dei debitori³³. Ed inoltre, non è un dato secondario la distanza di circa un secolo che separa la costituzione di Costantino e il documento di Marciano, che peraltro riporta una soluzione voluta da Severo e Caracalla con un loro rescritto.

3. Occorre ora soffermarsi sul significato dell'espressione *iustum pretium* che si trova nel frammento di Marciano³⁴.

³¹ V. per tutti E. ALBERTARIO, *'Iustum pretium' e 'iusta aestimatio'*, in *BIDR*, 31, 1921, 5; ID., *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, in *Riv. dir. comm.*, 22, 1924, II, 235.

³² Termine attestato dai formulari di Catone e ricorrente nel linguaggio dei giuristi: cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 87 s., 227, che però si unisce al coro di coloro che non ritengono autentica la parte *iustum pretium tunc aestimandam*.

³³ Aspetto, quest'ultimo, sottolineato da O. TORO, *Riflessioni*, cit., 267 ss.

³⁴ Che peraltro, e pure in svariati campi, ricorre in molti altri brani della giurisprudenza: ad esempio di Pomponio (Pomp. 29 *ad Sab.* D. 6.1.70), di Callistrato (Call. 3 *de iur. fisc.* D. 49.14.3.5), di Ulpiano (Ulp. *lib. sing. off. praet. Urb.* D. 1.12.1.11; Ulp. 25 *ad ed. D.* 11.7.12 pr.; Ulp. 34 *ad Sab.* D. 23.3.12.1; Ulp. 70 *ad ed. D.* 28.8.5.1; Ulp. 44 *ad ed. D.* 38.5.1.12 e 15; Ulp. 5 *fid. D.* 40.5.30.6; Tit. Ulp. 2.11), di Paolo (Paul. 23 *ad ed. D.* 10.3.10.2, Paul. 36 *ad ed. D.* 24.1.36 pr.; Paul. 3 *fid. D.* 40.5.31.4).

Si può pensare al valore effettivo della *res*³⁵, al valore cioè di mercato³⁶. Idea in cui si scorge l'equità, la sua capacità di adeguare

³⁵ Per E. ALBERTARIO, *Iustum pretium*, 31, ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 16, che però riteneva la locuzione interpolata, frutto della trasposizione dell'etica cristiana nel diritto: *ustum pretium* starebbe ad indicare il prezzo «conforme al *ius*», «una stima conforme al valore reale della cosa». La giudicava invece genuina P. DE FRANCISCI, *Iustum pretium*, in *Studi in onore di E. Paoli*, Firenze, 1955, 211 ss., che la considerava un modo di esprimersi usato dai «classici ...per indicare il valore normale, usuale, di mercato della cosa», per alludere ad «un concetto equivalente a quello di *aequum pretium, verum pretium, rei pretium, suum pretium, quanti ea res est* e via dicendo», e quindi ne ricavava «l'idea, già classica, del prezzo normale e cioè del prezzo di mercato, fosse corrente nel pubblico e avesse guadagnato in portata nel IV secolo, in cui il problema generale dei prezzi tanto preoccupava governanti e governati e in cui le oscillazioni di quelli si ripercuotevano gravemente sulla vita militare e finanziaria dell'impero». J. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in *ZSS*, 42, 1921, 265 nt. 1, collegava l'espressione alla introduzione delle tariffe legali e alla teoria economica aristotelica dell'*ἰσότης* sviluppata dalle scuole orientali. Relativamente all'apporto della morale cristiana, ravvisato da Albertario facendo leva soprattutto su alcuni passi del *De officiis* di S. Ambrogio (3.2.12; 3.5.41, 3.6.37, 3.6.41, 3.9.57, 3.9.58, 3.10.66), formulava pertinenti osservazioni contrarie A. BECK, *Christentum und nachklassische Rechtsentwicklung*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano Bologna-Roma 17-27 aprile 1933*, II, Pavia, 1935, 106 nt. 2, il quale ne evidenziava la ispirazione o derivazione da passi di Cicerone. A distanza di pochi anni E. GENZMER, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der 'laesio enormis'*, in *Deutsche Landesreferate zum II Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag 1937. Sonderheft des elften Jahrgangs der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Berlin-Leipzig, 1937, 47 ss., individuava nello sviluppo della nozione di *ustum pretium* sostanzialmente tre fattori, e cioè la politica imperiale, la morale stoica e quella cristiana, senza trascurare la situazione della economia dalla metà del III al VI secolo, che si era riflessa nella legislazione finanziaria ed economico-sociale, nonché nel diritto privato.

