



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE ROMANISTICHE
(DIRITTO ROMANO E DIRITTI DELL'ANTICHITÀ)
XXIV CICLO-AREA CUN 12, IUS/18

*Il divieto del patto commissorio e
il patto Marciano nei rapporti assoluti di garanzia*

Tutor

Ch.mo Prof. C. Masì Doria

Coordinatore

Ch.mo Prof. G. Falcone

Candidata

Oriana Toro

2012-2013

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	3
---------------------	---

CAPITOLO PRIMO

I rapporti assoluti di garanzia tra autonomia negoziale e “tutela del contraente debole”

1. La <i>fiducia cum creditore</i> e la sua evoluzione strutturale: il <i>pactum commissorium</i> , il <i>pactum vendendi</i> e l' <i>impetratio fiduciae</i>	6
2. Il <i>pignus datum</i> ed il <i>pignus conventum</i> : dalla <i>iusta causa traditionis</i> al divieto del patto commissorio	29
3. L' <i>emptio in causam obligationis</i> e l'applicazione della <i>lex commissoria</i> in funzione di garanzia. L'importanza del giusto prezzo	49

CAPITOLO SECONDO

Il patto Marciano nella prospettiva della giurisprudenza severiana: un correttivo all'asperitas del patto commissorio?

1. La posizione della dottrina tradizionale	64
2. Ipotesi ricostruttive del patto Marciano	82
3. Le coordinate socio-culturali ed il ruolo della giurisprudenza severiana nella mitigazione della posizione del debitore	97

CAPITOLO TERZO

De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda. Per una rilettura di C. 8.34(35).3.

1. Il divieto del patto commissorio. Contesto storico e profili interpretativi	113
--	-----

2. Gli interventi normativi a tutela del contraente debole	130
3. L'interpretazione del divieto nel <i>Breviarium Alarici</i> e le testimonianze dell' <i>emptio in causam obligationis</i> nei documenti della prassi visigotica	140

<i>Fondamenti romanistici del diritto attuale. Proiezioni moderne</i>	151
---	-----

Conclusioni	166
-------------	-----

INDICI

<i>Fonti</i>	174
<i>Autori</i>	185
<i>Riferimenti Bibliografici</i>	192

Introduzione

L'attenzione per il patto Marciano e, conseguentemente, per la portata applicativa del divieto del patto commissorio, si contestualizza nel più vasto ambito investigativo delle garanzie reali e muove dall'impossibilità di ricondurre talune fattispecie, presenti in frammenti di età severiana, alla struttura del *pactum vendendi* e del *pactum commissorium pignoris*. Il riferimento è, in particolare, alle espressioni *creditor iure empti dominium retineat* [FV. 9 (Pap. 3 resp.)], *sub condicione emptio facta est* [D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.)], *(creditor) iure empti possideat rem* [D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.)] che, testimoniando l'attribuzione della garanzia al creditore *iure empti*, valgono a distinguere l'istituto di cui riferiscono sia dal patto commissorio (caratterizzato dalla *retentio iure domini* della garanzia) sia dal *pactum vendendi* (determinante, invece, una vendita all'asta del bene vincolato).

Nei frammenti in questione, Biscardi ha letto un *tertium genus* di garanzia reale: l'*emptio in causam obligationis* consistente in una vendita della *res* (al creditore) sospensivamente condizionata alla mancata restituzione del mutuo che, consentendo al debitore, attraverso l'esercizio dell'*actio venditi*, il recupero del prezzo residuo, sarebbe sfuggito al divieto del patto commissorio.

La sensazione, tuttavia, è che nemmeno l'*emptio in causam obligationis*, di per sé considerata, bastasse ad evitare il rischio di un ingiustificato arricchimento del creditore: essendo, infatti, il *convenire de pretio* rimesso, in età classica, alla libera determinazione delle parti, sufficiente sarebbe stato per i contraenti, almeno fino all'introduzione delle tariffe legali diocleziane, stabilire che, verificatasi la condizione di inadempimento, il bene vincolato in garanzia fosse venduto al creditore per un prezzo equivalente alla somma mutuata. L'inciso *rem iusto pretio tunc aestimandam*, presente in D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.) sembrerebbe, inoltre, rivelare la sostanziale diversità del frammento marciano non solo rispetto al *pactum commissorium* ed al *pactum vendendi*, ma anche con riguardo alle altre fonti testimonianti l'*emptio in causam obligationis*.

La diversità della convenzione in questione si sostanzia, principalmente, nel fatto che, in caso di inadempimento, il creditore avrebbe trattenuto la garanzia in qualità di compratore ed il prezzo della *merx*, sottratto alla libera determinazione delle parti, sarebbe stato fissato in base al valore di mercato del bene. Lo stesso Marciano, a tal proposito, commenta: *quodammodo condicionalis esse venditio*, quasi a voler precisare che quella particolare convenzione, introdotta da un rescritto degli imperatori Settimio Severo ed Antonino Caracalla (*et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt*) non era riconducibile tout court ad una vendita con funzione di garanzia.

Di qui l'attenzione per il contesto storico in cui il frammento marciano si inserisce e la sensazione che esso possa costituire un vero e proprio correttivo introdotto in età severiana e, quindi, già prima del divieto costantiniano, per mitigare i caratteri del patto commissorio e dell'*emptio in causam obligationis*.

Un primo ostacolo all'interpretazione proposta è stato rinvenuto nella generale convinzione che l'inciso (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam*, caratterizzante il patto Marciano rispetto all'*emptio in causam obligationis*, sia in realtà frutto di un'interpolazione postclassica.

La principale motivazione addotta dagli interpreti è stata che il tecnicismo linguistico dei giuristi classici non avrebbe mai consentito di accostare l'aggettivo *iustum* (ossia "conforme a diritto") al sostantivo *pretium* (riservato, fino all'introduzione delle tariffe legali, alla libera determinazione dei contraenti) tantomeno ad *aestimatio*.

Ciò non basta, tuttavia, ad escludere la classicità dell'espressione *rem tunc aestimandam*, anche perché il riferimento alla stima del bene compare nei *Digesta* in ben tredici frammenti attribuiti al giurista Elio Marciano [tra cui, in particolare, in D. 46.3.46.2 (Marc. 3 *reg.*) a proposito della *pluris aestimatio* di un fondo conferito in pagamento] senza considerare poi che D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) è inserito in un lungo commento dedicato alla clausola arbitraria della formula dell'*actio Serviana* i cui paragrafi [D. 20.1.16.3 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*), da confrontare con D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*), e D. 20.1.16.6. (Marc. *l.s. ad form. hyp.*)] evidenziano proprio il criterio di computo della *litis aestimatio* corrispondente, in età severiana, non al valore della garanzia, ma all'ammontare del debito rimasto insoluto.

L'attenzione dei Severi per la giustizia e l'equità, che si riscontra in numerosi provvedimenti del III secolo d.C. [tra cui D. 4.4.38 pr. (Paul. 1 *decr.*), D. 16.2.11 (Ulp. 32 *ad ed.*) e C. 8.33(34).1] ha, inoltre, acuito la sensazione che il patto Marciano, caratterizzato dalla preventiva stima del bene e dalla possibilità per il debitore di esercitare l'*actio venditi* per il recupero del valore eccedente il mutuo, sia stato anch'esso una misura posta a presidio dell'uguaglianza tra le parti, consistente in un correttivo apportato alla sperequazione del patto commissorio e delle *emptiones* in garanzia concluse per l'ammontare del prestito ricevuto.

Con particolare riguardo a D. 4.4.38 pr. (Paul. 1 *decr.*) colpisce poi che, ad opinione di Paolo, l'imperatore Settimio Severo concesse la *in integrum restitutio* in favore della pupilla Rutiliana *quia tamen lex commissoria displicebat ei*, appunto: "perché la *lex commissoria* non gli piaceva". Il commento del giurista spinge, quindi, ulteriormente a chiedersi se l'avversione dell'imperatore per il patto commissorio non avesse richiamato, anche in materia di *pignus*, un intervento volto a stemperare l'asprezza della convenzione (il riferimento è sia all'arbitrio del creditore nella scelta tra l'esercizio dell'*actio crediti* e del *ius retinendi* sia alla sproporzione che si

verificava trattenendo un bene di valore superiore al mutuo) consistente, magari, proprio in quel correttivo di cui parla Marciano nel suo commento: *iure empti possideat rem tunc aestimandam* [D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*)], diverso tanto dal patto commissorio quanto dall'*emptio in causam obligationis*.

Di conseguenza, la ricerca ha interessato anche la portata applicativa del divieto [CTh. 3.2.1 = C. 8.34(35).3] emanato da Costantino sotto forma di editto, tra il 320 ed il 326 d.C., che potrebbe aver coinvolto solo le convenzioni (fossero esse meri patti commissori o vendite condizionate della garanzia) che, non prevedendo la stima del giusto prezzo (propria del patto Marciano) provocavano sperequazione tra l'ammontare del mutuo ed il valore della cosa incamerata dal creditore. La riferibilità del divieto del patto commissorio anche all'*emptio in causam obligationis* (senza stima del prezzo) si evince, oltre che dalla genericità del titolo che accoglie la proibizione (*De commissoria rescindenda*, cfr. CTh. 3.2.1), anche dall'*interpretatio* visigotica della costituzione imperiale che definisce le *cautiones commissoriae* proprio in termini di "promesse di vendita della *res* pignorata, effettuate in favore del creditore, da un debitore oppresso".

In definitiva, dal divieto sarebbero state escluse le sole convenzioni commissorie e le vendite in garanzia rispettose del correttivo introdotto dal patto Marciano poiché l'intenzione dell'imperatore era quella di evitare la sperequazione tra le prestazioni e non la ritenzione della garanzia in pagamento. Questo spiegherebbe anche la sopravvivenza, nonostante la scure della proibizione costantiniana, dell'*impetratio dominii* e dell'*interdictum Salvianum*: istituti caratterizzati proprio dalla determinatezza del valore del bene attribuito al creditore in caso di inadempimento del debitore.

Le pagine che seguono tenteranno, quindi, di ricostruire il frammento marciano [D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*)] come un provvedimento classico, inserito nel più ampio contesto politico-legislativo del III secolo d.C., che anticipò il divieto costantiniano inteso - quest'ultimo - non come proibizione a carattere generale ma limitata alle sole ritenzioni della garanzia - *iure domini* o *iure empti* - determinanti sperequazione.

CAPITOLO PRIMO

I rapporti assoluti di garanzia tra autonomia negoziale e “tutela del contraente debole”

SOMMARIO: 1.1 *La fiducia cum creditore e la sua evoluzione strutturale: il pactum commissorium, il pactum vendendi e l'impetratio fiduciae.* 1.2 *Il pignus datum ed il pignus conventum: dalla iusta causa traditionis al divieto del patto commissorio.* 1.3 *L'emptio in causam obligationis e l'applicazione della lex commissoria in funzione di garanzia. L'importanza del giusto prezzo.*

1.1. *La fiducia cum creditore e la sua evoluzione strutturale: il pactum commissorium, il pactum vendendi e l'impetratio fiduciae.*

Sussiste un legame stretto, quanto articolato, tra l'etimologia di *mutuo*¹ e di *fiducia*² che si rinviene nella condivisione di un comune fondamento morale - giuridicamente non rilevante -

¹ *Mutuuum* significa, appunto, vicendevole, reciproco, ed implica la nozione di andare in aiuto di qualcuno. La dottrina romanistica è concorde nel sostenere che il mutuo, inteso quale contratto, sia nato come un rapporto meramente sociale, risalente all'età arcaica e predecemvirale, che si attuava nella vita di relazione di una società agricola in cui i singoli gruppi familiari, non più economicamente autosufficienti, furono costretti a ricorrere alla solidarietà. C. LONGO, *Il mutuo*, Milano 1933, 2; ID., *Il deposito*, Milano 1946, 8 e F. PASTORI, *Il comodato*, Milano 1954, 35, descrivono il suddetto contratto come un rapporto meramente sociale solo più tardi attratto nell'orbita del diritto; conformemente C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, 100 ss., secondo il quale, mutuo, comodato e deposito, essendo semplici patti, non ottennero inizialmente una protezione diretta, in quanto privi di efficacia obbligatoria. Solo successivamente cominciarono ad essere disciplinati giuridicamente come obbligazioni reali, cfr. per il mutuo, Gai 3.14 pr.: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione...unde etiam mutuuum appellatum sit quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat*; Gai 3.90; Epit. Gai 2.9.1; D. 44.7.1.2 (Gai. 2 *res cott.*); in argomento anche N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, 256; A. BURDESE, *Recensione a N. Bellocchi, La struttura della fiducia II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, in *Iura* 34/1983, 178; V. GIUFFRÈ, *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne*, Napoli 1989, 37, cfr. Gell. *Noct. Att.* 20.1.41; ID., *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli 1997, 14 s. Per la tutela del mutuante, M. KASER, *Mutuuum und stipulatio*, in *Eranion in honorem G.S. Maridakis I*, Athen 1963, 179, riconosce la possibilità di una protezione indiretta, attuata configurando un'appropriazione indebita in capo al mutuuario inadempiente che contrasta, tuttavia, col fatto che il mutuuario era comunque già proprietario del bene. Maggiormente ipotizzabile, quindi, nel caso di mancata restituzione, sarebbe stata la configurabilità di un illecito sacrale, data anche la stretta connessione tra religione e diritto.

² A. ERNOUT, A. MEILLET, s.v. «*Fiducia*», in *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine*⁴, Paris 1959, 233; A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1938, 493 s.; ID., *Thesaurus linguae Latinae VI*, Lipsiae 1912-1926, 691 ss.; S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana V*, Torino 1968, 946: “Stima, credito morale, pregio di cui gode una persona nei rapporti sociali, grazie alla sua lealtà, onestà e buona fede e che determinano o facilitano l'affidamento dei terzi, la loro ragionevole aspettativa che tale persona manterrà spontaneamente i suoi obblighi, impegni e promesse”. Da questo punto di vista, “pegno”, richiedendo invece la tangibilità della garanzia, si opporrebbe a “fiducia”: “Affinché tu mi creda ti lascerò in pegno...”, cfr. S. BATTAGLIA, s.v. «*Pegno*», in *Grande dizionario della lingua italiana*, XII, Torino 1984, 943, cfr. Liv. 7.24.4; 24.18.14; 29.1.17 che considera la *fides* come una garanzia per il pagamento dei debiti; A. TORRENT, *Moneda credito y derecho penal monetario en Roma (s. IV a.C. – VI d.C.)*, in *SDHI*. 73/2007, 111 ss.; F. DE IULIIS, ‘*Pignus appellatum a pugno*’. Una questione etimologica e di palingenesi decemvirale, in *Legal Roots* 2/2013, 245 ss.

posto alla base di entrambe le obbligazioni restitutorie: il *credere*³, ossia il confidare⁴ che ciascun contraente eseguirà l'adempimento promesso, conformemente ai dettami della *dea Fides*⁵ e del

³ N. TOMMASEO, s.v. «*Creditum*», in *Dizionario della lingua italiana* II, Torino 1924, 1815: “A volte la Fede significa il credito...”; A. PARIENTE, *Sobre la etimologia de credere*, in *SDHI*. 19/1953, 340; ERNOUT, MEILLET, s.v. «*Credere*», in *Dictionnaire étymologique* cit. 148: Buona reputazione, pubblica stima e fiducia che uno ispira di essere onesto e solvibile, sì che altri gli conferisca un bene contro una promessa di pagamento; dare a credito, ossia “sotto fede di prezzo”; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961, 146: “Credere o fiduciare le cose”; A. D’ORS, *Creditum*, in *AHDE*. 33/1963, 345; S. BATTAGLIA, s.v. «*Creditum*», in *Grande dizionario della lingua italiana* III, Torino 1964, 946; A. D’ORS., *De nuevo sobre creditum*, in *SDHI*. 41/1975, 205, secondo il quale l’etimologia di *credere* deriverebbe forse da un composto di *cernere* e *dare*, ‘*cret(o)dare*’, sarebbe, dunque, un ‘*certum dare*’, equivalendo a *fidem sequi* ed indicando la relazione col concetto di fede, intorno al quale girava il sistema giuridico del *ius gentium*; M. CORTELLAZZO, P. ZOLLI, s.v. «*Creditum*», in *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna 1979, 295; R. MARTINI, *Due testi per la storia del credere edittale*, in *Atti del II seminario romanistico Gardesano*, Milano 1980, 111 ss.; B. ALBANESE, *Rilievi minimi sul credere edittale*, in *Studi in onore di A. Biscardi* I, Milano 1982, 223 ss. Sul *credere* edittale, cfr. D. 12.1.4.1 (Ulp. 34 *ad ed.*), R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in *AUPA*. 32/1971, 376 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per una Palingenesi delle XII Tavole* I, Cagliari 1992, 398 s.: “la *fides* in un’età che non conosce forme evolute di mutuo risulta essere posta a fondamento e garanzia del credito il cui mancato rispetto comporta la sottoposizione alla *manus iniectio*”; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 767 ss.

⁴ A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Madrid 1991, 57; R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino 2004, 29; M. NASSER OLEA, *Asimilaciones a la compraventa en el Derecho Romano. (Distintas formas de la causa pro emptore)*, Santiago 2010, 136: “En la *fiducia cum creditore*, la parábola empeñada se traducía, correlativamente, en la buena voluntad de restituir...”.

⁵ Il riferimento è al culto della *dea Fides* che in origine reggeva la *civitas* creando un *vinculum fidei* tra i consociati basato, dapprima, su una concezione materiale (anche detta congetturale), poi sacrale (in quanto presupponente un giuramento) e, infine, morale (ovvero individuale). Dall’iniziale concezione di *fides*, intesa in termini di promessa, deriveranno poi, nell’evoluzione del pensiero giuridico, le formule processuali *ex fide bona* e la tutela contrattuale della *bona fides*. In argomento, per la concezione religiosa di *fides* (cfr. Cic. *de off.* 3.111: *fidem obligare*, Phil. 5.51: *fidem constringere*, *Pro Balb.* 12: *fidem vincere*, *Pro Font.* 30: *fidem obstringere*; Liv. 23.9.3: *fidem alligare*; Sen. *Troad.* v. 661), A. WALDE, J.B. HOFMANN, s.v. «*Fides*», in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, Heidelberg 1954, I, 128, 493; ERNOUT, MEILLET, s.v. «*Fides*», in *Dictionnaire étymologique* cit. 233: Questo antico vincolo, che si costituiva a Roma con il giuramento di tener fede agli obblighi assunti, era alla base di una serie di rapporti, esteriorizzati spesso con un rituale (cfr. Liv. 1.21.4: ...*significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacramat esse*) al quale le fonti (cfr. Cic. *de rep.* 4.7.7: *fides enim nomen ipsum mihi videtur habere cum fit quod dicitur*; Liv. 1.1.8: *dextra data fidem futurae amicitiae sanxisse*; Cic. *pro reg. Deiot.* 8: *per fidem...per dextram istam te oro, quam regi Deiotaro hospes hospiti poxerit*; Varr. *l.L.* 5.86) ricollegano un valore solenne, annoverando, appunto, la *fides* tra i principi regolatori dei negozi orali (Cic. *de off.* 1.23), nonché dei trattati internazionali: dai *foedera* (cfr. Polyb. 20.9-10; Liv. 37.49; 36.27-28) alla *deditio in fidem*. Al riguardo, B. PARADISI, s.v. «*Fiducia*», in *NNDI*. VII, Torino 1961, 294 ss., afferma che “quando Roma accoglieva sotto la sua *Fides* un popolo vinto, assumeva dei doveri. La violazione del vincolo, *fraus* (cfr. Cic. *de off.* 3.17.70) inteso quale tradimento della *civitas*, configurava un illecito sacrale punito con la nota censoria e determinava il venir meno della solidarietà tra gruppi, quindi la morte; inoltre la *fides* è posta a fondamento del contratto di *nexum* (cfr. Liv. 8.24): anche in questo troviamo valori religiosi in funzione giuridica. *Fides* è, dunque, una divinità che tutela la parola data e indica un patto che poggia sulla lealtà e sulla fedeltà. Il culto si dice istituito da Numa (cfr. Liv. 1.21; Dion. 2.72.2) e la sua tutela assume maggior rilievo nei rapporti internazionali e in quegli istituti del diritto privato nei quali una parte per il suo stato di inferiorità necessita dell’altrui protezione e si rimette all’altrui buon volere”. Per ciò che attiene all’evoluzione del concetto di *fides* e al cosiddetto legame tra “fenomenologia del promettere”, formule *ex fide bona* e tutela della buona fede, dalle origini alla formazione del diritto classico, LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»* cit. 4 ss.; G. DUMÉZIL, «*Credo et fides*», in *Idee romaines*, Paris 1969, 48-58; BELLOCCI, *La struttura della fiducia* II cit., 256; A. CARCATERRA, *Dea Fides e fides. Storia di una laicizzazione*, in *SDHI*. 50/1984, 199-234; DILIBERTO, *Materiali* cit. 398 ss.; ID., *Una palingenesi ‘aperta’*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (cur. M. Humbert), 235: lo studioso evidenzia come la *fides* fosse, anche nelle XII Tavole, il fondamento su cui si basavano i rapporti tra creditore e debitore (nella procedura esecutiva), i rapporti clientelari, quelli familiari e la disciplina della testimonianza; F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla Fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (cur. M. Lupoi), Torino 2005, 1 ss.; L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica* (cur. L. Peppe), Padova 2008, 184; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, 22 ss.; R. FERCIÀ, *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012, 510 ss.; P. LAMBRINI, *Recensione a R. Ferccià, Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012, in *Legal Roots*, 2/2013, 395 ss.

costume sociale⁶.

In questa prospettiva, il *creditum*⁷, inteso quale “affidamento”, induce, rispettivamente, il mutuante ed il fiduciante alla concessione del prestito ed al trasferimento della proprietà, poiché entrambe le parti, reciprocamente creditrici l’una dell’altra, confidano nell’indissolubilità della parola data⁸ e nel rispetto del vincolo morale assunto dinanzi alla dea.

La *fides*, quindi, alimenta il *creditum*, perché - a sua volta - favorisce quel legittimo affidamento che la controparte adempierà all’obbligazione assunta, consentendo la diffusione dei trasferimenti in proprietà sia delle *res* oggetto di mutuo sia di quelle oggetto di garanzia.

Le pagine che seguono tenteranno la ricostruzione dell’istituto fiduciario nella sua applicazione a scopo pignoratorio, analizzandone la struttura, le conseguenze dell’inadempimento e la natura dei patti aggiunti, e valutando - in riferimento a questi ultimi - la possibilità di una interpretazione alternativa, basata sulla considerazione della fattispecie come garanzia riconosciuta al debitore⁹, e non al creditore, per il recupero delle *res* trasferite in

⁶ B. ALBANESE, *L’amicizia nel diritto privato romano*, in *Jus* 14/1963, 135 s., secondo cui il valore del rapporto di amicizia, specie nell’età arcaica e preclassica, è fuori discussione. L’amicizia fonda un rapporto durevole di fedeltà, indirizzando i consociati ad agire in maniera solidale. In argomento, P. CERAMI, A. CORBINO, A. METRO, G. PURPURA, *Roma e il diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizione nel pensiero fondante dell’esperienza giuridica occidentale*, Napoli 2010, 179: “La lealtà, il rispetto per la parola data, la sicurezza che viene dal sapere che gli altri si comporteranno come è lecito attendersi devono caratterizzare il Romano in ogni circostanza e quando essi costituiscono perciò il contenuto di un suo specifico impegno (derivano cioè dalla *fides* contratta) lo espongono a conseguenze sfavorevoli varie che, nei casi più gravi, giungono alla sua esclusione dalla comunità (cd. *sacertas*)”. Sulla derivazione della clausola *ex fide bona* dal *vinculum* fiduciario (cfr. Cic. *de off.* 3.17.20: ... *ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*), in particolare: LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»* cit. 165 ss.; MASCHI, *La categoria* cit. 102; CARCATERRA, *Dea Fides e fides. Storia di una laicizzazione* cit. 235; CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho* cit. 57; CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema* cit. 136.

⁷ Nella nozione di *creditum* rientrava, secondo Celso qualunque affidamento di una cosa ad altri che fondasse una responsabilità per la restituzione, cfr. D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): ... *nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque verbum ut generale praetor elegit.* Al riguardo, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni II. Le garanzie reali*, Padova 1963, 91; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965, 438, nt. 5; B. ALBANESE, *Per la storia del «creditum»*, in *AUPA*. 32/1971, 5-179.

⁸ W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P.Koschaker II*, Weimar 1939, 1 ss.; M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS*. 59/1939, 68 ss.; ID., *Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in *ZSS*. 61/1941, 181; C. GIOFFREDI, *Ius, lex praetor (forme storiche e valori dommatici)*, in *SDHI*. 14/1948, 110; BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pegno*, Torino 1949, 19: “...*Fides* è anzitutto il vincolo della parola data, e se è vero che Fede ed Onestà sono tra loro così vicine che l’espressione buona fede assume anche il significato di onestà, sicché rispondere della buona fede implica non soltanto mantenere la parola data ma il tenere un contegno rispondente al costume della gente per bene, l’osservare il proprio impegno in relazione agli usi commerciali, il contenuto concreto della fedeltà siffattamente intesa non dev’essere certo rimasto immutato nei secoli, né ci deve quindi meravigliare che la fiducia, in epoca ancor rozza e primitiva, nella sua funzione pignoratoria risentisse della coscienza sociale del tempo”; LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»* cit. 130 s. e 142 ss.; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano* (trad. it. V. Arangio-Ruiz), Firenze 1949 (rist. 1995), 193 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani. ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea IV*, Padova 2003, 17 ss.; R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato III*, Napoli 2008, 237 ss.

⁹ Il riferimento è alla particolare struttura della *fiducia cum creditore*, costituita da una *mancipatio* cui accedeva un patto restitutorio. L’impossibilità di aggiungere ad un atto legittimo, quale la *mancipatio*, una clausola formulata alla stregua di una condizione mi induce a chiedermi se in realtà la garanzia del credito non fosse la *mancipatio* stessa,

proprietà o dell'*hyperocha*.

Nata¹⁰ da un adattamento¹¹ funzionale delle strutture negoziali più antiche, la *fiducia cum creditore*¹² consisteva nell'alienazione di un bene¹³, mobile o immobile, *mancipi* o *nec mancipi*,

rappresentando il *pactum adiectum* (relativo all'obbligo restitutorio) una garanzia introdotta a beneficio del debitore. C. LONGO, *Fiducia cum creditore*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 798; A. BISCARDI, *Lezioni ed esercitazioni romanistiche I. Prassi e teoria della lex commissoria* (cur. R. Martini e M. Testi), Siena 1959, 69 ss., a sostegno della struttura unitaria della *fiducia*, adduce proprio l'impossibilità di aggiungere patti alla *mancipatio*; P. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC Salisburgo 13-15 settembre 2001* (cur. L. Vacca), Torino 2003, 258: "la *fiducia cum creditore* assicurava maggiori vantaggi al creditore per il fatto di farlo divenire addirittura proprietario del bene concesso in garanzia". La vera garanzia per il creditore sembra quindi essere l'acquisto della proprietà costituendo l'obbligo di restituire, piuttosto, una limitazione della sua potestà a tutela del debitore.

¹⁰ Per quanto concerne la problematica datazione dell'istituto, la dottrina ritiene che esso si possa collocare in un arco temporale compreso tra il V ed il II secolo a.C. e, con maggiori probabilità, nella prima metà del periodo indicato. Sul punto, si rinvia allo studio di FREZZA, *Le garanzie* cit. 3-5; di MASCHI, *La categoria* cit. 229 ss.; nonché di BELLOCCI, *La struttura* cit. 226-231.

¹¹ In origine i Romani conoscevano poche strutture negoziali che adattavano per la realizzazione di scopi diversi; cfr. G. GROSSO, s.v. «*Fiducia (diritto romano)*», in *ED. XVII*, Milano 1968, 386 s. (ora in *Scritti storico giuridici III*, Torino 2001, 737): "In ogni ordinamento giuridico l'elemento fiduciario assolve, al di là del diritto, ad un vasto compito, e per altro verso, in questa sua funzione sociale, esso preme sullo sviluppo stesso del diritto, con l'introduzione di nuovi istituti"; LAMBRINI, *Lineamenti* cit. 257 ss.: "Attraverso la *fiducia* i romani riuscivano a soddisfare, malgrado la scarsità di forme negoziali a loro disposizione, le più svariate esigenze, superando la rigida tipicità di effetti, propria dell'ordinamento cui appartenevano. All'autonomia privata era dunque lasciato un ampio margine di libertà, già a partire da un'epoca piuttosto remota"; S. RICCOBONO, *Lecture londinesi (maggio 1924): Diritto romano e diritto moderno* (cur. G. Falcone), Torino 2004, 5 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano tra teoria e prassi*, Milano 2010, 243 ss.

¹² A. GUARINO, *Diritto* cit. 750 ss., ricomprende la *fiducia* tra le obbligazioni che si costituivano col trasferimento della *res* in proprietà, analogamente al mutuo. Sul suo apprezzamento quale contratto reale, la posizione degli studiosi è però controversa. Secondo alcuni, in particolare P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 74-75 e 121-122, nonché G. GROSSO, *Il sistema reale dei contratti*, Torino 1963, 114 ss. e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, 302, la categoria classica dei contratti reali comprendeva, infatti, solo il mutuo, cfr. Gai 3.90; secondo altri, invece, in essa rientravano anche il comodato, il deposito, il pegno e la *fiducia*, cfr. D. 44.7.1.2-6 (Gai. 2 *aur.*). La difformità del pensiero gaiano (nelle *res cottidianae* e nelle Istituzioni, dove riconosce quale contratto reale solo il mutuo) induce a sostenere che il giurista avesse successivamente accolto una nozione più ampia di obbligazione reale, comprensiva, non solo delle fattispecie in cui la *res* veniva trasferita in proprietà, ma anche di quelle in cui la proprietà rimaneva al *dans*. Ad opinione di ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 302, la *fiducia* era considerata, più che altro, un *pactum*. Per B. BIONDI, *contratto e stipulatio*, Milano 1953, 80-81, la *fiducia* non era un contratto reale poiché l'obbligazione non nasceva dal trasferimento della *res* ma dal *pactum fiduciae* e, inoltre, essa non importava sempre l'obbligo di restituire. Ancora per FREZZA, *Le garanzie* cit. 93, "in nessun momento dell'evoluzione dei contratti reali, la *fiducia* poteva venir considerata analoga alle fattispecie contrattuali comprese nella categoria dei contratti reali". BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit. 88 e 220, sostiene che la *fiducia* non era un contratto ma un patto cui era annesso un atto formale di trasferimento della proprietà; sul punto, cfr. D. 44.4.4.8 (Ulp. 76 *ad ed.*) in cui l'opinione di Nerva e di Atilicino, che in materia di *fiducia cum creditore* ammettono l'esercizio di un'*exceptio pacti conventi*, lascia appunto intendere che la *fiducia* non fosse un contratto.

¹³ Per le caratteristiche delle *res* che potevano essere oggetto di *fiducia*: BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, cit. 45; FREZZA, *Le garanzie* cit. 91 ss., cfr. Gai 2.25, che parla solo di *mancipatio* e quindi solo di *res mancipi*, ma D. 33.10.9.2 (Pap. 7 *resp.*) e D. 44.4.4.8 (Ulp. 76 *ad ed.*) menzionano anche la *in iure cessio*, utile anche al trasferimento delle *res nec mancipi*; conformemente, BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit. 88. Per LONGO, *Fiducia* cit. 780, doveva trattarsi solo di *res* infungibili (perché il *pactum fiduciae* implicava la restituzione dell'*eadem species* e perché quelle fungibili determinavano un acquisto definitivo non assoggettabile a *fiducia*) e di *res* che potevano essere oggetto di *dominium ex iure Quiritium* e che non fossero già in proprietà del fiduciario D. 50.17.45 (Ulp. 13 *ad ed.*); la *res* poteva anche non essere di proprietà del fiduciante D. 13.7.22.2 (Ulp. 30 *ad ed.*); poteva essere anche una *res* comune D. 10.3.13 (Ulp. 75 *ad ed.*), e in tal caso veniva trasferita limitatamente alla quota spettante al debitore. In realtà Gaio (Gai 2.59) parla indistintamente di *res* ed anche Isidoro di Siviglia (*Etym.* 5.25.23), nell'ambito di una trattazione storica sulla *fiducia*, non specifica se si trattasse di *res mancipi* o *nec mancipi*; tuttavia, due testi di Papiniano, cfr. D. 33.10.9.2 (Pap. 7 *resp.*) e D. 39.6.42 pr. (Pap. 13 *resp.*), contengono la precisa testimonianza di

che il fiduciante, ossia il debitore, effettuava, a mezzo di una *mancipatio* o di una *in iure cessio*¹⁴, in favore del creditore.

Si trattava, quindi, di un rapporto accessorio¹⁵ occasionato dalla concessione di un mutuo¹⁶, la cui restituzione era garantita trasferendo in proprietà al creditore una *res* del debitore con l'intesa fiduciaria di remanciparla¹⁷ in seguito all'adempimento dell'obbligazione principale.

La scarsità delle fonti dirette¹⁸ e la frammentarietà dei documenti¹⁹ pervenuti, unitamente all'assenza del termine *fiducia* nella Compilazione giustiniana²⁰, non hanno

alienazioni fiduciarie di *res nec Mancipi*. In conclusione, si è ipotizzato che in origine essa avesse ad oggetto solo *res Mancipi* ma che successivamente l'istituto si prestò anche al trasferimento di *res nec Mancipi*: v. BISCARDI, *Appunti* cit. 46.

¹⁴ Sulla difficoltà di utilizzare la *in iure cessio*, Gai 2.25. FREZZA, *Le garanzie* cit. 7-8, che ricorda come i documenti relativi alla *fiducia* conservati epigraficamente (*FIRA*. III, 292 ss. e 296-297) testimoniano soltanto *mancipationes sestertio nummo uno*: ossia senza corrispettivo in denaro. “Che il ricordo della somma di denaro a garanzia della quale veniva trasferita la cosa non potesse trovar luogo nel formulario dell'atto di trasferimento (il riferimento è al mutuo e alla difficoltà di menzionare il rapporto principale nella *in iure cessio* istitutiva della garanzia) è provato dal fatto che, mentre le formalità della *mancipatio* potrebbero lasciare dei dubbi, non è possibile inserire il ricordo della somma di denaro nella formalità della *in iure cessio*, né le parole *fidi fiduciae* potevano per la stessa ragione trovar posto nell'atto di trasferimento”. Conformemente anche LONGO, *Fiducia* cit. 24 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia in römischen Recht*, Weimar 1940, 105 ss. In senso contrario, P. OERTMANN, *Die Fiduzia in römischen Privatrecht*, Berlin 1890, 80 ss.

¹⁵ Circa il connotato accessorio dei rapporti di garanzia, interessanti le considerazioni in merito alla validità/invalidità della *fiducia*, e quindi dell'acquisto in proprietà del creditore, nel caso in cui l'obbligazione principale fosse risultata invalida o inesistente: cfr. BISCARDI, *Appunti* cit. 61 s.

¹⁶ Sul punto FREZZA, *Le garanzie* cit. 91 che, in riferimento alla natura del credito garantito, cita il denaro, le cose fungibili in genere, nonché i crediti futuri ma individuati poiché non era possibile effettuare la *fiducia* a garanzia di crediti in bianco (*Form. Baet.* 7-10). Il divenire attuale del credito è, quindi, condizione per la valida costituzione della *fiducia*, D.13.7.11.2 (Ulp. 28 *ad ed.*).

¹⁷ Nel caso in cui il debitore soddisfacesse il creditore, o venisse comunque meno il diritto di garanzia, il fiduciario era tenuto a ritrasferire la proprietà del bene. Inizialmente l'adempimento del patto era affidato alle norme del costume e soprattutto alla *Fides* dell'accipiente. Sul punto, LAMBRINI, *Lineamenti* cit. 268. Il fiduciante aveva comunque la possibilità di recuperare la proprietà tramite *usureceptio*: F. WUBBE, *Usureceptio und relatives Eigentum*, in *T.* 28/1960, 13 ss.; S. ROMEO, ‘*Fiducia auctionibus vendunda*’ nelle *tabelle pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle ‘testationes’ nelle ‘auctiones’ puteolane (51-61 d.C.)*, in *Polis* 2/2006, 217 s.; GUARINO, *Diritto* cit. 751. Di detta usucapione anomala, che consentiva l'acquisto della proprietà di un bene che si sapeva essere altrui, dà notizia Gaio (2.59) nelle Istituzioni, subordinandola al pagamento del debito. Alternativa all'*usureceptio* era l'esercizio di una *condictio* extracontrattuale contro il creditore che, a seguito dell'estinzione del debito, tratteneva la *res sine causa*, cfr. D. 12.1.4.1 (Ulp. 34 *ad Sab.*). Sul punto, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano II*, Milano 1947 (rist. del 1928, cur. L. Capogrossi Colognesi), 249: “Finchè durò il sistema procedurale per *legis actiones*, la *fiducia* fu sempre un dare per riavere e la sola azione che competeva al fiduciante era un'*actio* in ripetizione, ossia in funzione di *condictio* perché gli fosse restituita la cosa”.

¹⁸ *Cic. de off.* 3.15.61 e 3.17.70; *ad fam.* 7.12; *Top.* 17.66, per quanto riguarda un frammento della formula *in factum: ut inter bonos bene agier oportet*; Gai 2.60; 2.220 (D. 10.2.28) e 3.201 a proposito dell'*usureceptio*, del *legatum per praeceptionem* e dell'*usucapio pro herede*; PS. 2.13 a proposito dei miglioramenti apportati alla *res fiduciata*; Coll. 10.2.2 a proposito di un *iudicium fiduciae* (Boeth. *ad Cic. Top.* 10: *fiduciam accepit, cuicumque res aliqua Mancipatur, ut eam Mancipanti remancipet*; Isid. *Etym.* 5.25.23: *fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel Mancipatur vel in iure ceditur* (questa è la *fiducia* che Gai 2.60 chiama *cum creditore* come costituita *pignoris iure* e che distingue dall'altra contratta *cum amico*).

¹⁹ La *mancipatio Pompeiana*, la *formula Baetica* (*FIRA*. III, 91 e 92); *THerc.* 65 (su cui v. G. PUGLIESE CARRATELLI, V. ARANGIO-RUIZ, *Tabulae Herculanenses IV*, in *PP.* 9/1954, 64; P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herculanensischen Urkundenfunden*, Berlin 1997, 142); *TPSulp.* 85-87 e 90-93 (G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, Roma 1999, 190 ss.); L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di fiducia cum creditore: i documenti della prassi*, in *Labeo* 46/2000, 451 ss.

²⁰ L'istituto era decaduto in età tardoantica in conseguenza della scomparsa delle forme necessarie per porlo in essere e dell'introduzione del divieto del patto commissorio anche se di esso vi è ancora menzione in fonti tarde. A partire dagli

consentito di ricostruire l'intera disciplina dell'istituto, il cui sviluppo storico è dominato da una notevole incertezza che si è tradotta, in dottrina, nell'elaborazione delle più svariate ipotesi circa l'origine²¹, la struttura e gli effetti prodotti dalla fattispecie.

Uno degli aspetti maggiormente dibattuti è rappresentato proprio dalla struttura dell'istituto che l'opinione dominante²² descrive come un negozio "a formazione complessa" costituito, cioè, da un atto ad effetti reali - *mancipatio* o *in iure cessio* - e da un *pactum* a forma

studi palinogenetici di O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*. § 1: Zur 'actio fiduciae', in ZSS. 3/1882, 104 ss., è stato possibile, tuttavia, isolare con un buon grado di certezza, un certo numero di passi contenuti nel Digesto riferibili alla fiducia, sebbene collocati in una rubrica dedicata al pegno. A detta determinazione lo studioso (O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig 1927, 288 ss.) è pervenuto analizzando la sistematica delle opere classiche, in riferimento alle *inscriptiones* contenute nel Digesto, e constatando che la materia pignorizia era stata raccolta dai compilatori per ben due volte e, per giunta, in libri diversi e non contigui (Gai. 9 e 10 *ad ed.*; Iul. 11 e 13 *dig.*; Ulp. 28 e 30 *ad ed.*; Paul. 29 e 31 *ad ed.*; Pomp. 35 *ad Sab.*; Cels. 7 *dig.*; Scaev. 6 *dig.*). Di qui l'ipotesi che l'inserimento dei due gruppi di testi sotto la rubrica dedicata al pegno fosse stata opera dei giustiniani e che l'editto del pretore, in origine, avesse regolato il pegno sotto la rubrica *de rebus creditis*, accanto al comodato, e la *fiducia*, trattando *de bonae fidei iudiciis*, insieme al deposito. M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli 1982, 109 ss. e 231, ha ipotizzato che l'identità di funzione sottesa alla *fiducia cum creditore* e al pegno avesse potuto indurre i compilatori a raggruppare i testi contenenti la disciplina valevole per entrambe le forme di garanzia e che, quindi, anche le fonti espressamente dedicate al pegno possono essere utilizzate per una migliore comprensione della *fiducia*. La mancata recezione ad opera dei compilatori giustiniani ha, altresì, impedito la rielaborazione e la riflessione dei medievalisti, sebbene siano continuate ad esistere, nella pratica, fattispecie identificate con il *nomen iuris* di *fiducia*. È il caso, ad esempio, del diritto longobardo che riferiva l'appellativo ad un negozio molto più simile al pegno: cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*² IV, Torino 1893, 515; A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*³, Milano 1930, 381; A. CAMPITELLI, s.v. «Pegno (dir. interm.)», in *ED. XXXII*, Milano 1982, 675 ss.; G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, Torino 1992, 86 s.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»*, Bâle-Genève-Munich 2000, 274. Un altro esempio è dato delle alienazioni a scopo di garanzia; in esse, la cosa era alienata per assicurare la restituzione di una somma che non era propriamente dovuta, non era oggetto di un'obbligazione, ma si configurava come prezzo dell'alienazione stessa, da restituirsi a titolo di riscatto. A tal riguardo v. G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*⁸, Torino 1921, 608; SOLMI, *Storia cit.* 380; G. DIURNI, s.v. «Fiducia e negozio fiduciario» (*storia*), in *Dig.disc.priv. sez.civ.*, VIII, Torino 1992, 293. In riferimento alle alienazioni con funzione di garanzia, *infra*, cap. I, § 3, ammettendo che la vera garanzia fiduciaria era costituita da una *mancipatio* pura e semplice (poiché il patto fiduciario rappresentava, più che altro, una garanzia per il debitore), si potrebbe dire che l'*emptio in causam obligationis* fosse l'evoluzione storica della *mancipatio* stessa poiché diffusa in un'epoca in cui quest'ultima non si utilizzava più, tenendo presente però che essa realizzava effetti obbligatori, e non reali, e che consentiva il recupero della differenza di prezzo (stima del giusto prezzo). A quanto pare però, anche la *mancipatio* fiduciaria permetteva di recuperare la differenza, indipendentemente da una specifica pattuizione, poiché le parti agivano secondo buona fede, cfr. LAMBRINI, *Lineamenti cit.* 261.

²¹ Parte della dottrina ha sostenuto che essa si fosse affermata successivamente al pegno; in particolare, N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899, 67 ss., facendo leva, soprattutto, sulla maggiore complessità della *fiducia* rispetto al pegno e E. COSTA, *Storia del diritto romano privato. Dalle origini alle compilazioni giustiniane*², Torino-Roma 1925, 275 ss. Di opinione contraria, A. ASCOLI, *L'origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano. Studio storico-esegetico di diritto romano*, Livorno 1887, 1 ss. e FREZZA, *Le garanzie cit.* 3 ss., ad opinione del quale l'antichità dell'istituto sarebbe documentato non solo dall'arcaismo delle parole della *formula fiduciaria: ut inter bonos bene agier = agi* (Cic. *de off.* 3.15.61 e 17.70; *ad fam.* 7.12; *Top.* 17.66), confrontabile con la forma *testarier = testari* di un frammento delle XII Tavole (8.10), ma anche dalla primitività della struttura del negozio e dalla sproporzione fra l'intento voluto dalle parti e l'effetto tipico della forma giuridica scelta, ossia il trasferimento definitivo della proprietà sopra la cosa data a *fiducia*. Nel proporre una datazione ipoteticamente compresa tra il V e il II a.C., l'autore precisa infine la maggiore probabilità della comparsa dell'istituto nella prima metà di questo arco temporale.