³⁶ Cfr., ultimamente, in tal senso H.L.E. VERHAGEN, *The evolution*, cit., 74 e L. SOLIDORO in A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 396. Un'allusione ai prezzi di mercato nella misura legale (*iusta*

i rapporti giuridici a un senso di giustizia sostanziale in grado di soddisfare le contrapposte esigenze delle parti. Equità che, a Roma, fu (anche), nella sua trasposizione sul piano processuale, «sostanzialmente decomposizione di un *ius* non più al passo con l'evoluzione economica e sociale», ma al contempo «costruzione di un diritto corrispondente al nuovo sentimento del giusto»³⁷. L'*aequitas* rappresentava un criterio di misura dotato di flessibilità e più rispondente ai concreti interessi delle parti, se dall'applicazione alla lettera del *ius* nella valutazione del singolo caso nel processo fossero scaturiti risultati iniqui³⁸. Nell'equità c'è l'idea di uguaglianza, proporzione, simmetria, equilibrio; ma equità vuol dire anche giustizia. Insomma ciò che è equo è conforme, proporzionato, ma anche giusto³⁹. Nella locuzione *iustum pretium* –

pretia), sembra ravvisarsi, forse, in una lettera di Quinto Aurelio Simmaco (che rivestì la carica consolare nel 391 d.C.), successiva quindi all'*edictum de pretiis rerum venalium* da parte di Diocleziano nel 301 d.C. (provvedimento sul quale v., per tutti, F. GRELLE, *L'esegesi dell'edictum de pretiis' diocleziano e i fondamenti dell'attività normativa imperiale*, in *Annali di storia dell'esegesi*, 12, 1995, 253 ss., ora in *Diritto e società nel mondo romano*, a cura di L. Fanizza, Roma, 2005, 403 ss. e W. WOŁODKIEWICZ, *L'edictum de pretiis' di Diocleziano. Il mito dell'onnipotenza del legislatore. Alcuni problemi giuridici*, in *Diritto ed economia in età tardoantica. Atti del convegno internazionale*, a cura di A. Polichetti e F. Tuccillo, Napoli-Campobasso, 2006, 192 ss.): *Idoneum tempus est quo probemus, quid amicitiae nostrae religionis exhibeas delatus est enim a clementissimis principibus ordinarius consulatus, et ideo curam tuam efflagito in providendis omnibus, quae poscit editio. Homines mei specierum pretia ministrabunt: in hoc tantum studium tuum curamque desidero ut quam primum perveni iustus pretiis comparata praecipias* (Symm. ep. 9.149).

³⁷ C. CASCIONE, *Tra «potere» e «dovere» del giudice: note minime sull'art. 182, 2° co. Cpc*, in *Diritto e giustizia nel processo, prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli, 2002, 180 s.

³⁸ Cfr. A. SCHIAVONE, *Diritto e giuristi nella storia di Roma*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*², a cura di A. Schiavone Torino, 2010, 45.

³⁹ Cfr. A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 6, Torino, 1960, 619. Sulla nozione di *aequitas* in collegamento con *iustitia* è significativo quanto

che risulta pure ispirata ai dettami della buona fede, perché mira ad evitare un ingiustificato arricchimento a favore del creditore⁴⁰ – si avverte anche la «reciprocità», che insieme a «consensualismo», buona fede e, appunto, equità, costituì uno dei «quattro principi guida, destinati a diventare altrettanti cardini di ogni successivo sviluppo giuridico»⁴¹.

La combinazione della compravendita con il pegno va rapportata al principio, ritenuto saldo in età classica, della determinazione del prezzo rimessa, sì, alla libera volontà delle parti, le quali però potevano pur fissarlo in modo da adeguarlo al valore della cosa⁴². E ciò grazie anche alla stima effettuata da un terzo che

si legge nella *Rhetorica ad C. Herennium* (3.2.3: *Iustitia est aequitas ius uni cuique rei tribuens pro dignitate cuiusque*), su cui v. particolarmente A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*², Torino, 2017, 290 ss. La letteratura sulle varie accezioni dell'equità è sterminata. Un contributo da cui partire è sempre quello di M. TALAMANCA, *L'aequitas' nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in *'Aequitas'. Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno di Trento 2002*, Padova, 2006, 53 ss. Di recente cfr. A. LOVATO, *'Ratio aequitatis'*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XVIII convegno internazionale in onore di R. Martini*, Roma, 2012, 397 ss.; L. SOLIDORO, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino, 2103, 1 ss.; S. RANDAZZO, *L'equità e il precedente. Un percorso nella tradizione giuridica occidentale*, Tricase, 2015, 23 ss.; G. FALCONE, *Beneficia imperiali e 'logica del sistema'. Spunti di metodo tra le righe di Alberto Burdese*, in *BIDR*, 109, 2015, 219 ss.; M. RIZZI, *'Aequum'/'iniquum' esse nelle 'constitutiones principum' di età severiana in materia contrattuale attraverso le testimonianze dei Digesta giustiniane*, in *RIDA*, 2015, 341 ss.; D. MANTOVANI, *L'aequitas' romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in *Antiquorum Philosophia*, 11, 2017, 27 ss.

⁴⁰ Cfr., in tal senso, ancora O. TORO, *L'arricchimento*, cit., 272 ss.

⁴¹ Così A. SCHIAVONE, *Diritto*, cit., 44 s.

⁴² Un punto su cui si incentrano i dubbi di autenticità dell'espressione *iustum pretium* e l'idea della sua provenienza dai compilatori. Emblematico è quanto ha scritto A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 20, Torino, 1975, 597: mentre «nel diritto classico la determinazione del prezzo era lasciata al libero incontro della volontà delle parti», nella elaborazione giustiniana del diritto, sulla scorta di «precedenti postclassici, riallacciatisi alle disposizioni

fosse un esperto: un dato, questo, alquanto radicato, come si arguisce da un passo, assai rilevante, del *De lingua latina* di Varrone (Varr. l. L. 5.177):

Pretium, quod emptionis aestimationisve causa constituitur, dictum a peritis, quod hi soli facere possunt recte id.

Il Reatino segnala come fosse considerato «difficile» determinare un *pretium* adeguato all'effettivo valore della cosa e che solo esperti (*periti*) potessero stimarlo correttamente, in modo giusto (*recte*).

4. Un altro aspetto da approfondire nel documento di Marciano è il momento al quale riferire la stima del «giusto prezzo». A quello della conclusione del contratto, a quello della costituzione della garanzia, o a quello dell'inadempimento? A questo riguardo, il passo contiene nelle parole *iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam* un elemento lessicale significativo, il *tunc*: un avverbio che, nel suo significato di «allora», «in quel momento», «a quell'epoca», «in quei giorni», sta ad indicare un lasso di tempo