²² A.v. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I*, Erlangen 1876, 291 s.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, 552; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano 1933, 42 ss.; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du preteur*, Paris 1958, 101 ss.; FREZZA, *Le garanzie cit.* 9; C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura* 21/1970, 67; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Milano 1990, 552; GUARINO, *Diritto cit.* 859 s.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit.* 302.

libera, dal quale nascerebbe l'obbligazione di restituire. Si tratterebbe, quindi, di due momenti: l'uno dispositivo e l'altro obbligatorio, contestuali e teleologicamente collegati, e l'identità dell'oggetto e della funzione consentirebbe al patto di definire lo scopo del negozio di trasferimento della proprietà.

In particolare, Erbe²³, facendo leva sulla presunta separazione tra effetti puramente reali dell'alienazione²⁴ ed effetti obbligatori della convenzione ad essa annessa²⁵, ha considerato l'istituto, in quanto caratterizzato da un obbligo alla restituzione, come una limitazione dei poteri spettanti al fiduciario in qualità di *dominus* che, per effetto del patto, rimaneva responsabile nei confronti del debitore fino alla scadenza del mutuo ed al pagamento del credito garantito. La fonte dell'obbligazione, ad opinione dello studioso, era rappresentata, quindi, dall'alienazione *fiduciae causa* della quale il patto serviva a designare lo scopo.

Per Ferrara²⁶, invece, la complessità della forma discendeva dall'unione di due atti, di indole ed effetti differenti, quali: il negozio di trasferimento della proprietà, che sussisteva puro ed incondizionato, ed il negozio obbligatorio che, limitando l'esercizio del diritto acquisito dal fiduciario²⁷ come *dominus*, riconosceva un credito²⁸ in favore del fiduciante. Il creditore, dunque, pur diventando proprietario, poteva usare del bene vincolato solo ai fini della garanzia in quanto, soddisfatto il credito, il diritto dominicale veniva ritrasmesso all'alienante.

Diverso orientamento esprime poi chi²⁹, ricostruendo la fattispecie come un negozio unitario, attribuisce all'alienazione *fiduciae causa* la produzione sia dell'effetto reale sia di quello obbligatorio.

In questi termini, l'obbligazione restitutoria nascerebbe dallo stesso atto di trasferimento della proprietà, *mancipatio* o *in iure cessio*³⁰, ed il patto servirebbe soltanto a definirne le

²³ ERBE, *Die Fiduzia* cit. 105 ss., su cui v. la recensione di G. GROSSO, in *SDHI*. 7/1941, 427; J. BELDA MARCADO, *La 'mancipatio fiduciae causa' como garantía crediticia*, in *Revista General de Derecho Romano*, 9/2007, 1 ss.

²⁴ Trasferimento della proprietà quiritaria a mezzo di *mancipatio* o *in iure cessio*.

²⁵ Obbligo condizionato di restituire la cosa 'fiduciata', ossia diritto condizionato di riscatto.

²⁶ F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja II*, Milano 1905, 749 ss.

²⁷ Che può solo ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo.

²⁸ Risarcimento del danno subito in caso di violazione.

²⁹ OERTMANN, *Die Fiduzia* cit. 93; G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di manumissio*, in *RISG*. 4/1929, 251 ss.; ID., *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, 114 ss.; ID., s.v. «Fiducia» cit. 387; A. BURDESE, *La menzione degli eredi nella fiducia cum creditore*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 331; ID., *Lex commissoria* cit. 9; ID., s.v. «Fiducia» (*diritto romano*), in *NNDI*. VII, Torino 1961, 295; BISCARDI, *Appunti* cit. 43; P. FUENTESECA, *Líneas generales de la fiducia cum creditore*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, Madrid 1994, 392; DUNAND, *Le transfert* cit. 90 ss.

³⁰ Il patto, sebbene separato, poteva essere richiamato nella *mancipatio* mediante una specifica espressione, come *fidi fiduciae causa* che si ritrova nella *formula Baetica*. In passato si pensava addirittura ad una *nuncupatio* o ad una *lex dicta ma contra* N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana I. Le nuncupationes* cit., 125 ss.; S. DI SALVO, «Nuncupare», (rec. a N. Bellocci, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana I. Le nuncupationes*, Napoli 1979), in *Index* 12/1983-84, 570 ss.; S. RANDAZZO, *Leges mancipi. Contributo allo studio*

modalità.

L'unico punto non controverso, in tema di struttura della *fiducia cum creditore*, appare l'impossibilità di utilizzare la *traditio*.

Essendo, infatti, *mancipatio* e *in iure cessio* negozi astratti e formali, nel momento in cui veniva posto in essere l'atto, non occorre indagare la causa dello spostamento patrimoniale, bastando il rispetto ossequioso del rituale prescritto³¹; la funzione di garanzia, pertanto, pur comportando una tendenziale temporaneità del trasferimento in proprietà³², non travolgeva la bontà dell'alienazione. Rispetto alla *traditio*³³, invece, in quanto atto non formale, necessario sarebbe stato l'accertamento della causa del negozio traslativo che, solo se *iusta*³⁴, consentiva l'acquisto del *dominium*, con conseguente esclusione della funzione fiduciaria (di garanzia) di per sé inidonea al trasferimento della proprietà³⁵.

Il secondo elemento da analizzare in riferimento alla struttura della fattispecie è il *pactum fiduciae*, di cui è data attestazione nella *mancipatio Pompeiana*³⁶ :

FIRA. III, 91, 3.1-4 Pactum conventum. Quae mancipia hodie mihi vendidisti, ita tibi heredive tuo restituentur, ut antea pecunia, quam mutuam pro duobus mancipiis tibi hodie dedi, omnis mihi heredive meo solvatur...

dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione, Milano 1998, 157 s.; F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, 163 ss.

³¹ LAMBRINI, *Lineamenti* cit. 264.

³² FREZZA, *Le garanzie* cit. 10: "Proprio il carattere formale ed astratto della *mancipatio* e della *in iure cessio* consente di connettere questi atti con un patto che rivela una intenzione contraddittoria con l'effetto di trasferimento definitivo ed irreversibile della proprietà".

³³ E. BETTI, *Sul carattere causale della traditio classica (a proposito di studi recenti)*, in *Studi in onore di S. Riccobono* IV, Palermo 1936, 113 ss.; M. KASER, *Zur iusta causa traditionis*, in *BIDR.* 64/1961, 61 ss.; C.A. CANNATA, *Traditio causale e traditio astratta: una precisazione storico-comparatistica*, in *Scritti in onore di R. Sacco* I, Milano 1994, 157 s.

³⁴ Poiché la causa di garanzia non rientrava tra le *iustae causae traditionis* si ritiene non fosse idonea a realizzare la *fiducia cum creditore* potendo dar luogo solo ad un pegno. Erano *iustae causae traditionis*, la *causa solvendi* (se la consegna di *res nec mancipi* era effettuata per estinguere un'obbligazione), la *causa credendi* (se la consegna era relativa a denaro o ad altre cose fungibili allo scopo di fare un *mutuum*), la *causa dotis* (se la consegna era effettuata al fine di *datio dotis*) e la *causa donationis* (se la consegna era effettuata a scopo dell'arricchimento della controparte). Non erano, invece *iustae causae traditionis*, e pertanto non comportavano il trasferimento del *dominium*, la donazione ad un coniuge (vietata dal più antico costume), il deposito ed il comodato (negozi traslativi della sola *detentio*), il *pignus* e il *depositum in sequestrem* (negozi costitutivi solo di *possessio ad interdicta*) ed altre: v. GUARINO, *Diritto* cit. 656 s.; G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova 1938, 37, nt. 2: "Né la garanzia di un credito o la custodia o l'amministrazione della cosa, né l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta, esigono necessariamente il trasferimento del *dominium*".

³⁵ Sul punto, in questo stesso paragrafo, *Infra*.

³⁶ *FIRA. III, 91, 3.1-4*.

e nella *formula Baetica*³⁷:

FIRA. III, 92, 1.5 Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi servum et L. Baianium, uti quam pecuniam L. Titius L. Baiano dedit dederit, credidit crediderit, expensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, spondit sponderit, fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset.

In entrambi i documenti, *mancipatio* e *pactum fiduciae* figurano come elementi distinti. Nella prima attestazione, infatti, il patto specifica che la *mancipatio* è stata conclusa a garanzia di un mutuo, convenendosi, in caso di adempimento dell'obbligazione principale, la restituzione di quanto trasferito.

Anche la convenzione fiduciaria pervenutaci attraverso il secondo documento precisa che il vincolo di garanzia sulla cosa durerà fino al momento in cui il debito sarà pagato, o in altro modo estinto.

La dottrina si è a lungo interrogata sulle modalità con cui il patto doveva essere richiamato nella *mancipatio* e, quindi, sull'eventuale necessità di trasfondere integralmente la convenzione o di riportarne la sola clausola *fidi fiduciae causa*³⁸.

Prendendo in considerazione la norma delle XII Tavole:

*Tab. 6.1 Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*³⁹,

potrebbe desumersi che il patto, per avere efficacia, dovesse necessariamente essere contestuale⁴⁰ alla *mancipatio*.

Anche in riferimento agli effetti discendenti dalla *fiducia cum creditore*, numerose sono le ricostruzioni dottrinali che si richiamano principalmente a due indirizzi.

³⁷ Si tratta, non già di un negozio concreto ma, di un formulario di vendita destinato ad essere adattato, caso per caso, alle variabili fattispecie, in *FIRA. III, 92, 1-5 ss.*

³⁸ V. al riguardo BISCARDI, *Appunti* cit. 41-45.

³⁹ *Tab. 6.1.* Per la contestualizzazione Paligenetica di *Tab. 6.1, D. FLACH, Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, in Zusammenarbeit mit. S. von der Lahr, Darmstadt 1994, 144 ss. In particolare, sulla funzione della *mancipatio*, idonea a realizzare sia un mutuo sia una vendita, M.H. CRAWFORD, *Pecunia in the Twelve Tables*, in AA. VV., *Essays in honour of Robert Carson and Kenneth Jenkis*, edd. M. PRICE - A. BURNETT - R. BLAND, London 1993, 144 e, sui dubbi relativi alla sequenza *nexum (faciet) mancipiumque?* e sul rapporto tra forma negoziale e funzione (con riferimento alle *nuncupationes* o *leges in mancipio dictae*), M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole e i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (cur. M. Humbert), Pavia 2005, 372-374.

⁴⁰ Conformemente, BISCARDI, *Appunti* cit. 45.

Parte⁴¹ della romanistica ha sostenuto, infatti, che il creditore fiduciario, almeno nei tempi più antichi, non potesse soddisfarsi direttamente sulla cosa e non si liberasse mai dal suo obbligo di restituzione e che, proprio al fine di esentarlo da detta responsabilità⁴², in presenza di determinate circostanze⁴³, furono introdotti il *pactum vendendi*⁴⁴ ed il patto commissorio.

Altra parte⁴⁵, invece, ha considerato maggiormente verosimile che il creditore divenisse definitivamente proprietario del bene già dal momento della *mancipatio* o della *in iure cessio* fiduciaria poiché la *res*, come il debitore nella più antica forma del *nexum*, veniva consegnata al creditore e poteva essere riscattata pagando il debito (che vero e proprio debito ancora non era⁴⁶). Secondo tale ricostruzione non era, quindi, necessaria la previsione di appositi patti perché, in caso di adempimento, il creditore, in qualità di *dominus*, poteva liberamente tenere la cosa o venderla senza incorrere in responsabilità, in quanto dette facoltà inerivano già al suo diritto di proprietà. La *lex commissoria* ed il *pactum vendendi* sarebbero, dunque, sorti in relazione al pegno⁴⁷, per essere estesi successivamente alla fiducia.

Biscardi⁴⁸, in particolare, nega la sola configurabilità della *lex commissoria*, considerando, invece, il *pactum vendendi* una convenzione successivamente aggiunta al negozio fiduciario, non per autorizzare il creditore al compimento di un atto che era già in potere del proprietario porre in essere, ma per disciplinare semplicemente le modalità della vendita.

Veniamo ora all'analisi delle singole convenzioni e alla verifica della loro tenuta rispetto ad un atto legittimo, che non ammetteva l'apposizione né di condizioni né di termini⁴⁹, quale, appunto, il negozio solenne e formale della *mancipatio*.

Il patto commissorio⁵⁰, sintetizzato dalla clausola *si soluta ad diem pecunia non sit*⁵¹,

⁴¹ H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* I, Leipzig 1860, 19; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* III, Halle 1882, 139, nt. 3; GROSSO, *Sulla fiducia* cit. 269 ss.; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni* II. *Le garanzie reali*, Torino 1935, 48 s.; BURDESE, *Lex commissoria* cit. 9

⁴² In questi termini, lo sviluppo storico avrebbe accresciuto, e non diminuito, le facoltà del fiduciario. Sul punto, LAMBRINI, *Lineamenti* cit. 267.

⁴³ Appunto l'inadempimento del debitore fiduciante.

⁴⁴ *Mancipatio pompeiana* in *FIRA*. III, 91, 3.5-10; *Formula Baetica* in *FIRA*. III, 92, 11-18.

⁴⁵ LONGO, *Corso* cit. 84 ss.; *Fiducia* cit. 806 ss.; V. DEVILLA, *L'ius distrahendi nella fiducia e nel pegno*, in *Studi sassaresi* 15/1938, 48 ss.; A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali* in *Studi Betti* II, Milano 1962, 586 ss.; ID., *Appunti* cit. 63; TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 478; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 236 ss.; BURDESE, *Lex commissoria* cit. 10 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli 2000, 39 ss.

⁴⁶ Per W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*. 90/1973, 150 ss., si trattava, dunque, di un "Ersatzpfand" e non di un "Sicherungspfand".

⁴⁷ F. SAMPER, *Derecho romano*², Santiago 1991, 372

⁴⁸ BISCARDI, *Appunti* cit. 62-87.

⁴⁹ D. 50.17.77 (Pap. 28 quaest.).

⁵⁰ Nel *Corpus iuris civilis* non sono presenti riferimenti al *pactum commissorium*. L'unico accenno alla *lex commissoria* fiduciaria compare in Cic. *pro Flacc.* 21.51, a proposito di un istituto greco e nella rubrica delle PS. 2.13 (*de lege commissoria*). In argomento, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 11 ss.

viene ricostruito dalla dottrina⁵² come un meccanismo di adattamento funzionale del negozio fiduciario, determinante la subordinazione dell'obbligo restitutorio della *res* (assunto col *pactum fiduciae*) all'adempimento della prestazione principale gravante in capo al debitore.

Il patto viene quindi, interpretato, in questo senso, come una condizione risolutiva dell'obbligazione fiduciaria del creditore, idonea a realizzare la sua soddisfazione diretta⁵³ sulla *res* del debitore.

In realtà, la compilazione giustiniana non reca tracce dirette di detta pattuizione nell'ambito delle garanzie reali⁵⁴, non soltanto perché nel mondo bizantino l'istituto fiduciario era ormai desueto⁵⁵ ma, soprattutto, per la stringente vigenza del divieto del patto commissorio pignoratorio sancito da Costantino⁵⁶.

Un accenno alla clausola commissoria annessa alla *fiducia* è contenuto, tuttavia, nelle *Pauli Sententiae*⁵⁷, nell'ambito di una sintetica trattazione inerente alla *fiducia cum creditore*, a partire dalla quale Burdese⁵⁸ ha sostenuto la stretta connessione, sussistente ancora in epoca avanzata, tra patto commissorio e negozio fiduciario pignoratorio⁵⁹.

Interessanti, al riguardo, appaiono anche due passi dei *Digesta*⁶⁰, riferiti a Pomponio e ad Ulpiano che, sebbene siano pertinenti alla *lex commissoria* annessa alla compravendita, si reputa⁶¹ concernessero, nell'originale classico, una trattazione sulla *fiducia*⁶²:

D.18.3.2 (Pomp. 35 *ad Sab.*) *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*

⁵¹ In realtà, D. 18.3.2 (Pomp. 35 *ad Sab.*) riferisce della *lex commissoria* della compravendita che la dottrina ipotizza fosse identica anche nella *fiducia* e nel pegno. Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 20.

⁵² BURDESE, *Lex commissoria* cit. 10 ss. Diversa la ricostruzione di BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 586 ss., che nega la configurabilità del patto commissorio nella *fiducia cum creditore*.

⁵³ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 20.

⁵⁴ J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano. De lege commissoria*, in *Mnemosyne* 32/1904, 85; ID., *Quibus modis in ius pignoris succedatur*, in *Mnemosyne*, 38/1910, 245, vede in D. 32.101 pr. (Cic. *pro Flac.* 21.51), in riferimento ad un istituto di diritto greco, un esempio di *lex commissoria fiduciaria*. Di opinione contraria, ERBE, *Die Fiduzia* cit. 10, nt. 4.

⁵⁵ Sulla scomparsa della *fiducia*, ERBE, *Die Fiduzia* cit. 204 ss. Nel mondo occidentale, invece, permangono tracce della *fiducia* fino al medioevo, sul punto, GROSSO, *Sulla fiducia* cit. 252, nt. 6. Di opinione contraria ERBE, *Die Fiduzia* cit. 206, nt. 1.

⁵⁶ Vd. *infra*, cap. III.

⁵⁷ PS. 2.13.

⁵⁸ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 11.

⁵⁹ In argomento anche F. SCHULZ, *Das Ediktsystem in den Paulus-Sentenzen*, in *ZSS.* 47/1927, 39 ss.

⁶⁰ D. 18.3.2 (Pomp. 35 *ad Sab.*) e 18.3.3 (Ulp. 30 *ad ed.*).

⁶¹ Sul punto, O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis II*, Leipzig 1889, 147 e 619.

⁶² BURDESE, *Lex commissoria* cit. 11. Di opinione contraria, LONGO, *Fiducia* cit. 819, nt. 19 secondo cui, l'originale classico trattava del *pactum vendendi* della *fiducia* e non anche del patto commissorio; SEGRÈ, *Corso* cit. 84 e 152; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des Römischen Kaufs*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1931, 113, collega D. 18.3. 2 (Pomp. 35 *ad Sab.*) direttamente a D. 13.7.6 pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*), ossia al *pactum vendendi* della *fiducia*. Anche ERBE, *Die Fiduzia* cit. 44, collega il passo al medesimo testo relativo al *pactum vendendi*, riferendolo però al pegno.

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,

D.18.3.3 (Ulp. 30 *ad ed.*) *Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.*

L'osservazione è supportata dall'evidente analogia⁶³ degli effetti prodotti dai due patti, idonei a risolvere l'uno, il negozio di compravendita e l'altro, l'obbligazione del fiduciario, *si soluta pecunia non sit*⁶⁴.

Il passo di Pomponio, in particolare, suggerisce utili spunti di riflessione che hanno indotto Burdese⁶⁵ a considerare la *lex commissoria* fiduciaria come una clausola introdotta, al fine di limitare⁶⁶ non solo la responsabilità del creditore, risolvendo l'obbligazione restitutoria assunta col *pactum fiduciae*⁶⁷ ma, soprattutto, il suo arbitrio rispetto all'esperibilità cumulativa del *ius retinendi*⁶⁸ e dell'*actio crediti*.

Su quest'ultimo punto, infatti, la soluzione suggerita dal giurista, in merito alla sopportazione del *periculum rei*⁶⁹, ha indotto lo studioso ad affermare che non necessariamente il

⁶³ O.v. GRADENWITZ, *Conjecturen IV. Emptio ob nummos und lex commissoria*, in *Grünhuts Zeitschrift* 18/1890, 351, sulla base dell'espressione *emit ob sestertios* del documento pompeiano, ha riconosciuto in entrambe le *leges commissoriae* un diritto al regresso, per effetto del mancato pagamento del prezzo o del debito, della proprietà già acquisita rispettivamente dal compratore e dal fiduciario. BURDESE, *Lex commissoria* cit. 12, nt. 5, tuttavia sottolinea l'impossibilità di questo parallelismo poiché in riferimento alla fiducia, l'obbligo di restituire sussiste già per effetto del *pactum fiduciae*. Di parere conforme, NABER, *Observatiunculae de iure Romano. De lege commissoria* cit. 82 e A. MANIGK, s.v. «Fiducia», in *PWRE*. VI/2, Stuttgart 1909, 2299. In senso favorevole, invece, B. BIONDI, «*Judicia bonae fidei*», in *AUPA*. 7/1920, 166, nt. 2. In particolare, F. SENN, *La dation des arrhes en droit romain*, in *RHDFE*. 37/1913, 610, ha fondato l'analogia tra i due patti sull'impossibilità di recuperare, trascorso il termine per l'adempimento, nella vendita l'*arrha* e nella *fiducia* la *res* trasferita in garanzia. Sul punto, v. anche F. WIEACKER, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, 6, nt. 6.

⁶⁴ In riferimento alla vendita, infatti, la *lex commissoria* risolveva gli effetti bilaterali del contratto in conseguenza del mancato versamento del prezzo entro il termine stabilito e, in riferimento alla *fiducia*, sospendeva la produttività di effetti dell'obbligazione restitutoria gravante in capo al fiduciario, condizionandola al pagamento del debito.

⁶⁵ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 18 ss.

⁶⁶ BURDESE, *l.u.c.*, ritiene che, prima dell'introduzione della *lex commissoria*, il creditore dovesse rispondere in qualunque tempo della restituzione poiché la locuzione *si pecunia soluta sit* del patto fiduciario non poneva limiti di tempo all'adempimento del debitore.

⁶⁷ Sul punto, conformemente, anche FREZZA, *Le garanzie* cit. 43.

⁶⁸ L'espressione è utilizzata volendo sottintendere la possibilità, riconosciuta al creditore, di non restituire la *res* al debitore e, quindi, di ritenere la proprietà della *res* in garanzia, *infra*.

⁶⁹ Il passo, relativo alla *lex commissoria* della compravendita, riporta l'opinione di Pomponio che, distanziandosi da Sabino, per il quale il patto commissorio era da considerarsi una condizione sospensiva, considera la *lex* come una condizione risolutiva, con conseguente sopportazione del *periculum rei* in capo al compratore che, quindi, pur decidendo di non pagare il prezzo, avrebbe dovuto subire le eventuali conseguenze derivanti dal perimento della *res*. Questo perché, essendo la *lex commissoria* una clausola prevista in favore del creditore, questi non avrebbe dovuto subire gli eventuali pregiudizi cagionati dal trascorrere del tempo e dalla decisione del compratore di non pagare. Adattando la soluzione alla *fiducia*, ne deriva che, essendo l'istituto a tutela del creditore, nemmeno questi avrebbe

creditore fiduciario, stante l'inadempimento del debitore, avrebbe dovuto trattenere la cosa in pagamento poiché ciò avrebbe significato imporgli l'esercizio di un diritto potestativo⁷⁰, unitamente alla sopportazione del rischio per l'eventuale perimento della *res*.

Ammettendo, dunque, su queste basi, che, originariamente, il fiduciario avesse a propria disposizione, per l'inadempimento del debitore, l'esercizio alternativo dell'*actio crediti* e del *ius retinendi*, l'introduzione della *lex commissoria* si potrebbe concepire come una limitazione dell'arbitrio delle parti poiché, esternando la precisa volontà creditoria di soddisfarsi, in caso di inadempimento, con la ritenzione in pagamento della *res* fiduciata, da un lato, siglava la rinuncia all'esercizio dell'*actio crediti*, e, dall'altro, l'esclusione della responsabilità fiduciaria alla scadenza dell'obbligazione principale poiché, trattenuta la *res* in pagamento, il creditore non era più tenuto a riconsegnarla al debitore.

In assenza del *pactum commissorium*, invece, detto obbligo restitutorio avrebbe potuto perdurare all'infinito⁷¹ poiché la condizione *si pecunia soluta sit*, contenuta nel *pactum fiduciae*, non prevedendo un termine per il pagamento, esponeva il creditore, in ossequio ai principi della *fides* romana, al rischio di vedersi rivolgere in ogni tempo l'offerta di adempimento e la richiesta restitutoria.⁷²

Diversa opinione, in merito alla possibilità di un patto commissorio fiduciario, esprime, tra gli altri⁷³, Biscardi⁷⁴ evidenziando le difficoltà dogmatiche e l'assoluta incompatibilità di una siffatta clausola con la struttura del negozio in esame.

Esclusa, infatti, la configurabilità del patto come condizione pendente sul trasferimento della proprietà, considerata la natura di atti legittimi della *mancipatio* e della *in iure cessio*, resterebbe solo da concepirlo, secondo la prospettiva proposta dallo stesso Burdese, come un

dovuto sopportare il *periculum* connesso al perimento della *res*, riconoscendosi per la sua soddisfazione alternativamente o l'esercizio dell'*actio crediti* o del *ius retinendi*.

⁷⁰ La fiducia, essendo stata contratta nell'interesse del creditore, non poteva per BURDESE, *Lex commissoria* cit. 23 s., vincolarlo a soddisfarsi sulla *res* fiduciata e, quindi, in alternativa alla ritenzione in pagamento, egli avrebbe potuto esercitare l'*actio crediti*. La potestatività dell'esercizio del patto fiduciario fu probabilmente affermata per la *lex commissoria* da Sabino e Pomponio che la estese poi al patto analogo in materia di vendita.

⁷¹ OERTMANN, *Die Fiduzia* cit. 125. In particolare, DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 19, ricollega all'attenuarsi del procedimento di esecuzione personale il sorgere delle clausole accessorie (che ponevano un termine al riscatto del debitore). Prima non ve ne sarebbe stato neanche bisogno perché l'esercizio dell'azione di credito tramite l'esecuzione personale (e, quindi, tramite la vendita *trans Tiberim* o l'uccisione del debitore) determinava la definitiva liberazione dalla responsabilità fiduciaria. *Contra* BURDESE, *Lex commissoria* cit. 18, secondo cui la fiducia pignoratizia in quella fase storica non era ancora comparsa e A. MANIGK, s.v. «*Pignus*», in *PWRE*. XX/1, Stuttgart 1941, 1260. Si veda anche M. KASER, *Recensione* a W. ERBE, *Die Fiduzia*, in *Gnomon* 17/1941, 77 ss.

⁷² Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 24, in base al quale, in ossequio ai principi dell'*ut inter bonos bene agier oportere et sine fraudatione*, che non si esauriva nell'obbligo di restituire *soluta ad diem pecunia*, afferma che, qualora il creditore avesse trovato soddisfazione al di fuori della garanzia, quindi tramite adempimento spontaneo o anche esecuzione forzata, malgrado la scadenza dei termini prescritti, permaneva comunque a suo carico, un obbligo alla restituzione della *res*.

⁷³ Sul punto, si vedano anche NOORDRAVEN, *Die Fiduzia* cit. 239 ss.

⁷⁴ BISCARDI, *Appunti* cit. 83 ss.; *Lezioni* cit. 61 ss.

condizionamento risolutivo operante sull'obbligo di restituzione assunto col *pactum fiduciae*.

In tal caso, però, la sua previsione sarebbe stata del tutto superflua perché l'acquisto della proprietà, alla scadenza del mutuo rimasto insoluto, era già previsto nella fisiologia della *fiducia cum creditore*.

Lo studioso, infatti, sostiene l'intrinsecità dell'effetto commissorio all'atto di trasferimento operato con *mancipatio* o *in iure cessio*, a prescindere dall'aggiunta di un'apposita convenzione, e attribuisce al *pactum fiduciae* una finalità risolutoria, *pecunia soluta*, del diritto del creditore sulla *res*.

In questi termini, la *lex commissoria* non dovrebbe interpretarsi come un patto, aggiunto alla *mancipatio fidi fiduciae causa*, ma come un effetto da essa scaturente per il mancato avverarsi della condizione dedotta nel *pactum fiduciae*, ossia la restituzione del mutuo⁷⁵. Il conseguente manifestarsi dell'effetto commissorio e del diritto alla ritenzione dell'eventuale eccedenza⁷⁶, potevano essere evitati, venuto meno l'obbligo fiduciario, con la previsione del *pactum vendendi*⁷⁷.

Proprio in riferimento alla ritenzione dell'eccedenza, altri autori hanno reputato, invece, che la previsione del patto commissorio, comportando a favore del creditore il diritto di trattenere la cosa senza obbligo di restituire l'eventuale *hyperocha*⁷⁸, avrebbe avuto comunque un proprio senso; altri⁷⁹ ancora, però, hanno evidenziato che detto obbligo, trovando fondamento nella *Fides*⁸⁰, imponeva la propria osservanza, a prescindere dall'aggiunta di patti contrari⁸¹.

In particolare, Lambrini⁸² ha ipotizzato che l'obbligo di restituire l'eccedenza⁸³ si

⁷⁵ Sul punto, anche BURDESE, *Lex commissoria* cit. 28.

⁷⁶ Il riferimento è all'*hyperocha*, ossia al maggior valore della *res fiduciata* rispetto alla quantità del mutuo concesso al debitore. Questa possibilità per il creditore di trattenere, per effetto dell'inadempimento del debitore, un bene di valore superiore rispetto al mutuo concesso, sembra richiamare in qualche modo la finalità "deterrente" di cui in *Tab. 3.6: Tertius nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, ne fraude esto*, dove il riconoscimento in favore del creditore della possibilità di tagliare il corpo del debitore anche in misura superiore rispetto alla quantità di mutuo non restituita sembra svolgeva la stessa funzione intimidatoria del patto commissorio che consentiva, appunto, di trattenere un bene di valore superiore, favorendo, per questo verso, il fisiologico adempimento delle obbligazioni. G. FRANCIOSI, «Partes secanto» tra magia e diritto, in *Labeo* 24/1978, 263 ss.; A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea contemporanea*, Bologna 2013, 39.

⁷⁷ *Infra*.

⁷⁸ Potrebbe anche darsi che l'effetto commissorio, originariamente connaturato alla *fiducia*, si sia poi trasformato, quando il *pactum vendendi* divenne elemento naturale, in un patto alternativo. Sul punto, TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 478 s., ritiene, appunto, che, in origine, la cosa data a *fiducia* veniva considerata come l'equivalente del debito non adempiuto, così che, restando insoddisfatto il creditore alla scadenza non era più tenuto alla restituzione e la proprietà fiduciaria si trasformava in proprietà pura e semplice senza necessità di corrispondere la differenza. Questo inconveniente portò, nel tempo, all'introduzione nel *pactum fiduciae* una clausola in base alla quale il creditore insoddisfatto doveva vendere la cosa e soddisfarsi sul prezzo, restituendo al debitore l'eccedenza.

⁷⁹ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 24.

⁸⁰ NASSER OLEA, *Asimilaciones* cit. 137. In merito alla *Fides*, alla *fides bona* e alla *bona fides*, si veda *supra*, nt. 5.

⁸¹ Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 19 s.

⁸² LAMBRINI, *Lineamenti* cit. 272. Il comportamento di buona fede imponendo la restituzione della differenza consentirebbe gli acquisti a scopo di garanzia senza incorrere nelle strettoie del patto commissorio. Nell'ordinamento

imponesse anche nel caso in cui il creditore tratteneva il bene in base ad una *lex commissoria* poiché, anche dopo l'insolvenza del debitore, perdurava in capo al fiduciario il dovere di agire secondo buona fede.

Alla luce delle ultime posizioni dottrinali riportate, gli effetti prodotti dal patto commissorio sembrerebbero, dunque, i medesimi di una *fiducia cum creditore* non condizionata; ciò non spiega, però, il perché dell'introduzione di una clausola, di per sé apparentemente superflua, né perché si giunse a specificare, nel *pactum vendendi*, un dovere - appunto quello di restituire il *superfluum* e l'*hyperocha* - già contenuto nella *fiducia*.

Forse perché la *fides*⁸⁴ col passar del tempo non era più un vincolo così stringente?

O forse perché effettivamente le due pattuizioni avevano un senso solo in riferimento alla struttura del pegno⁸⁵?

Veniamo ora all'analisi del *pactum vendendi*⁸⁶ le cui clausole, confermate anche in alcuni frammenti dei *Digesta*⁸⁷, troviamo testimoniate dalle attestazioni della *mancipatio Pompeiana*⁸⁸:

tedesco vengono infatti utilizzati i §§ 242 e 138 per controllare lo sviluppo di istituti quali la *sicherungsübereignung* o la *sicherungsabtretung*.

⁸³ Sul punto, A.A.F. RUDORFF, *Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine Revision*, in ZSS. 11/1873, 109; LONGO, *Corso* cit. 53, ID., *Fiducia* cit. 816 ss., hanno sostenuto che, anche trattenendo semplicemente la *fiducia* in pagamento, il creditore avrebbe avuto l'obbligo di restituire la differenza. Di opinione contraria, ERBE, *Die Fiduzia* cit. 47, per il quale non esisterebbe alcuna traccia nelle fonti e BURDESE, *Lex commissoria* cit. 77, nt. 1, che vede nel recupero dell'*hyperocha* la ragione che condusse all'inserimento del *pactum vendendi*.

⁸⁴ LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»* cit. 15 ss. e bibliografia in nt. 5.

⁸⁵ Obbligazione *re contracta* in senso improprio, ossia traslativa del solo possesso e richiedente, in quanto tale, un'apposita convenzione tra le parti che autorizzasse il creditore all'acquisto del *dominium* o alla vendita in caso di insolvenza del debitore.

⁸⁶ Sul punto, parte della dottrina, LONGO, *Corso* cit. 42 ss.; ID., *Fiducia cum creditore* cit. 805 ss.; SEGRÈ, *Corso* cit. 133; DEVILLA, *L'ius distrahendi nella fiducia e nel pegno* cit. 48 ss., facendo richiamo ai principi di *fides bona* dominanti il rapporto fiduciario, ha sostenuto che in realtà il regime di vendita costituiva l'effetto naturale della *fiducia cum creditore*, indipendentemente da una previsione pattizia, ritenendo che la soddisfazione diretta sulla garanzia comportasse, solitamente tramite la vendita, un conguaglio tra il valore della cosa e l'ammontare del credito garantito o viceversa. Sul punto, OERTMANN, *Die Fiduzia* cit. 200; LONGO, *Fiducia* cit. 816, secondo cui, il patto di vendita non sarebbe altro che una pratica applicazione della buona fede. Di diversa opinione BURDESE, *Lex commissoria* cit. 9, secondo cui, qualora il credito garantito fosse rimasto insoluto, il creditore, anche in assenza di apposite convenzioni inserite nel *pactum*, avrebbe potuto soddisfarsi direttamente sulla garanzia. Per BURDESE, *Lex commissoria* cit. 20, infatti, la *fiducia cum creditore*, sin dalle origini, conteneva, nell'alienazione fiduciaria, l'effetto commissorio che assicurava al creditore la possibilità sia di soddisfarsi in modo immediato e diretto, trattenendo in pagamento la cosa avuta in garanzia, sia di liberarsi, in seguito alla scadenza del termine indicato per l'adempimento, dall'obbligo fiduciario di restituire. In senso conforme, ASCOLI, *L'origine dell'ipoteca* cit. 5 ss. Di diverso avviso, HERZEN, *Origine de l'hypothèque* cit. 63 ss. che, ricollegando ogni effetto obbligatorio del negozio al *pactum adiectum*, reputa necessaria la conclusione di un esplicito patto accessorio permettente al creditore insoddisfatto di soddisfarsi sulla cosa.

⁸⁷ D. 13.7.6.1 (Pomp. 35 *ad Sab.*) per quanto concerne la restituzione dell'eccedenza (corrispondente alla *mancipatio Pompeiana* p. 3, 14 e alla *formula Baetica* 14); D. 13.7.8 pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*) per quanto concerne il diritto del creditore fiduciario al recupero delle spese sostenute per la conservazione della *res* (cfr. *form. Pomp.* p. 2, 12 e p. 3, 17); D. 13.7.8.1 (Pomp. 35 *ad Sab.*) per quanto concerne il diritto del creditore di vendere alla spicciolata e di trattenere una cauzione in caso di assunzione della responsabilità per evizione verso il compratore (cfr. *form. Baet.* 13 s., 15 ss.); D. 13.7.8.2 (Pomp. 35 *ad Sab.*) in merito al diritto del creditore di vendere la cosa per intero pur avendo ricevuto un pagamento parziale dal debitore o *pro quota* da uno dei suoi coeredi (cfr. *form. Baet.* 10 s.); D. 13.7.8.3 (Pomp. 35 *ad Sab.*) in merito all'individuazione del momento dell'insolvenza (cfr. *form. Baet.* 11 s.); D. 13.7.8.4 (Pomp. 35 *ad Sab.*) in merito alla previsione del dovere dell'erede del creditore di vendere alle stesse condizioni pattuite dal suo dante causa

FIRA. III, 91: 3.5-15 ...Si ea pecunia omnis mihi heredive meo kalendis Novembribus primis soluta non erit, ut mihi heredive meo liceat ea mancipia quibus de agitur idibus Decembribus primis pecunia praesenti Pompeis in foro luce palam vendere...neve tibi ego neve heres meus teneamur nisi propterea, si minus de dolo malo ea venditione redactum esse <pu>tatur. Si quo minoris ea mancipia quibus de agitur venierint, in sortis vicem debebuntur mihi heredive meo quae reliqua erunt. Quod si pluris ea mancipia quibus de agitur venierint, id quod superfluum erit reddetur tibi heredive tuo..., 19-21: Dicitia Margaris cum Poppea Prisci liberta Note pactum conventum fecit, utique ea mancipia sumtu impensa periculoque tuo sint: supra haec inter se convenerunt pactaeque...inter se sunt,

nonché della *formula Baetica*:

FIRA. III, 92, 11-18 ...si pecunia sua quaque die L.Titio heredive eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is [vellet] L.Titius heresve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet; mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in verba satis secundum mancipium dari solet, repromitteret, neve simplam neve duplam ...

La convenzione, annessa alla *mancipatio* fiduciaria, era fondata su principi equitativi, poiché se da un lato consentiva al debitore inadempiente di riavere la differenza tra il valore del bene trasferito in garanzia e l'ammontare della somma mutuata, dall'altra tutelava il creditore nel caso in cui la *res* fosse risultata insufficiente a coprire l'intero prestito⁸⁹.

Parte della dottrina⁹⁰ ha ipotizzato che, in origine, detto effetto veniva assicurato senza ricorrere ad una convenzione specifica ma variando, semplicemente, l'effetto commissorio della fiducia, inserendo la locuzione *ut vendere liceret*⁹¹ nella struttura del patto.

(cfr. *manc. Pomp.* p. 3, 6-8 e *form. Baet.* 13-15; D. 13.7.8.5 (Pomp. 35 *ad Sab.*) in merito alle spese sostenute dal creditore (cfr. *manc. Pomp.* p. 2, 1-12 e p. 3, 1-17). Studiando questi frammenti, Lenel ha potuto stabilire che in origine trattavano della fiducia e non del pegno. Dobbiamo proprio all'interpolazione, e alla sostituzione del termine *fiducia* con *pignus*, la loro conservazione del Digesto.

⁸⁸ Per la datazione del documento, CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* cit. 181, indica il 79 (e non il 61).

⁸⁹ Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 25

⁹⁰ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 26; G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, in *Annali dell'Università di Camerino* 3/1929, 108 ss.

⁹¹ D. 13.7.6 pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13.7.8.3 (Pomp. 35 *ad Sab.*). L'espressione consentiva al creditore di vendere senza incorrere nei limiti dell'*ut inter bonos bene agier oportere*. Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 31. Per alcuni studiosi, J.J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847, 628; O. GEIB, *Actio fiduciae und Realvertrag*, in *ZSS.* 8/1887, 138; MANIGK, s.v. «*Fiducia*» cit. 2293 e 2295; BIONDI, «*Iudicia bonae fidei*» cit. 134; R. SOHM,

Solo in seguito all'evoluzione del pensiero giuridico⁹² in materia di vendita e alla sua concezione, non più come diritto posto nell'esclusivo interesse del creditore, ma come strumento di conguaglio utile per entrambe le parti, il *vendere licere* cominciò a configurarsi quale pattuizione esplicita, aggiunta al negozio e dotata di specifiche clausole⁹³: la restituzione dell'*hyperocha* e l'integrazione del *superfluum*.

Ed è questo lo schema che ci restituiscono entrambe le attestazioni documentali, poiché sia la *mancipatio* pompeiana, sia la *formula Baetica* contengono nella prima parte del *pactum*, annesso alla *mancipatio fidi fiduciae causa*, la previsione che il creditore dovrà restituire il bene al debitore soltanto *soluta pecunia* poiché, *si pecunia soluta non sit*⁹⁴, il *vendere licere*⁹⁵ (contenuto nel *pactum vendendi*) avrebbe assicurato al creditore, previa indicazione delle modalità esecutive dell'*emptio* e dei reciproci doveri delle parti, la facoltà di alienare a terzi il bene fiduciato.

In particolare, il dovere di integrare il *superfluum* o di restituire l'*hyperocha*, qualora il ricavato dalla vendita fosse risultato inferiore o superiore rispetto all'ammontare del credito garantito, è previsto espressamente solo nella *mancipatio Pompeiana* sebbene, in riferimento alla *formula Baetica*, esso possa chiaramente evincersi dalla finalità dell'onere, posto in capo al creditore, di procedere ad una vendita in contanti poiché, solo *pecunia praesenti* sarebbe stato

*Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*¹⁷, bearb. v. L. MITTEIS, hrsg. L. WENGER, München-Leipzig 1924, il *vendere licere* si sarebbe configurato prima nel pegno per poi estendersi alla *fiducia*. Di diverso avviso, DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 21; OERTMANN, *Die Fiduzia* cit. 190; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II, Leipzig 1893, 40. Altri autori, come LONGO, *Corso* cit. 42; *Fiducia* cit. 805 ss.; SEGRÈ, *Corso* cit. 133 ss.; DEVILLA, *L'ius distrahendi nella fiducia e nel pegno* cit. 48 ss., considerando il regime di vendita inerente alla *fiducia* indipendentemente da un patto espresso, sostengono che l'espressione servisse solo a fissare le modalità da osservare affinché l'alienazione fosse lecita.

⁹² Diversamente dalla soluzione prospettata da Pomponio in D. 13.7.6 pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*) in base alla quale, essendo il *pactum vendendi* concluso nell'interesse del solo creditore per il recupero del *superfluum*, non si poteva obbligarlo, contro la sua volontà a vendere, Atilicino, in ragione della previsione dell'eccedenza del valore della cosa data in garanzia, afferma che in presenza di un *pactum vendendi*, il creditore era sempre tenuto a vendere. Sul punto, OERTMANN, *Die Fiduzia* cit. 183, riconosce a favore del debitore l'esercizio di un'*exceptio doli* contro il creditore che non avesse, preventivamente all'azione di credito, cercato soddisfazione attraverso la vendita. Opinione contraria esprime BURDESE, *Lex commissoria* cit. 35, nt. 2.

⁹³ *Si quo minoris... Quod si pluris...* cfr. *mancipatio Pompeiana*, p. 3, 11-15. Detta clausola, in particolare, sembra ribadita dalla locuzione *pecunia praesenti ... vendere*, la cui finalità doveva assurgere proprio alla verifica del minore o maggiore introito percepito, cfr. *mancipatio Pompeiana* p. 3, 5-8; *formula Baetica* 11-18.

⁹⁴ *Si ea pecunia...soluta non erit...vendere...* cfr. *mancipatio Pompeiana* p. 3, 5-8; *...Si pecunia ... soluta non esset ... venderet* cfr. *formula Baetica* 11-15.

⁹⁵ Se il debito restava inadempito, il fiduciante era autorizzato a vendere ma doveva farlo alle migliori condizioni possibili, cfr. D. 13.7.6 pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*) e D. 18.2.10 (Iul. 13 *dig.*), restituendo il *superfluum*. F. COSTABILE, *L'auctio della fiducia e del pignus nelle Tabelle dell'agro Murecine*, Soveria Mannelli 1992, 1 ss.; ROMEO, *'Fiducia auctionibus vendunda' nelle tabelle pompeiane* cit. 207 ss. Qualora il fiduciario non fosse in possesso del bene per averlo concesso in locazione o in precario, cfr. D. 13.7.22.3 (Ulp. 30 *ad ed.*), al debitore o per essere esso perito, cfr. D. 13.7.8 pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*), aveva a disposizione un'*actio fiduciae contraria*, cfr. D. 43.26.11 (Cels. 7 *dig.*), da far valere contro il debitore inadempiente. Sul punto, P. MARRA, *D. 16.3.15: un testo in materia di fiducia?*, in *Iura* 58/2010, 296; di opinione contraria, B. BIONDI, *Fiducia cum creditore*, in *Scritti giuridici* III, Milano 1965, 305 ss., che nega l'esperibilità dell'*actio fiduciae contraria*, sostenendo che il creditore fiduciario avesse già a propria tutela la *reivindicatio*.

possibile effettuare il calcolo della differenza da corrispondere al debitore o al creditore⁹⁶.

Il *pactum vendendi* della *mancipatio Pompeiana* prevede, inoltre, una specifica responsabilità per dolo del creditore qualora questi si fosse accordato col compratore per concludere la vendita ad un prezzo inferiore⁹⁷. La volontà di assicurare la buona fede⁹⁸ e la trasparenza nelle trattative sembra, altresì, confermata dall'espressione *in foro luce palam vendere*⁹⁹, poiché una contrattazione fatta in pieno giorno, quando più vivo era il mercato, avrebbe assicurato la sussistenza delle migliori condizioni per la conclusione dell'affare.

Il tenore dei due documenti, risalenti ai primi secoli dell'impero¹⁰⁰, dimostra il progressivo affermarsi¹⁰¹ del regime di vendita che nelle sentenze paoline¹⁰² è già presentato come un effetto naturale dell'istituto fiduciario.

Se, dunque, in origine, per evitare gli effetti del patto commissorio, i contraenti dovevano fare espressa menzione del *vendere licere*, col passar del tempo la ritenzione in proprietà, *si pecunia soluta non sit*, divenne una deviazione espressa dal regime ordinario¹⁰³ di vendita richiedendo, quindi, un'esplicita pattuizione. Dalla soddisfazione diretta del creditore sulla *res*, si giunse, quindi, in ossequio ai principi equitativi e alla buona fede, ad una forma di soddisfazione "indiretta" che si realizzava con la vendita del bene a terzi e con la restituzione dell'eccedenza al debitore.

La *causa fiduciae*, e quindi la responsabilità restitutoria del creditore, perdurava, tuttavia, fino alla conclusione di una vendita lecita¹⁰⁴ posta in essere, a sua volta, dopo la scadenza del

⁹⁶ Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 71.

⁹⁷ ...*Si minus de dolo malo ea venditione redactum esse <pu>tatur*, p. 3, 8-10.

⁹⁸ Il dovere del creditore di comportarsi secondo buona fede nella conduzione delle trattative di vendita è attestato in D. 18.2.10 (Iul. 1.13 *dig.*). Non agisce in buona fede il creditore che, avendo venduto con la *in diem addictio*, non tiene conto di una maggiore offerta e vende ad un prezzo inferiore al primo acquirente.

⁹⁹ ...*Pompeis in foro luce palam vendere...*, p. 3, 5-8.

¹⁰⁰ Sul punto, A. D'ORS, *Epigrafia jurídica de la España romana*, Madrid 1953, 431 ss.; J. GONZALES FERNANDEZ, *Bronces jurídicos romanos de Andalucía*, Cordoba 1990, 199 ss.; MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di «fiducia cum creditore»* cit. 451 ss.; L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di Storia del diritto e di semantica storica*, Roma 2008, 173 ss.

¹⁰¹ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 28, attribuisce detta evoluzione al progressivo affermarsi dei principi equitativi che attribuirono un contenuto concreto al regime di buona fede.

¹⁰² PS. 2.13.

¹⁰³ Sicuramente nel periodo dei Severi il regime di vendita è da ritenersi implicito: il *pactum de vendenda fiducia* era, ormai, superfluo, costituendo il *ius vendendi* un elemento naturale della *fiducia*. Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 85, cfr. D. 20.5.13 (Paul. 1 *decr.*)

¹⁰⁴ PS. 2.13.4. Dal quale si ricava che la vendita fatta per interposta persona dal creditore fiduciario a se stesso non aveva alcuna efficacia poiché la buona fede, caratterizzante l'istituto fiduciario, permetteva ugualmente al debitore, seppur inadempiente, l'esperimento dell'*actio fiduciae* per ottenere la restituzione. Diversa soluzione è invece data nel caso in cui la vendita della garanzia al creditore fosse indipendente dall'esercizio del *pactum vendendi* e, addirittura, convenuta tra i contraenti proprio al fine di evitare la vendita all'asta. Ne dà testimonianza Marcello, in D. 13.7.34 (Marcel. *l.s. resp.*): il giurista, infatti, non riconosce al debitore la possibilità di agire con l'*actio fiduciae* considerando la vendita al creditore assolutamente valida.

termine stabilito per l'adempimento dell'obbligazione principale¹⁰⁵.

La vendita era consentita, non solo per il recupero del credito, che doveva corrispondersi nel suo ammontare integrale¹⁰⁶, ma anche per la percezione degli interessi¹⁰⁷, eventualmente pattuiti, e per il rimborso delle spese sostenute dal creditore per la conservazione della garanzia.

La liberazione totale del debitore veniva condizionata, quindi, alla riscossione di un prezzo di vendita almeno pari all'ammontare del credito. Nel caso in cui la somma percepita fosse risultata insufficiente, il fiduciario aveva diritto ad esercitare l'*actio crediti* per il recupero della differenza¹⁰⁸. Se, invece, il prezzo di vendita risultava superiore all'ammontare del credito garantito, il fiduciante aveva titolo per il recupero dell'*hyperocha*¹⁰⁹, nonché degli eventuali interessi compensativi goduti dal momento della riscossione della somma a lui spettante¹¹⁰, all'esercizio dell'*actio fiduciae*.

In caso di infruttuosità della vendita, ossia qualora il creditore non avesse trovato acquirenti o non fosse riuscito ad ottenere un prezzo opportuno, poteva chiedere all'imperatore un decreto¹¹¹ che gli consentisse l'*impetratio fiduciae*¹¹², ossia la ritenzione della garanzia, che era già di sua proprietà, in pagamento, come se fosse stata pattuita, quindi, una *lex commissoria*.

Sulla base di queste considerazioni, si può dunque pensare che gli effetti del *decretum Caesaris* fossero i medesimi¹¹³ del patto commissorio, conducendo ad una soddisfazione diretta del creditore sulla *res* senza necessità di restituire l'*hyperocha*.

È probabile che la cosa fiduciata fosse, in questo caso, di valore pressoché pari

¹⁰⁵ La vendita diventa lecita alla scadenza dell'obbligazione garantita, tuttavia l'obbligo restitutorio del fiduciario perdura, anche oltre la scadenza, fino al momento finale della procedura di vendita. Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 47.

¹⁰⁶ D. 13.7.2 (Pomp. 6 *ad Sab.*) e 13.7.8.3 (Pomp. 35 *ad Sab.*).

¹⁰⁷ D. 13.7.8.5 (Pomp. 35 *ad Sab.*) e 13.7.34 (Marcel. *l.s. resp.*). Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 48, ritiene che il creditore fosse tenuto ad intimare il pagamento delle spese al debitore che, diversamente, avrebbe potuto ignorare quanto dare e a che titolo. Solo in seguito al rifiuto del debitore, il creditore poteva procedere alla vendita per il recupero delle spese. Lo studioso non crede tuttavia che la preventiva *denuntiatio* dovesse farsi al di fuori dello specifico caso enunciato. Di diversa opinione, OERTMANN, *Die Fiduzia* cit. 196 ss.

¹⁰⁸ L'attestazione è contenuta nella clausola del *superfluum* della *mancipatio Pompeiana*: *si quo minoris e[a] mancipia q[ui]bus d(e) a(gitur) venie[r]int in sortis vi]cem d[e]beun[t]u[r] mihi herediv[e] meo quae reliqua erunt...*

¹⁰⁹ Accanto alla clausola del *superfluum*, la *mancipatio Pompeiana* reca la clausola analoga dell'*hyperocha*: *Quod si pluris] ea mancipia q[ui]bus de a(gitur) veni[er]int, id quod superfluum erit reddetur tibi h]ered] ive tuo.*

¹¹⁰ D. 13.7.6.1 (Pomp. 35 *ad Sab.*). Pomponio precisa che solo tenendo depositata la somma, il creditore poteva esimersi dall'obbligo di pagare gli interessi; Tuttavia, cfr. D. 13.7.7 (Paul. 2 *sent.*), E. SECKEL, B. KÜBLER, *Iurisprudentiae Anteiustinianae Reliquiae* II, Lipsia 1927, 1, 44, nt. 1, e H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in ZSS. 62/1942, 143 ss., sostengono che quest'ultimo passo, connesso con PS. 2.13.1, testimonierebbe che in caso di ritardo, a prescindere dal deposito della somma, il creditore avrebbe dovuto versare gli interessi compensativi.

¹¹¹ Col *decretum principis* veniva meno la responsabilità fiduciaria e si estingueva il credito garantito.

¹¹² D. 13.7.24 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*). Il testo restituisce in maniera indiretta l'istituto. L'oggetto della questione era stabilire se il creditore, avendo chiesto ed ottenuto il possesso definitivo della *fiducia* in pagamento del credito garantito, potesse, in caso di evizione, agire contro il fiduciante con l'*actio fiduciae contraria*.

¹¹³ Sul punto, SEGRÈ, *Corso* cit. 154. Di opinione contraria, LONGO, *Corso* cit. 55, e *Fiducia* cit. 818.

all'ammontare del credito¹¹⁴ poiché, se fosse stata di valore superiore - si presume - non ci sarebbero state difficoltà a piazzarla ad un prezzo vantaggioso¹¹⁵ e, se fosse stata di valore inferiore, maggiormente conveniente, per il fiduciario, sarebbe stato esperire l'*actio crediti*.

In riferimento alle ipotesi ricostruttive avanzate in dottrina, circa la struttura della fattispecie¹¹⁶, interessante sarebbe ipotizzare un'evoluzione strutturale dell'istituto in ragione della progressiva volontà di mitigare la condizione del debitore.

Considerando il negozio originariamente costituito dalla sola *mancipatio* e ammettendo che la primigenia garanzia reale si fosse strutturata sul modello dell'antico *nexum*, come un mero atto di trasferimento della proprietà posto in essere con *mancipatio*¹¹⁷ o *in iure cessio*, rispetto al quale la restituzione dopo l'adempimento era rimessa alla *fides bona*¹¹⁸ del creditore, il *pactum fiduciae* potrebbe interpretarsi come un'aggiunta successiva, finalizzata ad assicurare la restituzione della *res* al debitore in seguito all'adempimento del mutuo¹¹⁹, gravando il creditore dell'obbligo di remanciparla.

In questi termini il *pactum adiectum* potrebbe interpretarsi più come una garanzia introdotta a favore del debitore fiduciante che del creditore fiduciario, di per sé già tutelato dall'acquisto del *dominium* sulla *res*.

Si potrebbe sostenere, quindi, che la *fiducia cum creditore*, ossia l'aggiunta del *pactum fiduciae* all'atto di trasferimento della proprietà, operato con *mancipatio* o con *in iure cessio*, fosse, più che altro, una misura introdotta successivamente per consentire al debitore il recupero della *res* esercitando l'*actio fiduciae*.

L'obbligo restitutorio del creditore, inizialmente morale, poiché basato sulla *fides*, sarebbe stato quindi formalizzato per effetto del patto.

Tuttavia, in caso di inadempimento, il debitore continuava a non essere tutelato perché, qualora il valore del bene trasferito in garanzia fosse stato superiore alla somma dovuta, il

¹¹⁴ Sul punto, S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*² I, Napoli 1935, 179; ERBE, *Die Fiduzia* cit. 29.

¹¹⁵ PS. 2.13.3; D. 13.7.6 pr.

¹¹⁶ Vd. *supra*.

¹¹⁷ Quando la *mancipatio* era ancora un negozio causale di trasferimento.

¹¹⁸ La tutela giudiziaria della fiducia era ispirata alle azioni di buona fede, cfr. Cic. *de off.* 3.15.61 e 3.17.70; *Top.* 17.66; *ad Att.* 6.1.15; *ad fam.* 7.12.2; Gai 4.62, e la condanna comportava l'infamia. La formula, anche se non conteneva la clausola *oportere ex fide bona*, faceva ugualmente riferimento ad un criterio normativo di onestà e correttezza: *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* (Cic. *de off.* 3.17.70). L'azione, dunque, traeva il proprio fondamento né dalla *mancipatio* né dal *pactum*, ma semplicemente dalla *fides*. In argomento, LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»* cit. 168 ss.

¹¹⁹ Il *pactum fiduciae* potrebbe concepirsi come il riconoscimento, in favore del debitore, della facoltà di recuperare la *res* restituendo in ogni tempo il credito ricevuto. Sul punto, M. TALAMANCA, *Rec.* a P. FREZZA, *Le garanzie* cit., in *Iura* 15/1964, 375, secondo cui, dalla struttura della fiducia non sembra evincersi il termine di pagamento. Esso attiene infatti all'obbligazione garantita con la fiducia, ossia il mutuo, che può essere richiamato nel contesto del patto ma solo perché in relazione ad esso si può determinare il termine per l'adempimento dell'obbligazione garantita.

creditore, trattenendo l'*hyperocha*, in conseguenza del naturale effetto commissorio, avrebbe percepito un illegittimo arricchimento.

Di qui, la necessità di introdurre il *pactum vendendi* che, nelle clausole relative alla restituzione dell'eccedenza, all'obbligo di vendere in contanti ed in pieno giorno, nonché al riconoscimento di una responsabilità per dolo del creditore, riconosce un'ulteriore tutela in favore del debitore.

Sempre in riferimento alle ipotesi ricostruttive avanzate in merito alla struttura della *fiducia*, qualche considerazione in merito ad un'orazione ciceroniana, la *Pro Flacco*¹²⁰.

Quest'ultima, testimoniando la conclusione di un negozio fiduciario tra non romani, sembrerebbe ammettere, stante l'impossibilità dei contraenti ad utilizzare la solenne *mancipatio*, che il negozio in questione sia stato concluso ricorrendo ad una *traditio* idonea¹²¹, quindi, alla realizzazione della *fiducia cum creditore*.

Interessante, a tal riguardo, l'argomentazione di Biscardi¹²² che, seppur smentendo l'interpretazione sovraesposta, in quanto Cicerone avrebbe semplicemente attribuito ad un istituto di diritto greco il nome di *fiducia* allo scopo di agevolare la comprensione ai Romani, richiama l'attenzione sulla natura causale dell'antica *mancipatio*¹²³ sostenendo che, in presenza di una giusta causa, anche un negozio come la *traditio*¹²⁴, per l'appunto causale, poteva prestarsi al trasferimento della proprietà.

L'osservazione dello studioso si contrappone alla posizione di chi¹²⁵, appellandosi alla natura della *traditio*, antitetica rispetto all'astrattezza e alla formalità della *mancipatio* e della *in iure cessio*, e disconoscendo l'idoneità del *pactum fiduciae* a configurarsi quale *iusta causa traditionis*, negava la possibilità di concludere la *fiducia cum creditore* con una *traditio*.

Se così fosse - osserva Biscardi - sulla base della medesima motivazione, ossia l'inidoneità dello scopo fiduciario al trasferimento del *dominium*, si dovrebbe sconfessare anche la possibilità della *mancipatio fiduciae causa* arcaica, e così non può essere.

Lo studioso individua, quindi, quale *iusta causa*, comune sia alla *traditio* sia alla *mancipatio* causale, non il *pactum fiduciae* bensì l'*emptio*, menzionata anche nella *mancipatio*

¹²⁰ Cic. *pro Flacc.* 21.51.

¹²¹ La possibilità di realizzare una *traditio fiduciae causa* è stata esclusa (cfr. *Supra*) perché, essendo la *traditio* un negozio causale, la sua idoneità al trasferimento del *dominium* sarebbe subordinata alla sussistenza di una *iusta causa traditionis* che non può individuarsi nella funzione di garanzia (*pactum fiduciae*).

¹²² BISCARDI, *Appunti* cit. 30 ss.

¹²³ La *mancipatio* in età arcaica era un negozio causale, ossia una compravendita reale con indicazione del prezzo, divenuto astratto in epoca classica. Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 31 ss.

¹²⁴ D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 *ad ed.*): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

¹²⁵ LONGO, *Fiducia* cit. 795 ss.

*Pompeiana*¹²⁶.

Pur ammettendo astrattamente la possibilità di una *fiducia cum creditore* conclusa mediante *traditio*, Biscardi conclude però per l'inesistenza di un tale istituto poiché, se i Romani lo avessero effettivamente utilizzato, ce ne sarebbe pervenuta traccia, nonostante la desuetudine della *mancipatio* e della *in iure cessio*.

Se, però, il riferimento della *Pro Flacco* alla *fiducia* romana fosse autentico, la conclusione del negozio tra non cittadini potrebbe costituire proprio una testimonianza dell'utilizzo della *traditio*, la cui *iusta causa*, legittimante il trasferimento del *dominium* potrebbe - a mio avviso - rinvenirsi, stante l'inadeguatezza della funzione di garanzia, nella *causa solvendi*, propria dei negozi conclusi per estinguere¹²⁷ un'obbligazione precedentemente assunta (appunto il mutuo).

La causa di detta *traditio*, traslativa della proprietà della *res* al creditore (in luogo del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*) potrebbe essere, quindi, l'estinzione dell'obbligazione di mutuo¹²⁸: una sorta di *datio in solutum* risolutivamente condizionata all'inadempimento del debitore.

Il problema, però, è che la *datio in solutum*, in quanto causa di estinzione dell'obbligazione¹²⁹, determinerebbe il venir meno del rapporto principale - di mutuo - nel momento stesso in cui il trasferimento della proprietà al creditore, quale dazione in luogo di adempimento, si pone in essere, a meno che la produttività dei suoi effetti non venga sospesa fino all'effettivo inadempimento del debitore.

In questo caso, si potrebbe ammettere la possibilità di realizzare lo stesso effetto prodotto dalla *fiducia cum creditore*, ossia il trasferimento della proprietà, utilizzando una *traditio*, costitutiva del *dominium* sulle *res nec mancipi* e dell'*in bonis habere*¹³⁰ sulle *res mancipi*.

¹²⁶ *Mancipatio Pompeiana* p. 3, 5-10. "In questo documento del 61 d.C." - scrive Biscardi - " nel redigere l'atto scritto per la documentazione del negozio, si dice che una *mancipatio* ha fatto seguito ad una *emptio*. Dunque, in un documento che risale ad un'epoca in cui la *mancipatio* non è più una compravendita reale (ossia un negozio causale) l'uso è comunque quello di supporre alla base della *mancipatio* l'*emptio* ...*iusta causa della traditio*". Cfr. BISCARDI, *Appunti* cit. 33.

¹²⁷ Per quanto riguarda la *datio in solutum* come causa di estinzione dell'obbligazione, i Sabiniani e i Proculiani sostenevano opinioni diverse. Per i primi, la *datio in solutum* estingueva *ipso iure* l'obbligazione, mentre per i secondi invece l'estinzione operava solo *ope exceptionis*, ossia solo se opposta come eccezione davanti al magistrato in seguito alla richiesta di adempimento del creditore. L'opinione dei Sabiniani fu poi recepita e generalizzata da Giustiniano, cfr. I. 3.29. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 805; TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 639; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 517; F. MUSUMECI, *Marciano e gli effetti della 'datio in solutum'*. *Osservazioni su D. 46.3.46*, in *Iura* 20/1969, 524 ss.; R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *In solutum cessionis venditionisque documentum (Consideraciones sobre el P. 34 de Ravenna*, in *RIDA*. 45/1998, 537 ss.

¹²⁸ Sul punto, NASSER OLEA, *Asimilaciones* cit. 147, identifica una *causa empti*, ricostruendo la fattispecie come una compravendita. Sul punto, *infra*, cap. I, §3.

¹²⁹ GUARINO, *Diritto* cit. 804 s.

¹³⁰ L'istituto si profilò nel periodo preclassico per effetto dell'iniziativa assunta dal pretore di favorire certi possessori in attesa di usucapione (*possessores ad usucapionem*), accordando loro una tutela processuale analoga a quella che

Tale negozio, accessibile anche ai peregrini, produrrebbe quindi effetti reali, al pari della *fiducia cum creditore* realizzata attraverso *mancipatio* o *in iure cessio*, distinguendosi dalla *emptio in causam obligationis*¹³¹, costitutiva di soli effetti relativi, e potrebbe rappresentare proprio quelle *cautiones reali* vietate da Costantino col divieto del patto commissorio¹³².

Sul punto, Erbe ha sostenuto che la *fiducia* sarebbe appunto nata come «Verfallsfiducia»¹³³ nel senso che, a seguito della scadenza dell'obbligazione principale, la cosa rimaneva al creditore in luogo di adempimento, quindi proprio come una *datio in solutum* sospensivamente condizionata. Solo successivamente si sarebbe passati alla «Verwertungsfiducia»¹³⁴, ossia al *pactum de vendenda fiducia*, diretto a garantire il fiduciario rispetto al rischio del minor valore della cosa fiduciata (recupero del *superfluum*).

sarebbe loro spettata se e quando fossero diventati *domini*, su piano del diritto civile. In età classica, la giurisprudenza lo valorizzò sino al punto di considerarlo un rapporto assoluto reale in senso proprio. L'ipotesi tipica ed originaria dell'*in bonis habere* fu costituita dall'alienazione di una *res Mancipi* fatta senza la formalità della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 684 s.

¹³¹ *Infra* cap. I, § 3.

¹³² BISCARDI, *Lezioni ed esercitazioni romanistiche* cit. 67 ss. ritiene che il divieto di Costantino si riferisse non alla *lex commissoria* romana, che lo studioso interpreta in termini di vendita del pegno al creditore previa stima del prezzo (trasferimento ad efficacia relativa), ma ad alcune convenzioni sviluppatasi in Oriente che determinavano la mera ritenzione del pegno (trasferimento ad efficacia assoluta): una sorta di *datio in solutum* del *pignus*, sospensivamente condizionata all'inadempimento, che si effettuava senza una stima del valore. Per la differenza tra obbligazioni alternative e *datio in solutum*, P. COSTA, *Pecunia constituta: ipotesi interpretative*, in *SDHI*. 77/2011, 129 ss.

¹³³ Ossia “decadenza” della *fiducia*, intesa quale obbligo di restituire.

¹³⁴ Ossia “utilizzo, valorizzazione” della *fiducia*.

1.2. Il *pignus datum* ed il *pignus conventum*: dalla *iusta causa traditionis* al divieto del patto commissorio.

L'istituto pignoratizio¹³⁵, nella duplice accezione di *pignus datum* e di *pignus conventum*, consisteva in una dazione¹³⁶ o in una convenzione¹³⁷, intercorsa tra creditore e debitore, e diretta a realizzare la finalità di garanzia evitando il preventivo trasferimento della proprietà della *res*¹³⁸ al creditore.

Diversamente dalla *mancipatio fidi fiduciae causa*, detto rapporto accessorio, datato al II secolo a.C.¹³⁹, subordinava, quindi, la sopportazione del sacrificio gravante in capo al debitore al mancato adempimento dell'obbligazione principale, comportando, nelle forme della *datio pignoris*, la sola perdita del possesso e, nelle dinamiche della *conventio*, la sola compressione della facoltà dominicale di disporre del bene.

La trattazione che segue, tenterà di verificare la possibilità di concepire il *pactum commissorium* accedente al pegno quale *iusta causa traditionis* dei beni conferiti in garanzia, determinante, in conseguenza dell'inadempimento del debitore, l'acquisto del *dominium* o dell'*in bonis habere*, rispettivamente sulle *res nec mancipi* e sulle *res mancipi*.

Evidenziati gli elementi distintivi del patto commissorio rispetto alle convenzioni ad esso analoghe¹⁴⁰ (in D. 13.7.39 ed in C. 8.34(35).1) si tenterà, altresì di analizzare, in riferimento al *pactum vendendi*, i meccanismi di legittimazione del creditore pignoratizio alla vendita del bene.

A tal proposito, interessante la verifica del significato giuridico da attribuire

¹³⁵ Al fine di evitare l'eccessivo sacrificio del fiduciante, il *ius honorarium* accordò tutela giuridica al pegno, istituto già diffuso nella prassi. Si trattava di un rapporto assoluto in senso improprio in forza del quale al creditore era riservata la *possessio ad interdicta* di una *res* del debitore o di un terzo, col diritto, in caso di inadempimento, di soddisfarsi sulla cosa o sul ricavato dalla sua vendita. Sul punto, G. LA PIRA, *La struttura classica del «pignus»*, in *Studi in onore di F. Cammeo* II, Padova 1932; ID., *La struttura classica della «conventio pignoris»*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano 1934, 227 ss.; F. LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di G. Auletta* III, Milano 1988, 59 ss.; GUARINO, *Diritto* cit. 749-751; G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln-Weimar-Wien 2007, 21 ss.

¹³⁶ La pratica del pegno ebbe luogo non dopo il III a.C. e si effettuava con la consegna di una cosa al creditore perché la tenesse fin quando il credito fosse stato soddisfatto. Era quindi un pegno manuale, cfr. MARRONE, *Istituzioni* cit. 377. Per i documenti della prassi testimonianti mutui con *datio pignoris*, G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii* I, Napoli 1992, 165 ss.

¹³⁷ Le prime testimonianze risalgono al II a.C., esso non importava consegna ma solo un patto tra debitore e creditore in base al quale la cosa costituita in pegno rimaneva presso il debitore con l'intesa che il creditore potesse impossessarsene in caso di inadempimento: MARRONE, *Istituzioni* cit. 377.

¹³⁸ *Pignus datum* e *conventum* differivano solo per il modo di costituzione, non anche per l'oggetto. La limitazione del *pignus* alle *res mobiles* e dell'*hypotheca* alle *res immobiles* fu una escogitazione scolastica dell'età tardoantica, cfr. D. 50.16.238.2 (Gai. 6 *ad leg. duod. Tab.*) e I. 4.6.7. La nozione delle istituzioni giustinianee è una deformazione postclassica di quella genuinamente espressa da Ulpiano D.13.7.9.2.

¹³⁹ La data si riferisce al riconoscimento giuridico, avvenuto relativamente tardi, quando già si applicava la *fiducia* a scopo di garanzia reale, tramite la procedura interdittale pretoria, sebbene l'istituto fosse già utilizzato. Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 95.

¹⁴⁰ H. STEINER, *Datio in solutum*, München 1914, 116 ss.; MUSUMECI, *Marciano e gli effetti della 'datio in solutum'* cit. 524.

all'inadempimento del debitore che, per alcuni, sottintenderebbe la "rinuncia alla proprietà", per altri, invece, l'"attribuzione al creditore di un mandato a vendere".

La trattazione terminerà con l'analisi dell'*impetratio dominii* in un arco temporale compreso tra Alessandro Severo e Giustiniano.

In riferimento alla struttura della fattispecie in oggetto, le osservazioni di Gaio e di Ulpiano hanno consentito di definire il *pignus datum*, ossia il così detto "pegno manuale", come la *traditio*¹⁴¹ di una *res nec Mancipi*¹⁴² che il debitore effettuava in favore del creditore¹⁴³.

Si riportano i testi:

D. 50.16.238.2 (Gai. 6 *ad leg. duod. Tab.*) *Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui,*

D. 13.7.9.2 (Ulp. 28 *ad ed.*) *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit ...*

Per ciò che attiene, invece, al suo configurarsi nelle forme di una *conventio*¹⁴⁴, le clausole

¹⁴¹ LA PIRA, *La struttura classica della «conventio pignoris»* cit. 227 ss., ritiene che sia il *pignus datum* sia il *pignus conventum* siano negozi traslativi del possesso e che i compilatori li hanno erroneamente classificati tra le obbligazioni reali e consensuali. In particolare, il pegno manuale andrebbe collocato vicino alla *traditio* con la quale ha un'analogia di struttura e il pegno convenzionale, nonostante l'apparente natura consensuale, andrebbe trattato sempre coi negozi traslativi del possesso anche se l'effetto del trasferimento viene condizionato all'inadempimento del debitore.

¹⁴² In origine il pegno dovette avere ad oggetto esclusivamente le *res nec Mancipi* mobili. Ciò si desumerebbe dal fatto che oggetto della primitiva *fiducia* erano solo *res Mancipi* e che il sorgere accanto ad essa del pegno si spiega con la volontà di introdurre un mezzo idoneo ad offrire in garanzia *res nec Mancipi* che, si suppone, potessero essere in origine solo oggetto di possesso. La necessità che le *res* fossero poi necessariamente mobili si desume, altresì da D. 50.16.238.2 (Gai. 6 *ad leg. duod. Tab.*). Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 145-146.

¹⁴³ FREZZA, *Le garanzie* cit. 82; DE IULIIS, *'Pignus appellatum a pugno'* cit. 245 ss.

¹⁴⁴ Il primo caso di garanzia pignorizia attuata senza trasferimento immediato del possesso si configurò in riferimento agli *invecta et illata* e, precisamente, nel caso dell'oppignoramento, a garanzia del canone dovuto dal locatario di un fondo rustico, degli strumenti da lavoro e degli animali che l'affittuario aveva introdotto sul fondo medesimo. Era, infatti, diffuso l'uso commerciale in base al quale il locatore e il colono, all'atto della conclusione del contratto di affitto, si mettevano d'accordo, affinché gli animali e gli strumenti fossero considerati come un pegno per garantire il pagamento del canone, senza che il conduttore fosse tenuto a trasferire immediatamente il possesso al locatore poiché, diversamente, si sarebbe trovato senza gli strumenti per lavorare il fondo. Anche quando si concludeva un contratto di locazione relativo ad una *habitatio*, le parti usavano pattuire che le suppellettili e gli schiavi (*inducta*) dell'affittuario costituissero una garanzia per il pagamento della pigione. Di qui, l'*interdictum de migrando* che consentiva, appunto, all'inquilino che avesse pagato di portar via i suoi *inducta*. In riferimento agli *invecta et illata*, costituiti in garanzia del pagamento del canone del fondo rustico, le fonti testimoniano invece l'esistenza dell'*interdictum Salvianum* che era però riconosciuto a favore del locatore per evitar, dunque, che il colono inadempiente portasse via dal fondo gli strumenti da lavoro e gli animali. Quest'ultimo interdetto nacque sul modello dell'*actio Serviana*, concessa a tutela del creditore pignorizio per fargli ottenere il possesso delle cose pignorate anche nel caso in cui non fossero più nelle mani del debitore. L'azione, in origine finalizzata al recupero dei soli *invecta et illata*, fu poi riconosciuta a tutela di tutte le *conventiones pignoris* anche se le fonti giustinianee sembrano distinguere tra *actio Serviana* e *quasi Serviana* esperibile, quest'ultima anche a tutela del creditore pignorizio in senso stretto. Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 150-155. In merito all'*actio quasi Serviana*, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 264.

del *de agricultura*¹⁴⁵ di Catone, restituendoci la testimonianza di un vincolo sugli *invecta et illata*¹⁴⁶ costitutivo, seppur con modalità differenti rispetto all'età classica, di un diritto sui beni del debitore senza privarlo del possesso¹⁴⁷, testimoniano la diffusione già al III secolo a.C. sia della *datio* sia della *conventio pignoris*¹⁴⁸:

Cat. *de agr.* 146.5 *Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui usseri, promittito satisque dato arbitrato domini donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt ne quid eorum de fundo deportato si quid deportaverit, domini esto*; 149.7: *Donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt*; 150.6-7: *Conductor duos menses pastorem praebeat. Donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.*

Le fonti pervenuteci, tuttavia, non hanno consentito di specificare le modalità con cui detta finalità di garanzia veniva realizzata, specie nell'età più antica¹⁴⁹, permettendoci di

¹⁴⁵ Sul punto, A. ARCANGELI, *I contratti agrari nel de agricultura di Catone (Prolegomeni)*, in *Studi in memoria di Pier Paolo Zanzucchi*, Milano 1927, 83 ss.; KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht* cit. 143 ss.; P. CUGUSI, M.T. SBLENDORIO CUGUSI, *Introduzione*, in *Opere di Marco Porcio Catone I*, Torino 2001, 65 s.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 357 ss.

¹⁴⁶ MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1247; DERNBURG, *Das Pfandrecht I* cit. 65; ASCOLI, *L'origine dell'ipoteca* cit. 54; SEGRÈ, *Corso* cit. 210-211. Non è mancato però chi ha individuato nel formulario catoniano la testimonianza di una *stipulatio*, e quindi, di un'obbligazione verbale più che di un negozio consensuale. Sul punto, M. SARGENTI, *Il de agricultura di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SDHI*. 22/1956, 158 ss., cfr. Cat. *de agr.* 146.5. Scettico sulla configurabilità di una vendita obbligatoria, L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuale?*, in *Studi in onore di E. Volterra V*, Milano 1971, 39 ss. Sulla configurabilità della vendita consensuale, A. WATSON, *The law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 42. In argomento, M. TALAMANCA, s.v. «*Vendita (dir. rom.)*», in *ED*. XLVI, Milano 1993, 306 ss.; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 249 ss.

¹⁴⁷ KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II* cit. 610; J.E. KUNTZE, *Zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, Leipzig 1893, 25; HERZEN, *Origine de l'hypothèque* cit. 35 ss., reputano che il creditore pignoratizio fosse in realtà in possesso degli *invecta et illata*. Opinione contraria esprimono F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig 1917, 11, nt. 43; MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1246. Per una valutazione della *illatio* come fenomeno intermedio tra *datio* e *conventio*, ossia come introduzione sul fondo del creditore degli *invecta et illata* dei quali il debitore continua a servirsi per le proprie necessità: M.N. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala 1910, 136, nt. 10.

¹⁴⁸ La presenza in alcuni testi del termine *hypotecha*, unitamente alla diffusione di altri vocaboli greci, come *hyperocha*, lascerebbe supporre che il pegno convenzionale fu introdotto per effetto dell'influenza ellenistica. Tuttavia, la relativa tarda apparizione del termine *hypotecha*, presente in un testo di Giuliano, cfr. D. 41.3.33.4 (*Iul. 44 dig.*), mostra l'inconsistenza di questa tesi.

¹⁴⁹ Per quanto concerne la datazione dell'istituto, non vi è dubbio che il termine *pignus* sia molto arcaico. Se si volesse definire l'età della fattispecie in riferimento alla storia della parola, assai indicativo sarebbe Fest. *De verb. sign.* L.213: *Pignosa pignora eo modo quo Valesii Auselii pinosi palisi dicebantur*. L'autore, attestando in questo testo l'originaria fisiologia della parole prima dell'affermarsi del rotacismo (e quindi prima della trasformazione del suono "s" in "r", consente di contestualizzare la parola "pignosa=pignora" prima di detto fenomeno linguistico, a sua volta risalente al IV secolo a.C. Ciò significherebbe che l'istituto pignoratizio era già diffuso in un periodo anteriore. Inoltre, sempre Festo, (*De verb. sign.* L.166): *Nancitor in XII nactus erit, prenderit. Item in foedere Latino: "pecuniam quis sancito, habeto" et "si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto"*, accostando il termine *pignus* alla parola arcaica *sancito*, segnalata in due documenti risalenti al V secolo a.C., quali: le XII Tavole e il *Foedus Latinum (Cassianum)*, conferma oltremodo questa

ricostruire con un buon grado di certezza solo il periodo compreso tra la fine del III secolo a.C. e l'età giustiniana.

Parte degli studiosi¹⁵⁰ ha ipotizzato che, in origine, la garanzia pignorizia si realizzasse attraverso l'effetto commissorio, nel senso che, rimasta inadempita l'obbligazione principale, il creditore poteva appropriarsi¹⁵¹ definitivamente della *res*, dando luogo ad una forma di soddisfazione diretta.

Altri¹⁵², invece, prendendo in considerazione le testimonianze gaiane¹⁵³ che, in tema di *legis actio per pignoris capionem*¹⁵⁴, attestano la necessità che il credito insoluto fosse equivalente ai beni pignorati, sostengono che l'ipotesi del primitivo effetto commissorio dell'istituto non sia plausibile, se non in considerazione dell'assoluta corrispondenza tra il valore del pegno e l'ammontare del mutuo.

Tuttavia, la consapevolezza¹⁵⁵ che le garanzie reali costituite in favore dello Stato¹⁵⁶ conducevano in ogni caso alla vendita del cespite, ha indotto a sostenere che il regime commissorio, tanto nella *fiducia* quanto nel pegno, si instaurasse unicamente attraverso un'espressa pattuizione.

Altrettanto discussa in dottrina è stata la natura giuridica del pegno e la sua

supposizione. Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 137-138. A proposito del rotacismo e della sua datazione, F. D'IPPOLITO, *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Roma-Bari 1986, 56 ss.

¹⁵⁰ MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1248, parla, in particolare di “*Verfallpfand*”. Qualche incertezza esprimono: RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen* cit. 90 ss.; EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam* cit. 12 ss.; BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht* cit. 139 ss.; M. BRAUKMANN, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008, 118 ss.; di opinione contraria, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 96, seppur attribuisca questa particolare modalità soddisfattoria al primitivo istituto pignorizio, non ancora tutelato dal pretore che, successivamente, avrebbe eliminato l'effetto commissorio circoscrivendolo ai soli casi di esplicita pattuizione tra le parti; P. KOSCHAKER, *Recensione* a P. NOAILLES, *I. Nexum; II. Vindicta*, in *ZSS.* 63/1943, 461, che nega l'idea anche in caso di piena rispondenza tra il valore della *res* e l'ammontare del credito garantito poiché, in questo caso, si configurerebbe una vendita con patto di riscatto e l'adempimento dell'obbligazione principale di mutuo sarebbe un onere e non un obbligo.

¹⁵¹ Cfr. Cato. *de agr.* 146.2: *Ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit, domini esto.*

¹⁵² FREZZA, *Le garanzie* cit. 82 ss.

¹⁵³ Gai 4.26-28, 32.

¹⁵⁴ Procedura esecutiva basata sull'esercizio di un'azione di legge “per rivalsa”, praticata solo per i crediti incontestabili di carattere pubblicistico e consistente nel prendere una cosa mobile dell'*obligatus*, anche non *in iure* e anche in *dies non fasti* a titolo di soddisfazione diretta del credito, accompagnando l'impossessamento con la pronuncia di una formula solenne rimasta però sconosciuta. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 183; G. PUGLIESE, *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei pubblicani e Gai IV.32*, in *Collatio Iuris Romani. Études H. Ankum II*, Amsterdam 1995, 415 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lex portus Asiae. Un nuovo documento sull'appalto delle imposte*, in *I rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli 1997, 115 ss.; L. MAGANZANI, *I poteri di autotutela dei pubblicani nel Monumentum Ephesenum*, in *Min. Ep. Pap.* 3/2000, 129 ss.; EAD., *La pignoris capio dei pubblicani dopo il declino delle legis actiones*, in *Cunabula iuris. Scritti storico-giuridici per G. Brogini*, Milano 2002, 175 ss.

¹⁵⁵ La ricostruzione poggia sulla presunzione, non supportata dalle fonti, di poter ricostruire il funzionamento degli istituti giuridici, propri delle comunità primitive, sulle base delle istituzioni dell'economia pubblica.

¹⁵⁶ Il riferimento è alla *pignoris capio* e alla *cautio praediisque*.

configurabilità in termini di contratto reale¹⁵⁷ nonché di diritto assoluto in senso improprio.

Sul primo punto, gli studiosi si sono divisi intorno alla possibilità di ricomprendere nella categoria classica dei contratti reali, dei quali l'unico esempio annoverato nelle Istituzioni gaiane¹⁵⁸ è il mutuo¹⁵⁹, anche il comodato, il deposito ed il pegno¹⁶⁰, ossia istituti rispetto ai quali la consegna non determinava il trasferimento della proprietà ma solo della *possessio pro alieno*¹⁶¹.

La disputa, ormai superata, riguardava anche la configurabilità del pegno in termini di *ius in re aliena* in considerazione del diverso contenuto di detto istituto di garanzia rispetto agli altri diritti reali in senso improprio¹⁶².

Gaio¹⁶³, avvicinando la condizione del creditore pignoratorio a quella dell'usufruttuario, sembrerebbe, però, confermare che i classici, sebbene non pervennero mai alla costruzione di un'unica categoria di diritti reali in senso improprio, riconobbero¹⁶⁴, comunque, natura di *ius in*

¹⁵⁷ Parte della dottrina, ritenendo che i contratti siano propriamente solo quelli caratterizzati dal *synallagma* (D. 50.16.19) ha escluso dalla categoria le *obligationes re contractae*. Sul punto, A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, in *SDHI*. 19/1953, 199-200. Di diversa opinione, VOCI, *La dottrina romana* cit. 70 ss.; BIONDI, *Contratto e stipulatio* cit. 58 ss.

¹⁵⁸ G. NICOSIA, *Institutiones iuris romani: passi scelti delle istituzioni di Gaio integrati con passi delle istituzioni di Giustiniano*, Catania 1985, 15 ss.; R. QUADRATO, *Le institutiones nell'insegnamento di Gaio: omissioni e rinvii*, Napoli 1988, 20 ss.

¹⁵⁹ Gai 3.90.

¹⁶⁰ D. 44.7.1.2-6 (Gai. 2 *aur.*); I. 3.14.2-4.

¹⁶¹ La questione nasce dalla considerazione che nelle *res cottidianae*, la categoria dei contratti reali risulti ampliata, fino a ricomprendere il comodato, il deposito e il pegno. In argomento, MASCHI, *La categoria dei contratti reali* cit. 100 ss. In particolare, FREZZA, *Le garanzie* cit. 93, reputa che il riferimento alle obbligazioni *re contractae* presente nelle *res cottidianae* non sia gaiano. Per quanto attiene, in particolare, al pegno lo studioso ipotizza che la sua natura composita, in parte reale, in parte consensuale, a seconda che la fattispecie si costituisse con la *datio* o con la *conventio*, indusse Gaio a non menzionare l'istituto in un manuale di scuola quale le Istituzioni, mentre, invece, i giuristi tardoantichi, tra cui il compilatore delle *res cottidianae*, avendo ormai chiara la distinzione tra le due tipologie di contratti, ricompresero tra le obbligazioni reali il *pignus*, sottintendendo però il solo "*pignus datum*". Per una disamina più approfondita, si rinvia a FREZZA, *Le garanzie* cit. 89-96, cfr. D. 13.7.1 pr. (Ulp. 40 *ad. Sab.*): *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*; D. 20.1.23.1 (Mod. 3 *reg.*): *Pignoris obligatio etiam inter absente reste ex contractu obligatur...* (in riferimento alla possibilità di concludere le obbligazioni consensuali tra assenti di cui in Gai 3.126). Sul punto, anche due costituzioni degli imperatori Severo e Caracalla del 208 d.C.: C. 8.16(17).2 e 8.25(26).2. Di diversa opinione, LA PIRA, *La struttura classica della «conventio pignoris»* cit. 228, secondo il quale entrambe le tipologie di pegno sarebbero negozi traslativi e non obbligatori. Lo studioso sottolinea, infatti, che la nozione classica di contratto presuppone l'accordo e la causa obbligatoria e che quest'ultima mancherebbe nel pegno rispetto al quale le parti non vogliono creare un vincolo obbligatorio tra di esse ma solo su una cosa. Poiché l'effetto obbligatorio riguarda una cosa, il pegno dev'essere accostato ai negozi traslativi costitutivi di diritti reali (*traditio, mancipatio, in iure cessio*). In argomento anche C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008.

¹⁶² DERNBURG, *Das Pfandrecht I* cit. 104 ss., dopo aver osservato la diversa natura del diritto reale di garanzia rispetto al diritto reale di godimento, ha osservato che il carattere reale del primo si manifesta nella possibilità per il creditore di servirsi del valore della cosa per soddisfarsi del suo credito e nella priorità che detto diritto acquista rispetto ad altri diritti reali di garanzia costituiti successivamente sopra la medesima cosa.