dioclezianee dell'*edictum de pretiis*, nonché agli influssi filosofico-morali della Patristica», si richiedeva che il prezzo dovesse «essere *iustum* (o *verum*), cioè proporzionato al valore della cosa». Tuttavia, come ha osservato M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 46, Milano, 1993, 368, il principio della libera contrattazione del prezzo fra le parti, affermato dai giuristi classici 'in modo che si potrebbe dire addirittura brutale' (ma v. al riguardo le interessanti osservazioni di E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio II. Contesti e pensiero*, Milano, 2002, 497 ss., a proposito di Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.16.4: Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrabentibus se circumvenire*), va conciliato con l'altro dato, altrettanto sicuro, della «rilevanza giuridica anche nel periodo classico», e sotto vari profili, della corrispondenza («più o meno precisa») del prezzo concordato al valore di mercato: requisito, questo, del *pretium*, che veniva indicato ricorrendo a locuzioni quali *iustum* o *aequum pretium* (od *aestimatio*), che «non possono essere, in sé, sospettate».

determinato, riferito al passato o al futuro⁴³. Ora, che la pattuizione relativa all'acquisto da parte del creditore della cosa pignorata potesse validamente intervenire all'inizio, al momento della formazione del rapporto contrattuale, oppure successivamente, lo si può ricavare da Vat. Fragm. 9, il brano tratto dal terzo libro dei *Responsa* di Papiniano:

Vat. Fragm 9: *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.*

È una testimonianza utile, pur se limitata all'aspetto della determinazione del prezzo «da non considerarsi incerto», si dice nel passo, quando sia stato convenuto che, verificatosi il mancato adempimento da parte del debitore, il creditore sarebbe diventato proprietario del bene oggetto di pegno, trattenendolo «secondo il diritto del compratore» (*iure empti*)⁴⁴, e quando fosse stato certo l'ammontare del capitale e degli interessi da corrispondere alla scadenza del termine di rimborso del prestito.

Ma né questo testo, né altre fonti forniscono validi apporti per risolvere con sicurezza tutti gli interrogativi insiti nel testo di Marciano. Si può quindi solo avanzare l'ipotesi che si dovesse procedere alla determinazione del valore della *res* oggetto della garanzia dopo la scadenza del termine di pagamento e una volta

⁴³ È sufficiente un'occhiata ai lessici: v. ad esempio l'*Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1968, o C.T. LEWIS-C. SHORT, *A Latin Dictionary*, Oxford, 1962, oppure E. e R. BIANCHI-O. LELLI, *Dizionario illustrato della lingua latina*⁶, Firenze, 1984, o G.B. CONTE-E. PIANEZZOLA-G. RANUCCI, *L'Enciclopedia. Dizionario di Latino – Italiano*, Firenze, 2004, alle voci relative.

⁴⁴ Un lessema che ricorda quello, *iure emptoris*, che s'incontra nel passo di Marciano.

verificatosi l'inadempimento, ma guardando al valore che la cosa aveva raggiunto sino al momento della stima.

5. Gli studi condotti sul passo di Marciano hanno messo in luce i vari aspetti che si colgono nella fattispecie descritta dal giurista, ricondotta nell'alveo di una *emptio venditio* 'in un certo qual modo condizionale' (*quodammodo condicionalis esse venditio*) nel caso di un omesso pagamento del debito entro il termine stabilito. Ne scaturisce una figura a sé, peculiare, pur se assimilata ad una compravendita (integrata da una condizione). Una soluzione che può apparire tendente soprattutto a proteggere il debitore⁴⁵, volta a far diventare meno gravosa la sua situazione⁴⁶. E renderla,

⁴⁵ Da ultimo, v. H.L.E. VERHAGEN, *The evolution*, cit., 76.