¹⁶³ D. 9.4.30 (Gai. 39.2.19 pr. *ad ed. praet. urb.*), D. 39.2.15.25 (Ulp. 53 *ad ed.*)

¹⁶⁴ Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 165-166, riconosce in età classica la sola configurabilità della *conventio pignoris* in termini di diritto reale. Ciò a partire dall'osservazione che, inizialmente l'*actio Serviana* era esperibile solo per il recupero degli *invecta et illata* e, quindi, solo in favore del titolare del fondo il cui canone non fosse stato adempiuto. Essendo riconosciuta, infatti, al creditore pignoratorio in senso stretto (ossia titolare di un pegno manuale), solo la tutela interdittale, e non anche l'esercizio di un'*actio in rem*, lo studioso afferma dunque che, almeno fino alla parificazione

re aliena al diritto del creditore pignoratizio.

Veniamo ora al *pactum commissorium* pignoratizio la cui ricostruzione, così come per l'analoga clausola annessa alla *fiducia*, è in dottrina ampiamente controversa e discussa¹⁶⁵.

La principale difficoltà evidenziata dagli studiosi attiene all'individuazione delle modalità con cui un patto con efficacia reale, ossia determinante il trasferimento in proprietà della garanzia, si sia potuto adattare alla fisionomia dell'istituto pignoratizio che, diversamente dalla *fiducia*, aveva una natura indubbiamente, possessoria.

Parte della dottrina¹⁶⁶, a tal fine, ha attribuito al trasferimento della proprietà sulla *res* pignorata, in quanto conseguente al mancato adempimento dell'obbligazione principale, valore di penalità.

Tuttavia, una simile ricostruzione, basata su un'abnorme estensione di principi di matrice pubblicistica¹⁶⁷ al settore privato, si scontra con la difficoltà di costituire in capo al creditore un adeguato titolo di proprietà, specie in riferimento alle *res mancipi*.

E, in effetti, che il creditore non fosse proprietario delle *res* pignorate è testimoniato anche dall'impossibilità di trasferirne il *dominium* a terzi, in esecuzione di un patto di vendita¹⁶⁸.

Altri studiosi hanno, quindi, ipotizzato che la *lex commissoria*, concepita in termini di condizione sospensiva, operasse, *si ad diem pecunia soluta non sit*, una vera e propria modifica della natura¹⁶⁹ possessoria della fattispecie poiché, al verificarsi dell'inadempimento, la proprietà

giustiniana solo la *conventio pignoris* fosse concepita in termini di diritto reale. Tuttavia, il fatto che il creditore ipotecario avesse la sola disponibilità giuridica del bene e che, per effetto dell'inadempimento, ricevesse solo il possesso, e non anche il *dominium*, al pari quindi del creditore pignoratizio in senso stretto, lo induce ad interrogarsi sulla natura di questo diritto reale.

¹⁶⁵ La mancata ricezione della clausola commissoria nella compilazione giustiniana, cagionata dal divieto sancito dall'imperatore Costantino nell'anno 326 d.C., cfr. C. 8.34(35).3 = CTh. 3.2.1: *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum aboleri...*, ha occasionato in dottrina la diffusione di diverse ricostruzioni. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 576, ritiene che la *lex commissoria* del pegno e dell'*emptio venditio* fosse il medesimo istituto prestato a settori diversi, rispettivamente alle garanzie reali e alla compravendita. L'osservazione muove dall'anomalia di un patto ad efficacia reale, quale appunto la *lex commissoria*, nonché dal fatto che di essa vi sia menzione in luoghi relativi alla compravendita, compreso il divieto del patto commissorio: *de commissoria rescindenda*, contenuto nei titoli *de contrahenda emptio*. Sui problemi connessi alla datazione e alla portata del divieto del patto commissorio, A. CENDERELLI, *Divieto della «Lex commissoria»: principio generale o regola occasionale?*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 Aprile 1987 I, Milano 1988, 245; anche in *Scritti Romanistici* (cur. C. Buzzacchi), Milano 2011, *infra*, cap. III, § 1.

¹⁶⁶ Per tutti, MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1270.

¹⁶⁷ La ricostruzione, infatti, prende spunto dal regime dei *commissa*, ossia di un determinato complesso di beni che, per effetto del mancato pagamento di una gabella o di un dazio, divenivano proprietà dell'incaricato alla riscossione. Sul punto, P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 136 ss.

¹⁶⁸ Chi acquistava una *res mancipi* dal creditore pignoratizio riceveva solo l'*in bonis habere*: v. BURDESE, *Lex commissoria* cit. 111.

¹⁶⁹ Il pegno con patto commissorio sembrerebbe più simile ad una *traditio* condizionata. Sul punto, P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura* 38/1987, 72 ss., secondo il quale al passaggio immediato del possesso seguirebbe, per effetto dell'inadempimento del debitore, un mutamento dell'*animus* del detentore che, col permesso del proprietario, comincerebbe a possedere *nomine proprio* (quindi ci sarebbe una *traditio brevi manu*). Di diversa opinione BURDESE, *Lex commissoria* cit. 122, nt. 1, il quale, giustamente, obietta che in questo modo il verificarsi dell'effetto reale si farebbe dipendere dalla volontà del debitore; invece, essendo la *lex commissoria* prevista

del bene pignorato, di cui si aveva il solo possesso, passava (*solvendi causa*) al creditore.

La soddisfazione del credito garantito rappresentava, quindi, la *iusta causa traditionis*¹⁷⁰ idonea a costituire, al mancato pagamento dell'obbligazione, il *dominium ex iure Quiritium* sulle *res nec Mancipi* e l'*in bonis habere* sulle *res Mancipi*¹⁷¹ del debitore.

Per quanto riguarda il *pignus conventum*, in cui all'atto della costituzione della garanzia, mancava la *datio rei*, il creditore insoddisfatto doveva prima ottenere il possesso del bene, ricevendolo spontaneamente dal debitore o previo ricorso ad uno strumento di tutela processuale¹⁷², e la consegna, supportata da una *iusta causa* quale, appunto, la soddisfazione del credito rimasto insoluto, comportava, al pari del *pignus datum*, l'acquisto del *dominium* o dell'*in bonis habere*.

È da reputare, tuttavia, che il trasferimento della proprietà al creditore per effetto della *lex commissoria* fosse configurabile, in riferimento al pegno convenzionale, soltanto nel caso in cui il creditore riuscisse ad ottenere il bene dal debitore poiché, in caso di condanna, la soddisfazione sarebbe avvenuta sulla somma liquidata a titolo di *litis aestimatio*¹⁷³.

In riferimento a quest'ultima, e alla *conventio pignoris*, si potrebbe ipotizzare che la giurisprudenza romana sia giunta in età classica a considerare equivalente alla *traditio* la presa di possesso *sine vitio* accompagnata da una *iusta causa*¹⁷⁴ così che, anche in assenza di una

nell'interesse del creditore, solo a quest'ultimo poteva riconoscersi la possibilità di scegliere se rifarsi sul bene pignorato o se esercitare l'*actio crediti*.

¹⁷⁰ NASSER OLEA, *Asimilaciones* cit. 146; D. PUGSLEY, *Was iusta causa necessary for traditio in Roman Law?*, in *Americans are aliens and other essays on Roman Law*, Exeter 1989, 27; L. LABRUNA, *Tradere ed altri studii*, Napoli 1998, 37 ss.; ID., *Evolución social y cambios jurídicos en la circulación de los bienes desde la edad arcaica al final de la República*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 9-10/1998-99, 321 ss.; O. BEHREND, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 9-10/1998-99, 133; R. LAMBERTINI, *In tema di iusta causa traditionis*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna IV*, Napoli 2007, 2745 ss.

¹⁷¹ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 113. Lo studioso prende in riferimento la *lex commissoria* della *emptio venditio*, *si ad diem pecunia soluta sit*, che la dottrina sabiniana ricostruisce, appunto, come negozio sospensivamente condizionato. Solo al verificarsi della condizione si determinerà l'effetto traslativo in virtù del quale, il compratore acquisterà la proprietà sulle *res nec Mancipi* e l'*in bonis habere* sulle *res Mancipi*. Cfr. anche WIEACKER, *Lex commissoria* cit. 27 ss., secondo cui, *pendente condicione*, non esisterebbe neppure la causa, data l'inesistenza attuale dell'obbligo, del contratto di compravendita.

¹⁷² A seconda dei casi, l'*interdictum Salvianum*, l'*actio Serviana*, l'*actio quasi Serviana* o *pigneraticia in rem*.

¹⁷³ In questo caso, l'acquisto della proprietà in capo al creditore pignoratizio avverrebbe per effetto della *litis aestimatio* traslativa del *dominium* sulle *res nec Mancipi* e dell'*in bonis habere* sulle *res Mancipi*; cfr. E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per «litis aestimatio» nel processo civile romano*, Milano 1934, 3 ss. Sulle modalità di computo della *litis aestimatio*, a proposito dell'*actio Serviana*, M. KASER, *Quanti ea res est*, München 1935, 75 ss.; ID., *Die Interesseberechnung bei der Vindicatio pignoris*, in *Iura* 18/1967, 1 ss.; F. WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 179 ss.; M. DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*. 51/2006, 43 ss.

¹⁷⁴ Cfr. D. 21.3.1.5 (Ulp. 76 ad ed.). Anche se D. 41.2.5 (Paul. 63 ad ed.) sembra in contrasto con quanto sostenuto da Ulpiano secondo cui il compratore che avesse conseguito la *res* senza che il venditore gliela consegnasse, poteva opporsi alla *rei vindicatio* con l'*exceptio rei venditae et traditae* salvo la sussistenza di una *iusta causa* a fondamento dell'azione del venditore. Paolo, invece, sostiene che un possesso conseguito dal compratore senza che il venditore gli consegnasse volontariamente la *res* è analogo a quello del ladro. Sul punto, E. BETTI, *Sulla «exceptio rei venditae et*

volontaria consegna della *res* da parte del debitore, il creditore, ottenuto il possesso, diventava ugualmente proprietario.

La volontà del trasferimento della proprietà, in questi casi, si individuava in quel comportamento di rinuncia del debitore dal quale emergeva la sua intenzione di disfarsi eventualmente della *res*, senza che questi fosse poi tenuto a partecipare necessariamente al successivo negozio traslativo¹⁷⁵ surrogato, appunto, da una semplice presa di possesso da parte del creditore.

La modifica del rapporto pignoratorio e, quindi, la *traditio* in proprietà della *res*, legittimata dalla *causa solvendi* dipendeva, pertanto, dall'inadempimento del debitore nonché, dalla volontà del creditore di volerne profittare.

Quest'ultimo, infatti, così come per la *fiducia*, aveva la facoltà, e non l'obbligo, di esercitare la *lex commissoria* poiché posta in suo favore¹⁷⁶, potendo in alternativa agire per la restituzione del credito.

Il verificarsi dell'effetto traslativo era, quindi, rimesso alla libera scelta delle parti il cui comportamento consentiva al creditore di continuare a possedere *iure domini* quanto posseduto *iure pignoris* o al debitore di recuperare il possesso della *res* restituendo il mutuo.

In riferimento alla *datio* immediatamente traslativa e all'affermarsi dell'elemento consensualistico anche nelle obbligazioni *re contractae*, Saccoccio¹⁷⁷, da ultimo, ha sostenuto la rilevanza della volontà dei contraenti per la modifica della *causa retinendi*.

L'apparente alternatività tra le prestazioni dovute al creditore, ha indotto inoltre Mitteis¹⁷⁸ a configurare la *lex commissoria pignoris* come una forma di *datio in solutum*¹⁷⁹ poiché l'interversione del titolo del possesso, e la soddisfazione diretta del creditore che riceveva la *res* in proprietà, si prestavano a configurare, analogamente alla "dazione in pagamento", una causa di estinzione¹⁸⁰ dell'obbligazione principale.

traditae», in *Scritti giuridici varii* II, Torino 1926, 457, nt. 1; ID., *Sul carattere causale della traditio classica*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono* IV, Palermo 1936, 118 ss., ha riconosciuto interpolato il frammento ulpiano perché in un sistema di diritto così rispettoso della volontà del privato come quello romano, una simile soluzione non sarebbe stata concepibile.

¹⁷⁵ Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 115.

¹⁷⁶ Si rinvia, sul punto, a quanto detto a proposito della *fiducia*. Si veda anche DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 276. Di opinione contraria, L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, Halle 1913, 9 ss. e 76 ss.

¹⁷⁷ A. SACCOCCIO, *Si certum petetur: dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Milano 2002, cfr. D 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*) e D. 12.4.15 (Pomp. 22 *ad Sab.*).

¹⁷⁸ L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891 (rist. 1935), 441. Di diversa opinione NABER, *Observatiunculae de iure Romano. De lege commissoria* cit. 82, nt. 3.

¹⁷⁹ Gai 3.168; C. 8.13(14).13 (a. 293); C. 4.51.4 (a.294); D. 46.3.45 pr.: cfr. GUARINO, *Diritto* cit. 804-805; STEINER, *Datio in solutum* cit. 116 ss.; E. NARDI, *Radiografia dell'«aliud pro alio consentiente domino in solutum dare»*, in *BIDR.* 73/1970, 65 ss.; A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente domino in solutum dare*, Milano 2008.

¹⁸⁰ Per quanto riguarda la *datio in solutum* come causa di estinzione dell'obbligazione, i Sabiniani e i Proculiani sostenevano opinioni diverse. Per i primi, la *datio in solutum* estingueva *ipso iure* l'obbligazione, mentre per i secondi

In effetti, la *datio in solutum*, ossia l'esecuzione di una prestazione in luogo di quella pattuita, *aliud pro alio solvere*, poteva essere posta in essere unicamente col consenso¹⁸¹ del creditore.

Ciò significa che il creditore aveva la facoltà di rifiutare l'esecuzione di una prestazione diversa o parziale senza cadere in *mora accipiendi* e anche il trasferimento in proprietà del bene pignorato, per effetto dell'inadempimento del debitore, era rimesso alla sua libera scelta potendo, in alternativa al patto commissorio, esercitare l'*actio crediti*.

Tuttavia, la ritenzione in proprietà del bene per effetto di detto patto, diversamente dalla *datio in solutum*, era una conseguenza già concordata al momento della costituzione del vincolo pignoratizio, sebbene sospensivamente condizionata alla mancata esecuzione della prestazione dovuta.

Storicamente, quindi, le due fattispecie si presentano come istituti ben distinti seppur, dal punto di vista logico, la *lex commissoria* pignoratizia si configuri come un accordo tra debitore e creditore, diretto ad attribuire alla dazione delle cose pignorate valore di adempimento¹⁸².

Altro strumento atto ad assicurare la soddisfazione del creditore che, come la *lex commissoria*, cominciò ad utilizzarsi a partire dalla tarda età repubblicana¹⁸³, era il *pactum vendendi*¹⁸⁴, inteso come *distractio pignoris*¹⁸⁵, ossia come facoltà del creditore di soddisfarsi, nel caso in cui il debitore non avesse adempiuto all'obbligazione principale, sulla somma ricavata dalla vendita della garanzia.

La dottrina è discordante sulla ricostruzione dell'istituto nonché sull'individuazione dei principi fondanti la facoltà creditoria di distrarre il pegno.

Diversamente dal fiduciario, infatti, il creditore pignoratizio era un mero possessore della *res* ricevuta in garanzia di cui rimaneva proprietario il debitore e, di conseguenza, l'alienazione del pegno avrebbe contrastato coi principi generali del diritto.

l'estinzione operava solo *ope exceptionis*, ossia solo se opposta come eccezione davanti al magistrato in seguito alla richiesta di adempimento del creditore. L'opinione dei Sabiniani fu poi recepita e generalizzata da Giustiniano, cfr. I. 3.29. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 805; TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 639; MARRONE, *Istituzioni* cit. 517; BRAUKMANN, *Pignus* cit. 120.

¹⁸¹ In età giustiniana, in ragione delle difficili condizioni economiche del tempo, si giunse, tuttavia, a distinguere tra *datio in solutum* volontaria, per la quale necessario era il consenso del creditore, e *datio in solutum* necessaria, da esso prescindente, e consistente nella possibilità del debitore che non riuscisse a pagare un debito o a vendere una proprietà per soddisfare col ricavato il creditore, di cedere a quest'ultimo il bene stesso. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 805.

¹⁸² BURDESE, *Lex commissoria* cit. 126 ss.

¹⁸³ D. 47.10.15.32 (Ulp. 77 *ad ed.*) in cui il giurista severiano richiama a proposito del *ius vendendi* un'opinione di Sulpicio Rufo. Sul punto, MARRONE, *Istituzioni* cit. 381.

¹⁸⁴ La prima menzione della convenzione, testimoniata in D. 47.10.15.32 (Ulp. 77 *ad ed.*), risalirebbe al giurista Servio: *Item si quis pignus proscrisperit venditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa, Servius ait iniurarum agi posse*. Testimonianza di una *datio pignoris cum pactione de pignore vendendo* è data da un documento risalente al 40, cfr. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* cit. 181 ss.

¹⁸⁵ F. MESSINA-VITRANO, *Per la storia del «ius distrahendi» nel pegno*, Palermo 1910, 6 ss.; U. RATTI, *Sul «ius vendendi» del creditore pignoratizio*, in *Studi Urbinati* 1/1927, 35 ; DEVILLA, *L'«ius distrahendi»* cit. 40.

Burdese¹⁸⁶, in particolare, ha ipotizzato che la convenzione di vendita si sia modellata sull'esempio del regime fiduciario per consentire la comparazione tra il valore della cosa pignorata e l'ammontare del credito garantito, configurandosi dapprima nelle forme di un esplicito *pactum vendendi*¹⁸⁷, alternativo alla *lex commissoria*, e, in seguito all'introduzione del divieto costantiniano, come uno *ius tacito* connaturato al pegno¹⁸⁸.

Sull'antiorità o posteriorità di detta convenzione alla *lex commissoria*, lo studioso è incerto. Sull'esempio della *fiducia*, e considerata la funzione del *pactum vendendi* che consentiva di mitigare la condizione debitoria, giunge, tuttavia, a concepirlo come frutto di un'elaborazione successiva finalizzata a stemperare i drastici effetti del patto commissorio.

Per quanto concerne la facoltà *distrahendi* del creditore, Manigk¹⁸⁹, in particolare, ne individua il fondamento nell'acquisto del *dominium* o dell'*in bonis habere* conseguente all'inadempimento del debitore.

Per lo studioso, infatti, rimasta insoluta l'obbligazione principale, il creditore poteva soddisfarsi sul pegno, probabilmente sulla base di quella *iusta causa traditionis*, quale appunto la *causa solvendi*, che infondeva retroattivamente efficacia traslativa alla *datio pignoris*.

L'elaborazione del *pactum vendendi* sarebbe per l'autore successiva alla configurazione del *pignus* in termini di "diritto su cosa altrui", riconosciutasi con l'affermarsi dell'*actio quasi Serviana in rem*¹⁹⁰.

Già in età classica¹⁹¹ - sostiene Manigk - il *ius distrahendi* si sarebbe, quindi, imposto quale effetto naturale del pegno, indipendentemente da un'esplicita pattuizione, con la conseguente necessità di escludere, qualora le parti non volessero pervenire alla vendita, la facoltà *distrahendi* con un apposito *pactum de non distrahendo pignore*¹⁹².

¹⁸⁶ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 131 ss.

¹⁸⁷ Tuttavia non testimoniato in D. 47.10.15.32 (Ulp. 77 *ad ed.*).

¹⁸⁸ Conformemente anche MARRONE, *Istituzioni* cit. 381, secondo cui solo quando il patto commissorio fu vietato, quindi al IV secolo d.C., il *ius vendendi* divenne un effetto naturale del pegno, senza necessità di pattuizione; GUARINO, *Diritto* cit. 758.

¹⁸⁹ MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1248.

¹⁹⁰ Anche detta *actio pigneraticia in rem*. Era un'estensione in via utile dell'*actio Serviana*, concessa a tutti i creditori pignorati contro chiunque si impossessasse della cosa oppignorata loro spettante. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 761.

¹⁹¹ Sulla classicità del *ius vendendi* tacito, anche GUARINO, *Diritto* cit. 758, secondo cui, solo quando il patto commissorio fu vietato, il *ius vendendi* divenne un effetto naturale del pegno non più concorrente col *ius retinendi*, ossia con la possibilità di ritenere il pegno in proprietà. Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 160, data, invece, al III secolo a.C. il manifestarsi della facoltà *distrahendi* tacita, cfr. D. 13.7.4 (Ulp. 41 *ad Sab.*) da cui si evincerebbe l'opinione di Ulpiano secondo il quale la facoltà di vendere era sempre riconosciuta al creditore, salvo espressa pattuizione in senso contrario; in tal caso, infatti, per neutralizzare il *pactum de non vendendo*, occorreva procedere preventivamente a tre denunce.

¹⁹² S. NEBELUNG, *Das vertragmäßige Zurückbehaltungsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Breslau 1926, attribuisce all'esclusione della facoltà di vendere la forza di trasformare il pegno in una ritenzione convenzionale, ossia in un pegno modificato, senza diritto di vendere. Conformemente, P. LABAND, *Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht*, in *ZHR.* 9/1866, 225 ss.; V. CHESSA, *Contributo alla teoria del «ius retentionis» del possessore di*

Tuttavia, alcuni passi dei *Digesta*¹⁹³, testimonianti la necessità del patto espresso anche per il periodo classico, hanno indotto Ratti¹⁹⁴ a sostenere che il *ius vendendi* tacito si fosse configurato in realtà solo in epoca tardoantica e ad ipotizzare l'interpolazione di tutti i frammenti¹⁹⁵ che lo collocano in un periodo precedente.

Per Burdese¹⁹⁶, la tesi del Ratti non ha appigli sicuri e si scontra con alcuni luoghi del Digesto¹⁹⁷ che hanno restituito prova dell'indipendenza del *ius distrahendi* da un'espressa pattuizione prima dell'età tardoantica.

Per quanto attiene alla facoltà di alienare riconosciuta al creditore pignoratizio, De Francisci¹⁹⁸ ne individua il fondamento in un comportamento concludente di rinuncia al dominio posto in essere dal debitore con il protrarsi dell'inadempimento oltre i termini della diffida¹⁹⁹ ad

buona fede per le spese utili nel diritto romano, in *Il Filangieri* 31/1906, 561. Per E. NARDI, *Ritenzione e pegno Gordiano*, Milano 1939, 86 ss., invece, l'autorizzazione a vendere o l'esclusione di detta facoltà non valevano a qualificare la distinzione tra pegno e ritenzione poiché per l'autore detta distinzione si fonda sulla natura convenzionale o giudiziale. La ritenzione convenzionale, dunque, altro non sarebbe se non un pegno, cfr. C. 8.26(27).1.2, distinguendosi dalla ritenzione legale basata invece sull'esercizio di un'*exceptio doli* e finalizzata a trattenere la *res* pignorata anche oltre l'adempimento dei debiti garantiti, fino al pagamento dei debiti chirografari e/o delle spese sostenute, cfr. D. 6.1.27.5 (Paul. 21 *ad ed.*).

¹⁹³ D. 20.1.35 (*Labeo 1 pith. a Paul. epit.*); D. 20.3.3 (Paul. 3 *quaest.*); D. 20.5.3 pr. (Pap. 3 *resp.*); D. 47.2.74 (Iav. 15 *ex Cass.*).

¹⁹⁴ RATTI, *Sul «ius vendendi»* cit. 35, ha ipotizzato che i passi in esame fossero originariamente relativi alla *fiducia* rispetto alla quale, essendo il creditore fiduciario già proprietario della *res*, era insito un diritto di vendere. *Contra* BURDESE, *Lex commissoria* cit. 141, nt. 5, secondo cui già nel periodo dei Severi il *ius vendendi* era diventato un effetto naturale della *fiducia*. P.P. ZANZUCCHI, *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione*, in *AG*. 72/1904, 177 ss. come Ratti data all'inizio del periodo tardoantico la concezione del *ius distrahendi* in termini di effetto naturale del pegno; conformemente anche BISCARDI, *Appunti* cit. 168

¹⁹⁵ Gai 2.64; D. 13.7.5. (Pomp. 19 *ad Sab.*); D. 19.1.11.16 (Ulp. 32 *ad ed.*).

¹⁹⁶ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 142-153, secondo il quale fino all'epoca dei Severi era necessario ricorrere ad un espresso patto di vendita ma nei passi di Ulpiano e Papiniano, cfr. D. 10.3.6.8 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 20.4.3.2 (Pap. 11 *resp.*); D. 27.9.7.1 (Ulp. 35 *ad ed.*) si percepisce che la situazione era matura per concepire il *ius distrahendi* come facoltà tacitamente inerente al diritto del creditore sul pegno

¹⁹⁷ D. 10.3.6.8 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividendo iudicio, sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adiudicatus fuerit: nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividendo hoc minoris partem aestimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait*; in cui il patto è menzionato richiamando una decisione di Giuliano che conferma la preminenza del *ius alienandi*; D. 20.4.3.2 (Pap. 11 *resp.*): *Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intellegi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potioem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare*. In cui il *ius vendendi* è visto come facoltà essenziale consessa al creditore col negozio pignoratizio; D. 27.9.7.1 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Si pupillus dedit pignori ex permissu praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienato possit impedire sed dicendum est posse creditorem ius suum exsequi: tutius tamen fecerit, si prius pretore adierit*; che nonostante i dubbi circa l'autorizzazione del pretore, lascia propendere per l'indipendenza del diritto di vendere da un apposito patto.

¹⁹⁸ DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit. 256 ss.

¹⁹⁹ La necessità della diffida, quale atto prodromico alle operazioni di vendita, è testimoniata in C. 8.27(28).4 relativamente al dovere del creditore di *agere ex fide bona*, nonché in C. 8.27(28).9 a proposito del *sollemniter vendere*. In PS. 2.5.1, conservato nella *lex Romana Wisigothorum*, addirittura si menziona la necessità di porre in essere tre denunce qualora non fosse stato concluso un esplicito patto di vendita: *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur*. Le fonti classiche, tuttavia, non contengono traccia delle tre denunce che compaiono in D. 13.7.4 (Ulp. 41 *ad Sab.*) con lo scopo, però, di neutralizzare un *pactum de non vendendo*. Sul fondamento della *denuntiatio* quale atto prodromico al legittimo

adempiere intimatagli dal creditore.

Lo studioso riconosce, quindi, nella mancata ottemperanza alla *denuntiatio* del creditore l'elemento essenziale della fattispecie, dalla quale si evince la volontà del debitore di privarsi della *res* trasferendone la titolarità a terzi.

Burdese²⁰⁰, tuttavia, sottolineando l'impossibilità per il creditore di procedere alla vendita con un atto solenne di trasferimento del *dominium*²⁰¹, dubita che il perpetrarsi dell'inadempimento del debitore oltre la diffida possa configurare - così come sostenuto da De Francisci - un modo di acquisto della proprietà in suo favore.

L'inadempimento, infatti, non sempre sottintende l'intenzione di rinunciare al dominio sulla cosa pignorata, tanto è vero che anche nell'ipotesi in cui *debitor interdicit ne venditio perficiatur*²⁰² e quindi, anche nel caso in cui il debitore avesse esternato la contraria volontà di non volersene privare, l'acquirente dal creditore avrebbe comunque ottenuto un titolo legittimo, il *dominium* o l'*in bonis habere*, sul pegno.

Per lo studioso, quindi, la *denuntiatio*²⁰³ era solo il presupposto per procedere ad una vendita legittima, il cui fondamento è da rintracciarsi, a seconda dell'evoluzione storica, o nell'autorizzazione espressa, contenuta nel *pactum vendendi*, o nella *distractio*, concepita come parte integrante dell'istituto pignoratorio quale *ius in re aliena*.

L'atto volitivo²⁰⁴ del debitore, in quanto *dominus*, autorizza, quindi, il creditore a procedere alla vendita del pegno ma non gli attribuisce la qualità di proprietario.

A queste determinazioni, Burdese giunge sulla base di un passo gaiano²⁰⁵ che,

esercizio del *ius vendendi* da parte del creditore e sul maggior garantismo accordato dalle tre *denuntiationes*, si veda, sebbene in ambito processuale, G. ASVERUS, *Die Denunciation der Römer und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit dem ersten processeinleitenden Decrete*, Leipzig 1843, 10 ss., e, in riferimento ad un caso specifico, C. MASI DORIA, *La denuntiatio nel Senatusconsultum Claudianum: i legittimati e la struttura del procedimento*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità* (cur. C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria), Napoli 2006, 140 ss.

²⁰⁰ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 134, nt. 2.

²⁰¹ Il creditore trasferiva al terzo acquirente il dominio solo sulle *res nec mancipi* con una *traditio*, cfr. Gai 2.64; D. 20.6.10.1 (Paul. 3 *quaest.*); D. 41.1.46 (Ulp. 65 *ad ed.*); D. 13.7.4 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 20.5.6 (Mod. 8 *reg.*); C. 8.27 (28).13 (a. 293); C. 8.27(28).15 (a. 294). Per quanto riguarda le *res mancipi*, generalmente oggetto di *fiducia*, poteva trasferire solo la *possessio ad usucapionem* in quanto non poteva utilizzare una *mancipatio* né una *in iure cessio*, cfr. D. 6.1.39.1 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 6.1.40 (Gai. 7 *ad ed prov.*); D. 13.7.13 pr. (Ulp. 28 *ad ed.*). Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 167-173 che contesta la tesi di DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit. 256 ss. e di MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1248, secondo cui, scaduto il termine previsto per l'adempimento, il creditore diventava proprietario del pegno. Se così fosse, avrebbe potuto trasferire il *dominium* sulle *res mancipi* ponendo in essere un atto solenne di trasferimento.

²⁰² C. 8.37(38).1 (a. 207).

²⁰³ Essendo richiesta solo sul finire dell'epoca classica, la *denuntiatio* non può concepirsi come fondamento della facoltà di alienare perché, in sua assenza, non si spiegherebbe in che modo il creditore acquisiva detta legittimazione ad alienare il pegno (di cui era mero possessore) a terzi.

²⁰⁴ Anche BISCARDI, *Appunti* cit. 158-159, riconosce nella volontà del *dominus*, ossia del debitore, il fondamento della legittimazione ad alienare del creditore

²⁰⁵ Gai 2.64: *...item creditor pignus ex pactione (alienare potest), quamvis eius ea res non sit sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur*, cfr. I. 2.8. Il passo gaiano è stato sospettato di rimaneggiamento, così: F. KNIEP, *Gai*

analizzando i casi in cui *qui dominus non sit alienare potest*²⁰⁶, avvicina la condizione del creditore pignoratizio a quella del tutore²⁰⁷ del curatore e del procuratore²⁰⁸, quali soggetti legittimati a porre in essere atti dispositivi sul patrimonio altrui.

Il giureconsulto osserva, in argomento, che, mentre al *curator* e al *procurator* detta facoltà è attribuita dal diritto civile sulla base di un ampio potere di *administratio*, al creditore pignoratizio deriva da un'autorizzazione del *dominus* e doveva, pertanto, esercitarsi nei limiti di essa.

Di qui, Gaio si chiede se l'alienazione posta in essere dal creditore possa richiamarsi direttamente alla volontà del debitore, come per il caso di alienazione effettuata in base ad un mandato, o ad un *iussum domini*.

In caso affermativo, essendo l'autorizzazione concessa *olim*, ossia in un tempo passato, si avrebbe come conseguenza, l'attribuzione al creditore della facoltà di vendere in caso di inadempimento²⁰⁹, "fin da quel momento", senza possibilità di revoca.

Un fondamento della legittimazione del creditore al trasferimento della proprietà del pegno si potrebbe, quindi, rintracciare nell'istituto della rappresentanza, nel senso di considerare attribuito al creditore, come in un *mandatum mea et tua gratia*, l'incarico di agire nell'interesse proprio e del rappresentato²¹⁰.

E, infatti, come evidenzia Burdese²¹¹, il creditore riceveva il *vendere licere* espressamente dal debitore e, per l'esercizio del relativo *ius*²¹², era tenuto a rispettare i limiti fissati nel *pactum vendendi*.

Detta posizione è avvalorata anche dall'osservazione che, nonostante il venir meno della necessità del patto espresso e quindi, anche quando il *ius distrahendi* era diventato, sulle soglie

Institutionum commentarius secundus. Sachenrecht, Iena 1912, 210; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* II, Tübingen 1914, 83 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano II. La proprietà*, Torino 1928, 158, nt. 2; E. ALBERTARIO, *Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *Studi di diritto romano* V, Milano 1935, 445 ss.; DEVILLA, *L'«ius distrahendi»* cit. 42 ss. Considerano invece genuino il brano, MENIGK, *Pfandrechtliche* cit. 78, nt. 1; RATTI, *Sul «ius vendendi»* cit. 9; BURDESE, *Lex commissoria* cit. 135 ss.

²⁰⁶ Anche in I. 2.8 *qui alienare potest vel non*.

²⁰⁷ Il tutore agiva con l'*auctoritatis interpositio*.

²⁰⁸ Curatore e procuratore avevano la potestà di alienare come estrinsecazione di un potere di generale di *administratio* ad essi riconosciuto dal diritto civile.

²⁰⁹ D. 44.3.14.5 (Venul. 5 *interdict.*).

²¹⁰ Poiché, in conseguenza della vendita, il debitore si libera dal vincolo obbligatorio assunto col mutuo e il creditore recupera il credito. Di opinione contraria, BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht* cit. 191 ss.; DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 110 ss.; DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit. 257 ss.

²¹¹ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 153 ss.

²¹² Nella ricostruzione ipotizzata, tuttavia, sembrano annidarsi delle incongruenze. Se il creditore fosse effettivamente un rappresentante indiretto del debitore, non si spiega come mai gli effetti della vendita si producano direttamente in capo al debitore, senza necessità di un successivo atto di trasferimento. Considerandolo in termini di rappresentante diretto, ossia legittimato alla spendita del nome del debitore, si supererebbe il primo ostacolo ma il fondamento della sua legittimazione ad alienare andrebbe comunque rintracciato nell'accordo presupposto al "mandato", ossia, in ogni caso, nel *pactum vendendi*.

del III secolo d.C., elemento naturale del pegno, continuarono ad indicarsi, in un apposito patto, le condizioni di liceità²¹³ della vendita, compreso l'obbligo della preventiva denuncia.

La vendita, quindi, doveva effettuarsi sempre entro i limiti del *ius vendendi*²¹⁴.

In particolare, per la validità dell'alienazione pignoratizia occorre che il creditore non avesse rifiutato il pagamento integrale del debitore, comprensivo di usure ed interessi moratori, seppur l'offerta fosse pervenuta oltre la scadenza del termine pattuito per l'adempimento dell'obbligazione principale²¹⁵.

In caso contrario e, quindi, qualora la vendita fosse avvenuta *non iure*, era riconosciuta al debitore la *reivindicatio* contro il compratore che, a sua volta, esercitando l'*actio empti* poteva rivalersi sul creditore.

Quest'ultimo rispondeva anche per "alienazione invalida o illecita", ossia effettuata con dolo o colpa ad un prezzo inferiore rispetto a quello che si sarebbe potuto ottenere²¹⁶.

In questo caso, il debitore poteva agire per il recupero dell'*hyperocha*²¹⁷ che avrebbe dovuto conseguire se il creditore si fosse comportato secondo buona fede o paralizzare l'eventuale richiesta creditoria per il recupero del *superfluum* con un'*exceptio doli*.

Ulteriore requisito richiesto per porre in essere una vendita lecita era procedere alla solenne *denuntiatio*.

Il significato giuridico di questa attività è fortemente dibattuto.

Alcuni studiosi²¹⁸ sostengono che la *denuntiatio* fosse necessaria per la messa in mora del debitore e per la validità stessa dell'alienazione.

²¹³ Cfr. C. 8.27(28).7 (a. 238): *Si cessante solutione creditur non reluctantem lege contractus ea quae pignori sibi nexa erant distraxit, revalorari venditionem iniquum est, cum, si quid in ea re fraudulenter fecerit, non emptor a te, sed creditor conveniendus sit.* L'opinione dominante considera *non reluctantem lege contractus* in termini di "assenza di patto contrario", individuando nel passo un esempio di *ius vendendi* tacito. Di opinione contraria, RATTI, *Sul «ius vendendi»* cit. 24, che interpreta l'espressione nel senso di "in conformità alla convenzione" ossia all'esercizio del *ius vendendi* contenuto nel patto.

²¹⁴ Con riferimento alla necessità di attenersi alle indicazioni contenute nel *pactum*: D. 47.2.74 (Iav. 15 *ex Cassio*): *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.* Nel caso in cui il *ius vendendi* non fosse stato concesso al venditore o che fosse stato esercitato prima del tempo dovuto, il creditore commetteva un furto.

²¹⁵ C. 8.27(28).8: *Si prius, quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente contestatione facta eam deposuisti et holoeque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuit, quod iure subsisti revocari non debet.* Sul punto, anche D. 20.5.7.1 (Marc. l.s. *ad. form. hyp.*); C. 4.46.1; C. 4.51.4; C. 8.19(20).2.

²¹⁶ C. 8.27(28).7 richiama il dovere del creditore di non comportarsi *fraudulenter*.

²¹⁷ Con l'*actio pigneraticia in personam*.

²¹⁸ DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 123, cfr. C. 5.37.18 (a. 293): *Debitoribus pupillae pro officii ratione, tutorem te constitutum adseverans ad te nominum periculo pertinente, parere solutioni denuntia qui si satis non fecerint, in venditione pignorum uti communi iure potes...* Di opinione contraria, C. FADDA, *Le garanzie reali delle obbligazioni. Lezioni*, Napoli 1897, 337; RATTI, *Sul «ius vendendi»* cit. 23 ss.; BURDESE, *Lex commissoria* cit. 159, secondo il quale la singolarità del caso, riferito ad una pupilla creditrice pignoratizia, farebbe risultare la denuncia più che altro in opposizione all'*uti communi iure posse* riconosciuto al tutore per la procedura di vendita.

Altri²¹⁹ invece hanno considerato sufficiente, ai fini della messa in mora, il mancato adempimento alla scadenza, riconoscendo la necessità della denuncia solo in epoca giustiniana²²⁰.

La maggioranza della dottrina²²¹ considera la preventiva *denuntiatio* per l'esercizio del *ius vendendi* una formalità finalizzata da un lato, a consentire al debitore di controllare l'esecuzione e dall'altro, a creare una *praesumptio iuris tantum* circa il buon esercizio del diritto del creditore.

Gli studiosi sostengono, quindi, che, probabilmente su influsso del regime fiduciario, si volle controbilanciare, con l'affermarsi del *ius vendendi* tacito, la posizione del debitore obbligando il creditore ad effettuare la *denuntiatio*.

A riprova di detta ricostruzione è l'assenza nei *Digesta* di ogni menzione dell'istituto e l'attestazione in due costituzioni²²², datate rispettivamente al 225 e al 287 d.C., quindi molto prossime alla fonte²²³ che testimonia il *ius distrahendi* tacito, dalle quali si evince appunto la volontà che le operazioni di vendita fossero controllabili per il debitore.

Considerato che l'obbligo della solenne denuncia è contestualizzato al III secolo d.C., si è ipotizzato²²⁴ che l'utilizzo di detta triplice comunicazione al debitore fosse postclassico.

Burdeese, invece, ritiene che esso si utilizzasse nei casi in cui non fosse stato convenuto il *ius vendendi* e ciò testimonierebbe che all'epoca di Paolo, in assenza di patto espresso, si ponessero ancora in discussione le facoltà spettanti al creditore²²⁵.

Sempre nel *pactum vendendi* cominciarono a comparire due clausole²²⁶ finalizzate

²¹⁹ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 157; H. SIBER, *Interpellatio und Mora*, in ZSS. 29/1908, 47 ss.; RATTI, *Sul «ius vendendi»* cit. 23 ss.

²²⁰ A. MONTEL, *La mora del debitore*, Padova 1930, 43 ss. cfr. C. 8.33(34).1 che, sotto pena di invalidità dell'alienazione richiede sia trascorso un biennio dalla *denuntiatio*.

²²¹ DERNBURG, *Das Pfandrecht I* cit. 135; DEVILLA, *L'«ius distrahendi»* cit. 48; RATTI, *Sul «ius vendendi»* cit. 22 ss.; BURDESE, *Lex commissoria* cit. 161.

²²² C. 8.27(28).4: *Creditor hypothecas sive pignus cum proscibit, notum debitori facere, si bona fide rem gerit, et quando licet testato dicere debet si quid itaque per fraudem in pignore villae venditae commissum probare potest, ut inferatur actio, quae eo nomine competit, adi eum cuius de ea re notio est*. GROSSI, *Appunti sulla formula* cit. 93, riferisce il brano alla *fiducia* per la menzione della *fides bona*. C. 8.27(28).9: *Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detractantibus solutionem bona fide debetis et sollemniter vendere...*

²²³ C. 8.27(28).7 (a. 238).

²²⁴ RATTI, *Sul «ius vendendi»* cit. 27 ss.

²²⁵ D. 20.3.3 (Paul. 3 *quaest.*) e D. 20.5.9 pr. (Paul. 3 *quaest.*) in questi luoghi il giureconsulto sembra però escludere la possibilità di vendere in assenza di esplicita pattuizione.

²²⁶ Parla di clausole A. MANIGK, *Zur Geschichte der römischen Hypothek 1. Die pfandrechtliche Terminologie und Literatur der Römer*, Breslau 1904, 74. Per BURDESE, *Lex commissoria* cit. 204, si sarebbe trattato di conseguenze naturali dell'esercizio del patto di vendita che diversamente sarebbe stato identico al patto commissorio. La restituzione dell'eccedenza e l'integrazione del residuo, sono testimoniate anche in un documento del 40, cfr. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* cit. 181 ss.

all'ottenimento del *superfluum*²²⁷ e dell'*hyperocha*²²⁸.

L'estinzione del mutuo garantito, conseguente alla soddisfazione del creditore sul prezzo, presupponeva infatti il recupero dell'intera somma.

Se l'ammontare del credito risultava superiore, il debitore rimaneva vincolato per la rimanenza, diversamente, in caso di eccedenza del prezzo percepito, il debitore aveva diritto a recuperare l'*hyperocha*.

A tal fine, poteva esercitare contro il creditore un'*actio pigneraticia in factum* (derivante da un adattamento della formula dell'*actio Serviana*) poiché, pur avendo soddisfatto il creditore, quest'ultimo non aveva restituito il pegno (da intendersi come differenza).

In ciò il regime di vendita si discosta da quello commissorio, permettendo una comparazione di valori finalizzata ad evitare sperequazione.

Entrambe le pattuizioni sono da interpretarsi come un prodotto dell'autonomia dei privati il cui riconoscimento giuridico è giunto a consolidare una prassi negoziale occasionata da esigenze di equità già avvertite e condivise a livello sociale²²⁹.

Nel caso in cui il creditore pignoratorio non trovasse compratori, o qualora non riuscisse a concludere una vendita vantaggiosa, soccorreva l'istituto dell'*impetratio dominii*²³⁰ consistente nella richiesta di un provvedimento, emanato da un organo dello Stato e attributivo della *possessio iure dominii* al creditore²³¹.

²²⁷ D. 20.5.9.1 (Paul. 3 *quaest.*): *Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo*; D. 46.1.52 pr. (Pap. 11 *resp.*): *Amissi ruina pignoris damnum tam fideiussoris quam rei promittendi periculum spectat, nec ad rem pertinebit, si fideiussor ita sit acceptus: quanto minus ex pretio pignoris distracti servari potuerit: istis enim verbis etiam totum contineri convenit*; D. 46.1.63 (Scaev. 6 *resp.*); C. 8.27(28).3 (a. 223); C. 8.27(28).5 (a. 231); C. 8.27(28).9 (a.287); C. 4.10.10 (a.294).

²²⁸ D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*); D. 20.4.20 (Tryf. 8 *disp.*) considerato interpolato e D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*): *...si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant*; D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*); C. 8.27(28).20 (a. 294): *Secundum placidi fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore maiore quam ei debebatur pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, [id est pigneraticia] de superfluo competit actio*, che contiene un riferimento alla creazione di una *formula in ius*, per alcuni riguarderebbe originariamente la *fiducia*. Ne dubitano, SEGRÈ, *Corso cit.* 207; KASER, *Quanti ea res est cit.* 78, nt. 8; ID., *Die Interesseberechnung cit.* 1 ss.; WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana cit.* 179 ss.; DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem cit.* 43 ss.

²²⁹ BURDESE, *Lex commissoria cit.* 204, nt. 1, fa risalire il regolamento convenzionale di vendita con cui le parti convenivano l'obbligo di restituire o integrare *hyperocha* e *superfluum* al tardo periodo classico, cfr. D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*) e D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*).

²³⁰ C. 8.33(34).1; C. 8.33(34).3.4; C. 8.33(34).3 pr.: *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam...*

²³¹ FREZZA, *Le garanzie cit.* 230; SACCOCCIO, *Aliud pro alio cit.* 123 ss., sostiene che all'*impetratio* si ricorreva o quando il debitore non avesse dato il suo consenso al trasferimento della proprietà o quando il creditore non avesse trovato compratori, cfr. C. 8.13.13 in cui la cancelleria imperiale di Diocleziano risponde ad un creditore che aveva fatto richiesta del decreto al fine di ottenere la proprietà dei pegni conferitigli dalla debitrice come *datio in solutum*, che il provvedimento non serviva. Il decreto, infatti, suppliva all'assenza di volontà del debitore che, se presente, era invece sufficiente a realizzare la *tradictio ficta* della *datio in solutum*. Sul punto anche, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998, 273 ss.; 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.

Presupposto per la richiesta era, fin dall'origine, una pubblica *proscriptio*²³² con cui il creditore doveva specificare i debiti rimasti insoluti ed indicare le *res* pignorate di cui chiedeva il possesso *iure domini* dimostrando l'infruttuosità della vendita. Il provvedimento era, tuttavia, gravato da una condizione risolutiva, essendo riconosciuta al debitore una possibilità di riscatto annuale²³³, e al creditore la possibilità di recedere.

Ad opinione di Frezza²³⁴, il creditore ricorreva all'*impetratio* nel caso in cui non fosse stata prevista la *lex commissoria* e non avesse potuto esercitare la *facultas distrahendi* a causa di un *pactum de non vendendo* o dell'assenza di compratori.

In questo caso fondamento della legittimazione non era la *traditio* effettuata dal debitore ma il provvedimento imperiale²³⁵.

Detta pratica, risalente alla fine dell'età degli Antonini²³⁶ è testimoniata nel *Codex Iustinianus* con due modifiche, ossia: la possibilità di riscatto biennale²³⁷ e la stima del valore della *res*, che veniva effettuata da un giudice, con restituzione della differenza al debitore:

C. 8.33(34).3.4: *Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pigneratam retineat. Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur...et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integram actionem. Aestimationem autem pignoris...iudicialis esse volumus disceptationis...*

Probabilmente gli ulteriori requisiti furono introdotti per la volontà di eliminare dall'istituto quella sperequazione censurata da Costantino con la proibizione del patto commissorio che Giustiniano aveva recepito e condiviso.

²³² C. 8.33.3 pr. e C. 8.33(34).1: *Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis exprimere et, an sollemnia peregisti, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.*

²³³ Pagando la sorte e gli interessi. Sul punto, BISCARDI, *Appunti* cit. 168, che ricostruisce l'istituto come un decreto concesso sotto condizione del mancato riscatto da parte del debitore entro due anni, nel caso in cui questi non fosse disposto a vendere il pegno al creditore o qualora quest'ultimo non trovasse compratori.

²³⁴ FREZZA, *Le garanzie* cit. 230-232.

²³⁵ D. 39.2.15.16 (Ulp. 43 *ad ed.*).

²³⁶ Testimoniato anche in D. 27.9.5.3 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 36.1.61(59) pr. (Paul. 4 *quaest.*); D. 41.1.63.4 (Tryph. 7 *disp.*).

²³⁷ C. 8.33(34).3 pr.: *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam, igitur in pignoribus, quae iure domini possidere aliquis capiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquus...* Il passo testimonia che in passato l'istituto prevedeva solo la necessità di una *proscriptio* ed il riscatto annuale in favore del debitore.

E, infatti, nelle fonti classiche²³⁸ non c'è alcun riferimento né alla *aestimatio* né al *constitutum luendi tempus*²³⁹.

In dottrina si discute se il provvedimento imperiale determinasse un'attribuzione in proprietà o se valesse soltanto a riconoscere una *iusta causa acquirendi dominii*²⁴⁰ al creditore che quindi diventava *in bonis habens* delle *res Mancipi* e *dominus* delle *nec Mancipi*.

Manigk²⁴¹ sostiene che il decreto di *impetratio dominii* produceva gli stessi effetti della *lex commissoria*, in quanto attribuiva direttamente la proprietà del pegno al creditore, realizzando, appunto, un "Verfall".

Burdeese²⁴², invece, nega questa possibilità partendo dal presupposto che, avendo Giustiniano recepito il divieto del patto commissorio non avrebbe conservato traccia di un istituto, quale appunto l'*impetratio dominii*, che produceva gli stessi suoi effetti.

A questa considerazione si può obiettare, tuttavia, che l'unico effetto coincidente tra i due istituti era l'attribuzione del pegno in proprietà.

L'*impetratio*, infatti, presupponendo la stima del valore della *res* e la restituzione al debitore dell'eccedenza stemperava quell'*asperitas*²⁴³ tipica del patto commissorio, non riproducendone, quindi, la sperequazione che il divieto di Costantino aveva inteso eliminare.

Tuttavia, la testimonianza delle fonti, che riconoscono al creditore la possibilità di esercitare l'*actio Publiciana*²⁴⁴, nonché la subordinazione dell'efficacia del decreto al non verificarsi del recesso del creditore e del pagamento del debitore, lasciano propendere per il

²³⁸ D. 42.1.15.3 (Ulp. 3 *de off. cons.*): *Si pignora, quae capta sunt, emptorem non inveniant, rescriptum est ab imperatore nostro et divo patre eius, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est, addicantur autem utique ea quantitate quae debetur nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere isque esse contentus, rescriptum est non posse eum quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere.* Il passo testimonia un rescritto degli imperatori Severo ed Antonino nel quale si stabilisce che, in caso di vendita infruttuosa, il pegno fosse aggiudicato al creditore per l'ammontare del debito e che il creditore non poteva chiedere l'integrazione del valore al debitore.

²³⁹ C. 8.33(34).3.3b: *...pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus...; 3c: ...sin autem biennium fuerit elapsum.*

²⁴⁰ DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 224, cfr. C. 8.33(34).3.5, almeno secondo l'interpretazione giustiniana, potendosi accettare invece, per lo studioso, l'idea di un acquisto della proprietà per l'epoca classica. SACCOCCIO, *Aliud pro alio* cit. 124, parla di una conversione del titolo del possesso da *possessio iure pignoris* a *possessio iure dominii*.

²⁴¹ MANIGK, s.v. «Pignus» cit. 1270, cfr. D. 41.1.63.4 (Tryph. 7 *disp.*): *tenere iure dominii ...; D. 50.16.188 pr. (Paul. 33 ad ed.): habere iure dominii ...; C. 8.33(34).3.3a: Iure dominii habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio ...* Sul punto anche FREZZA, *Le garanzie* cit. 230, secondo cui il decreto statale attribuiva al creditore la stessa posizione che avrebbe avuto per effetto del patto commissorio.

²⁴² BURDESE, *Lex commissoria* cit. 207. In particolare, GUARINO, *Diritto* cit. 758, ricostruisce l'istituto come una sorta di vendita del pegno al creditore che, dietro corrispettivo del "giusto prezzo", ne riceveva la proprietà dopo due anni, ossia trascorso il termine riconosciuto al debitore per l'esercizio del diritto di riscatto. Lo studioso non specifica però le modalità di computo del giusto prezzo, tra l'altro previsto solo in epoca tardoantica, né il regime vigente prima che il diritto di riscatto venisse riconosciuto.

²⁴³ Vd. *infra*, cap. III.

²⁴⁴ G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990* (cur. L. Vacca) I, Milano 1991, 45 s.; GUARINO, *Diritto* cit. 684, cfr. Gai 4.36.

definitivo acquisto della proprietà solo al termine del biennio. A meno che non si considerino i suddetti eventi (dedotti in condizione) come risolutivi e non sospensivi dell'efficacia del decreto ma, anche in questo caso, l'esperibilità dell'*actio Publiciana* e non della *reivindicatio*, lascerebbe intendere, almeno per le *res Mancipi*²⁴⁵, l'acquisto dell'*in bonis habere* e non del *dominium*.

La struttura e gli effetti dell'istituto pignoratizio rendono evidente un'embrionale volontà di mitigare la condizione del debitore che comincia a percepirsi, quindi, già a livello sociale, indipendentemente da un esplicito intervento del legislatore.

In questo senso depongono non solo il mancato trasferimento della proprietà al creditore che, forse per la decadenza dell'antica *fides*, riceveva ora solo il possesso, ma soprattutto l'utilizzo del *pactum vendendi*, alternativo alla *lex commissoria* che proprio in considerazione dell'affermarsi del divieto costantiniano²⁴⁶, diventerà un effetto naturale della fattispecie consentendo, attraverso la clausola di restituzione dell'*hyperocha*, il recupero dell'eccedenza in favore del debitore.

Questa tendenza ad armonizzare le prestazioni delle parti contraenti, inizialmente privata, verrà poi recepita da Costantino il cui intervento legislativo è da considerare, quindi, non come divieto di attribuzione della proprietà del pegno al creditore ma come divieto di sperequazione.

La conservazione dell'*impetratio dominii*, nonché dell'*interdictum Salvianum*, costituisce un indizio in tal senso.

E infatti, la possibilità di ritenere il pegno, riconosciuta al creditore previa *aestimatio* del giusto valore e previo riscatto biennale in favore del debitore, potrebbe significare proprio che il divieto del patto commissorio non riguardò tutti i trasferimenti in proprietà della garanzia, ma solo quelli che, prescindendo dalla stima del giusto prezzo, determinavano sperequazione e approfittamento della condizione del debitore.

La possibilità che il creditore insoddisfatto ricevesse il pegno in proprietà è, infatti,

²⁴⁵ In età tardoantica, superata la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, per il trasferimento del dominio bastava la *traditio ex iusta causa* e si poteva ammettere l'acquisto della proprietà anche sulle *res Mancipi* senza necessità di atti solenni. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 322 e 691; F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino 1958, 4 ss.; ROMEO, *L'appartenenza* cit. 265; G. FRANCIOSI, *Res Mancipi e nec Mancipi*, in *Labeo* 5/1959, 320 ss.

²⁴⁶ La facoltà da parte del creditore di appropriarsi dell'oggetto conferitogli in garanzia permane, intimamente connesso all'ipoteca greco-egizia, nel periodo imperiale. La perdita del pegno, in essa concepita come *datio in solutum*, determinava l'acquisto della proprietà in capo al creditore, tanto da indurre parte degli studiosi a sostenere che il divieto costantiniano si riferisse, in realtà, soltanto alla parte orientale dell'impero (essendo ormai già da tempo superata nella parte occidentale la clausola diretta commissoria). In argomento, E. COSTA, *Dell'ipoteca greco-egizia*, *Mem. R. Acc. Sc. Bologna, Cl. Sc. mor.* 3/1908-1909, 107 ss.; A. MANIGK, *Gräko-ägyptisches Pfandrecht*, in *ZSS.* 30/1909, 272 ss.; L. RAAPE, *Der Verfall des griechischen Pfandes, besonders des griechisch-ägyptischen*, Halle 1912; FEHR, *Beiträge* cit. 103; BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 584, considera il patto in questione addirittura come una *cautio* con efficacia reale, originatasi soltanto in ambiente provinciale, soprattutto ellenistico, interpretando la *lex commissoria* romana come produttiva di effetti obbligatori, quali il trasferimento (come in una *emptio* in funzione di garanzia) del bene dietro corrispettivo di un prezzo (ossia del mutuo).

testimoniata, oltre che dall'*impetratio dominii*, anche dalla *emptio in causam obligationis*.

1.3. *L'emptio in causam obligationis e l'applicazione della lex commissoria in funzione di garanzia. L'importanza del giusto prezzo.*

La verifica dell'ammissibilità dell'*emptio in causam obligationis*²⁴⁷, quale *tertium genus* di garanzia reale, muove dall'individuazione di alcune fonti²⁴⁸ che non consentono l'immediata riconduzione²⁴⁹ della fattispecie di cui trattano né alla struttura della *fiducia* né alla struttura del *pignus*.

Il riferimento è alle locuzioni: *iure emptoris possideat rem*²⁵⁰; *creditor iure empti dominium retineat*²⁵¹; *sub condicione emptio facta est*²⁵²; contenute in frammenti che evidenziano, altresì, l'interesse dei giuristi a che il prezzo della "vendita condizionata" fosse determinato²⁵³.

Dalla lettura delle fonti citate, Biscardi²⁵⁴, in particolare, ha ipotizzato l'esistenza di un *tertium genus* di garanzia reale consistente nella vendita di una *res* al creditore sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore attraverso l'applicazione, in funzione di garanzia, della *lex commissoria*²⁵⁵ della compravendita.

²⁴⁷ D. 13.7.20.3 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 *dig.*); D. 20.4.17 (Paul. 6 *resp.*); D. 20.5.5.1 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 20.5.6 (Mod. 8 *reg.*); D. 20.5.9 pr. (Paul. 3 *quaest.*); D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*); C. 8.19(20).1.1; C. 8.27(28); Nov. 4.3; PS. 2.13.4, cfr. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 575-589; *Lezioni* cit. 61 ss.; NASSER OLEA, *Asimilaciones* cit. 129 ss.

²⁴⁸ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 *dig.*); D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed.*); D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 *disp.*); FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

²⁴⁹ L'impossibilità di ricondurre le fattispecie sopra indicate alla fiducia e al pegno con patto commissorio attiene soprattutto al fatto che la dottrina romanistica moderna consideri il patto commissorio come una clausola con efficacia reale determinate la ritenzione *iure domini* della *res*.

²⁵⁰ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

²⁵¹ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

²⁵² D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 *dig.*).

²⁵³ Per quanto riguarda l'ammissibilità dell'*emptio in causam obligationis*, Trifonino (D. 20.5.12 pr.) informa di un rescritto in base al quale il debitore può vendere al creditore una *res* che è nel suo dominio (...*creditorum a debitore pignus emere posse*...). Il frammento richiama un passo di Papiniano (*creditor a debitore pignus recte emit...nec incerti pretii*) pervenutoci attraverso i *Fragmenta Vaticana* [FV. 9 (Pap. 3 *resp.*)]. Sul punto *Infra*, cap. II, cfr. D. 18.3.4 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); C. 4.54.1.

²⁵⁴ BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 589; KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht* cit. 164 s.; CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. 37 s.: si tratterebbe della vendita con patto di riscatto che "a distanza di due millenni, risulta ancora il contratto più utilizzato per realizzare l'assetto di interessi caratteristico del patto commissorio". In merito all'utilizzo della vendita per realizzare la funzione di garanzia, G. TATARANO, *Sub art. 1500*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro IV, Delle obbligazioni II*, artt. 1470-2059 (cur. P. Perlingieri), Napoli-Bologna, 1991, 881 ss.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli 1968, 175 ss.; M. BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio: la porta stretta dei codificatori*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001* (cur. L. Vacca), Torino 2003, 352 ss.

²⁵⁵ BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 584, sostiene, infatti, che la *lex commissoria* della compravendita fosse cosa differente rispetto al *pactum commissorium* del pegno consistente, quest'ultimo, in una *cautio* con efficacia reale, originatasi in ambiente provinciale, soprattutto ellenistico. Per BURDESE, *Lex commissoria* cit. 119 ss., l'*emptio in causam obligationis*, ossia la vendita del pegno al creditore, testimoniata dalle fonti menzionate *ut supra*, rappresenterebbe invece una convenzione analoga al patto commissorio pignoratorio e quindi una clausola ulteriore accedente al pegno, alternativa al *pactum vendendi* e al *pactum commissorium*. Per CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. 38: "la *lex commissoria* poteva essere inserita in tutti i contratti a prestazioni corrispettive". Per A. SACCHI, *Sul patto*

Il dato è di non scarsa importanza poiché la distinzione tra la *lex commissoria venditionis*, riferita all'*emptio in causam obligationis* (ossia alla vendita del pegno al creditore) ed il *pactum commissorium*, inteso invece come mera ritenzione in proprietà del *pignus*, consentirebbe di rileggere²⁵⁶ il divieto di Costantino²⁵⁷ alla luce di una nuova prospettiva.

A tal fine, necessaria è stata la preventiva verifica dell'effettiva impossibilità di ricondurre alla *fiducia* ed al *pignus* le fattispecie descritte dalle fonti di cui sopra.

In riferimento alla *fiducia cum creditore*, mi pare non si possa sostenere che la *condicionalis venditio*²⁵⁸, di cui le fonti trattano, sia una conseguenza dell'esercizio del *ius vendendi* in favore del creditore insoddisfatto, sia perché il fiduciario era già proprietario della *res*²⁵⁹ sia perché l'unico mezzo a sua disposizione, in caso di vendita infruttuosa, era la richiesta all'imperatore dell'*impetratio fiduciae*²⁶⁰, ossia di un decreto che producesse gli stessi effetti del patto commissorio eliminando l'obbligo di restituzione della *res*²⁶¹.

Anche in riferimento al *pignus*, mi sembra non sia possibile configurare una vendita della garanzia al creditore insoddisfatto poiché il *pactum commissorium* era attributivo della proprietà ed il *pactum vendendi* del *vendere licere*, ossia della facoltà di alienare a terzi²⁶², ammettendosi la richiesta di *impetratio dominii*²⁶³ in favore del creditore solo in caso di vendita infruttuosa.

Sottolineando l'inammissibilità, specie in riferimento al pegno²⁶⁴, di una clausola ad efficacia reale, traslativa della proprietà, e riconoscendo nella *lex commissoria* una clausola unica, prestata all'occorrenza sia al sistema delle garanzie reali²⁶⁵ sia a quello della compravendita²⁶⁶,

commissorio in diritto romano, in AG. 55/1895, 189 ss. e 445 ss., la *lex commissoria* “poteva essere apposta alla promessa di matrimonio, al fitto, alla permuta, alla transazione e al mutuo”.

²⁵⁶ *Infra* cap. III.

²⁵⁷ CTh. 3.2.1.

²⁵⁸ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.); D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.).

²⁵⁹ PS. 2.13.3 relativamente alla fiducia, ribadisce il divieto generale (contenuto in D. 50.17.45) di vendere qualcosa a chi già ne fosse proprietario.

²⁶⁰ BISCARDI, *Appunti* cit. 89 cfr. D. 13.7.24 pr. (Ulp. 30 ad ed.).

²⁶¹ D. 13.7.24 pr. (Ulp. 30 ad ed.).

²⁶² BURDESE, *Lex commissoria* cit. 119: “iniziata la procedura di vendita pignorizia il creditore non poteva più comprare nemmeno per intermediario”.

²⁶³ L'*impetratio dominii*, di cui *Supra* cap. I, § 2, è un istituto risalente all'età degli Antonini, cfr. D. 27.9.5.3 (Ulp. 35 ad ed.); D. 36.1.61(59) pr. (Paul. 4 quaest.); D. 41.1.63.4 (Tryph. 7 disp.), ed è contenuto anche nel C. 8.33(34).3.2 con due modifiche: la possibilità di riscatto e la stima del valore della *res* con restituzione della differenza. Si discute se l'*impetratio* determinasse un'attribuzione in proprietà o se valesse ad attribuire una *iusta causa* al possesso del creditore che quindi diventava *in bonis habens* delle *res Mancipi* e *dominus* delle *res nec Mancipi*. Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 206 ss.; MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1270, cfr. D. 41.1.63.4 (Tryph. 7 disp.): *tenere iure dominii...*; D. 50.16.188 pr. (Paul. 33 ad ed.): *habere iure dominii...*; C. 8.33(34).3.3a: *Iure dominii habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio...*Sul punto anche FREZZA, *Le garanzie* cit. 230, secondo cui il decreto statale attribuiva al creditore la stessa posizione che avrebbe avuto per effetto del patto commissorio.

²⁶⁴ Lo studioso, infatti, nega che l'“effetto commissorio” della *fiducia* fosse determinato da una clausola, sostenendone l'intrinsecità alla struttura stessa dell'istituto di garanzia.

²⁶⁵ *Emptio in causam obligationis*.

²⁶⁶ *Emptio ob pretium non exsolutum*.

Biscardi²⁶⁷ ha, quindi, sostenuto che dette fonti riferissero dell'*emptio in causam obligationis* ossia di un autonomo negozio costituito utilizzando la *lex commissoria* della compravendita in funzione di garanzia.

E, in effetti, la maggior parte dei riferimenti alla clausola commissoria del rapporto pignoratorio sono stati rinvenuti, eccezion fatta per D. 20.1.16.9²⁶⁸, in opere giurisprudenziali²⁶⁹ che trattano esclusivamente o prevalentemente di questioni attinenti alla vendita o ad altri contratti consensuali, senza contare che il passo di Papiniano, contenuto nei *Fragmenta Vaticana*, è riportato nella rubrica “*de empto et vendito*” ed il titolo²⁷⁰ del *Codex Theodosianus* che accolse il divieto di Costantino, “*de commissoria rescindenda*”, si trova proprio tra i titoli “*de contrahenda emptione*”²⁷¹, “*de patribus qui filios distraxerint*”²⁷² e “*de aediliciis actionibus*”²⁷³.

Ipotizzando, dunque, che la fattispecie descritta dalle fonti²⁷⁴ testimoni effettivamente l'esistenza di un *tertium genus* di garanzia reale, consistente in una vendita²⁷⁵ al creditore sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, resta da indagare la *ratio* sottesa a detto istituto ed il rapporto con il successivo divieto introdotto da Costantino²⁷⁶.

L'attitudine dei contraenti ad attribuire alla *retentio pignoris* la veste giuridica di una *emptio* con funzione di garanzia effettuata ad un “prezzo certo”, equivalente quindi al mutuo e alle usure, emerge, abbastanza chiaramente, anche da un frammento di Marcello, del II secolo d.C., in cui però la convenzione tra le parti appare incondizionata e la vendita si configura con una funzione solutoria, e non di garanzia:

D. 13.7.34 (Marcell. *l.s. resp.*) *Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet...*

²⁶⁷ BISCARDI, *Lezioni* cit. 1 ss.

²⁶⁸ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) è collocato in un titolo dedicato specificamente al pegno e all'ipoteca e ai patti ad essi inerenti: *De pignoribus et hypotechecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*.

²⁶⁹ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 *dig.*); D. 47.2.49 pr. (Gai 10 *ad ed. prov.*); FV. 9 (Pap. 3 *resp.*); D. 21.2.11 pr. (Paul. 6 *resp.*).

²⁷⁰ CTh. 3.2.

²⁷¹ CTh. 3.1.

²⁷² CTh. 3.3.

²⁷³ CTh. 3.4.

²⁷⁴ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 *dig.*); D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 *disp.*); D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*); FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

²⁷⁵ Si tratterebbe, appunto, dell'*emptio in causam obligationis*.

²⁷⁶ Il divieto di Costantino, per BISCARDI, *Lezioni* cit. 68 ss., era rivolto alla *lex commissoria* greca, ossia a *cautiones* con efficacia reale diffuse in ambiente ellenico e testimoniate nell'interpretazione visigotica: *commissoriae cautiones dicuntur in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppignoratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautiones promittit...* Sul punto, *infra*, cap. III, §.

Per descrivere la struttura dell'*emptio in causam obligationis* ed il funzionamento di questo autonomo negozio di garanzia, Biscardi parte dall'analisi della clausola commissoria²⁷⁷ della compravendita²⁷⁸.

Detta pattuizione, intercorrente tra compratore e venditore, consentiva a quest'ultimo, nel caso in cui il prezzo pattuito non fosse stato versato entro un dato termine, di recuperare la *res*, se già trasferita, o di risolvere il proprio obbligo di consegnarla²⁷⁹.

E, infatti, il fondamento semantico di *commissorium* richiama, oltre al concetto di "esecutività" (*committitur*²⁸⁰), proprio quello di "inadempimento", ossia di "illecito contrattuale del compratore" (*commisisse*²⁸¹) che potrebbe identificarsi, in riferimento al sistema delle garanzie, appunto, con la mancata restituzione della somma data a mutuo che legittimava, in capo al creditore, il *commissum*²⁸², ossia una sorta di "confisca" del bene vincolato.

Il patto commissorio, da considerarsi, quindi, come "clausola di decadenza" era, infatti, proprio una sanzione prevista per l'ipotesi di inadempimento e, ammettendo la derivazione dell'attributo *commissoria*, come pure di *commissorium*²⁸³, dal verbo *committere*, si potrebbe sostenere che la sua applicazione presupponesse appunto il verificarsi di un atto illecito²⁸⁴.

²⁷⁷ WIEACKER, *Lex commissoria* cit. 8 ss.

²⁷⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2, Napoli 1954, 400 ss.

²⁷⁹ Obblighi del venditore nella *emptio venditio* erano, infatti, consegnare il compratore in caso di evizione, *licere* e, laddove espressamente pattuito, garantire il compratore in caso di evizione.

²⁸⁰ D. 18.3.4.2 (Ulp. 32 *ad ed.*), in cui Ulpiano riporta l'opinione di Papiniano secondo cui il venditore deve decidere appena il patto di risoluzione è diventato efficace: *...statim atque commissa lex est...*; R. KUGEL, *Unterschied des pactum reservati dominii von der lex commissoria nach Römischem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuch*, Lüdenscheid i.W. 1906, 11-30.

²⁸¹ D. 18.3.8 (Scaev. 7 *dig.*) in cui l'espressione è usata in senso di violazione del patto: *...non commisisse in legem venditionis emptorem*; D. 13.7.16.1 (Paul. 29 *ad ed.*): *...si rem aliquem vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat...* dove l'espressione compare in riferimento alla commissione del crimine di stellionato, cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato nel diritto romano*, Padova 1998, 7.

²⁸² G. KLINGENBERG, 'Commissum'. *Der Verfall nichtdeklarerter Sachen im römischen Recht*, Graz 1977, 23 ss. In argomento, cfr. D. 39.4.16 pr. (Marc. *l.s. de delat.*).

²⁸³ ERNOUT, MEILLET, s.v. «Committere», in *Dictionnaire étymologique* cit. 408 che riporta i grammatici Donato (129 *Ad And.*, *committet: perficiet, sed hoc proprie de illicitis et puniendis facinoribus dicimus*) e Prisciano (in KEIL, *Gramm. Lat.* II 404.1: *committo, pro credo et pecco*).

²⁸⁴ L'illecito, inteso come inadempimento contrattuale (*committere in legem contractus*, cfr. D. 4.8.23 pr.; D. 18.3) determinava quindi l'applicazione di una pena (*in poenam committere*, cfr. D. 35.2.70; D. 46.2.14.1), consistente nel "lasciare all'arbitrio di qualcuno una cosa, una persona, un diritto" o, anche, nel perdere (*committere-amittere*, v. G.A. PRONZATO, *La lex commissoria pignorum e la sua invalidità in diritto romano*, Torino 1912, 14, *amplius* in *Thesaurus Linguae Latinae* III, Lipsiae 1912, s.v. «Committere», 1914, 11-21. Nel titolo *De publicanis et vectigalibus et commissis* (D. 39.4), in cui vengono comminate le pene contro i contrabbandieri, la merce frodata passa *ipso iure* in proprietà del fisco [D. 39.4.14 (Ulp. 8 *disp.*): *... quod commissum est, statim desinit eius esse qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali acquiritur: eapropter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem, sic et adversus heredem competit.*]; il termine indicherebbe quindi una sorta di confisca per il mancato pagamento di imposte; in argomento, cfr. R. LEONHARD, s.v. «Commissum», in *PWRE*. IV.1, Stuttgart 1900, 769; KLINGENBERG, 'Commissum' cit. 23 ss. Unendo insieme le tre accezioni risultanti dall'analisi filologica, si deduce che il patto commissorio era una clausola di decadenza determinante la devoluzione in proprietà della cosa "confiscata" al debitore. V. pure L.A. WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte*, in *Arch. civ. Praxis* (24/1841) 321 ss.

Oltre all'illecito contrattuale, tuttavia, l'esecutività della clausola, in quanto posta nell'interesse del venditore, dipendeva dalla volontà di quest'ultimo di volerne profittare.

Così come per la clausola commissoria accedente alla *fiducia* ed al *pignus*, spettava, quindi, anche in questo caso, esclusivamente al venditore²⁸⁵, sussistendo l'inadempimento del compratore nel corrispondere il prezzo, la decisione di risolvere il contratto o di agire per l'adempimento.

Circa il connotato²⁸⁶ "sospensivo" o "risolutorio" delle *leges venditionis*²⁸⁷, compresa la *lex commissoria*, i giuristi classici oscillavano tra la tesi dell'*emptio* condizionata e dell'*emptio* pura con annesso patto di risoluzione²⁸⁸.

In particolare, i Sabiniani²⁸⁹ sostenevano che la clausola sospendesse l'efficacia della compravendita fino al pagamento del prezzo, mentre per i Proculiani²⁹⁰ essa risolveva gli effetti di un'*emptio* già efficace.

Detta convenzione, sintetizzata nell'assunto: *si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*²⁹¹, nella ricostruzione di Biscardi, si presterebbe, dunque, a realizzare la funzione di garanzia imputando la *pecunia debita* a titolo di prezzo per l'*emptio* di una *res* del debitore.

In questi termini, la vendita sarebbe sospensivamente condizionata all'inadempimento dell'obbligazione principale tale che: *si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus emptus sit*²⁹².

E proprio nelle fonti precedentemente indicate²⁹³, in cui la *lex commissoria* sospendeva la produttività di effetti della vendita al verificarsi dell'inadempimento del debitore, lo studioso ha

²⁸⁵ D. 18.3.2 (Pomp. 35 *ad Pomp.*): ... *nam si aliter acciperetur exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptus faceret fundum, qui eius periculo fuisset.*

²⁸⁶ D. DAUBE, *Tenancy of Purchaser and lex commissoria*, in *Collected Studies in Roman Law II*, Frankfurt a.M. 1991, 723-730; ARANGIO RUIZ, *La compravendita* cit. II, 405 ss.; L. LANDUCCI, *Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria*, in *Atti del Reale Istituto veneto di Scienze, Lettere ed Arti* 75/1916, 137 ss., per quanto riguarda il connotato risolutorio della clausola commissoria.

²⁸⁷ Le *leges venditionis* erano: l'*arrha*, la *lex commissoria*, il *pactum de retroemendo* e *de retrovendendo*, il *pactum displicentiae* e l'*in diem addictio*. Sul punto, GUARINO, *Diritto* cit. 896 ss.; A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari 1996, 27 per quanto concerne la connessione tra diritto e morale in epoca severiana.

²⁸⁸ BISCARDI, *Lezioni ed esercitazioni romanistiche* cit. 41 ss.

²⁸⁹ D. 41.4.2.3 (Paul. 54 *ad ed.*): *Sabinus, si sic empti sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset inempta res fieret...*; WIEACKER, *Lex commissoria* cit. 19 ss.

²⁹⁰ D. 18.3.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): ... *et magis est...sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur*; D. 18.3.5 (Ner. 5 *membr.*): ... *si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit...*; D. 18.4.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*): ...*nullus sit...quia in rerum natura sit quod venierit...* Questa dei Proculiani fu la tesi prevalente, v. LANDUCCI, *Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria* cit. 137 ss.; WIEACKER, *Lex commissoria* cit. 19 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita* cit. II, 405 ss.; SICARI, *Leges venditionis* cit. 27 ss.

²⁹¹ D. 18.3.2 (Pomp. 35 *ad Sab.*): *Si fundo lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret...* in D. 18.3.4 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*); *Item si pretio non soluto inempta res facta sit...* in D. 19.2.22 pr. (Paul. 34 *ad ed.*).

²⁹² D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 *dig.*); D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); FV. 9 (Pap. 3 *resp.*). Esempi simili non mancano nel diritto greco-egizio, di cui è testimonianza nei papiri Tolemaici, cfr. R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-Roman Egypt, in The light of the Papyri?*, Warszawa 1955, 272-275; F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, 117-119. E nel diritto consuetudinario francese, in riferimento alla *vente à réméré*, cfr. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris 1762, 385-444, in riferimento al Code civil., art. 1659.

individuato una testimonianza dell'*emptio in causam obligationis*, ossia di una compravendita con funzione di garanzia.

E, infatti, il frammento del commento alla formula ipotecaria di Marciano (*hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio*²⁹⁴), il responso di Scevola (*sub condicione emptio facta est*²⁹⁵) e la testimonianza di Papiniano (*ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat*²⁹⁶), richiamata anche da Trifonino²⁹⁷, depongono proprio per la conclusione di un negozio di compravendita i cui effetti vengono subordinati al verificarsi di una condizione sospensiva²⁹⁸.

Diversamente che per la clausola commissoria accedente all'*emptio venditio*, i giuristi - in considerazione della fisiologica ipotesi di estinzione del mutuo - avrebbero dunque preferito utilizzare, per questo particolare tipo di compravendita, la tesi Sabiniana, sospendendo, quindi, la produttività degli effetti del negozio al verificarsi eventuale della condizione di inadempimento.

Un frammento del commento all'editto provinciale di Gaio²⁹⁹:

D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *Interdum accidit, ut non habeat furti actionem is, cuius interest rem salvam esse ut ecce creditor ob rem debitoris subreptam furti agere non potest, etsi aliunde creditum servare non possit: loquitur autem scilicet de ea re, quae pignoris iure obligata non sit,*

come pure un rescritto di Diocleziano³⁰⁰:

C. 8.34(35).2 *Si fundi nomine quem vendideras, emptori ab alio mota proprietatis quaestione, alterum fundum pro eius evictione pignoris hypothecaeve titulo emptionis instrumentis ea lege dedisti, ut quem secundo tradideras, si is quem vendideras evictus non fuerit, obtineas, de hoc contra eum qui moverat quaestionem lata sententia emptori parata securitate, circa eum quem obligaveras restituendum conventionis fidem impleri, si negotium integrum est, praeses iubebit,*

²⁹³ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.); D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. *ad form. hyp.*); D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 disp.); FV. 9 (Pap. 3 resp.).

²⁹⁴ D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. *ad form. hyp.*): *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.*

²⁹⁵ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.).

²⁹⁶ FV. 9 (Pap. 3 resp.).

²⁹⁷ D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 disp.).

²⁹⁸ Quest'ultima potrebbe concepirsi, però, anche come conversione di un precedente rapporto pignoratizio in *emptio venditio*.

²⁹⁹ D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*).

³⁰⁰ C. 8.34(35).2 (a. 293), su cui v., per un primo approccio, L.A. WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte*, in *Arch. civ. Praxis* (25/1842) 75 ss.

conterrebbero, tuttavia, traccia di un'*emptio* pura con patto di risoluzione, molto simile strutturalmente al *pactum de retroemendo*³⁰¹, e quindi, in ossequio alla tesi Proculiana:

si ad diem pecunia soluta sit, ut res inempta sit.

Dall'esegesi del primo frammento, che la palingenesi di Lenel³⁰² ricollega a D. 18.1.35³⁰³, risulta, infatti, che Gaio, trattando della spettanza dell'*actio furti*, riconobbe l'esperibilità della stessa solo al creditore che avesse acquistato in funzione di garanzia la merce rubata prima della consegna.

Anche la seconda testimonianza, ad opinione di Biscardi³⁰⁴, fornirebbe prova circa la conclusione di una *emptio in causam obligationis* già produttività di effetti.

Il rescritto, nella forma restituitaci dai compilatori, in ossequio al divieto del patto commissorio, riferisce in merito all'impossibilità di trasferire la proprietà di una *res*, conferita al compratore a titolo di garanzia (per il caso in cui il bene acquistato gli fosse stato evitto), statuendo, invece, a tal proposito, la necessità di venderla e di rivalersi sul prezzo.

Il riferimento ad una garanzia realizzata *emptionis instrumentis*, ossia posta in essere né con una *datio* né con una *conventio pignoris*, bensì con una compravendita, lascerebbe intendere che la versione originale del testo doveva proprio contenere una traccia dell'*emptio in causam obligationis*.

E, infatti, *ea lege dedisti, ut quem secundo tradideras, si is quem vendideras evictus non fuerit, obtineas* può interpretarsi alla stessa stregua di *si ad diem pecunia soluta sit, ut fundus inemptus sit*.

La contraddizione tra la menzione dell'avvenuta *traditio* del bene, da considerarsi quindi già conferito al compratore a titolo di garanzia, e l'utilizzo dell'espressione *obtineas*, che sembra invece riconoscere al venditore la possibilità di conservare il possesso del bene vincolato fino a che l'evizione non si fosse verificata, ha indotto Biscardi a proporre una diversa ricostruzione del testo:

C. 8.34(35).2 *Si fundi nomine quem vendideras, emptori ab alio mota proprietatis quaestione, alterum fundum pro eius evictione [pignoris hypothecaeve titulo] emptionis instrumentis ea lege dedisti, ut quem secundo [tradideras] <venderas>, si [is quem vendideras]*

³⁰¹ C. 4.54.2; C.4.54.7; D. 19.5.12 (Proc. 11 *epist.*).

³⁰² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Leipzig 1889, 238.

³⁰³ D. 18.1.35 (Gai. 10 *ad ed. prov.*).

³⁰⁴ BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 582, nt. 23.

<alter> evictus non fuerit, obtineas, de hoc contra eum qui moverat quaestionem lata sententia [emptori parata securitate], circa eum quem obligaveras [restituendum] conventionis fidem impleri, si negotium integrum est, praeses iubebit.

Non potendo infatti ammettersi che, al non verificarsi dell'evizione, il venditore continuasse a possedere qualcosa che in realtà aveva in precedenza già consegnato al compratore, lo studioso ipotizza che, in difetto di possesso, e quindi nei soli casi in cui la *traditio* della *res* fosse subordinata al verificarsi della condizione, si usava rendere la vendita della garanzia immediatamente produttiva di effetti, per tutelare il creditore-compratore.

In questa prospettiva, anche il *quodammodo*³⁰⁵, utilizzato da Marciano, nel definire la vendita "condizionata", potrebbe costituire un indizio circa la plausibilità di una *emptio* pura con patto di risoluzione.

Veniamo ora alla verifica della sussistenza, nella fattispecie di cui trattasi, degli elementi strutturali caratterizzanti l'*emptio venditio* romana³⁰⁶ in riferimento al *consensus in idem placitum*, alla *merx* e al *pretium*.

L'attenzione è stata rivolta, prevalentemente, all'analisi del concetto di prezzo e, segnatamente, al passaggio dalla locuzione *certum pretium*³⁰⁷ a *iustum pretium*³⁰⁸ rispetto al quale, il divieto della *laesio ultra dimidium* e l'intervento dell'autorità statale nella libera contrattazione delle parti, potrebbe rivelare un'identità di *ratio* tra il provvedimento adottato in materia di vendita da Diocleziano e la successiva proibizione di Costantino, intervenuta in materia di *lex commissoria* (*pignoris*).

La primitiva regolamentazione della *emptio venditio*, collocata tra le obbligazioni *consensu contractae* della quadripartizione³⁰⁹ gaiana, trova il proprio fondamento nella *fides* negoziale³¹⁰ del

³⁰⁵ D. 20.1.16.9.

³⁰⁶ Gai 3.139-141. Sul punto, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I, Napoli 1956 (rist. 1987), 88 ss.; ID., *La compravendita* cit. II, 400 ss.; S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova 1937, 109; A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *El precio como elemento comercial en la emptio-venditio romana*, Madrid 1984, 51 ss.; GUARINO, *Diritto* cit. 880 ss.; MARRONE, *Istituzioni* cit. 458 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni* 582 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011, 483 ss. F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963, 10 ss.; C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di compravendita in Roma*, in *Mem. R. Acc. Mod.* 9/1983, 179 ss. [= in *Opere* III, Milano 1929, 49 ss.]. Il riferimento è alla concezione classica di compravendita, intesa come contratto consensuale e ad efficacia obbligatoria. Nel tardo antico, infatti, la compravendita è configurata come atto traslativo della proprietà, fondato sull'accordo delle parti e sul pagamento del prezzo, cfr. C. 4.21.17.

³⁰⁷ D. 18.1.7.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*):...*valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum...*

³⁰⁸ C. 4.44.2 (a. 293): *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretiis distraxit, 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.*

³⁰⁹ Gai 3.89, cfr. CASCIONE, *Consensus* cit. 446 ss. e bibliografia ivi citata.

³¹⁰ PH. MEYLAN, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in *T.* 21/1953, 129 ss.; TALAMANCA, s.v. «Vendita» cit. 309 ss.

*ius gentium*³¹¹ strettamente connesso all'attività giurisprudenziale del pretore peregrino la cui normativa, flessibile, priva di formalismi ed attenta alla volontà dei contraenti, si prestò a regolamentare le relazioni commerciali intrattenute da popoli di cultura e tradizione giuridica differente³¹² da quella romana.

Può, dunque, affermarsi che la soppressione dei formalismi che ostacolavano la conclusione dei contratti, si sia configurata come un principio di origine commerciale atto ad intensificare il traffico giuridico riconoscendo quale elemento sufficiente per la valida conclusione del vincolo obbligatorio il consenso tra le parti³¹³.

Oggetto del “comune consenso” era, secondo le testimonianze fornite dai giuristi classici, proprio il *convenire de pretio*.

A proposito della compravendita, infatti, Gaio³¹⁴ precisa che il vincolo si perfezionava non appena le parti raggiungevano l'accordo sul prezzo, indipendentemente dal fatto che esso fosse stato effettivamente versato.

In merito alle caratteristiche del prezzo, le fonti testimoniano inizialmente la necessità che esso fosse *certum*³¹⁵, ossia specificato dalle parti, o comunque identificabile *per relationem*³¹⁶, quindi mediante rinvio ad una circostanza oggettiva.

L'atteggiamento della giurisprudenza classica circa la definizione del prezzo rivela, dunque, la propensione a che esso si determinasse nel libero gioco del mercato³¹⁷.

Anteriormente alla politica diocleziana (284-305 d.C.), Roma mantenne, quindi, un atteggiamento di “laissez-faire” riconoscendo l'intervento del diritto soltanto al fine di assicurare l'equità nel procedimento di formazione del consenso, con la massima indulgenza verso gli artefizi

³¹¹ Per la distinzione tra *ius civile e ius gentium*, cfr. Cic. 3.17.69 *de off.* Sul punto, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* I, Bologna 1927, 25 ss.; I. 1.2.2: ...*Ex hoc iure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio...*; I. 1.41; D. 1.1.5 (Herm. 1 *iuris epit.*); D. 1.14.1.7 (Ulp. 4 *ad ed.*); D. 18.1.1.2 (Paul. 33 *ad ed.*): *Est autem iuris gentium, et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras*, cfr. Gai 3.22 e D. 19.2.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*); D. 48.22.15 pr. (Marc. 2 *pub. Iud.*).

³¹² DE BUJÁN, *El precio* cit. 51.

³¹³ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* I, cit. 82 ss.; WATSON, *The law of Obligations* cit. 42; TALAMANCA, s.v. «Vendita» cit. 306 ss.; CASCIONE, *Consensus* cit. 249 ss.; M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 82 ss., cfr. Gai 3.140-141; D. 18.1.7.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 *ad ed.*).

³¹⁴ Gai 3.139: *Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit...*, cfr. I. 3.23 pr.: *Emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit...*; I. 3.23.1: *Pretium autem constituit, oportet, nam nulla emptio sine pretio esse potest*; I. 3.23.3: *Quam autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit...*

³¹⁵ D. 18.1.7.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*): ...*Valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium...*

³¹⁶ D. 18.1.7.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): ...*quantum pretii in arca habeo... nec enim incertum est pretium...*

³¹⁷ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* I, cit. 143, cfr. D. 4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*; D. 19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluri sit minoris emere, quod minoris sit pluri vendere...*; D. 18.1.38 (Ulp. 7 *disp.*): *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet...*

posti in essere dalle parti per la promozione della merce (*dolus bonus*) e stabilendo i rimedi processuali da applicare esclusivamente contro il *dolus malus*³¹⁸, l'*error* ed il *metus*³¹⁹.