⁴⁶ Si muoveranno in modo più palese in questa direzione i rescritti di Diocleziano del 285 d.C. (C. 4.44.2) e del 293 d.C. (C. 4.44.8), in materia di lesione *ultra dimidium* (nella terminologia medievale *laesio enormis*: cfr. R. DEKKERS, *La lésion énorme. Introduction a l'histoire des sources du droit*, Paris, 1937, 12; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, 4; CHR. BECKER, *Die Lebere von der 'laesio enormis' in der Sicht der heutigen Wucherproblematik*, Köln-Bonn-München, 1993, 10 e nt.4), nel disporre che la vendita è rescissa quando manchi il *iustum pretium*, cioè quando il prezzo corrisposto sia inferiore alla metà di quello giusto, con facoltà per il creditore di sottostare alla rescissione o di provvedere alla integrazione del *pretium*, onde riallinearlo al valore della cosa C. 4.44.2: *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*; C. 4.44.8: *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam*

verrebbe da dire, più consona all'*humanitas*, esigenza ambita, sì, dal giurista, ma che emerge dalla lettura di Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.6⁴⁷, passo (tratto dalla stessa opera) in cui, nell'occuparsi della sorte del debitore condannato per non aver consegnato la cosa pignorata, ma ad una somma superiore all'importo del debito e delle *usurae*, Marciano non esita, con un *ego ... non probo*, a schierarsi dalla parte del debitore, giudicando *humanius* circoscrivere il suo dovere nei limiti di quanto effettivamente dovuto (*non amplius eum, quam quod re vera debet*)⁴⁸.

L'*humanitas*, «alla cui immagine l'uomo viene foggato», come scrive Seneca in una sua epistola⁴⁹, e il cui valore va sempre più diffondendosi sia nel pensiero giurisprudenziale, sia nella normativa imperiale dell'età degli Antonini, diventa in epoca severiana un precetto centrale, volto a «perseguire finalità

rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda. Non a caso anche per i due provvedimenti dioclezianei sono state avanzate ipotesi di interpolazioni, ma attualmente si tende a considerarli genuini, come ha ricordato P. ZILLOTTO, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 600 ss. (ivi lett.), che ha segnalato, a fondamento dei rimedi accordati, l'emergere dell'*humanitas* nella prima delle due costituzioni e della *bona fides* nella seconda, ma qui con accenti innovativi, nella cornice di un impianto equitativo alquanto evidente in entrambe.

⁴⁷ Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.6: *Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego quantum quidem ad subtilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi: sed humanius est non amplius eum, quam quod re vera debet, dando hypothecam liberare.*

⁴⁸ Cfr. A. PALMA, *'Humanior interpretatio'. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992, 153 s.

⁴⁹ Sen. *ep.* 7.65.7: *humanitas, ad quam homo effingitur.*

equitative»⁵⁰. In questa fase storica l'*humanitas* rappresenta uno strumento efficace, una *ratio decidendi* importante nel far evolvere