La corrispondenza tra il valore della merce ed il prezzo non era, dunque, necessaria ed il giudizio sulla ragionevolezza del corrispettivo era di esclusiva competenza delle parti: bastava che i contraenti trovassero adeguato il *quantum* concordato; ognuno determinava il valore in base al proprio libero apprezzamento e la somma versata, per quanto bassa, non incideva sulla valida formazione del contratto neppure nel caso in cui il venditore o il debitore fossero stati costretti alla contrattazione dalle difficoltà economiche.

Gli interventi di politica economica postdiocleziana mostrano, invece, una maggiore attenzione per l'equilibrio delle prestazioni negoziali³²⁰ che si evince in numerosi provvedimenti legislativi volti, alcuni di essi, alla tutela del contraente più debole ed al riconoscimento della rescindibilità³²¹ dell'*emptio venditio* gravata da *laesio ultra dimidium*³²² nonché della nullità della ritenzione della garanzia in pagamento³²³.

Comincia a percepirsi, quindi, oltre all'esigenza che il prezzo fosse certo, la necessità che esso fosse "giusto"³²⁴ e, quindi, proporzionato al valore di mercato della *merx* acquistata.

Gli elementi strutturali isolati in riferimento alla *emptio venditio*, quali: la consensualità, la mera obbligatorietà, la libertà formale, la bilateralità, l'azionabilità *ex fide bona* e la determinatezza del prezzo, appaiono pienamente riscontrabili anche nella fattispecie che Biscardi definisce *emptio in causam obligationis*.

Elemento indispensabile, ai fini della valida costituzione di detto negozio, oltre al *consensus* tra venditore (debitore) e compratore (creditore) e alla produzione di effetti obbligatori, era, infatti, la certezza del prezzo, di cui è testimonianza nel passo di Papiniano³²⁵:

FV. 9 (Pap. 3 resp.) ...*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,*

³¹⁸ D. 4.3.1 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*).

³¹⁹ D. 4.2.1 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 4.2.6 (Gai 4 *ad ed.*); D. 4.2.9 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*).

³²⁰ Sul punto, *infra*, cap. III.

³²¹ C. 4.44.2 (a. 285): ...*quod deest iusto pretio recipies...*

³²² A. MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión por lesión. Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno*, Valencia 1999, 23-60; M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 5 ss.

³²³ CTh. 3.2.1.

³²⁴ P. DE FRANCISCI, *Iustum pretium*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze 1955, 211 ss.; E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR.* 31/1921, 1 ss.

³²⁵ FV. 9 (Pap. 3 resp.).

nonché in numerosi interventi della cancelleria imperiale³²⁶ e in alcuni rescritti di Settimio Severo e Caracalla³²⁷.

Il *pretium*, nella fattispecie di cui trattasi, è da identificarsi con il *mutuum* e la *merx* con la *res* conferita in garanzia; in questi termini, la somma mutuata, in caso di mancata restituzione entro i termini pattuiti, si considerava versata come corrispettivo per l'acquisto del bene trattenuto *iure empti* dal creditore. Anche in questa *emptio*, quindi, il venditore (in qualità di debitore) consegnava il possesso *ad usucapionem* della *merx*, ossia della garanzia, al creditore-compratore che, a sua volta, mutuando una somma di denaro, ne pagava il prezzo.

L'evoluzione concettuale di *pretium*, che da *certum* comincia a configurarsi come *iustum*, si verifica anche in riferimento alla *emptio conditionalis*, in termini di corrispondenza tra l'ammontare del mutuo ed il valore della *res* vincolata.

Affermatosi il divieto di Costantino, infatti, oltre alla rescindibilità per *laesio ultra dimidium*, l'*emptio in causam obligationis* fu valutata, al pari di una *lex commissoria pignoris* (attributiva del *dominium*), addirittura nulla se non accompagnata dalla stima del giusto prezzo³²⁸.

Di qui l'esigenza dei compilatori di interpolare le fonti testimonianti la vendita con funzione di garanzia che Biscardi ha ricostruito, quindi, come un contratto consensuale idoneo a costituire, al pari del pegno³²⁹, dell'ipoteca e della *fiducia cum creditore*³³⁰, una vera e propria garanzia reale ma, diversamente dal patto commissorio, produttiva di effetti obbligatori³³¹ e non reali³³².

Diversa opinione esprime invece Burdese³³³ che descrive la fattispecie di cui in Scevola (D. 18.1.81 pr.); Marciano (D. 20.1.16.9); Trifonino (D. 20.5.12 pr.); Gaio (D. 47.2.49 pr.) e Papiniano (FV. 9) come una mera "convenzione inerente al pignoramento", produttiva degli stessi effetti della *lex commissoria*.

Lo studioso³³⁴ nega, quindi, la configurabilità dell'istituto in termini di compravendita in funzione di garanzia³³⁵, ossia di *emptio* indipendente da un preventivo pignoramento, riconoscendo

³²⁶ C. 4.54.1 (a. 216) e D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 disp.).

³²⁷ D. 18.3.4 pr. (Ulp. 32 ad ed.); D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.).

³²⁸ D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.).

³²⁹ Che lo studioso reputa però istituto esclusivamente possessorio finalizzato a creare una coazione psicologica in capo al debitore spingendolo all'adempimento.

³³⁰ Che lo studioso sostiene essere un trasferimento immediato della proprietà in garanzia, seppur transitorio.

³³¹ Sulla produttività di effetti obbligatori, e non reali, della clausola commissoria accedente al pegno, E. RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri*, Leipzig 1909, 91; H. SIBER, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 120; WIEACKER, *Lex commissoria* cit. 52; BRAUKMANN, *Pignus* cit. 119 s.

³³² Per la produttività di effetti reali della clausola commissoria, Cato. *de agr.* 146.2: *Ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit, domini esto*.

³³³ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 119 ss.

³³⁴ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 119 ss.

³³⁵ Sul punto, E. COSTA, *Sul papiro fiorentino n.1*, in *BIDR.* 14/1902, 47 ss.; *Storia del diritto privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*², Torino 1925, 285; STEINER, *Datio in solutum* cit. 106 ss.; BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 575 ss.

nelle fonti menzionate null'altro se non la testimonianza di una convenzione di “vendita del pegno al creditore” che poteva concordarsi contestualmente o anche successivamente³³⁶ al pignoramento medesimo.

In effetti, l'idea che un precedente pignoramento potesse convertirsi, per volontà delle parti, in una compravendita del pegno al creditore non sembra supportare il connotato sospensivo della convenzione: *si ad diem pecunia soluta non sit ut fundus emptus sit*, tantomeno quello risolutivo: *si ad diem pecunia soluta sit ut fundus inemptus sit*.

Riferendosi a FV. 9, Biscardi³³⁷ evidenzia, infatti che, nel momento in cui le parti si fossero accordate (*in exordio contractus...*) a che il creditore acquistasse il bene, la relativa *traditio* non avrebbe potuto effettuarsi se non a titolo di compravendita³³⁸ con conseguente “assorbimento” della fattispecie pignoratoria nell'*emptio*; e, anche ipotizzando che la vendita del pegno al creditore (come nel citato frammento di Marcello³³⁹) fosse frutto di un accordo posteriore al pignoramento (...*sive postea*)³⁴⁰, quest'ultimo sarebbe comunque da considerarsi non più esistente, in quanto “novato” dal successivo rapporto costituito dalle parti nelle forme della compravendita.

Ad opinione di Burdese, invece, la vendita sospensivamente condizionata sarebbe da considerarsi soltanto una convenzione annessa al pegno che, consentendo di scorporare dal prezzo di mercato l'ammontare del debito pregresso, cominciò ad utilizzarsi, nel sistema classico delle garanzie reali, per mitigare la condizione del “contraente debole” eliminando l'arbitrio creditorio nella scelta tra l'esercizio dell'*actio crediti* e del *ius retinendi*.

Infatti, il patto commissorio consentiva al creditore insoddisfatto di adoperarsi sia per il recupero del denaro concesso a mutuo, sia per l'ottenimento della *res* in pagamento, mentre la convenzione di vendita permetteva al debitore di paralizzare l'eventuale *actio crediti* opponendo un'*exceptio doli* o un'*exceptio empti*.

Anche la determinatezza del prezzo³⁴¹, propria della *emptio in causam obligationis*, potrebbe concepirsi come un elemento a sostegno della tendenza classica³⁴² ad armonizzare ed equilibrare il

³³⁶ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*): *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea...*

³³⁷ BISCARDI, *Lezioni* cit. 68, cfr. FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

³³⁸ BISCARDI, *Lezioni* cit. 59-60.

³³⁹ D. 13.7.34 (Marcell. *l.s. resp.*): *Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet...*

³⁴⁰ Il riferimento è sempre a FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

³⁴¹ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*) ...*nec incerti pretii...*

³⁴² In molti provvedimenti di età severiana, resi necessari anche dalla peculiarità della situazione economica, si percepisce la volontà imperiale di evitare un pregiudizio in danno del debitore, cfr. D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed*) e D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*) dove, in riferimento al *pactum vendendi pignoris*, si statuisce l'obbligo di restituire l'eccedenza al debitore. In tema di *emptio in causam obligationis*, detta volontà, avrebbe potuto influire sulle modalità di definizione del prezzo della *res*, il cui apprezzamento, sottratto alla libera determinazione delle parti, sarebbe stato affidato ad un terzo, cfr. D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*), *infra*, cap. II, § 2.

contenuto delle prestazioni poiché introduceva un parametro di verifica col quale appurare l'“adeguatezza” del corrispettivo e l'eventuale indebito arricchimento del creditore.

Burdeese concepisce, quindi, la fattispecie come una convenzione analoga alla *lex commissoria* ma edulcorata dalla determinatezza del prezzo nonché dalla rescindibilità per *laesio enormis* e, in quanto tale, sopravvissuta al divieto di Costantino.

Per ciò che attiene al rapporto intercorrente tra il suddetto divieto³⁴³ e l'*emptio in causam obligationis*, Steiner³⁴⁴, in particolare, a partire dalla presunta interpolazione di un passo di Marciano³⁴⁵, reputa che anche la vendita sospensivamente condizionata cadde sotto la scure della proibizione costantiniana e che l'aggiunta postclassica relativa alla previsione del giusto prezzo fosse appunto finalizzata alla conservazione del frammento:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) *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.*

Lo studioso non chiarisce, tuttavia, perché i compilatori giustinianeî avrebbero mantenuto le fonti³⁴⁶ che riferivano della vendita in garanzia, adattandole alle esigenze del tempo, ed eliminato, invece, ogni altro riferimento al *pactum commissorium*, sia nella fiducia sia nel pegno; senza contare, poi, che il titolo contenente la proibizione: *De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*³⁴⁷ sembrerebbe quasi voler delimitare la portata del divieto al pegno, escludendo invece l'*emptio in causam obligationis*³⁴⁸.

Su queste basi, si potrebbe sostenere che l'intento di Costantino non fosse, in realtà, quello di vietare indistintamente tutti i trasferimenti in funzione di garanzia ma solo quelli che,

³⁴³ CTh. 3.2.1. Sul punto, *infra*, cap. III, a proposito della possibile rilettura del divieto, sia alla luce di elementi semantici sia in considerazione delle coordinate storico-politiche in cui esso si inserisce. A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Alcunas consideraciones sobre la proibición del pacto comisorio y el pacto marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado* 13/2009, 95 ss. (on line).

³⁴⁴ STEINER, *Datio in solutum* cit. 116 ss. Conformemente BURDESE, *Lex commissoria* cit. 124. Di opinione contraria, DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 279, nt. 1.

³⁴⁵ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*). La previsione del giusto prezzo, considerata interpolata dai giustinianeî, testimonierebbe per lo studioso che anche la vendita del pegno sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore era stata proibita per effetto del divieto del patto commissorio.

³⁴⁶ D. 13.7.20.3; D. 18.1.81 pr.; D. 20.1.16.9; D. 20.4.17; D. 20.5.5.1; D. 20.5.6; D. 20.5.9 pr.; D. 20.5.12 pr.; C. 8.19(20).1.1; C. 8.27(28); Nov. 4.3; PS. 2.13.4; FV. 9.

³⁴⁷ Il riferimento è al titolo del *Codex Iustinianus* la cui formulazione differisce dal *Codex Theodosianus* in cui il divieto del patto commissorio è contenuto nel più generico titolo: *De commissoria rescindenda*. *Infra*, cap. III.

³⁴⁸ Quest'ultima è concepita da BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 589, come un diritto reale di garanzia al pari della fiducia e del pegno e da BURDESE, *Lex commissoria* cit. 119 ss., come una clausola accedente al pegno, alternativa al *pactum commissorium* e al *pactum vendendi*.

determinando la ritenzione del bene in pagamento³⁴⁹, senza *aestimatio* del giusto prezzo³⁵⁰, provocavano una sperequazione e, con essa, un approfittamento dello stato di bisogno del contraente debole.

Infatti, nel *Corpus iuris civilis* sono conservati, oltre all'*emptio in causam obligationis*, almeno altri due istituti, quali: l'*interdictum Salvianum*³⁵¹ e l'*impetratio dominii*, legittimanti, rispettivamente, la ritenzione in pagamento dei beni del conduttore non oltre il limite di quanto pattuito³⁵² e la ritenzione in proprietà del pegno, previa stima del giusto prezzo.

Assicurare una sorta di equilibrio tra le prestazioni delle parti era, quindi, alla base del divieto, la cui *ratio* per alcuni versi si conferma simile a quella sottesa al provvedimento di Diocleziano, poiché l'uno rendeva rescindibile la vendita ogni qualvolta il prezzo d'acquisto fosse stato inferiore alla metà del valore della *merx* e l'altro statuiva la nullità della convenzione con la quale le parti avessero pattuito che, in caso di mancata restituzione del mutuo, la garanzia fosse divenuta proprietà del creditore.

Ipotizzando, inoltre, che l'*emptio in causam obligationis* sia effettivamente un autonomo negozio di garanzia e che il divieto del patto commissorio sia intervenuto a rendere nulle anche queste vendite se non accompagnate dalla stima del giusto prezzo, si potrebbe sostenere che Costantino abbia voluto integrare il provvedimento di Diocleziano (che consentiva di rescindere la compravendita solo se il valore della *merx* superava almeno del doppio il corrispettivo versato) imponendo che il prezzo, oltre che determinato, ossia *certum*, fosse anche *iustum*, ossia equivalente al valore di mercato³⁵³ della *res*.

Se invece, accogliendo la tesi di Biscardi, si sostiene che l'intenzione di Costantino era quella di vietare esclusivamente la ritenzione in proprietà della garanzia e, segnatamente, il patto commissorio ad efficacia reale (escludendo i contratti ad efficacia obbligatoria) si dovrebbe ammettere che i compilatori, in ossequio alla concezione del *iustum pretium*, abbiano più tardi, al solo scopo di sottolineare l'esigenza che il corrispettivo pecuniario, oltre che *certum*, fosse addirittura pari all'esatto valore della *merx*, interpolato i frammenti relativi alla compravendita in

³⁴⁹ Patto commissorio propriamente detto.

³⁵⁰ E, in questo, essendo il prezzo un elemento costitutivo della fattispecie, l'*emptio in causam obligationis* sarebbe stata esclusa.

³⁵¹ A proposito dell'*interdictum Salvianum*, S. GIACHI, *L'interdictum de migrando. Un rimedio contro l'abuso di autotutela estremamente longevo*, in *Teoria e storia del diritto privato* 1/2008 (on line), 1 ss., in cui si descrive, oltre alla facoltà del creditore di trattenere a garanzia del pagamento i beni del debitore (non oltre l'ammontare della somma dovuta), il diritto del debitore di ottenere, con l'*interdictum de migrando*, una pronuncia che proibisse al creditore di impedirgli di portar via gli altri beni.

³⁵² Circostanza che si evince anche in relazione ai limiti dell'*interdictum de migrando* cfr. D. 43.32.1 pr. (Iul. 49 dig.).

³⁵³ Sulla classicità di *iustum pretium*, inteso in termini di "prezzo corrente di mercato", *infra*, cap. II, § 1.

funzione di garanzia, confermando, comunque, anche per questo verso, che la *ratio* sottesa al divieto era un'altra.

CAPITOLO SECONDO

Il patto Marciano nella prospettiva della giurisprudenza severiana: un correttivo all'asperitas del patto commissorio?

SOMMARIO: 2.1 *La posizione della dottrina tradizionale* 2.2 *Ipotesi ricostruttive del patto Marciano* 2.3 *Le coordinate socio-culturali ed il ruolo della giurisprudenza severiana nella mitigazione della posizione del debitore.*

2.1. *La posizione della dottrina tradizionale.*

Prima di procedere all'esegesi del patto Marciano³⁵⁴, tentando di ridefinirne la natura ed i contenuti in termini di “correttivo apportato all'*asperitas*³⁵⁵ del patto commissorio”, o all'*emptio in causam obligationis*, qualche riferimento in merito agli studi condotti in argomento.

La dottrina romanistica³⁵⁶ ha finora individuato nel divieto costantiniano una statuizione edittale a carattere generale riguardante, indistintamente, tutti i trasferimenti in garanzia, fossero essi mere ritenzioni in proprietà dei beni o vere e proprie vendite condizionate degli stessi.

Di qui, la conseguente trasformazione del *pactum vendendi*³⁵⁷ che, da clausola alternativa accedente al *pignus*, divenne - per effetto del divieto - un elemento ad esso connaturato, con “automaticità” del *ius distrahendi* ed “impossibilità” del *ius retinendi*.

Nel *Corpus iuris civilis* sono conservati, tuttavia, almeno due istituti legittimanti, in epoca successiva all'introduzione della proibizione, l'esercizio della ritenzione in proprietà, quali: l'*interdictum Salvianum*³⁵⁸ e l'*impetratio domini*³⁵⁹ che la dottrina ha interpretato in termini di eccezione.

³⁵⁴ D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.): *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, 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.*

³⁵⁵ CTh. 3.2.1 *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 *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 recipere, quod dederunt.*

³⁵⁶ *Supra*, cap. I.

³⁵⁷ *Vd. supra*, cap. I.

³⁵⁸ GIACHI, *L'interdictum de migrando* cit. 1 ss.; BISCARDI, *Appunti* cit. 152. In riferimento agli *invecta et illata*, costituiti in garanzia del pagamento del canone del fondo rustico, le fonti testimoniano l'esistenza dell'*interdictum Salvianum*, riconosciuto a favore del locatore per evitare che il colono inadempiente portasse via dal fondo gli strumenti da lavoro e gli animali. L'istituto viene descritto come un *interdictum adipiscendae possessionis*, rivolto a far conseguire per la prima volta il possesso in soddisfazione del creditore.

³⁵⁹ MANIGK, s.v. «*Pignus*» cit. 1, 1274, definisce l'*impetratio domini* come un “surrogato autoritativo della *emptio per creditorem*”. Si trattava della richiesta di un provvedimento da parte del creditore allo Stato finalizzato ad ottenere “quella stessa posizione che abbiamo visto essere la conseguenza del verificarsi della *lex commissoria*: la *possessio iure*”

Nello specifico, l'*impetratio dominii*, legittimante l'“acquisto”³⁶⁰ del bene in capo al creditore pignoratizio previa richiesta all'imperatore, con stima arbitraria del giusto prezzo, è stata definita come un'*extrema ratio*, alla quale si ricorreva soltanto in caso di infruttuosità della vendita.

Scarsamente dibattuta, invece, è stata la questione inerente alla conservazione nei *Digesta* dell'*interdictum Salvianum*³⁶¹ ed al suo rapporto con il divieto di ritenzione della *res*; la fattispecie, infatti, è stata analizzata prevalentemente in relazione alla violazione del divieto di autotutela³⁶².

Tuttavia, in riferimento al *ius retinendi*, anche l'interdetto in questione è stato concepito in termini di eccezione al divieto generale.

Di conseguenza, si è affermato che il patto Marciano, prevedendo l'attribuzione al creditore di un bene di proprietà del debitore, previa stima del giusto prezzo, fosse da considerarsi come una creazione giustiniana e che il frammento classico avesse avuto originariamente ad oggetto un patto commissorio³⁶³.

Questa considerazione è supportata, sostanzialmente, dal fatto che nel III secolo d.C., tempo in cui Marciano scrive, non essendo stato ancora introdotto il divieto, risalente al IV secolo, la stima del giusto prezzo (presente nel frammento) non avrebbe avuto senso ai fini della ritenzione del bene in proprietà e, pertanto - si è sostenuto - che essa sia necessariamente da intendersi come un'aggiunta successiva inserita, presumibilmente, al fine di aggirare le statuizioni del divieto in

dominii”, cfr. FREZZA, *Le garanzie* cit. 230. Per l'individuazione dei requisiti antichi e moderni dell'istituto: C. 8.33(34).3 pr. (a. 530): *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam, igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis capiebat, proscripio publica et annus luitionis antiquus...*; e C. 8.33(34).2 (a. 238): *Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam rescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.*

³⁶⁰ Sul punto, ritengo che il riconoscimento del diritto all'acquisto sia da interpretarsi in termini di esercizio del *ius retinendi*. Questo perché l'*impetratio dominii* era genericamente applicabile sia in riferimento al *pignus conventum* che al *pignus datum*. In quest'ultimo caso, essendo il bene già in possesso del creditore, l'acquisto si risolveva in una mera ritenzione dell'oggetto previa stima del giusto prezzo e con possibilità di riscatto biennale. In particolare il “riscatto biennale” riconosciuto al debitore con l'*impetratio dominii* ricorre anche in un provvedimento di Costantino (CTh. 5.10.1) col quale l'imperatore accordò al padre, che in stato di bisogno avesse venduto il proprio figlio, tale diritto. La *ratio* sottesa a detto provvedimento potrebbe testimoniare proprio l'intenzione dell'imperatore di mitigare la condizione del debitore, confluita poi nel divieto di *asperitas*, e di sperequazione tra le prestazioni, propria del patto commissorio.

³⁶¹ BISCARDI, *Appunti* cit. 150-155. In merito all'*actio quasi Serviana*; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 264.

³⁶² Il *decretum divi Marci*, attribuito all'imperatore Marco Aurelio, intervenne a sanzionare con la perdita del credito e con il rifiuto della relativa azione processuale, un creditore che, non essendo stato soddisfatto dall'*obligatus*, si era rifatto direttamente sui suoi beni agendo in autotutela. Il precedente giudiziario, datato al II d.C., estensibile ai casi analoghi, fu recepito anche dagli imperatori successivi determinando l'imputazione per *crimen vis* degli infrattori, come risulta in D. 48.7.8 (Mod. 2 *de poenis*): *Si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet, hac lege tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit.* Il riferimento all'autorizzazione del giudice sembra avvicinare il provvedimento, relativo alla ritenzione delle *res* del debitore inadempiente, al tenore della *lex Poetelia Papiria de nexis* che, appunto, era intervenuta a suo tempo a vietare l'asservimento del debitore quanto non espressamente statuito con sentenza. Pur non vietando espressamente il ricorso all'autotutela, il decreto di Marco Aurelio determinò, con la sanzione della perdita del credito, il progressivo abbandono di questa modalità privata di risoluzione delle controversie che fu successivamente recepito e generalizzato da Giustiniano, cfr. GUARINO, *Diritto* cit. 167-168; GIUFFRÈ, *Studi sul debito* cit. 182 s.

³⁶³ FEHR, *Beiträge* cit. 103, parla di una *cautio* commissoria stralciata dai compilatori ma poi richiamando FV. 9 sostiene che la costruzione fosse sempre quella della vendita.

un'epoca storica (appunto il VI secolo d.C.) in cui il fondamento politico-ideologico³⁶⁴ che aveva ispirato l'editto non era più condiviso.

Ciò collide, tuttavia, con la ricezione nel *Codex Iustinianus*³⁶⁵ della proibizione in questione, originariamente contenuta nel Codice Teodosiano:

CTh. 3.2.1 *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.*

Il provvedimento, infatti, sottolineando l'*asperitas* della clausola commissoria ne proclamava, appunto, il divieto - con efficacia retroattiva - consentendo ai debitori il recupero dei beni impetrati in pagamento poiché, secondo la disposizione imperiale, i creditori dovevano "riavere esattamente quanto diedero".

Se effettivamente superato, poiché non più corrispondente alle esigenze politico-ideologiche del tempo, il provvedimento - dunque - non sarebbe stato riprodotto in C. 8.34(35).3 con l'aggiunta ulteriore del riferimento specifico al *pignus* che, probabilmente, valeva solo a sottolineare l'esclusione - dall'operatività del divieto - della *lex commissoria* accedente alla *emptio venditio*³⁶⁶:

C. 8.34(35).3. *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 recipere, quod dederunt.*

Probabilmente, quindi, la *ratio* che aveva ispirato l'imperatore Costantino era, almeno nel VI secolo d.C., ancora largamente condivisa; a meno che non si voglia considerare il riferimento al *pignus* un intervento giustiniano finalizzato a delimitare il campo d'azione della proibizione, con la volontà di escludervi la compravendita con funzione di garanzia.

Anche in questo caso, ferma restando la vigenza del divieto, rimarrebbe comunque da spiegare perché i compilatori avrebbero dovuto recepire, interpolandolo con la previsione del giusto

³⁶⁴ La propensione di Costantino verso i precetti della religione cristiana è riscontrabile anche in altre sue statuizioni che evidenziano una sorta di favore per l'uguaglianza e la tutela dei più deboli; *infra*, cap. III.

³⁶⁵ C. 8.34(35).3.

³⁶⁶ *Infra*, cap. III, § 1.

prezzo, il patto Marciano (relativo proprio ad un pegno o ad un'ipoteca) se contenente una disposizione commissoria.

La conservazione del passo, con l'aggiunta dell'inciso (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam*, potrebbe giustificarsi circoscrivendo la portata del provvedimento di Costantino ai soli trasferimenti non accompagnati da una stima arbitrale, determinanti, quindi, sperequazione ed approfittamento dello stato di bisogno del debitore.

Ritenere in pagamento una garanzia, il cui valore superava l'ammontare del mutuo corrisposto, equivaleva, infatti, a determinare un ingiustificato arricchimento in favore del creditore e la volontà dell'imperatore di evitare queste *captiones*³⁶⁷ (ossia questi inganni), evidente anche in altri suoi provvedimenti adottati contro l'usura³⁶⁸, confermerebbe che la *ratio* del divieto era appunto quella di proibire solo i patti commissori conclusi senza una preventiva valutazione; necessaria, quest'ultima, anche nella procedura sottesa all'*impetratio dominii* e all'*interdictum Salvianum*.

L'indagine che segue tenterà la ricomposizione unitaria del sistema e l'eliminazione delle aporie, attraverso la "circoscrizione" del divieto alle sole fattispecie non rientranti nello schema del patto Marciano³⁶⁹, ossia non assistite dalla "valutazione del giusto prezzo" soffermandosi anche sull'incidenza dell'*aequitas* e della *bona fides* nella mitigazione della condizione del debitore; ma di questo si dirà in seguito³⁷⁰.

Veniamo, quindi, all'analisi del frammento di cui in D. 20.1.16.9 e alla disamina delle ragioni per le quali la dottrina ha sostenuto la non classicità dell'espressione (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam*:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. Hyp.*) *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 giurista, richiamando un rescritto degli imperatori Settimio Severo ed Antonino Caracalla, riferisce, dunque, la possibilità di realizzare la *datio* del pegno e dell'ipoteca stabilendo che, se

³⁶⁷ Vd. *infra*, cap. III.

³⁶⁸ Vd. *infra*, cap. III.

³⁶⁹ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*): *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.*

³⁷⁰ *Infra*, cap. II, § 3.

entro un certo tempo non sarà restituito il mutuo, il creditore possiede la *res, iure emporis*, previa stima del giusto prezzo, configurandosi, in questo modo, una sorta di vendita condizionata.

Il commento alla formula ipotecaria di Elio Marciano³⁷¹, ad opinione degli studiosi³⁷², reca evidenti tracce di rimaneggiamento; tuttavia, il riferimento alla *pignoris datio* e, in particolare, la presenza della clausola *si intra certum tempus non sit soluta pecunia* lascerebbero intendere che il testo trattasse, originariamente, di un patto *commissorio* annesso ad un negozio di garanzia.

Quest'ultimo, in caso di inadempimento del debitore, attribuiva alla dazione della cosa pignorata valore di adempimento del mutuo garantito, consentendo al creditore insoddisfatto di continuare a trattenere³⁷³ *iure domini* quanto già posseduto *iure pignoris*³⁷⁴.

³⁷¹ Si trattava di un commentario lemmatico alla clausola arbitraria dell'*actio Serviana* ed alla formula della *condemnatio*. In argomento, WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung* cit. (24/1841) 325 ss.; LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I cit. ad loc.; ID., *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1883, 493 ss. Sicuro della paternità marcianea dell'opera, si dichiara F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, (cur. G. Nocera), trad. it., Firenze 1968, 360, pur riconoscendo nel *liber singularis* la presenza di interventi postclassici. Su Marciano, giurista severiano vissuto tra il II ed il III secolo d.C., allievo di Cervidio Scevola, assistente di Ulpiano nell'ufficio *a libellis* e poi *magister libellorum*, R. ORESTANO, *Elio Marciano*, in *NNDI*. X, Torino 1964, 254 ss.; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989, 5 ss.; CIPRIANI, *Patto commissorio e patto Marciano* cit. 43, nt. 65.

³⁷² Considerano interpolata la parola *hypothecaeve*: E. COSTA, *Mutui ipotecari greco-egizi*, in *BIDR.* 17/1905, 102, nt. 3; FEHR, *Beiträge* cit. 103; 136, nt. 10; BESELER, *Beiträge* II cit. 58. Reputano interpolata l'espressione *rem iusto pretio tunc aestimandam*: E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, München-Leipzig-Berlin 1915, 496, nt. 1; BIONDI, «*Judicia bonae fidei*» cit. 166, nt. 1. Considerano interpolata l'espressione *iusto pretio tunc aestimandam*: NABER, *Observatiunculae de iure Romano. De lege commissoria* cit. 82; W. BUCKLAND, *A Textbook of Roman Law*², Cambridge 1908, 474, nt. 8 e 486, nt. 6; FEHR, *Beiträge* loc. cit. 103; BESELER, *Beiträge* II cit. 58; STEINER, *Datio in solutum* cit. 109; E. ALBERTARIO, *Due osservazioni sul Fragmentum de formula Fabiana*, in *AUPG.* 32/1920, 265, nt. 1; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *BIDR.* 31/1921, 85, nt. 2; A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano I*, in *AUPA.* 9/1921, 182, nt. 3; così pure nell'edizione dei *Digesta* di MOMMSEN e KRÜGER nonché nella *Palingenesia* di LENEL. Reputano interpolata l'espressione *hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio*: FEHR, loc. cit. 103; BESELER, loc. cit. 58; A. FABER, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, Lugduni 1658, 21; E. CHR. WESTPHAL, *Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrechte* III, Leipzig 1800, 290 ss. Considerano in vari punti interpolato il frammento, I. I. WISSENBACH, *Emblemata Triboniani*, Halae 1736, 46; DE FRANCISCI, «*Iustum pretium*» cit. 211 ss.; ID., *L'evizione della res data in solutum e i suoi effetti*, Pavia 1915, 11; E. LEVY, *Zu 6.1.63 und 70*, in *ZSS.* 43/1922, 534 s.; 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: "quando al tempo in cui Marciano scrive il patto commissorio non era vietato si poteva pattuire che, se il debitore non avesse pagato entro un certo termine, il creditore potesse possedere la cosa *iure emptoris* ma, introdotto il divieto, i Giustinianeî dovevano armonizzare questo testo con la costituzione di Costantino accolta nel loro codice e, per ciò, o dovevano dichiarare nullo il patto o quanto meno inserire - come fanno - le parole *iusto pretio tunc aestimandam*, il che è dire che il patto commissorio non opera più per sé il trasferimento della proprietà *si intra certum tempus non sit soluta pecunia*: il trasferimento ora ha per suo presupposto essenziale che venga determinato da un terzo il giusto prezzo nel qual caso è esclusa quella *captio* a impedire la quale il divieto del patto commissorio era diretto"; A. DE SENARCLENS, *La maxime pretium debet esse verum, certum, iustum*, in *Mélanges P. Fournier*, Paris 1929, 700 ss.; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio im römischen Formularprozess*, München 1934, 27 ss.; R. ORESTANO, *La valutazione del prezzo nel fedecommesso e nel legato di res aliena e nella fideicommissaria libertas*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 10/1936, 225 ss. [= in *Scritti. Sezione prima. Saggistica* I, Napoli 1998, 35 ss.]; 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, cit. 25 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* I, cit. 141 ss.; BISCARDI, *Appunti* cit. 191, nt. 26; F. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giustiniano*, Milano 1953, 476.

³⁷³ Il riferimento è sia al *dominium* quiritario sia al *dominium* bonitario, quindi *retentio iure domini*.

E, in effetti, le fonti restituiscono anche altre convenzioni in base alle quali il debitore inadempiente si impegnava a consentire al creditore di ritenere le cose pignorate³⁷⁵.

Ne sono un esempio alcune clausole inserite a garanzia di un mutuo per permettere al creditore di soddisfarsi direttamente sul pegno³⁷⁶, nonchè la *datio in solutum*.

In particolare, una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano del 293 d.C., col consenso del creditore, sembra accordare valore di adempimento alla dazione in pagamento dei pegni³⁷⁷ effettuata dalla debitrice:

C. 8.13.13 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Matronao, A.D. 293*) *Cum dominam non minorem XXV annis ea quae obligaverat tibi iure dominii possidere permisisse et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.*

Anche una costituzione del 294 d.C. deporrebbe in tal senso, consentendo al minore, che si rifiutava di ratificare la *datio in solutum* effettuata dalla madre, di chiedere, *oblato debito*, la restituzione delle cose da questa corrisposte per l'estinzione del mutuo³⁷⁸:

C. 4.51.4 (a.294) *Mancipia patris, qui fundum a Philippo conduxerat, successione tibi quaesita domino fundi pro debitis in solutum mater tua dando nihil tibi auferre potuit. et ideo si tu maior XXV annis effectus ab ea negotium gestum non fecisti ratum oblato debito, si non haec locator iure pignoris obligata sibi vendidit, petere poteris.*

³⁷⁴ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 129; FREZZA, *Le garanzie* cit. 225 s. “il verificarsi della *lex commissoria* conferisce al creditore, insieme, ed alternativamente, col diritto di credito, il diritto ad appropriarsi del pegno...sì che dalla definitiva appropriazione del pegno non sorga per il creditore un’obbligazione al pagamento dell’eventuale *superfluum* al creditore”; conformemente, DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 276 s.

³⁷⁵ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 126.

³⁷⁶ C. 8.34(35).1 (*Imp. Alexander A. Victorino, a. 222*): *Qui pactus est, nisi intra certum tempus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. [communi itaque iure hypothecam vendere debet]*, cfr. BURDESE, *Lex commissoria* cit. 125. Diversa l’interpretazione di FREZZA, *Le garanzie* cit. 229 che riconosce nella Costituzione in questione solo una vendita del pegno al creditore, analoga a D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 disp.): *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris*; FV. 9 (Pap. 3 resp.): *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*; D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.): *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 empti esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor Titio, an, si solverit creditori, empti haberet supra scripta praedia. Respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empti habeat, sub condicione emptio facta est [et contractam esse obligationem]*.

³⁷⁷ Nella costituzione, il conteggio finale è il presupposto della decisione di *dare in solutum*, posteriore alla *conventio pignoris*, cfr. FREZZA, *Le garanzie* cit. 229; BURDESE, *Lex commissoria* cit. 126.

³⁷⁸ Cfr. FREZZA, *Le garanzie* cit. 229 che include nella categoria anche D. 46.3.45 pr. e D. 24.1.7.6 “in materia di ipoteca costituita dal marito a garanzia dell’obbligo di restituzione della dote”.

I passi riportati, relativi tutti a dazioni di pegni finalizzate all'estinzione del mutuo garantito³⁷⁹, testimoniano, quindi, la potestà del creditore di soddisfarsi direttamente sui beni del debitore, come nel caso del *pactum commissorium*³⁸⁰.

Tuttavia, la presenza nel commento di Marciano dell'espressione *iure emptoris possideat rem* lascia presagire che la ritenzione, in questo caso, non avvenisse *iure domini*, come per la *datio in solutum* e per il *pactum commissorium pignoris*, e che il commento riguardasse, piuttosto, una convenzione a quest'ultimo analoga - come sostenuto da Burdese³⁸¹ - oppure un ulteriore contratto di garanzia, autonomo rispetto al pegno, appunto: l'*emptio in causam obligationis*, di cui parla Biscardi³⁸².

A prescindere dal fatto che Marciano stesse trattando di un patto commissorio, di una convenzione ad esso analoga, o della vendita con funzione di garanzia, ciò che interessa - in questa sede - è cercare di capire perché il passo è stato conservato dai compilatori con l'aggiunta dell'inciso (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam* e non espunto.

A tal proposito, Frezza³⁸³ individua nella convenzione, presentata in termini di *conditionalis venditio*, e nell'aggiunta della stima del giusto prezzo, il rimaneggiamento di un compilatore giustiniano al quale non era certamente sconosciuto l'istituto della *datio in solutum* di cui è traccia, con uno specifico riferimento alla *aestimatio* della *res*, proprio in un frammento dello stesso Marciano, conservato nei Digesta³⁸⁴:

D. 46.3.46.2 (Marc. 3 reg.) *Sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur, nisi id quod deest repleatur,*

nonché in una Novella di Giustiniano del 544³⁸⁵:

³⁷⁹ Secondo il concetto classico, la *datio in solutum* era un negozio liberatorio come la *solutio*, cfr. BURDESE, *Lex commissoria* cit.127; SOLAZZI, *L'estinzione* cit.162, nt. 3.

³⁸⁰ La differenza strutturale della *lex commissoria* rispetto a queste due fattispecie risiede nella facoltà di scelta del creditore che solo con la *lex commissoria* comprende alternativamente sia la richiesta di pagamento del mutuo sia l'acquisto della proprietà del pegno, cfr. FREZZA, *Le garanzie* cit. 229, nt. 3 e DERNBURG, *Das Pfandrecht* I cit. 279 s.

³⁸¹ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 119 ss.

³⁸² BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 589. Per FREZZA, *Le garanzie* cit. 227, invece, si tratterebbe solo di una convenzione analoga alla *lex commissoria* (presentata dopo il divieto costantiniano sotto forma vendita), dalla quale si differenzia solo per la stima del giusto prezzo.

³⁸³ FREZZA, *Le garanzie* cit. 227 s.

³⁸⁴ D. 46.3.46.2 (Marc. 3 reg.). S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950, 229 s., diversamente da FREZZA, *Le garanzie* cit. 227, individua nel frammento una traccia della *venditio compensato pretio*: *infra*, cap. II, § 2. In argomento, anche MUSUMECI, *Marciano e gli effetti della 'datio in solutum'* cit. 524.

³⁸⁵ Nov. 120.6.2.

Nov. 120.6.2 ... *iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur, eandem accipere possessionem, iusta et distracta aestimatione facta, et addita in pretio decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum ...*

Il *nomen iuris* “*conditionalis venditio*” presente nel patto Marciano coprirebbe, quindi, ad opinione di Frezza, una pattuizione che, come la *datio in solutum*, si differenziava dalla *lex commissoria* soltanto per la possibilità di verificare il reale valore della *res* (rispetto all’ammontare del debito) e di restituire l’*hyperocha* al debitore.

Questa differenza emerge anche dal confronto con un responso di Papiniano³⁸⁶ - probabilmente riferito ad una *emptio in causam obligationis* - in cui il prezzo di vendita del pegno, che il giurista definisce “non incerto”, si presume corrispondente all’ammontare del debito e degli interessi:

FV. 9 (Pap. 3 *resp.*) *Creditor a debitore pignus recte emit...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.*

Il frammento marciano, dunque, differirebbe, oltre che dal patto commissorio, anche dall’*emptio* in garanzia e, infatti: “*quodammodo conditionalis esse venditio*”, poiché la fattispecie descritta dal giurista, prevedendo l’*aestimatio rei*, si distingueva dalla vendita in garanzia in cui il corrispettivo, sebbene certo (ossia determinato), non era computato ricorrendo alla preventiva valutazione della *res empti*³⁸⁷.

Il confronto tra D. 20.1.16.9 e FV. 9 e, soprattutto, il fatto che Papiniano non sia ricorso all’inciso (*rem iusto pretio tunc aestimandam*) deporrebbe, tuttavia, ad opinione di Frezza, non per l’individuazione di un elemento idoneo ad evidenziare la distinzione (e quindi l’evoluzione) tra i due istituti ma, costituirebbe, piuttosto, una prova della postclassicità dell’espressione, non conosciuta, quindi, né ai tempi di Marciano né a quelli di Papiniano. Tuttavia, il frammento di cui in D. 46.3.46.2³⁸⁸, menzionando la *pluris aestimatio* di un fondo attribuito ai fini estintivi di

³⁸⁶ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

³⁸⁷ Sul punto, *infra*, cap. II, § 2.

³⁸⁸ *Supra*, D. 46.3.46.2 (Marc. 3 *reg.*).

un'obbligazione, come pure altri passi di paternità dello stesso Marciano³⁸⁹, sembrerebbero attestare l'eventuale carattere insiticio del solo riferimento al *iustum pretium*.

Burdeese³⁹⁰, pur non escludendo che D. 20.1.16.9 riferisse in realtà di una *lex commissoria*³⁹¹, considera probabile che Marciano avesse originariamente fissato il controvalore come Papiniano in FV. 9³⁹², ossia “nell'ammontare del credito più gli interessi” e che, successivamente, i compilatori in ossequio al divieto costantiniano³⁹³ avessero sostituito l'espressione *nec incerti pretii* con la previsione (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam*, al fine di scongiurare ogni possibilità di sperequazione tra le prestazioni.

Il carattere insiticio delle locuzioni *iustum pretium* e *iusta aestimatio*, davvero assai ricorrenti nel periodo postdiocleziano³⁹⁴ è, comunque, allo stato attuale, indiscusso; basti ricordare alcuni frammenti in cui chiaro appare il ricorso costante alle espressioni³⁹⁵ che i compilatori sembrano aver utilizzato proprio con l'intento esplicativo del connotato *iustum* sia del prezzo sia dell'*aestimatio*³⁹⁶.

³⁸⁹ D. 23.3.52 (Marc. 3 reg.); D. 30.112 pr. (Marc. 6 Inst.); D. 30.112.1 (Marc. 6 Inst.); D. 30.114.5 (Marc. 8 Inst.); D. 39.4.16 pr. (Marc. l.s. de delat.).

³⁹⁰ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 120 s.

³⁹¹ In particolare, FEHR, *Beiträge* cit. 103, parla di una *cautio commissoria* stralciata dai compilatori anche se, in riferimento a FV. 9 (Pap. 3 resp.), sostiene che la costruzione fosse sempre quella della vendita.

³⁹² FV. 9 (Pap. 3 resp.).

³⁹³ Divieto che ad opinione di BURDESE, *Lex commissoria* cit. 120 ss., colpiva non solo la *lex commissoria* ma anche tutte le convenzioni ad essa analoghe, compresa la vendita del pegno al creditore. Di opinione contraria, DERNBURG, *Das Pfandrecht I* cit. 277 ss.

³⁹⁴ Per ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 4, “non trascurabile è che *iustum pretium* e *iusta aestimatio* spuntano in costituzioni dell'epoca romano-ellenica e giustiniana. *Iuste aestimare* è in una costituzione costantiniana del 326 (CTh. 14.4.2); *possessionem publicas iustis aestimationibus locare* è in una costituzione del 362 (CTh. 10.3.1); *iustit pretiis aestimatio* è in una costituzione di Leone del 472 (C. 5.9.6.5); *distrahere iustis pretiis* è in una costituzione giustiniana (C. 5.37.28.5); *frumenta iustis aestimationibus colligere* è in un'altra costituzione giustiniana (C. 10.26.1.2).

³⁹⁵ Per la scienza romanistica, cfr. BONFANTE, *Istituzioni*⁶ cit. 472, l'espressione *iusto pretio* sarebbe interpolata anche in riferimento al provvedimento contro la *laesio enormis* di Diocleziano, in C. 4.44.2 e C. 4.44.8, la cui proibizione sarebbe pertanto da ascrivere a Giustiniano. Contra, L. LANDUCCI, *La lesione enorme nella compravendita*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, 75//1916, 1189-1255.