⁵⁰ Un'*aequitas* (che contiene pure l'*humanitas*, per dirla con L. GAROFALO, *L'humanitas' nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 17 s.) vicina alla sua connotazione tradizionale, tipica dell'elaborazione della quale erano stati artefici principali i giuristi romani, nella cui ottica «era stata per secoli, uno strumento di lavoro interno al mondo del diritto, un mezzo necessario per scavare nell'ordine intrinseco dei rapporti, traendo dalla 'natura delle cose' una risposta ai problemi posti dalla prassi», sicché «anche la cancelleria imperiale epiclassica non si era discostata in sostanza da questa prospettiva», come ha ricordato A. LOVATO, '*Ratio*', cit., 399; cfr. pure M. TALAMANCA, *L'aequitas*', cit., 60). Ma è un'equità che appare proiettata verso quel ruolo incisivo che avrà nelle mani degli imperatori di epoca postclassica, i quali la recupereranno, insieme ad altri valori, come l'*humanitas*, appunto, che da centinaia di anni circolavano nel diritto e all'esterno di esso, non sempre snaturandola in una *rhetorische Floskel*, una «vaga formulazione retorica» – se non addirittura, nell'ottica di A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 624, utilizzandola quale mezzo per rendere possibile «qualunque aberrazione», trasformandola in una «perniciosa giustizia del caso concreto» – ma anzi rivalizzandola nel suo significato risalente e classico, servendosene «per richiamare il sentimento comune, la ragionevolezza e l'equilibrio di una situazione, l'eguaglianza di trattamento», in definitiva quale elemento in grado di assicurare «divellamento, eliminazione di irregolarità, correzione di anomalie», e cioè secondo la valenza che le attribuisce H.S. MAINE, *Diritto antico*, trad. it., Milano, 1998, 50 s., come ha rilevato ancora A. LOVATO, '*Ratio*', cit., 397 ss., spec. 400, 407 s. Un'*aequitas*, insomma, che funge da «criterio normativo, funzionale alla coesione di un concreto modello di società», come ha scritto ultimamente D. MANTOVANI, *L'aequitas*', cit., 53 e nt. 1, e non una *Leerformel*, uno «schema privo di contenuto», «e nemmeno da riempire di valori di volta in volta mutevoli», secondo la prospettiva di M. TALAMANCA, *L'aequitas*', cit., 53 ss., di cui Mantovani valorizza però un aspetto: e cioè che, nell'affermazione formulata da Talamanca di un uso del richiamo all'equità nei provvedimenti degli imperatori fra la morte di Alessandro Severo e Diocleziano, non per «giustificare soluzioni innovative», almeno nella maggior parte dei casi, ma per «confirmare soluzioni già accettate», si può cogliere un dato importante; ciò, infatti, «sottolinea che – a differenza di quanto avviene

l'ordinamento, e nel valorizzare interessi e bisogni umani che altrimenti resterebbero esclusi⁵¹. Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.9 rivela una traccia della sensibilità del giurista per trovate volte ad alleggerire la posizione dei debitori⁵²: una linea che registrerà poi ulteriori sviluppi, e che caratterizza i giureconsulti severiani⁵³. E così, la proibizione del patto commissorio di cui si fa

nei sistemi di diritto codificato – un sistema come quello romanistico tendeva a vedere l'*aequum* non come un contrappunto al *ius*, bensì come un suo valore costitutivo».

⁵¹ Cfr., ancora, A. PALMA, *'Humanior interpretatio'*, cit., 19 ss. e, spec. (riguardo a Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.6), 152 ss. Ma v. L. GAROFALO, *L'humanitas*, cit., 11 ss.

⁵² Significativo è l'impegno profuso da Marciano nel contenere le *usurae* entro limiti legittimi, o comunque non eccessivi, attestato da Marc. 29 *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.4.12.6, tratto proprio dal *liber singularis ad formulam hypothecariam*, e Pap. 6 *quaest.* D. 22.1.2. Sulle opere di Marciano cfr. L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 13 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico*³, Napoli, 1999, 32 ss.; D. LIEBS, *Alius Marcian: ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, in *ZSS*, 128, 2011, 43 ss.

⁵³ Nella stessa direzione di Marciano si muovono Papiniano, Paolo, Ulpiano, Paolo e Modestino, ma anche la normativa imperiale del periodo che va da Diocleziano a Giustiniano, che la implementerà: cfr. F. FASOLINO, *Studi sulle 'usurae'*, Salerno, 2006, 40 ss., A. CHERCHI, *Ricerche sulle 'usurae' convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, 103 ss. e A. ARNESE, *Usura e 'modus'. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari, 2013, 65 ss. Già nelle numerose costituzioni di Settimio Severo si scorge una tendenza a «far prevalere ragioni di equità»: così C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri tres*, Milano, 1938, 128. Sulla politica legislativa dell'imperatore, e sui contesti sociali ed economici del periodo, cfr. altresì R. SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro*, Catania, 1974, 5 ss.; M. MAZZA, *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Roma, 1973, 81 ss.; L. DE GIOVANNI, *Introduzione*, cit., 17 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, 22 ss. Ed è una politica che ispirerà anche quella degli imperatori successivi (con una battuta d'arresto in Eliogabalo: cfr. A. CALDERINI, *I Severi. La crisi dell'Impero nel III secolo*, Bologna, 1949, 110 ss., 335) e che si spingerà sino alla ideazione di misure a