³⁹⁶ Così in D. 6.1.70 (Pomp. 29 ad Sab.): *Nec [quasi] Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem [iusto pretio] comparare*, dove a *comparare* aggiungono *iusto pretio*; in D. 10.3.10.2 (Paul. 23 ad ed.): *in communi dividundo iudicio [iusto pretio] rem aestimare debet iudex et de evictione quoque cavendum erit*; e in D. 28.8.5.1 (Ulp. 70 ad ed.): *Si maior sit hereditas et deliberat heres et res sunt in hereditate, quae ex tractu temporis deteriores fiunt, adito praetore potest is qui deliberat sine praeiudicio eas [iustis pretiis] vendere*, in cui ad *aestimare* aggiungono *iusto pretio*, “quasi che nella *aestimatio* classica non fosse già sottinteso che la stima dovesse corrispondere al valore della cosa; e ancora, D. 40.5.30.6 (Ulp. 5 fideic.): *fid...sed et divus Pius Cassio Dextro rescripsit ita rem explicari, ut partes servorum, quibus per fideicommissum libertas data est [iusto pretio] aestimentur atque ita servus ab his qui rogati sunt manumittatur*; D. 49.14.3.5 (Call. 3 de iure fisci): *Divi Fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam ei [iusta] pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui*; D. 31.54 (Ter. Clem. 13 ad l. I. et Pap.): *Si cui fundus centum dignus legatus fuerit, si centum heredi vel cuilibet alii dederit, uberrimum videtur esse legatum: nam alias interest legatarii fundum potius habere quam centum: saepe enim confines fundos etiam supra [iustam] aestimationem interest nostra acquirere*; e in C. 8.40(41).18 (a. 244): *Si, ut proponis, fundum ob debitum obligatum [non iusto pretio] vendidisti, residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem servare potuisses, refundi tibi a fideiussore non iure poscis*.

D'altronde, il tecnicismo terminologico dei giuristi classici che attribuivano all'appellativo in questione il significato di "conforme al *ius*"³⁹⁷ basterebbe da solo ad escludere ogni possibile connessione dell'aggettivo sia col sostantivo *pretium*, la cui determinazione era lasciata (almeno fino all'introduzione delle tariffe legali diocleziane³⁹⁸) alla libera volontà delle parti, sia col sostantivo *aestimatio* che, indicando la stima del valore reale della *res*, era per se stessa appellativa di *iustum*³⁹⁹.

Il concetto di giusto prezzo, sconosciuto, dunque, ai giuristi classici - e di conseguenza allo stesso Marciano - si sarebbe configurato, quindi (in base alle osservazioni esposte) solo in epoca tardoantica⁴⁰⁰, influenzato dai principi morali del Cristianesimo⁴⁰¹: votati all'onestà, alla solidarietà e all'uguaglianza⁴⁰² e, pertanto, contrapposti alla morale pagana che nei contratti bilaterali consentiva, invece, a ciascun contraente di perseguire il proprio vantaggio traendo dal negozio il massimo utile:

D. 4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*) *naturaliter concessum est quod pluris sit minoris vendere*⁴⁰³.

³⁹⁷ ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 16.

³⁹⁸ M. AMELOTI, *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali*, in *SDHI*. 27/1961, 241 ss.; O. BUCCI, *Tardo antico, diritto, economia e difesa della romanità in Diocleziano*, in *Diritto ed economia in età tardoantica. Atti del convegno internazionale* (cur. A. Polichetti e F. Tuccillo), Napoli-Campobasso 2006, 7 ss.; 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* (cur. A. Polichetti e F. Tuccillo), Napoli-Campobasso 2006, 192 ss.

³⁹⁹ ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 16.

⁴⁰⁰ ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 1; conformemente, PEROZZI, *Istituzioni I*, cit. 80; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴ (cur. G. Grosso), Milano 1953, 7; BONFANTE, *Istituzioni*⁶ cit. 472.

⁴⁰¹ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano II*, Milano 1952, 134, nt. 194; G. CRIFÒ, *Romanizzazione e cristianizzazione. Certezze e dubbi in tema di rapporto tra cristiani e istituzioni*, in *I cristiani e l'Impero nel IV secolo. Atti del Colloquio sul Cristianesimo nel mondo antico*, Macerata 1987, Macerata 1988, 75 ss.; ID., *Considerazioni sul linguaggio religioso nelle fonti giuridiche tardo-occidentali*, in *Cassiodorus 5/1999*, 128 ss.; G. NOCERA, *La polemica tra l'impero e il Cristianesimo dopo Costantino*, in *AARC*. 3/1979, 265 ss. Una prima forma di tolleranza per i Cristiani comincia ad individuarsi con l'editto di Galerio che "li lascia liberi di professare il loro culto, con il solo obbligo di pregare per l'imperatore"; Diocleziano adottò invece misure molto severe sia contro i Manichei sia contro i Cristiani, che vennero poi mitigate dal genero (Galerio) nel 306 in Occidente e nel 311 in Oriente, cfr. BUCCI, *Tardo antico, diritto, economia e difesa della romanità in Diocleziano* cit. 13-15; V.M. MINALE, *Legislazione imperiale e Manicheismo da Diocleziano a Costantino. Genesi di un'eresia*, Napoli 2013, 106 ss.

⁴⁰² S.Ambr., *de off.* 3.2.13: *iustus nihil alteri detrahendum putet, ne alterius incommodo suum commodum augeri velit; de off.* 3.9.57: *Nihil itaque deformius quam nullum habere amorem honestatis, et usu quodam degeneris mercaturae, quaestu sollicitari ignobili, avaro aestuare corde, diebus ac noctibus hiare in alieni detrimenta patrimonii.*

⁴⁰³ D. 4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptio et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*, cfr. E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio II. Contesti e pensiero*, Milano 2001, 497 ss., con ampia bibliografia in p. 498, nt. 72, e D. 19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem* che, nella versione giustiniana funziona con l'esplicitazione del limite del dolo, indicato appunto in D. 19.2.23 (Hermog. 2 *iur epit.*). In argomento, A. WACKE, 'Circumscribere', *gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS*. 94/1977, 184 ss.; CASCIONE, *Consensus* cit. 356 ss., con ampia bibliografia in nt. 17.

Non sono mancati, tuttavia, studiosi⁴⁰⁴ che, pur riconoscendo in numerosi frammenti la presenza dell'interpolazione *iusto pretio* e *iusta aestimatio*, e pur concordando sul favore accordato dai compilatori all'utilizzo della terminologia, hanno sostenuto la classicità⁴⁰⁵ dell'espressione, utilizzata, quindi, in taluni casi, anche dai giuristi precedenti per indicare il valore di mercato della *res*.

Per quanto riguarda, in particolare, l'influenza dell'etica cristiana, in opposizione alla tesi sovraesposta, sostenuta principalmente da Albertario⁴⁰⁶, si è affermato⁴⁰⁷ che la concezione di *iustum pretium* e di *iusta aestimatio* sia piuttosto da contestualizzarsi nel periodo storico dominato dalla vigenza delle tariffe legali dioclezianee⁴⁰⁸ e dall'influenza della teoria economica aristotelica dell'ἰσότης⁴⁰⁹, sviluppata dalle scuole occidentali e conosciuta anche dai giuristi severiani⁴¹⁰.

⁴⁰⁴ BUCKLAND, *A text-book of Roman Law* cit. 486, nt. 6; DE SENARCLENS, *La maxime pretium debet* cit. 700 ss.; LEVY, *Zu 6.1.63 und 70* cit. 534 s.; EHRHARDT, *Litis aestimatio* cit. 1934; ORESTANO, *La valutazione del prezzo nel fedecompresso* cit. 63; GENZMER, *Die antiken Grundlagen* cit. 25 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita I*, cit. 141 ss.; PEROZZI, *Istituzioni I*, cit. 110, nt. 1.

⁴⁰⁵ Per GENZMER, *Die antiken Grundlagen* cit. 45 ss., l'espressione *iustum pretium* è classica in: D. 6.1.70; D. 10.3.10.2; D. 38.5.1.15; Epit. Ulp. 2.11; probabilmente classica in: D. 1.12.1.11; D. 24.1.36 pr.; D. 40.5.30.6 (così *aequum pretium* in D. 47.11.6 pr.; D. 30.66 e *iusta aestimatio* in D. 31.54); non classica in: D. 28.8.5.1; D. 49.14.3.5; D. 38.5.1.12; D. 23.3.12.1; C. 5.18.6; D. 20.1.16.9; C. 3.37.3; C. 8.40(41).18; D. 11.7.12 pr. (così *iusta aestimatio* in D. 32.14.2; D. 23.3.12.1; C. 3.37.3); C. 4.46.2; C. 4.44.2; C. 4.44.8.

⁴⁰⁶ ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 16.

⁴⁰⁷ J. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in *ZSS.* 42/1921, 265, nt. 1.

⁴⁰⁸ DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 213, evidenzia a sostegno di PARTSCH, *l.u.c.*, che le tariffe legali volute da Diocleziano erano applicate in tutto l'impero e che le dottrine economiche aristoteliche dovevano essere conosciute, oltre che in Oriente, anche in occidente, tanto che Tertulliano (*De praescr.* 7), S. Girolamo e S. Agostino appaiono intenti a svalutare le costruzioni filosofiche di Aristotele, costituenti il fondamento di numerose eresie. Inoltre, Mario Vittorino, insegnante di retorica a Roma, seguace del neoplatonismo, aveva tradotto non pochi libri del filosofo greco. Sul *certum* e *iustum pretium*, A. BURDESE, s.v. «*Vendita (dir. rom.)*», in *NNDI.* XX, Torino 1975, 594 ss.: «il prezzo dev'essere, altresì, certo: ma mentre non è possibile rimetterne la determinazione a una delle parti [cfr. D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: "quanti velis, quanti aequum putaverit, quanti aestimaverit, habebis emptum"*] si discuteva in diritto romano classico se si potesse rimetterla a un terzo, questione risolta in senso affermativo da Giustiniano. Mentre poi in diritto classico la determinazione del prezzo era lasciata al libero incontro della volontà delle parti, il diritto giustiniano, riallacciandosi alle disposizioni dioclezianee dell'*edictum de pretiis*, nonché agli influssi filosofico-morali della Patristica, richiede che il prezzo debba essere *iustum* (o *verum*), cioè proporzionato al valore della cosa»; TALAMANCA, s.v. «*Vendita (dir. rom.)*» cit. 368 ss.

⁴⁰⁹ Intesa come Uguaglianza nei rapporti, alla base della filosofia del giusto. In argomento, M. TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in «*Aequitas*». *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno di Trento 2002* (cur. G. Santucci), Padova 2006, 183 che, analizzando le costituzioni del periodo epiclassico, ne individua alcune (tra cui C. 2.3.12 e C. 9.35.6) in cui il termine «*aequitas*» utilizzato rispettivamente dalla cancelleria di Alessandro Severo e di Diocleziano, sottintenderebbe proprio il concetto di ἰσότης, inteso come «uguaglianza», «parità di trattamento». Conformemente, A. BISCARDI, *Riflessioni minime sul concetto di «aequitas»*, in *Studi in memoria di G. Donatuti I*, Milano 1972, 139 s.; P. SILLI, s.v. «*Equità (Storia del Diritto)*», in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.* VII, Torino 1991, 477 ss.; F. GALLO, *A proposito di aequitas*, in *SDHI.* 66/2000, 1 ss.; M. BRETONE, *Aequitas. Prolegomeni per una tipologia*, in *Belfagor*, 61.3/2006, 338: «quando compare nelle testimonianze giuridiche classiche l'*aequitas* rinvia sempre ad un'idea di corrispondenza e di equilibrio, di similitudine o di eguaglianza vera e propria»; A. LOVATO, *Ratio aequitatis*, in *AARC.* XVIII/2012, 397 ss.; A. ARNESE, *Usura e modus. Il problema del sovrindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari 2013, 81 ss.

⁴¹⁰ *Infra*, cap. II, § 3.

A tal proposito, infatti, Beck⁴¹¹ ha evidenziato che il contenuto dei passi⁴¹², richiamati da Albertario come esempio dell'influenza cristiana sulla diffusione del concetto, appare in realtà già noto nel periodo repubblicano ed in particolare nel pensiero di Cicerone⁴¹³.

A sostegno di Albertario, De Francisci⁴¹⁴ riconosce che in alcuni casi il ragionamento dei postclassici è stato influenzato dal Cristianesimo⁴¹⁵ ma, in riferimento alla questione di cui si discute, anche lo studioso, aderendo al pensiero di Genzmer⁴¹⁶, ha sostenuto la classicità di *iustum* e di *aequum pretium* isolando, oltre alla pratica dell'*episcopalis audientia*⁴¹⁷ e alla morale stoica⁴¹⁸, ulteriori fattori d'incidenza sulla diffusione del concetto in epoca classica quali, ad esempio, la condizione economica del III-IV secolo d.C.

⁴¹¹ A. BECK, *Christentum und nachklassische Rechtsentwicklung*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano II*, Pavia 1935, 106, nt. 2.

⁴¹² Il riferimento è a S. Ambrogio (*de off.* 3.2.12; 3.5.41; 3.6.37; 3.6.41; 3.9.57; 3.9.58; 3.10.66) nei cui passi si afferma il principio: *iustus nihil alteri detrahendum putet, ne alterius incommodo suum commodum augeri velit*; e, tra l'altro scrive: *Pretiorum captari incrementa non simplicitatis sed versutiae est*; e: *De re ditibus igitur uberis glebae expectare debes tui mercedem laboris, de fertilitate pinguis soli iusta sperare compendia*; esaltando il senso dell'onesta misura: *In omnibus igitur decora et fides, iustitia grata, mensura aequitatis iucunda*; contro l'*usus degeneris mercaturae* e il *quaestus ignobilis*, la *calliditas versutia* e il *diebus ac noctibus hiare in alieni detrimenta patrimonii*.

⁴¹³ Sul punto, E. ALBERTARIO, *Etica e diritto nel mondo classico latino*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 12/1932, 33 ss.; ID., *Die ethischen und rechtlichen Grundlagen des sozialen Lebens in antiken Rom*, in *Studi di diritto romano VI*, Milano 1953, 463 ss., ha replicato che in Cicerone il riferimento è reso solo con una valenza etica e non giuridica come in S. Ambrogio dove compare addirittura il riferimento specifico alla compravendita, secondo la tendenza del basso impero in cui l'ordine etico e giuridico si fondono. Di opinione contraria, DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 213, che non vede nei passi di S. Ambrogio l'enunciazione di concetti giuridici piuttosto che etici, non essendo sufficiente, ad opinione dello studioso, il riferimento in *de off.* 3.6.37 e 3.9.57 alla *mercatura*.

⁴¹⁴ DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 213 ss.

⁴¹⁵ S. RICCOBONO, *L'influsso del Cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano, Bologna-Roma 17-27 aprile 1933 II*, Roma-Pavia 1935, 78 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano II* cit. 134, nt. 194; ID., *Il diritto romano cristiano III*, Milano 1954, 242, nt. 418. Una prima forma di tolleranza per i Cristiani comincia ad individuarsi con l'editto di Galerio che "li lascia liberi di professare il loro culto, con il solo obbligo di pregare per l'imperatore". Diocleziano adottò invece misure molto severe sia contro i Manichei sia contro i Cristiani, che vennero poi mitigate dal genero (Galerio) nel 306 in Occidente e nel 311 in Oriente, cfr. BUCCI, *Tardo antico, diritto, economia e difesa della romanità in Diocleziano* cit. 13-15.

⁴¹⁶ GENZMER, *Die antiken Grundlagen* cit. 47 ss.

⁴¹⁷ GENZMER, *l.u.c.*, ha evidenziato l'azione dei vescovi ai quali nel basso impero erano devoluti numerosi compiti a carattere amministrativo e giurisdizionale che svolgevano a tutela degli *humiliores* anche in riferimento alla questione dei prezzi; cfr. D. 50.4.18.7: *...item episcopi, qui praesunt pani et ceteris venalibus rebus, quae civitatum populis ad cotidianum victum usui sunt, personalibus muneribus funguntur*. A tal proposito, BIONDI, *Il diritto romano cristiano II* cit. 443, ritiene che il testo originale si riferisse ai *curatores*, sostituiti dai giustiniani con gli *episcopi*, perché non si hanno prove che nel IV secolo i vescovi esercitassero già una funzione tanto importante. Per DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 217, nt. 5, invece, il frammento apparterebbe ad un giurista tardo, di origine orientale e non sarebbe stato interpolato perché il termine *episcopos* era usato in Oriente anche al tempo di Traiano, cfr. DITTENBERGER, *Orientis graeci inscr. sel.* 611 lin. 8, per indicare una funzione locale. In ogni caso è escluso che Arcario Carisio parlasse dei vescovi cristiani. Sui compiti amministrativi dei vescovi nel basso impero, W. LIEBENAM, *Curator rei publicae*, in *Philologus* 56/1897, 394; nonché il racconto di Possidio, *Vita S. Augustini episcopi* 19 (MIGNE, *Patr. Lat.* XXXII, col. 49-50), per quanto riguarda la funzione giudicante. In argomento, in generale, M.R. CIMMA, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989, 33 ss.

⁴¹⁸ E. VERNON ARNOLD, *Roman Stoicism*, Cambridge 1911, 99-127. Pur non escludendo l'incidenza della morale stoica sulla diffusione del concetto di *iustum pretium*, DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 218, sottolinea che la stessa, diffusa nel periodo degli Antonini, nei secoli successivi fu soppiantata dall'affermarsi di altre dottrine filosofiche e religiose.

Un passo di Festo⁴¹⁹ dimostrerebbe poi l'utilizzo della terminologia tra i commercianti romani già a partire dagli inizi del Principato:

Coctiones dicti videntur a cunctatione, quod in emendis vendendisque mercibus tarde perveniant ad iusti pretii finem. Itaque apud antiquos prima syllaba per U litteram scribebatur.

Vi è, inoltre, una lettera⁴²⁰ di Simmaco⁴²¹ del 390 d.C., in cui l'espressione *iusta pretia*, se non riferita alle tariffe legali del basso impero⁴²², sembrerebbe proprio alludere al criterio del prezzo di mercato, indipendentemente da qualsiasi influenza cristiana.

E in effetti, nonostante i pacifici rapporti intrattenuti con S. Ambrogio, Simmaco apparteneva a quel gruppo di senatori fortemente legati alle tradizioni pagane⁴²³, “fuori dalla vita reale e storica dell'impero, ormai conquistato, anche al suo vertice, dal Cristianesimo”⁴²⁴.

L'assoluta estraneità del console ai precetti della nuova religione lascerebbe, quindi, propendere per la classicità dell'espressione, utilizzata nell'epistola esclusivamente col significato di “prezzo di mercato”, la cui presenza sarebbe, inoltre, strettamente connessa col problema generale dell'inflazione⁴²⁵ che continuava a ripercuotersi sulla vita finanziaria dell'impero nonostante l'introduzione del calmiere di Diocleziano⁴²⁶, richiamando la preoccupazione per i ceti più deboli e l'indignazione per i profitti generati dalla speculazione⁴²⁷.

A sostegno della postclassicità dell'espressione deporrebbe, tuttavia, la lettura comparata di alcuni frammenti; in particolare, un passo di Gaio⁴²⁸:

Gai 2.265 *Itaque alienus servus redimi et manumitti debet: quod si dominus eum non vendat, sane extinguitur fideicommissa libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit*

⁴¹⁹ Fest.-Paul. s.v. «Coctiones», [L. 44].

⁴²⁰ *Epist.* 9.149, ed. SEECK (*M.G.H. AA VI*, 1), 275: *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 quamprimum pervehi iustis pretiis comparata praecipias. Vale.*

⁴²¹ Console ordinario nel 391.

⁴²² In CTh. 14.4.4.3 (a. 367) il *legitimum pretium* della carne suina è quello del mercato controllato dalla capitale (*forum Romanum*).

⁴²³ Basti ricordare la famosa orazione del 391 quando, *consul ordinarius*, chiese all'imperatore Teodosio, fortemente influenzato da S. Ambrogio, la restituzione dell'*ara Victoriae*, guadagnandosi il trasferimento su una *raeda* senza cuscini, *ultra centesimum lapidem* da Milano.

⁴²⁴ DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 216; G. JOSSA, *Il Cristianesimo antico. Dalle origini al Concilio di Nicea*, Roma 1998, 58.

⁴²⁵ Cfr. CTh. 14.15.1 (a. 364); CTh. 14.19.1 (a. 398).

⁴²⁶ S. MAZZARINO, *Aspetti sociali del IV secolo*, Roma 1951, 13 ss.

⁴²⁷ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii III*, Milano 1948, 86 ss.

⁴²⁸ Gai 2.265.

ed un luogo di Ulpiano⁴²⁹:

Ep. Ulp. 2.11 Alieno servo per fideicommissum data libertate, si dominus eum iusto pretio non vendat, extinguitur libertas, quoniam nec pretii computatio pro libertate fieri potest.

Fatta eccezione per il riferimento al *iustum pretium*, il secondo frammento risulta essere, infatti, in tutto, “una pedissequa ripetizione”⁴³⁰ del primo.

Pur sostenendo che i passi attribuiti ad Ulpiano siano in realtà una tarda epitome gaiana⁴³¹, nella lettura proposta innegabile appare l'intervento di un compilatore.

Anche un altro frammento di Gaio⁴³²:

D. 32.14.2 (Gai. 1 fidec.) Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestes, si redimere non possit, quod dominus non vendat vel immodico pretio vendat iustam aestimationem inferat,

in confronto con un passo delle sue Istituzioni⁴³³:

Gai 2.262 Cum autem aliena res per fideicommissum reliquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem eius solvere...

dimostrerebbe - come già evidenziato da Albertario⁴³⁴ - il carattere insitico dell'aggettivo *iustum*, riferito ad *aestimatio rei*.

Infine, una costituzione diocleziana, conservata nei *Fragmenta Vaticana*⁴³⁵, seppur non leggibile nella sua interezza, restituisce alcune parole sufficienti ad evidenziare l'interpolazione *iusto pretio solemniter* presente nella versione del documento contenuta nel *Codex Iustinianus*:

C. 4.46.2 Si deserta praedia ob cessationem collationum vel reliqua tributorum ex permissu praesidis ab his, quibus periculum exactionis tributorum imminet, distracta sincera fide i u s t o

⁴²⁹ *Ep. Ulp. 2.11.*

⁴³⁰ ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 2.

⁴³¹ A proposito del rapporto tra *Tituli* e *Institutiones*, in una prospettiva originale e con richiami alla storiografia precedente, M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische 'liber singularis regularum'. Entstehung Eigenart und Überlieferung einen hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen 2005, 87 ss.

⁴³² In D. 32.14.2 (Gai. 1 *fidec.*).

⁴³³ Gai 2.262.

⁴³⁴ ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 3.

⁴³⁵ FV. 22: ... *cessationem collation...cera fide comparasti, ea ven...facta convelli non...*

pretio solemniter comparasti, venditio ob solemnes praestationes necessitate facta convelli non debet.

La presenza della locuzione *iusto pretio solemniter* frapposta tra *sincera fide* e *comparasti*, oltre a fornire prova della non classicità dell'espressione di cui si discute⁴³⁶, evidenzia - a mio avviso - anche il fatto che al tempo dei compilatori la *fides*, per di più *sincera*, non bastava più a garantire l'equità e l'onestà delle contrattazioni e al posto del *mos* interveniva il *ius*, con la previsione della stima solenne del giusto prezzo.

Veniamo ora all'espressione:

*hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio*⁴³⁷,

ed alle diverse ipotesi interpretative che di essa sono state proposte in dottrina.

Gli autori riportati nell'*index* del Guarneri Citati⁴³⁸ reputano sospette, nell'inciso considerato, esclusivamente le espressioni "*hoc enim casu*" e "*quodammodo*"⁴³⁹; Burdese⁴⁴⁰ attribuisce, invece, la particolare costruzione al fatto che Marciano stesse trattando in origine di una fattispecie ambigua in cui i contraenti, all'atto del pignoramento, invece di ricorrere alla *lex commissoria*, statuendo in caso di inadempimento del mutuo la ritenzione del *dominium* della garanzia, avevano concordato una *possessio iure emptoris* a favore del creditore.

La contestualità della convenzione di vendita al pignoramento, che in ciò differiva dalla fattispecie descritta dal giurista Marcello⁴⁴¹, lo avrebbe, quindi, indotto a definire il negozio, non senza titubanza, "*emptio condizionata*", e così si spiegherebbe - sempre ad opinione di Burdese - la presenza nel passo del *quodammodo*⁴⁴², di per sé ingiustificata se la *lex commissoria pignoris* fosse consistita effettivamente in una vendita sottoposta a condizione.

Riportiamo, con finalità comparativa, il frammento di Marcello:

⁴³⁶ ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 4.

⁴³⁷ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

⁴³⁸ A. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milano 1927; ID., *Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel Corpus iuris*, estatto dal *BIDR.* 17/1923.

⁴³⁹ Sulla cui genuinità, invece, S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BIDR.* 8/1895, 173, che attribuisce l'incertezza del giurista al dubbio che si potesse trattare di una vendita *incerti pretii*.

⁴⁴⁰ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 121 s.

⁴⁴¹ D. 13.7.34 (Marcell. *l.s. resp.*), in cui la convenzione di vendita è successiva all'inadempimento e, in quanto tale, "nova" l'originario contratto di pegno al quale era stato apposto il *pactum vendendi*.

⁴⁴² BURDESE, *Lex commissoria* cit. 121; RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, cit. 173. La titubanza di Marciano si spiegherebbe, invece, per BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht* cit. 621; K.A.V. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten I*, Marburg-Leipzig 1865, 868; DERNBURG, *Das Pfandrecht I* cit. 284 e FEHR, *Beiträge* cit. 103 ss., col fatto che si poteva trattare di una vendita *incerti pretii*.

D. 13.7.34 (Marcell. *l.s. resp.*) *Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet...*

Un pacifico esempio di vendita condizionata del pegno si avrebbe invece, per Burdese⁴⁴³, in un responso di Scevola⁴⁴⁴, in cui il giurista interpreta la convenzione intercorsa tra le parti, ossia la vendita del pegno al fideiussore (per la somma corrisposta al creditore) appunto in termini di *emptio sub condicione* purchè l'intenzione⁴⁴⁵ dei contraenti fosse stata, però, effettivamente quella di vendere e non di dare a pegno:

D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.) *Titios cum mutuos acciperet tot [aureos]sub usuris, dedit pignori [sive hypothecae] praedia, et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximus se eum liberaturum: quod si id non fecerit die suprascripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia empti esse, quae creditoribus obligaverat quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empti haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empti habeat, sub condicione emptio facta est [et contractam esse obligationem].*

L'interesse del giurista per l'*animus* dei contraenti, che doveva appunto essere quello di vendere, supporta l'opinione dello studioso nel considerare fondata la distinzione tra la tipica *lex commissoria* (strettamente connessa al *pignus*) e la convenzione di vendita della garanzia al creditore e nell'attribuire al *quodammodo* di Marciano il valore dubitativo circa l'identificazione della reale natura di quella specifica clausola, strutturalmente molto simile ad una *lex commissoria*.

In opposizione a Burdese, Biscardi⁴⁴⁶ riconosce, invece, nella fattispecie di cui in D. 20.1.16.9⁴⁴⁷, testimoniante la ritenzione *iure emptoris* del *pignus*, non tanto una convenzione analoga alla *lex commissoria* - che lo studioso individua in quelle *cautiones* ad efficacia reale (diffusesi in ambiente provinciale) attributive della proprietà⁴⁴⁸ del pegno al creditore - quanto più un autonomo contratto di garanzia⁴⁴⁹: l'*emptio in causam obligationis*, non toccata dal divieto di

⁴⁴³ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 121 ss.

⁴⁴⁴ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.).

⁴⁴⁵ PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici* cit. 172.

⁴⁴⁶ BISCARDI, *Appunti* cit. 184.

⁴⁴⁷ Il riferimento è al patto Marciano, D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

⁴⁴⁸ MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* cit. 441; FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴ cit. 401, nt. 6; EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam* cit. 122-126.

⁴⁴⁹ Nel quale veniva appunto assorbita (o novata) la fattispecie pignorizia, *supra*, cap. I, § 3.

Costantino, che definisce essere “la vera *lex commissoria* nel sistema classico delle garanzie reali”⁴⁵⁰.

Tale divieto, accolto anche da Giustiniano⁴⁵¹, spiegherebbe - sempre ad opinione dello studioso - anche alcune caratteristiche interpolazioni presenti, ad esempio, nel responso di Scevola: *si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat*⁴⁵² e nel commento di Marciano: *(rem) iusto pretio tunc aestimandam*⁴⁵³.

In quest’ultimo frammento, in particolare, l’aggiunta esplicativa dei compilatori (il riferimento è sempre alla stima del giusto prezzo) testimonierebbe proprio l’ammissibilità dell’*emptio* in garanzia, la cui struttura, per Biscardi, doveva essere molto simile in origine a quella di un *pactum de retroemendo*⁴⁵⁴.

Le considerazioni sovresposte inducono ad interrogarsi ulteriormente sulla natura del patto Marciano che potrebbe interpretarsi, dunque, o come un correttivo classico⁴⁵⁵ adottato per stemperare la durezza dell’effetto commissorio (con attribuzione della garanzia previa stima del giusto prezzo) anticipando, quindi, le finalità del divieto di Costantino; oppure, come una particolare forma di *emptio in causam obligationis* rispetto alla quale, l’aggiunta della stima del giusto prezzo, avrebbe assunto in età tardoantica esclusivamente valore esplicativo del concetto: *rem tunc aestimandam*⁴⁵⁶.

In effetti, anche l’espressione *nec incerti pretii*⁴⁵⁷, se non utilizzata da Papiniano al solo scopo di richiamare l’attenzione sulla sussistenza - in quella particolare forma di vendita - di un

⁴⁵⁰ BISCARDI, *Appunti* cit. 190.

⁴⁵¹ C. 8.34(35).3.

⁴⁵² D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.): *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 empta esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus lucius fideiussor a titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facta est et contractam esse obligationem.*

⁴⁵³ Interpolazione diagnosticata concordemente da LENEL, NABER, COSTA, RABEL, BIONDI, KRÜGER, STEINER, FEHR, SOLAZZI, BESELER, ALBERTARIO, GUARNERI CITATI, BUCKLAND, menzionati tutti nell’*Index Interpolationum* e preceduti da alcuni giuristi della Scuola Culta, segnalati da PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni* cit. 476.

⁴⁵⁴ C. 4.54.2; C. 4.54.7; D. 19.5.12 (Proc. 11 *epist.*).

⁴⁵⁵ A. MANIGK, s.v. «*Hypotheca*», in *PWRE*. IX, Stuttgart 1914, 385: ritiene il frammento di cui in D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) genuino: “ist unanfechtbar”. Scrive lo studioso: “La stessa interpolazione *iusto pretio tunc aestimandam* ritenuta tale a partire da Faber non può in alcun modo essere sostenuta sulla base della sola ragione sostanziale di un indebolimento della *lex commissoria* da parte dei compilatori. Si è finora confuso l’istituto conosciuto già dai tempi classici della vendita del pegno al creditore con la *lex commissoria*. Si tratta di cose diverse nella misura in cui nel primo caso si prevede una stima del valore della cosa pignorata e il creditore acquista la proprietà solo dietro versamento del *quid pluris*, questo è il significato delle parole *iure emptoris*, con le quali si mira a salvare l’efficacia dell’intero negozio”.

⁴⁵⁶ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*), cfr. D. 23.3.52 (Marc. 3 *reg.*); D. 30.112 pr. (Marc. 6 *inst.*); D. 30.112.1 (Marc. 6 *inst.*); D. 30.114.5 (Marc. 8 *inst.*); D. 39.4.16 pr. (Marc. *l.s. de delat.*).

⁴⁵⁷ Cfr. FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

requisito idoneo a configurarla in termini di *emptio*⁴⁵⁸ (appunto l'identificazione del prezzo col mutuo), potrebbe leggersi come un parametro di verifica per l'apprezzamento della corrispondenza tra l'ammontare del prestito ed il valore della *res*.

Prendendo in considerazione, infatti, la tesi di Manigk⁴⁵⁹ sul significato da attribuire all'espressione *iure emporis possideat rem* (in D. 20.1.16.9), lo studioso sostiene che, in tale circostanza, il creditore acquistava il bene solo previa integrazione del *quid pluris*.

Per estensione, la stessa cosa potrebbe dirsi della locuzione *iure empti dominium retineat* che, accompagnandosi all'inciso *nec incerti pretii* (in FV. 9) varrebbe a testimoniare che la vendita in funzione di garanzia non si concludeva per l'ammontare del mutuo, essendo richiesta l'eventuale integrazione della differenza; e, in effetti, molti provvedimenti di età severiana⁴⁶⁰ sottolineano proprio l'opportunità che il debitore non pagasse più del dovuto.

Accogliendo, invece, la ricostruzione del frammento marciano in termini di patto commissorio interpolato o di correttivo classico apportato alla sua *asperitas*, necessaria sarebbe, in entrambi i casi, la sostituzione dell'espressione *iure emptionis (possideat rem)* con *iure domini*; a meno che non si voglia accogliere la tesi di Biscardi sostenendo che la vera *lex commissoria* romana consisteva proprio in un'*emptio in causam obligationis*. Anche in tale circostanza, tuttavia, bisognerebbe attribuire alla fattispecie in questione il valore di una compravendita con funzione di garanzia (quindi ad efficacia relativa) e non certo di un patto commissorio ad efficacia reale.

⁴⁵⁸ Cfr. D. 18.1.2.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*).

⁴⁵⁹ MANIGK, s.v. «*Hypotheca*» cit. 385.

⁴⁶⁰ D. 20.1.16.6 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) e D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*) a proposito del computo della *litis aestimatio* nell'*actio Serviana* e D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*).

2.2. Ipotesi ricostruttive del patto Marciano.

La ricerca intende, quindi, verificare la possibilità di ricostruire il patto Marciano come una creazione giurisprudenziale classica, finalizzata a mitigare i caratteri del patto commissorio orientandolo verso i principi della simmetria e dell'equità: socialmente diffusi e condivisi già prima dell'introduzione del divieto costantiniano, o, eventualmente, considerare l'istituto come una forma particolare di *emptio in causam obligationis*, conservata nonostante la vigenza del divieto.

Se, infatti, il frammento costituisse realmente un patto commissorio interpolato, accogliendo l'interpretazione di quest'ultimo in termini di “*datio in solutum* del *pignus* sospensivamente condizionata all'inadempimento”⁴⁶¹, sarebbero da considerarsi insiticie, oltre alle espressioni denunciate nell'*index interpolationum*⁴⁶², anche le locuzioni: “*conditionalis esse venditio*” e “*iure emptoris possideat rem*”, al cui posto, valutata l'attitudine della *datio* a trasferire in presenza di una *iusta*⁴⁶³ *causa traditionis* la proprietà (civile o pretoria) del pegno, dovrebbe, invece, leggersi “*iure domini possideat rem*”.

Quindi:

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

E, infatti, poiché il patto commissorio determinava una ritenzione in proprietà della garanzia⁴⁶⁴, il creditore, in caso di inadempimento del debitore, avrebbe ottenuto il dominio della

⁴⁶¹ *Supra*, cap. I, § 2. La *datio in solutum*, reputata ammissibile in età classica solo se il creditore vi acconsentisse, divenne in età tardoantica, in considerazione della difficile condizione economica, necessaria. Pertanto, il debitore sprovvisto di denaro liquido, che non riusciva a vendere un bene, poteva conferire in pagamento al creditore il bene stesso e la dazione per i Sabiniani estingueva *ipso iure* l'obbligazione, mentre per i Proculiani l'estinzione operava *ope exceptionis*, cfr. GUARINO, *Diritto* cit. 804. Si potrebbe, quindi, ipotizzare che la stessa soluzione potesse operare, almeno fino alla proibizione del patto commissorio, anche in riferimento alle garanzie reali, consentendo al debitore di conferire la proprietà del bene vincolato in luogo della restituzione del credito. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht* cit. 189; DE FRANCISCI P., *L'evizione della res data in solutum e i suoi effetti*, Pavia 1915, 35 ss.; MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti* cit. 65.

⁴⁶² Appunto: (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu e quodammodo*.

⁴⁶³ Il riferimento è alla *causa solvendi* che, considerata l'inidoneità della funzione di garanzia a trasferire la proprietà, è stata individuata quale causa sottesa al *pactum commissorium pignoris* con efficacia reale, attributivo appunto, al pari di una *datio in solutum*, della proprietà del pegno al creditore, cfr. *supra*, cap. I, § 2.

⁴⁶⁴ L'elemento comune al patto commissorio ad efficacia reale e alla *datio in solutum* potrebbe individuarsi, oltre che nella *causa solvendi*, nel fatto che, in difetto di adempimento, il riconoscimento dell'effetto estintivo dell'obbligazione era subordinato in entrambi alla volontà del creditore. Nel primo caso, infatti, quest'ultimo doveva manifestare la volontà di voler profittare della clausola commissoria (potendo diversamente agire per l'adempimento con l'*actio crediti*); mentre nel secondo, doveva dichiarare di accettare in surroga al pagamento, la dazione di una *res* del debitore,

res, indipendentemente da una vendita e, pertanto, il riferimento all'*emptio* sarebbe stato superfluo; senza considerare poi che i compilatori, in ossequio al divieto costantiniano, avrebbero verosimilmente espunto un frammento di siffatta natura. La sua conservazione, invece, induce a riflettere con maggiore attenzione sul valore da attribuire alla presenza delle locuzioni *iure emptoris possideat rem* e *rem tunc aestimandam*.

Per il primo punto, oltre alle affermazioni di Manigk⁴⁶⁵, ossia: “il creditore acquista la proprietà solo dietro versamento del *quid pluris*, questo è il significato delle parole *iure emptoris possideat rem*”, ci baseremo su una particolare interpretazione di un passo di Papiniano, richiamato anche dal giurista Trifonino⁴⁶⁶, e pervenutoci attraverso i *Fragmenta Vaticana*⁴⁶⁷.

Per la seconda questione, invece, richiameremo alcuni luoghi dello stesso Marciano⁴⁶⁸ e, in particolare, D. 39.4.16 pr. (Marc. *l.s. de delat.*) per i riferimenti specifici al *commissum*, all'*aestimatio* e ad un rescritto degli imperatori Settimio Severo ed Antonino Caracalla.

Veniamo, dunque, all'analisi di Papiniano:

FV. 9 (Pap. 3 *resp.*) *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.*

Nella prima parte del frammento (*Creditor a debitore...postea*), non essendo possibile leggere un *pactum vendendi pignoris* (poiché il creditore non avrebbe potuto acquistare la garanzia in proprio, nemmeno per interposta persona⁴⁶⁹) il giurista - necessariamente - deve aver trattato di

cfr. *supra*, cap. I, § 2. Una simile rilevanza della volontà del creditore si potrebbe individuare anche nel *pactum vendendi pignoris* dove la liberazione del debitore era subordinata al recupero - attraverso la vendita - dell'intera somma mutuata, potendo diversamente il creditore agire sempre per il *superfluum*. Un passo di Marciano relativo proprio ad una *datio in solutum*, testimonia poi che la liberazione del debitore presupponeva la totale soddisfazione del creditore, cfr. D. 46.3.46 (Marc. 3 *reg.*): *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret.* 1. *Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis.* 2. *Sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur, nisi id quod deest repleatur.*

⁴⁶⁵ MANIGK, s.v. «*Hypotheca*» cit. 385.

⁴⁶⁶ D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 *disp.*) che, informando di un rescritto di Caracalla relativo all'indicazione dei requisiti di ammissibilità della vendita al creditore, richiama appunto Papiniano: *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse....*

⁴⁶⁷ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*).

⁴⁶⁸ D. 23.3.52 (Marc. 3 *reg.*); D. 30.112 pr. (Marc. 6 *Inst.*); D. 30.112.1 (Marc. 6 *Inst.*); D. 30.114.5 (Marc. 8 *Inst.*).

⁴⁶⁹ *Supra*, cap. I. In argomento, SACCOCCIO, *Aliud pro alio* cit. 58 s., che individua nel passo una *datio in solutum pignoris* con compensazione del prezzo: “ha tutta l'apparenza di essere una *datio in solutum pignoris* che il giurista chiama semplicemente *venditio*”. Molto interessante il pensiero di F. PETERS, *Der Erwerb des Pfandes durch den*

una vendita⁴⁷⁰ del pegno al creditore che poteva convenirsi *sive in exordio contractus*, come in D. 18.1.81 pr.⁴⁷¹, *sive postea* (è il caso descritto da Marcello⁴⁷²). Non si sarebbe configurata, dunque, un'alienazione con prezzo incerto (*nec incerti pretii venditio videbitur...*) se si fosse stabilito che, rimasto insoluto il debito, il creditore avrebbe trattenuto *iure empti* il *dominium* della garanzia, essendo certo l'ammontare del mutuo e degli interessi.

Con riguardo a quest'ultima parte, però, Papiniano potrebbe aver riferito - accostandolo ad una vendita della garanzia conclusa per un corrispettivo certo - di un particolare tipo di patto commissorio (*...creditor iure empti dominium retineat...*) che, consentendo di scorporare dal prezzo di mercato del bene l'ammontare del debito pregresso, potrebbe essere stato utilizzato dalla giurisprudenza classica⁴⁷³ per mitigare la condizione del "contraente debole"⁴⁷⁴ prevedendo l'integrazione del *quid pluris*⁴⁷⁵ e limitando l'arbitrio creditorio ingenerato sia dal *pactum*

Pfandgläubiger im klassischen und im nachklassischen Recht, in *Studien im römischen Recht Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seiner Hamburger Schülern* (cur. D. Medicus - H.H. Seiler), Berlin 1973, 154, che qualifica la fattispecie in termini di *datio in solutum* se caratterizzata da "Wertdifferenz (differenza di valore) tra l'ammontare del credito e del debito" e di *venditio* se caratterizzata, invece da "Wertgleichheit" (uguaglianza di valore), D. 46.3.45 (Marc. 3 reg.).

⁴⁷⁰ La differenza tra *emptio* pura (ossia non condizionata), ed *emptio in causam obligationis* (ossia sospensivamente condizionata alla mancata restituzione del mutuo) emergerebbe dal confronto tra il passo di Marcello, in D. 13.7.34, e quello di Marciano, in D. 20.1.16.9. Nel primo, infatti, la vendita, convenuta dopo l'inadempimento, sarebbe indipendente dalla convenzione di pegno e dalla concessione del prestito, configurandosi con una funzione soddisfattoria (*causa solvendi*) ed avvicinandosi ad una *datio in solutum*. Nel secondo, invece, la vendita si costruisce come subordinata alla mancata restituzione della somma mutuata e contestuale al pignoramento, costituendo una garanzia soddisfattiva per il creditore che anche in questo caso potrà trattenere il bene in pagamento. In entrambi i frammenti, quindi, la funzione economico-sociale ultima sembrerebbe essere la *causa solvendi*, ossia l'estinzione dell'obbligazione principale.

⁴⁷¹ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.): *si non ut in causam obligationis, sed ut empti habeat, sub condicione emptio facta est.*

⁴⁷² D. 13.7.34 (Marcell. l.s. resp.): *Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet...*

⁴⁷³ F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli 2006, 22: "Moralità, legalità, moderazione sembrano, dunque, i concetti che ispirano il governo di Severo Alessandro...una proclamazione di principi equitativi che fa immediatamente pensare alla coeva attività dei giuristi la cui presenza negli *officia palatina* e nel *consilium principis* deve essere tenuta in particolare considerazione. È, infatti, senz'altro possibile individuare, in alcuni casi, il filo che lega l'elaborazione teorica di alcuni principi di diritto alla loro attuazione da parte della cancelleria..."; SICARI, *Leges venditiones* cit. 24 s. evidenzia il connotato scolastico delle *Quaestiones* papiniane, evidente nella tecnica espositiva, nella formulazione degli esempi e nell'analisi delle questioni giuridiche; A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili di interpretazione giurisprudenziale nel primo principato*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini* (Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995, cur. D. Mantovani), Torino 1996, 147 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SDHI*. 69/2003, 3 ss.; G. CRIFÒ, *L'esperienza giuridica nell'età dei Severi*, in *Gli imperatori Severi. Storia Archeologia Religione. Atti del I Convegno internazionale di studi severiani. Albano laziale 31 maggio-1 giugno 1996* (cur. E. Dal Covolo, G. Rinaldi), Roma 1999, 11.