artefice Costantino, appare lo sbocco naturale di una tendenza che si andava sempre più diffondendo e di cui possiamo scorgere una testimonianza proprio nel brano di Marciano. Ma in esso si ravvisa, in particolare, l'esigenza di un accordo equilibrato, utile anche al creditore, il quale poteva trovare soddisfazione del proprio credito⁵⁴, nell'acquistare la *res* fornitagli in garanzia in luogo dell'adempimento pecuniario, riconoscendo però al debitore il giusto prezzo del bene pignorato.

Un'intesa, dunque, in grado di contemperare l'interesse del debitore con quello del creditore.

Quest'ultimo, in mancanza dell'accordo, poteva ricorrere alla *impetratio iure domini*⁵⁵, e cioè alla richiesta di un'autorizzazione

favore dei poveri, su cui v. C. CORBO, *Paupertas'. La legislazione tardoantica (IV-V secolo d.C.)*, Napoli, 2006, 61 ss. Ma guardando alla specifica utilizzazione dell'equità da parte degli imperatori severiani, può arguirsi che essa rappresenta «uno strumento fine per calibrare in modo preciso l'equilibrio delle relazioni giuridiche contrattuali», come ha osservato di recente M. RIZZI, *Aequum*, cit., 363.

⁵⁴ E della quale poteva poi diventare proprietario, ravvisandosi nella situazione venutasi a creare, dopo l'inadempimento e in forza dell'accordo, le basi di una *iusta causa traditionis*. Prima del mancato adempimento tale causa non sussisteva, come hanno evidenziato F. WIEACKER, *Lex*, cit., 27 ss. e A. BURDESE, *Lex*, cit., 113.

⁵⁵ Un 'istituto', 'già vigente nel 229 d.C (C. 8.33.1)', che presupponeva, quanto all'accoglimento della domanda del creditore (*impetratio*), un «rigoroso accertamento delle condizioni di ammissibilità, soprattutto dell'impossibilità di procedere ad una vendita soddisfacente», come ha scritto M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 483. Sull'*impetratio iure domini* v. inoltre, ad esempio, A. MANIGK, voce *Pignus*, in *RE*, 20.1, Stuttgart, 1941, 1270; H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I*, Leipzig, 1860, 224; E. COSTA, *Storia*, cit., 286 s.; A. BURDESE, *Lex*, cit., 107; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 230 ss.; A. SACCOCCIO, *Aliud*, cit., 123 s.; C.A. CANNATA, *Possessio*, 'possessor', 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero. *Contributo allo studio dei rapporti reali nell'epoca classica*, Milano, 1962, 104 ss.; L.

rivolta all'imperatore dal creditore 'desideroso di impadronirsi della cosa pignorata', *dominii iure pignora possidere desiderans*, nella descrizione che ne fa Alessandro Severo nel 229 d.C., nella costituzione che apre il titolo relativo del *Codex*, 8.33(34)⁵⁶. Più tardi, Giustiniano disciplinerà con ogni cura, fino nelle minuzie, il tema in una costituzione del 530 d.C. (C. 8.33[34].3). Particolarmente significativi sono i paragrafi 4a e 5⁵⁷. Nel primo spicca l'elemento della *quantitas aequa*, dell'«uguale ammontare» tra entità del debito e valore della cosa pignorata. Nell'ipotesi in cui «ci sia meno nel pegno e più nel debito» (*si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur*), si dispone nel paragrafo 4, il creditore potrà trattenere tutta la cosa precedentemente pignorata (*totam rem antea pigneratam retineat*). E ove, invece, «vi sia meno nel debito e più nel pegno» (*minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat*), saranno conservati intatti tutti i diritti del debitore (*debitori omnia iura integra*

SOLIDORO, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1988, 273 ss.; e ultimamente O. TORO, *L'arricchimento*, cit., 284 ss.

⁵⁶ C. 8.33(34).1: *Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregristi, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.*

⁵⁷ C. 8.33(34).3: 4a. *Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pigneratam retineat.* 4b. *Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem feneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum.* 4c. *Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre.* 5. *Sin vero creditor, postquam iure domini hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare.* 5a. *Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote viliori pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integram actionem.*

lege nostra servabuntur). E al creditore si darà la facoltà «di offrire al debitore il sovrappiù» (*licentia dabitur creditoribus ... aestimationem superflui debitoris ... offerre*). Nel paragrafo successivo, poi, si statuisce che se il creditore dopo avere posseduto «per diritto di dominio» la cosa pignorata preferisca venderla, possa farlo ma riservando al debitore l'eccezione. E, ove sia sorto un dubbio in ordine alla vendita, come se fatta ad un prezzo più basso, il creditore dovrà giurare di aver venduto la cosa senza alcun imbroglio o inganno, ma che l'aveva venduta «a tanto quanto ha potuto essere venduto» (*tanti vendidit rem, quanti potuerit venire*). Nella descrizione attenta che ne fa Giustiniano, suscita interesse la correlazione *tanti – quanti*, usata per indicare corrispondenza di quantità, e si può, forse, cogliere in questo rapporto – peraltro in un contesto in cui si dà risalto allo scrupolo, alla diligenza nell'agire (*religio*) e alla mancanza di astuzia (*nulla machinatio*) e di raggirio (*vel circumscriptio*) – un riferimento al giusto prezzo, in linea con una tendenza attestata già nel passo di Marciano. Ma l'accordo illustrato dal giurista, idoneo già esso ad evitare un ingiustificato arricchimento a favore del creditore e a danno del debitore, presenta un ulteriore vantaggio: consente di evitare il macchinoso procedimento dell'*impetratio iure dominii*. E ciò bilanciando, con il solo consenso, gli interessi di debitore e creditore.

ABSTRACT

In Marcian. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.9 si fa il caso della dazione in pegno o ipoteca di una cosa, con l'acquisizione da parte del creditore del bene da valutarsi al giusto prezzo, ove non sia stata pagata la somma dovuta entro un tempo determinato. *Iustum pretium* è il valore effettivo (di mercato) della *res* sino al momento della *aestimatio*. Il testo prospetta una sorta di vendita condizionata

all'inadempimento del debitore. Le parti potevano stabilire con un accordo (*lex commissoria*) che, resosi inadempiente il debitore, il creditore dovesse considerarsi alla stregua di un acquirente della *res* oggetto di garanzia. Alla base dell'accordo, la cui legittimità è riconosciuta da Settimio Severo e Caracalla, si coglie l'equilibrio tra interessi di debitore e creditore, bilanciati con il solo consenso.

In Marcian. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.9, it is described the case of the pledge or mortgage (by way of legal charge) of a thing and its following acquisition by the secured creditor in the event that the amount of money has not been paid by the debtor within a fixed term. Anyhow, the good has to be valued at the just price. *Iustum pretium* is the actual (market) value of the thing until the time of the *aestimatio*. In this way, the text delineates a sort of sale conditioned by the debtor's default. In fact, by way of an agreement (*lex commissoria*) the contracting parties could establish that, in the case of breach of contract by the promisor, the creditor should be considered as a purchaser of the *res* given under a collateral security. Hence, only through the consent of the contractual parties established in the agreement, which legality was recognized by Severus and Antoninus, it is caught the balance of both debtor and creditor interests.

AURELIO ARNESE

Professore Aggregato di Diritto Romano e Diritti dell'Antichità
Università degli Studi di Bari
E-mail: aurelioarnese@libero.it