⁴⁷⁴ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 120.

⁴⁷⁵ MANIGK, s.v. «*Hypotheca*» cit. 385, attribuisce alla locuzione *iure emporis*, cfr. D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.), un significato in base al quale il creditore avrebbe trattenuto la garanzia solo integrando il *quid pluris*, diversamente dalla *retentio iure domini* discendente dal patto commissorio. In argomento, anche PETERS, *Der Erwerb des Pfandes* cit. 156.

commissorium sia dal *pactum vendendi* che, in alternativa all'*actio crediti*, consentivano di esercitare, rispettivamente, il *ius retinendi*⁴⁷⁶ ed il *ius vendendi*.

L'ipotesi profilata richiederebbe però di considerare originariamente presente nel passo una locuzione molto simile, nel senso e nella funzione, a *neque autem* o anche a *neque etiam*, tale da determinare una sorta di paragone tra l'*emptio in causam obligationis* e la *retentio dominii iure empti*; quindi:

FV. 9 (Pap. 3 *resp.*) *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; <neque autem> 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.*

Convenendo, infatti, che successivamente all'inadempimento del debitore, il creditore avrebbe trattenuto il *dominium* di una *res*, *iure empti*, non si sarebbe avuta, conformemente alla vendita precedentemente descritta dal giurista, nemmeno nel secondo caso, una convenzione con "prezzo incerto"⁴⁷⁷ essendo determinato l'ammontare del mutuo e degli interessi. La ritenzione del *dominium - iure empti* - ossia *nec incerti pretii* avrebbe consentito, in altre parole, di correggere la stessa natura del patto commissorio avvicinandolo ad una vendita in garanzia ed evitando, con l'integrazione del *quid pluris*, quella sperequazione tipica della *retentio iure domini*.

La stessa funzione potrebbe aver avuto anche l'espressione *iure emptoris possideat rem* presente nel commento di Marciano:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, 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.*

Tornando all'esegesi di FV. 9 e, in particolare, alla locuzione "*iure empti dominium retineat*", potrebbe, inoltre, sostenersi che essa costituisca un'aggiunta postclassica, introdotta dai

⁴⁷⁶ Infatti, il patto commissorio consentiva al creditore insoddisfatto di adoperarsi sia per il recupero del denaro concesso a mutuo, sia per l'ottenimento della *res* in pagamento, mentre la convenzione di vendita permetteva al debitore di paralizzare l'eventuale *actio crediti* opponendo un'*exceptio doli* o un'*exceptio empti*. Burdese concepisce, quindi, la fattispecie come una convenzione analoga alla *lex commissoria* ma edulcorata dalla determinatezza del prezzo nonché dalla rescindibilità per *laesio enormis* e, in quanto tale, sopravvissuta al divieto di Costantino.

⁴⁷⁷ PETERS, *Der Erwerb des Pfandes* cit. 156 che, cfr. FV. (Pap. 3 *resp.*), sottolinea che per aversi vendita della garanzia doveva sussistere l'uguaglianza tra il prezzo del bene e l'ammontare del credito.

compilatori per rendere maggiormente esplicito il paragone⁴⁷⁸ fatto da Papiniano tra la vendita ed il “patto commissorio *nec incerti pretii*”, camuffando quest’ultimo (caratterizzato da quel riferimento inconfondibile al “*dominium retineat*”, ormai vietato)⁴⁷⁹, con la foggia dell’*emptio in causam obligationis*, quindi: “*iure empti dominium retineat*”.

In base alle osservazioni formulate, se si ammettesse effettivamente interpolata l’espressione papiniana “*iure empti*”, anche la locuzione presente in Marciano (D. 20.1.16.9): “*iure emptoris possideat rem*” potrebbe ritenersi altrettanto insitica e, pertanto, i compilatori avrebbero potuto sostituirla all’originaria formulazione: “*iure domini possideat rem*” aggiungendo, altresì, l’inciso (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam*.

Il frammento, nonostante il chiaro riferimento al patto commissorio e nonostante la vigenza del divieto costantiniano, non sarebbe stato, quindi, espunto perché esso, al pari della vendita con funzione di garanzia, evitava in qualche modo (magari proprio con una locuzione molto simile alla papiniana “*nec incerti pretii*”) quella sperequazione che la proibizione di Costantino intendeva sanzionare.

In assenza di sufficienti riscontri, non possiamo, tuttavia, sostenere che l’espressione *nec incerti pretii* presente in FV. 9 alludesse realmente al valore di mercato del bene, né ipotizzare che il patto Marciano, recando una locuzione ad essa simile, valesse a mitigare i caratteri del patto commissorio; tanto più che la sensazione di fondo è che Papiniano nella seconda parte del frammento, stesse effettivamente riferendosi al criterio identificativo del *certum pretium* in una fattispecie particolare, tipizzata come vendita.

Abbandonata questa suggestione, soffermiamoci, dunque, sull’espressione *rem tunc aestimandam*, presente nel patto Marciano, che potrebbe rappresentare proprio quel correttivo classico introdotto dai Severi per stemperare l’asprezza del patto commissorio.

Nella sua versione originale, infatti, il passo potrebbe essere stato formulato non solo seguendo il modello di Papiniano, e quindi: *iure domini possideat rem nec incerti pretii*; ma anche riproponendo la struttura di un frammento (di paternità dello stesso Marciano) descrittivo

⁴⁷⁸ Paragone (che presuppone la presenza nel passo di una correlativa o di una locuzione simile a *neque autem...*) in base alla quale se si riteneva la proprietà di una *res* il cui valore non superava la sorta e le usure, la natura della fattispecie era la medesima di una vendita.

⁴⁷⁹ La data di redazione dei *Fragmenta Vaticana* è collocata tra il 369 e il 372 d.C., anno di una costituzione degli Imperatori Costantiniano e Valente, la più recente dell’intera raccolta, “anche se numerosi indizi sembrano deporre a favore dell’ipotesi di un’opera che conobbe un primo nucleo e successive integrazioni e stratificazioni. La composizione del nucleo originario sarebbe stata iniziata negli ultimi anni del regno di Diocleziano, l’opera completata e pubblicata tra il 315 e il 318 e progressivamente arricchita di materiali normativi, fino alla definitiva riedizione del 372 d.C. Anche nei *Fragmenta Vaticana* è dato riscontrare anomalie e non uniformità di stile che farebbero pensare ad un’edizione originaria, integrata in tempi diversi e da mani diverse”, in cui non mancano abbreviazioni e alterazioni dei *iura* classici, cfr. M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari 1998, 16-19 e 77 ss.; T. MOMMSEN, *Collectio III*, 13.

della *datio in solutum*⁴⁸⁰: *iure domini possideat rem tunc aestimandam*, oppure, addirittura, esso potrebbe aver recato la previsione della stima del valore di mercato, diffusa già in epoca classica⁴⁸¹.

In cosa consisteva, dunque, il correttivo all'*asperitas* del patto commissorio conservato nel commento di Marciano? Nella ritenzione del dominio *nec incerti pretii*, ossia *iure empti*? Oppure nella *aestimatio* del bene? O, ancora, nella fissazione del prezzo di mercato? E, soprattutto, in che modo la giurisprudenza severiana giunse a formulare detto correttivo?

Una prima ipotesi ricostruttiva potrebbe consistere nel considerare il patto come un espediente finalizzato a stemperare l'asprezza della clausola commissoria attraverso la sua "commistione" con gli elementi tipici del *ius vendendi*, ossia prevedendo la restituzione dell'*hyperocha* al debitore⁴⁸².

Il patto, di cui in D. 20.1.16.9⁴⁸³, potrebbe costituire, quindi, il prodotto di una sorta di contaminazione intervenuta in età classica tra le due clausole accedenti al pegno⁴⁸⁴: il riferimento è, appunto, al patto commissorio - che riconosceva al creditore insoddisfatto la ritenzione in proprietà della garanzia - ed al *pactum vendendi* il cui effetto tipico, ossia la restituzione dell'*hyperocha*, si sarebbe esteso anche al patto commissorio⁴⁸⁵.

Il successivo divieto di Costantino⁴⁸⁶, di conseguenza, avrebbe riguardato la sola ritenzione del bene non accompagnata da opportuna valutazione arbitrale e determinante, pertanto, "*asperitas*".

In questa prospettiva d'indagine, il frammento di Marciano potrebbe concepirsi, quindi, come una pattuizione originaria attestante la tendenza delle parti, diffusa già al III secolo d.C., ad armonizzare, in ossequio ai principi giurisprudenziali dell'equità e della *bona fides* e ai *tria praecepta iuris: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*⁴⁸⁷, il contenuto delle prestazioni estendendo il diritto alla restituzione dell'*hyperocha* anche all'ipotesi di ritenzione del bene e non più solo di "distrazione":

⁴⁸⁰ D. 46.3.46.2 (Marc. 3 reg.): *Sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur, nisi id quod deest repleatur.*

⁴⁸¹ *Supra*, cap. II, § 1.

⁴⁸² D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*); D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*).

⁴⁸³ Il riferimento è sempre al patto Marciano D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

⁴⁸⁴ *Supra*, cap. I, § 2.

⁴⁸⁵ Attraverso l'utilizzo di clausole di sì fatto genere: *nec incerti pretii; rem aestimandam*; o attraverso la previsione del prezzo di mercato.

⁴⁸⁶ CTh. 3.2.1.

⁴⁸⁷ *Infra*, cap. II, § 3.

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

Un'ulteriore ipotesi ricostruttiva potrebbe consistere nell'individuare nel patto Marciano l'utilizzo, in funzione di garanzia, della *lex commissoria* dell'*emptio-venditio*⁴⁸⁸ che - apposta al pegno - realizzava, appunto, una vendita al creditore sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, previa *aestimatio rei*. Di qui la riflessione del giurista: "*quodammodo conditionalis esse venditio*" poiché la fattispecie, prevedendo la stima del valore di mercato, si differenziava dalla classica vendita:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem tunc aestimandam: videtur conditionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt....*

Il frammento di Marciano, così ricostruito, si riferirebbe, quindi, ad una particolare tipologia di *emptio in causam obligationis*, prevista in un rescritto di Settimio Severo e di Antonino Caracalla.

Non potrebbe infatti sostenersi che il giurista stesse commentando un patto commissorio successivamente interpolato dai giustinianeî con l'inciso "*(rem) iusto pretio tunc aestimandam*" perché, in questo caso, bisognerebbe affermare che anche l'espressione '*iure emptoris*' sia stata sostituita all'originaria locuzione "*iure domini*" la cui presenza, però, richiederebbe di considerare interpolata anche tutta la parte finale del frammento: "*hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio*".

Considerando il passo in questione come una testimonianza classica dell'*emptio in causam obligationis*, Biscardi⁴⁸⁹ giustifica l'interpolazione "*(rem) iusto pretio tunc aestimandam*" appunto con l'esigenza, da parte dei compilatori, di rendere esplicita la circostanza che la vendita della garanzia al creditore avvenisse non solo "*nec incerti pretii*", ossia - come nel frammento di Papiniano, di Scevola e di Marcello - sommando il mutuo e tutte le usure ma, addirittura, con un prezzo debitamente stimato da un esperto.

⁴⁸⁸ Marciano, nel suo passo, parla appunto di una *condicionalis venditio* disposta per rescritto dagli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla.

⁴⁸⁹ BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 586.

Burdese⁴⁹⁰, in particolare, ritiene verosimile che i compilatori “abbiano voluto rimettere il prezzo di vendita”, corrispondente in origine all’ammontare del credito insoluto più gli interessi, “ad un’equa valutazione arbitrare, proprio in ossequio al divieto costantiniano che colpiva non solo la *lex commissoria* tipica del mondo romano” ma anche ogni altra convenzione ad esso analoga.

E, in effetti, come già anticipato, il patto Marciano per lo studioso era in origine, non un patto commissorio ma, appunto, una clausola che (come esso) accedeva al pegno.

Tornando alle ipotesi interpretative del frammento, plausibile potrebbe essere anche una ricostruzione di sifatto genere:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure domini possideat rem tunc aestimandam...*

qualcosa di molto simile, dunque, alla previsione di una stima arbitrare finalizzata alla restituzione dell’*hyperocha*; e, la chiusa del passo: “*quodammodo videtur conditionalis esse venditio*” potrebbe essere servita per paragonare quel particolare patto commissorio edulcorato da Marciano col riferimento specifico alla *aestimatio rei*, ad una vendita con funzione di garanzia.

Quindi:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure domini possideat rem tunc aestimandam: quodammodo videtur conditionalis esse venditio...*

Ciò presupporrebbe, però, che la vendita in funzione di garanzia, proprio in ragione di quel particolare stato di soggezione psicologica in cui vertiva il debitore⁴⁹¹, non fosse caratterizzata dalla libera determinazione del prezzo, quanto più da una stima arbitrare del valore del bene, cui si ricorreva per tutelare il debitore/venditore.

Cerchiamo, quindi, di verificare la possibilità di questa circostanza partendo da un frammento del giurista Scevola⁴⁹²:

D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.) *Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se*

⁴⁹⁰ BURDESE, *Lex commissoria* cit. 120 ss.

⁴⁹¹ *Infra*, cap. II, § 3.

⁴⁹² D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.).

eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia empta esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facta est (et contractam esse obligationem).

Nel passo è descritta la vicenda di Tizio che, prendendo a mutuo una somma di denaro, garantiva l'adempimento dell'obbligazione con la costituzione, in favore del creditore, di un pegno (o di un'ipoteca) e con l'istituzione di un fideiussore, tale Lucio, al quale prometteva, qualora questi avesse pagato al suo posto il debito, di vendergli i beni vincolati in garanzia. Avveratasi la condizione, Scevola risponde che l'obbligazione è validamente sorta tra le parti e che la vendita *sub condicione* si è perfezionata se i fondi oggetto della contrattazione si considerano comprati da Lucio già all'atto costitutivo del vincolo di garanzia: *si non ut in causam obligationis sed ut empta habeat*.

Il pagamento del fideiussore, infatti, avrebbe determinato l'estinzione dell'obbligazione principale e, con essa, il venir meno del vincolo accessorio; pertanto, non potendo il nuovo rapporto - intercorrente tra debitore e fideiussore - fregiarsi di una garanzia ormai estinta, il giurista risponde che l'accordo tra le parti è valido solo se i fondi vincolati erano stati concepiti come venduti *sub condicione* a Lucio.

Solazzi⁴⁹³ ha letto nella convenzione in questione la testimonianza di un patto di compensazione (istituto introdotto dal divo Severo⁴⁹⁴) in forza del quale, il debitore inadempiente avrebbe venduto un bene al fideiussore "per compensare col prezzo d'acquisto il debito da questi pagato".

Anche il frammento di Marciano, di cui in D. 20.1.16.9, viene interpretato dallo studioso come un esempio di compensazione volontaria poiché, in caso di inadempimento dell'obbligazione principale, ossia *si pecunia soluta non sit*, "la cosa data in pegno sarebbe stata venduta"⁴⁹⁵ al creditore pignoratizio per l'equivalente del credito" ed il debito si sarebbe considerato estinto *ipso*

⁴⁹³ SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano* cit. 228 ss.; in argomento anche, B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, 259; G. ASTUTI, s.v. «Compensazione», in *ED. VIII*, Milano 1961, 10 ss.; P. PICHONNAZ, *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di «compensatio ipso iure»*, in *RDR*. 11/2012, 337 ss.

⁴⁹⁴ D. 16.2.11 (Ulp. 32 ad ed.): *Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas*. L'imperatore Diocleziano menzionerà tre modi di estinzione del debito: *reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio*, cfr. C. 8.30.3.

⁴⁹⁵ La conversione del pegno in vendita è stata sostenuta anche da O. SACCHI, *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum* 19/2007 (on line).

*iure*⁴⁹⁶, come se il denaro fosse stato effettivamente versato; diversamente dalla *datio in solutum*, rispetto alla quale, invece, l'estinzione avrebbe operato solo *ope exceptionem*.

A conferma della propria ricostruzione, Solazzi menziona anche altri esempi di vendita del pegno con finalità compensativa di un debito, tra i quali, appunto, il passo di Papiniano, conservato nei *Fragmenta Vaticana*: “*creditor a debitore pignus recte emit*”, nonché un altro frammento dello stesso giurista Marciano, conservato in D. 46.3.44 (Marc. 2 reg.): “...*si quis pignus pro debito vendiderit creditori: evenit enim, ut et ex vendito tollatur obligatio et debiti...*”.

Ciò che interessa, a prescindere dalla parziale diversità dell'ipotesi ricostruttiva - che, in D. 20.1.16.9, subordina ad una volontà compensativa la conversione in vendita dell'originaria convenzione pignorizia - è la finalità sottesa alla compensazione stessa, ossia: l'*aequitas*⁴⁹⁷, la cui introduzione, ad opera dei Severi, sembrerebbe confermare l'attenzione degli imperatori e dei giuristi verso la simmetria che, a sua volta, potrebbe aver motivato anche l'elaborazione di quel presunto correttivo “*rem aestimandam*” apportato al patto commissorio (nella foggia del patto Marciano).

Prendendo in considerazione le osservazioni di Solazzi, e ammettendo, quindi, nelle vendite in compensazione di un mutuo, la possibilità della preventiva stima, il commento di cui in D. 20.1.16.9 potrebbe rappresentare, dunque, proprio un tentativo volto ad estendere al patto commissorio il principio equitativo della *compensatio* (caratterizzata appunto dalla verifica del valore del bene).

Detto tentativo avrebbe richiesto o la costruzione del *pactum commissorium pignoris* in termini di vendita sospensivamente condizionata⁴⁹⁸ previa *aestimatio rei*, oppure l'aggiunta alla clausola attributiva del *dominium* di una previsione relativa alla stima del prezzo⁴⁹⁹. Di qui il

⁴⁹⁶ D. 20.4.4 (Pomp. 35 *ad Sab.*) La vendita con patto di compensare “produce sul credito e sulle garanzie per esso costituite l'effetto medesimo del pagamento”, cfr. SOLAZZI, *La compensazione* cit. 231.

⁴⁹⁷ *Aequitas compensationis* compare in D. 16.2.18 pr.: *aequitate compensationis utetur*; D. 34.9.15: *quod Falcidiam aequitate compensationis recusaret*; C. 4.31.5: *aequitas compensationis usurarum excludit computationem*; C. 4.31.6: *compensationis aequitatem iure postulas*. I testi sono stati reputati genuini da F. PRINGSHEIM, *Römische aequitas der christlichen Kaiser*, in *Acta congressus iuridici internationalis: VII seculo a decretalibus Gregorii IX e XIV a codice Iustiniano promulgatis* I, Roma 1935, 133 ss. Lo studioso attribuisce la formula *aequitas compensationis* proprio al giurista Papiniano. SOLAZZI, *La compensazione* cit. 189, invece, pur riconoscendo che “motivi di equità non mancano in nessuna delle ipotesi classiche di compensazione” ritiene che “l'esaltazione dell'*aequitas* non appartenga ai loro autori” e pertanto considera interpolata l'espressione anche se, la stessa locuzione si legge identica anche in due rescritti di Severo Alessandro, datati al 229. Sul fondamento della compensazione, cfr. C. 5.74.1, TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 23 e 216 ss. Lo studioso riconosce l'*aequitas*, intesa come valore assunto “alla base della decisione” come metodologia dei giuristi classici. In argomento anche, ID., *La bona fides nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale in onore di A. Burdese* (cur. L. Garofalo) IV, Padova 2003, 298, nt. 811.

⁴⁹⁸ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*): *creditor iure empti dominium retineat*; D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*): *iure emptoris possideat rem*.

⁴⁹⁹ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*): ... *nec incerti pretii...dominium retineat*; D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*): *iure domini possideat rem <nec incerti pretii> o <rem aestimandam>*.

rescritto severiano, ricordato nel patto Marciano, che, in entrambe le formulazioni considerate, avrebbe consentito di evitare la sperequazione e l'ingiustificato arricchimento di una delle parti.

In tal senso depongono anche i provvedimenti⁵⁰⁰ in tema di *pactum vendendi pignoris* per ciò che attiene, in particolare, alla restituzione dell'*hyperocha* al debitore, nonché i caratteri dell'*impetratio dominii* e dell'*interdictum Salvianum*.

Sempre a proposito della vendita in compensazione di un debito, particolarmente rilevante sembra poi un rescritto, attribuito agli imperatori Diocleziano e Massimiano⁵⁰¹, datato al 290 d.C., poiché confermerebbe, anche se in riferimento ad una *emptio* apparentemente non condizionata, ed indipendente da un pignoramento, la volontà di evitare l'ingiustificato arricchimento di una delle parti attraverso la restituzione (o l'integrazione) dell'eccedenza:

C. 5.74.1 ...*si minore pretio distractum predium est et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperam venditioni consensum dedisse constiterit, non ab re erit superfluum pretii in compensationem deduci...*

Il figlio del debitore impubere, che acconsentì alla vendita di un fondo di valore superiore al credito ricevuto, ha diritto, dunque, in qualità di erede, ad ottenere la *restitutio in integrum*⁵⁰².

Resciso il contratto, il creditore (o il suo erede) restituirà, infatti, il fondo, compresi i frutti, al venditore/debitore che, a sua volta, dovrà pagare il credito e gli interessi a meno che, per evitare la rescissione, il mutuante decida di aumentare il prezzo, integrando il residuo:

C. 5.74.1 ... *quod praesidis provisione fieri convenit, cuius sollertiae congruum est, si diversa pars bonam fidem non amplectatur, in arbitrio eius ponere, an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut fenebris pecunia cum competentibus usuris restituatur.*

Anche la menzione della buona fede⁵⁰³, apparentemente superflua se riferita ad un negozio quale l'*emptio* (che già aveva intrinseco il connotato della *bona fides*), sembra interessante; almeno quanto l'espressione "*non ab re erit superfluum pretii in compensationem deduci...*".

⁵⁰⁰ D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*); D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*).

⁵⁰¹ C. 5.74.1.

⁵⁰² Per SOLAZZI, *La compensazione* cit. 230, la rescissione è giustificata dal fatto che all'epoca della contrattazione avvenuta per errore il creditore-venditore non aveva ancora la maggiore età e concluse la vendita con l'ausilio di un tutore (non essendo quindi necessario un *decretum*; mentre, per BIONDI, *La compensazione* cit. 259, la rescissione è determinata non dall'erronea ratifica dell'atto, effettuata dal minore ad un prezzo inferiore al credito, ma dalla conseguente *laesio enormis*. Sulla competenza a concedere la *restitutio in integrum* nelle controversie tra privati e in quelle contro il fisco, T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Imperium mixtum*». Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione *procuratoria*, in *Index* 18/1990, 113 ss.

Talamanca⁵⁰⁴, in particolare, riconosce nella fattispecie in oggetto una vendita simulata inserita in un più ampio assetto di interessi e diretta a compensare, con una *datio in solutum* a copertura parziale, quanto originariamente dovuto dal debitore al creditore.

Questo profilo non apparirebbe, tuttavia, nel rescritto in quanto in epoca classica la *datio in solutum*, per taluni aspetti, era accomunata alla vendita.

Tornando alle fonti esaminate da Solazzi⁵⁰⁵, si osserva, altresì, che nell'esegesi che lo studioso propone di D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.) e di D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.), il patto di compensazione accede, rispettivamente, ad una vendita⁵⁰⁶ e ad un pegno⁵⁰⁷; in quest'ultimo caso, in particolare, il creditore pignoratorio - acquirente della garanzia - fa valere gli effetti della convenzione praticando una mera ritenzione *iure emptoris* del bene⁵⁰⁸, mentre il debitore-venditore, al fine di ottenere l'eventuale integrazione del valore della *res*, potrebbe esercitare - sempre ad opinione di Solazzi - l'*actio venditi*⁵⁰⁹, come testimoniato nel *Codex Iustinianus*:

C. 4.49.2: *Vendidi actionem ad recipiendum residuum pretium intendere adversario tuo poteris. Nec quod in compensationem venerit, quasi et tu invecem deberes, id obesse tibi poterit, si in bonae fidei contractu, in quo maiores etiam viginti quinque annis officio iudicis in iis quae dolo commissae sunt adiuvantur, [iusto errore] te [ductum vel] fraude adversarii captum, quasi debitum id esset, quod re vera non debebatur, pepigisse monstraveris.*

Quest'ultima costituzione, datata al 259 d.C., anche se riferita ad una vendita avente ad oggetto un bene non pignorato, riconosce, infatti, l'esperibilità dell'*actio empti* in favore del debitore che, dopo aver acconsentito a compensare un suo debito col prezzo di un cespite di sua proprietà, aveva scoperto l'inesistenza del credito vantato dall'acquirente.

La medesima *ratio* si rinviene anche in un altro provvedimento⁵¹⁰ del 293 d.C. che prevede, relativamente all'*iniqua aestimatio* di alcuni *praedia* dotali, fatta dal marito in maniera non

⁵⁰³ C. 4.10.4 (a. 290): *Bonam fidem in contractibus considerari aequum est*. Ad opinione di TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 199, "il passo nel suo generico tenore letterale sembrerebbe affermare che sulla base dell'*aequitas* si debba tener conto della *bona fides* in tutti i contratti, il che costituirebbe un'affermazione abbastanza sconvolgente".

⁵⁰⁴ TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 208 ss.

⁵⁰⁵ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.) e D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.).

⁵⁰⁶ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.).

⁵⁰⁷ D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.).

⁵⁰⁸ SOLAZZI, *La compensazione* cit. 231. La ritenzione, quindi, in questo caso, sarebbe la conseguenza non dell'esercizio del patto commissorio ma dell'esercizio del patto di compensazione.

⁵⁰⁹ L'esercizio dell'*actio venditi* era riconosciuta in diritto classico, mentre in diritto giustiniano si concedeva l'*actio indebiti*, cfr. C. 4.44.11.2.

⁵¹⁰ C. 5.18.6.1-3 (Diocl. et Maxim.): *Proinde si dolosis artibus mariti circumventam matrem vestram iniqua aestimatione circumscriptam apud praesides provinciae evidentibus vobis ad obtinenda praedia etiam doli mali*

conforme al reale valore di mercato, la restituzione - *veritate examinata* - del giusto prezzo, probabilmente, seguendo il già noto principio *ad aequitatis temperamentum reformari*⁵¹¹.

Ad opinione di Talamanca⁵¹², infatti, detta riforma equitativa del prezzo veniva concessa in alternativa all'*in integrum restitutio ob dolum* ed era finalizzata proprio a liquidare la "giusta misura" e a realizzare l'uguaglianza tra le prestazioni.

La particolare struttura del patto Marciano⁵¹³:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) ...*iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur condicionalis esse venditio,*

nonché l'interesse della giurisprudenza severiana (e degli stessi Severi) per l'equità⁵¹⁴ e la buona fede, menzionate anche nelle fonti relative alla compensazione, inducono ad individuare in D. 20.1.16.9 un *quid pluris*: non un patto commissorio interpolato in età tardoantica, dunque, ma un correttivo ad esso apportato, consistente in un'*emptio in causam obligationis* caratterizzata dalla stima arbitrare del bene, trattenuto in pagamento secondo il modello della *venditio compensato pretio* e della *datio in solutum*.

In altre parole, l'inciso (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam* non sarebbe interamente postclassico e l'interpolazione riguarderebbe esclusivamente la locuzione *iusto pretio*⁵¹⁵ potendo sostenersi, invece, la classicità del riferimento alla stima arbitrare: *rem tunc aestimandam*.

exceptionis potestas opituletur, sciet, quatenus religionem iudicationis suae temperare debeat. Sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se adleget, veritate examinata, non amplius quam pretium iustum restituere compellatur.

⁵¹¹ *Consul.vet.* 2.7 (Diocl. et Maxim. a. 286): *Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, etiam citra principalis restitutionis auxilium, quod etiam maioribus tibi solet, ad aequitatis temperamentum reformari potest et cet(era)*. TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 153 ss.; K.-H. SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, in *Labeo* 8/1962, 34 s.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nel diritto romano II*, Milano 1973, 606 s.

⁵¹² TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 157; P.G. CARON, *'Aequitas' romana, 'Misericordia' patristica ed 'Epikēia' aristotelica nella dottrina decretalistica del Duecento e del Trecento*, Milano 1971; P. SILLI, *Mito e realtà dell' 'Aequitas christiana'*. Contributo alla determinazione del concetto di *'Aequitas'* negli atti degli *'Scrinia'* costantiniani, Milano 1980; V. MESSANA, *Ambiguità del concetto di aequitas dal III al V secolo. (Dalla filantropia clementina alla giustizia lattanziana alla carità giustificante agostiniana)*, in *Studi Tardoantichi* V/1988, 209 ss.: "L'imperiale *aequitas* non potrebbe non essere, di per sè, come quella divina, benefica, così indulgente da correggere la severità della legge con la benignità del giudizio misericordioso", cfr. *Lact. Div. Inst.* 5.15.16.

⁵¹³ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

⁵¹⁴ M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi*, Roma 1988, 76 e 83: "le fonti documentano...un indirizzo legislativo che tende ad attenuare l'eccessivo rigore e formalismo della legislazione vigente, per privilegiare lo spirito della legge in una visione di tutela dei deboli contro i potenti, di riequilibrio sostanziale delle classi sociali, di imparzialità del diritto... Settimio Severo e Caracalla si erano attenuti a favorire da un lato l'ordine equestre, dall'altro l'esercito e le classi più umili che questo rappresentava, ma l'ispirazione complessiva della loro politica era stata di larghezza e di umanità, di garantismo e di equità"; in argomento, per altri aspetti, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Tribolazioni severiane*, in *Index* 19/1991, 507 ss. Per la crisi economica caratterizzante l'età dei Severi e per l'influenza che la *scientia iuris* ebbe sull'attività legislativa, L. DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico. Lezioni*⁴, Napoli 2000, 17 ss. e 26 ss.

⁵¹⁵ *Supra*, cap. II, § 1.

Nei Digesta, infatti, l'espressione in questione ricorre in numerosi frammenti di età severiana⁵¹⁶ e in ben tredici luoghi⁵¹⁷ attribuiti al giurista Elio Marciano.

Fatta eccezione per quelli di natura prettamente processuale⁵¹⁸, gli altri riferiscono di convenzioni tra privati caratterizzate tutte, a prescindere dalla diversità dei contesti applicativi, dall'attenzione per il valore delle *res* da conferire o da ricevere.

Non può ignorarsi, inoltre, che D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*), ossia il patto Marciano, è stato inserito dai compilatori giustinianeî tra i paragrafi di un lungo frammento a contenuto processuale dedicato, dall'omonimo giurista, proprio alla clausola arbitraria e alla *condemnatio* della formula dell'*actio Serviana*. L'estraneità del paragrafo in questione, già denunciata nella *Palingenesia*⁵¹⁹ da Lenel che colloca il passo tra gli *additamenta*, è tuttavia innegabile. Marciano, infatti, in D. 20.1.16.9, non commenta i criteri di determinazione della condanna ma si limita a riportare il contenuto di un rescritto in base al quale il creditore avrebbe trattenuto la garanzia in qualità di compratore previa stima del giusto valore. Viene da chiedersi, a questo punto, come mai i compilatori abbiano collocato il frammento in una siffatta sede; forse proprio perché, dovendosi restituire l'eccedenza al debitore, si finiva col determinare una sorta di condanna nei limiti della somma dovuta? Condanna che, in un certo qual modo, ricordava la *litis aestimatio* nell'*actio Serviana*: consistente in una sorta di acquisto della proprietà?⁵²⁰

Torniamo ora alle ragioni della classicità dell'espressione *rem tunc aestimandam* e, quindi, alle testimonianze che è possibile rinvenire nei frammenti⁵²¹ marcianei, tra cui, in particolare:

⁵¹⁶ Tra cui, in particolare, D. 20.1.21.3 (Ulp. *73 ad ed.*), spesso relazionato a D. 20.1.16.3 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

⁵¹⁷ D. 12.3.5.2 (Marc. 4 *reg.*); D. 12.3.5.4 (Marc. 4 *reg.*); D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 20.4.12.1 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 20.6.8.19 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 23.3.52 (Marc. 3 *reg.*); D. 30.112 pr. (Marc. 6 *Inst.*); D. 30.112.1 (Marc. 6 *Inst.*); D. 30.114.5 (Marc. 8 *Inst.*); D. 35.1.33.3 (Marc. 6 *inst.*); D. 39.4.16 pr. (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 46.3.46.2 (Marc. 3 *reg.*); D. 47.10.37.1 (14 *inst.*).

⁵¹⁸ D. 12.3.5.2 (Marc. 4 *reg.*); D. 12.3.5.4 (Marc. 4 *reg.*); D. 20.4.12.1 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 47.10.37.1 (Marc. 14 *inst.*).

⁵¹⁹ LENEL, *Palingenesia* I, cit. 648, nt. 28, cogliendo una discontinuità nel commento di Marciano dedicato alla formula ipotecaria, colloca i paragrafi che vanno da D. 20.1.16.3 a D. 20.1.16.6 in una rubrica intitolata *ad clausulam arbitriam et condemnationem* e i paragrafi che vanno da D. 20.1.16.7 a D. 20.1.16.9 tra gli *additamenta*, ossia tra le aggiunte fatte dai compilatori.

⁵²⁰ H. SIBER, *Die Passivlegittimation zur rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig 1907, 139; CARRELLI, *L'acquisto della proprietà* cit. 3, nt. 1; DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà* cit. 135; Sul criterio di computo della *litis aestimatio* e sul rapporto tra D. 20.1.16.3 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) e D. 20.1.21.3 (Ulp. *73 ad ed.*), in riferimento alla ricostruzione di KASER, *Die Interesseberechnung* cit. 15 ss., WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana* cit. 179 ss., M. MARRONE, *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto giuridico romano*, in *Audelà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, Varsavia 2000, ora in *Scritti giuridici II*, Palermo 2003, 737 ss. e DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 43 ss., *infra*, cap.2, § 3.

⁵²¹ D. 23.3.52 (Marc. 3 *reg.*); D. 30.112 pr. (Marc. 6 *Inst.*); D. 30.112.1 (Marc. 6 *Inst.*); D. 30.114.5 (Marc. 8 *Inst.*) in cui la *aestimatio* è menzionata a proposito di contrattazioni tra privati e utilizzata per individuare la somma o i beni da restituire o da attribuire.

D. 46.3.46.2 (Marc. 3 reg.): *si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur, nisi quod dees repleatur,*

la cui lettura identifica nell'*aestimatio rei*, proprio l'attività prodromica alla realizzazione della *datio in solutum*.

Interessante, sempre per il riferimento all'*aestimatio*, ma anche per la menzione del *commissum*⁵²² e di un rescritto di età severiana, attribuito a Settimio Severo ed Antonino Caracalla, sembra poi:

D. 39.4.16 pr. (Marc. l.s. de delat.): *...Divi enim Severus et Antoninus rescripserunt, cum is servus, qui actum domini gessisse diceretur, in commissum cecidisset, venire non debuisse, sed pro eo viri boni arbitrato aestimationem oportuisse dari.*

Ciò che colpisce è che gli imperatori, in merito alla possibilità di vendere un servo confiscato, probabilmente per i debiti del proprio *dominus*, rispondono che esso non potrà essere alienato ma al suo posto dovrà essere dato il valore stimato dai *boni viri*.

Una *ratio* simile, infatti, sembra leggersi nel rescritto imperiale citato in D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. ad form. hyp.): *...iure emporis possideat rem tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

⁵²² *Supra*, cap. II, § 1, a proposito dell'analisi semantica di *commissorium* e della possibile derivazione del termine da *commissum*, si è accennato che l'espressione indicherebbe una sorta di confisca per il mancato pagamento di imposte. In argomento, LEONHARD, s.v. «*Commissum*» cit. 769; KLINGENBERG, '*Commissum*' cit. 23 ss.

2.3. Le coordinate socio-culturali ed il ruolo della giurisprudenza severiana nella mitigazione della posizione del debitore

“I riferimenti all’attività normativa imperiale, contenuti nelle opere dei giuristi classici, forniscono una notevolissima serie di dati, ancora scarsamente sfruttati, per lo studio del delicato problema dei rapporti intercorrenti tra legislazione imperiale ed *interpretatio prudentium*. In primo luogo essi, opportunamente coordinati e prudentemente valutati, consentono di cogliere, concretamente, l’intima e naturale connessione, spesse volte intuita, ma di cui non è mai stata data un’adeguata ed esauriente documentazione, esistente tra le due fonti di creazione del diritto nell’età del Principato. Abbiamo, infatti, una lunga ed eloquente serie di testi che dimostrano e comprovano come l’attività normativa imperiale si muova, sostanzialmente, nell’alveo tracciato dalla giurisprudenza e come, in particolare, gli imperatori nei loro interventi nel campo giuridico, e segnatamente nell’emanazione dei rescritti, si siano ispirati ai principi, alle concezioni, agli insegnamenti elaborati dai maggiori e più illustri esponenti della scienza giuridica”.

Con queste parole, Giovanni Gualandi, nel 1963, introduceva allo studio del IV capitolo di *Legislazione imperiale e giurisprudenza*⁵²³ evidenziando, nel II tomo dell’opera, la profonda incidenza che la riflessione giurisprudenziale ebbe sull’attività politica, normativa e giurisdizionale nell’età degli Antonini e dei Severi.

Di qui la scelta di corredare il presente capitolo con una ricostruzione dei principali canoni interpretativi⁵²⁴ elaborati dai giuristi severiani: “un equilibrio tra precisione e accuratezza che traducendosi in rigore quasi matematico e in pratica sagacia ermeneutica, condusse a quei risultati che sono sintetizzati nella formula del *bonum et aequum*”⁵²⁵ e del *ius suum cuique tribuere*⁵²⁶.

⁵²³ GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* II cit. 73.

⁵²⁴ A. PALMA, *Humanior interpretatio. ‘Humanitas’ nell’interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, 151 ss.; ID., *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi. Corso di lezioni*, Torino 1997, 126 ss.; G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart-Steiner 1993; L. GAROFALO, *L’humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005, 14 ss.; MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti* cit. 127 ss.

⁵²⁵ A. PALMA, *Benignior interpretatio* cit. 47: “il *bonum et aequum* doveva nel pensiero celsino, almeno nella redazione ulpiana (cfr. D. 1.1.1.1), costituire il fine quotidiano da perseguire nella concreta attuazione dell’ordinamento giuridico ed implicava la determinazione di norme coerenti con tal fine, considerato il *proprium* precipuo della riflessione giurisprudenziale...Celso doveva condividere...l’insofferenza per la tradizione giuridica almeno nella misura in cui non era sentita come conforme al parametro dell’*aequum* e del *bonum*; L. VACCA, «*Aequitas*» e *metodo della giurisprudenza*, in *Studi in onore di G. D’Amelio* I, Milano 1978, 421, nt. 45 e 423: “...a partire dall’età successiva ad Adriano e alla codificazione dell’editto, i giuristi intervengono apertamente con innovazioni, forzando la lettera delle clausole edittali in nome dell’equità... L’*aequitas* risulta a volte il mero fondamento del criterio interpretativo”, cfr. D. 10.2.50 (Ulp. 6 *disp.*), D. 12.4.3.7 (Ulp. 26 *ad Sab.*), D. 37.10.3.13 (Ulp. 41 *ad ed.*), D. 25.1.8 (Paul. 7 *ad Sab.*); CRIFÒ, *L’esperienza giuridica nell’età dei Severi* cit. 11 ss.; F. GALLO, *Rifondazione della scienza giuridica premessa primaria per la formazione del diritto europeo*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara, 27 febbraio 2004* (cur. P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti), Torino 2004, 11 ss., riconosce nel *bonum* e nell’*aequum* “i supremi criteri raffigurati oggi come ragionevolezza ed uguaglianza a cui devono rispondere le norme per essere diritto”.

L'obiettivo è, dunque, verificare l'influenza che *benignitas*⁵²⁷, *aequitas*⁵²⁸ e *humanitas*⁵²⁹ ebbero sulla mitigazione del patto commissorio e sulla possibile creazione di un istituto ad esso alternativo: appunto il patto Marciano⁵³⁰ che, prevedendo la stima del giusto prezzo, informava la convenzione ai principi del giusto e dell'equo⁵³¹ evitandone l'*asperitas* ancor prima dell'emanazione del "divieto" costantiniano⁵³².

⁵²⁶ In particolare, sulla divergenza tra la forma gerundiva *tribuendi* [presente in D. 1.1.10 pr. (Ulp. 1 *reg.*)] ed il participio *tribuens* [presente in D. 1.1.10.1 (Ulp. 1 *reg.*)] cfr. I. 1.1.3-4, F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 208, nt. 143; GALLO, *Rifondazione della scienza giuridica* cit. 30 s. Sull'autenticità e sul significato di *suum cuique tribuere*, anche in relazione alla concezione del *ius suum* dei filosofi greci, in contrapposizione a F. SENN, *De la Justice et du Droit. Esplkication d'une definition traditionnelle de la justice*, Paris 1927, 10 ss., si vedano, B. KÜBLER, *Rec. a F. Senn, De la Justice et du Droit. Esplkication d'une definition traditionnelle de la justice*, Paris 1927, in ZSS. 49/1929 576; U. VON LÜBTOW, *De iustitia et iure*, in ZSS. 66/1948, 458 ss.; S. RICCOBONO, *La definizione di «ius» al tempo di Adriano*, in BIDR. 53-54/1948, 78 ss.; A. CARCATERRA, *Iustitia nelle fonti e nella storia del diritto romano*, Bari 1949, 39 ss.; B. BIONDI, *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, in *Ius* 9/1958, 289 ss.; ID., *Scienza giuridica come arte del giusto*, in *Ius* 1/1950, 145 ss.; ID., *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, 20 ss.; C.A. MASCHI, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti III*, Milano 1962, 445 ss.; P. FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in SDHI. 34/1968, 370 ss.; A. BURDESE, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, in ASD. 14-17/1970-1973, 103 ss. In particolare, per il rapporto intercorrente tra la concezione stoico-ciceroniana di "*ius suum*", inteso in termini di *suam dignitatem*, e quella ulpiana, W. WALDSTEIN, *Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (D. 1.1.10 pr.)*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag I*, Köln 1978, 213 ss. [= *La definizione della Giustizia di Ulpiano (D. 1.1.10 pr.)*, in *Saggi sul diritto non scritto* (intr. e cur. U. Vincenti), Padova 2002, 89 ss.]. In argomento, G. FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in AUPA. 52/2008, 133 ss., il quale evidenzia che il *ius suum*, oggetto del *tribuere* (indicativo della posizione giuridica spettante a ciascuno) poteva astrattamente riferirsi nella concezione di Ulpiano sia ad una situazione di vantaggio, quale ad esempio la titolarità di un diritto, sia ad una posizione di svantaggio, quale la necessità di rispettare un obbligo o di subire una pena. La costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo, ovvero di riconoscere a ciascuno la propria posizione giuridica, in questa prospettiva, potrebbe, dunque, essere il principio ispiratore del patto Marciano, inteso quale correttivo classico apportato al patto commissorio poiché, da un lato esso riconosceva giusto che il debitore inadempiente subisse un *commissum*, ossia la perdita del bene conferito in garanzia e, dall'altro (con la previsione della stima del giusto prezzo) realizzava la pretesa del creditore non oltre il limite del suo diritto [cfr. D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*) e D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*)]. Interessanti anche le riflessioni sulla conoscenza da parte dei giuristi severiani degli scritti dei filosofi greci, cfr. D. 1.3.1 (Pap. 1 *def.*) e D. 1.3.2 (Marc. 1 *Inst.*) nonché le osservazioni sulla differenza in Aristotele tra "giustizia commutativa" e "giustizia distributiva", cfr. Arist. *Eth. Nic.* V, 4.1130 a-b: "l'ingiustizia è in chi pretende di più di quanto gli spetti"; Plat. *Rep.* 331: "il giusto consiste nel restituire a ciascuno ciò che gli è dovuto". Sui *tria praecepta iuris*, si vedano anche WALDSTEIN, *Zu Ulpian's Definition* cit. 227 ss.; GALLO, *Rifondazione della scienza giuridica* cit. 30 s.; ID., *Travisamento del lascito di diritto romano*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna III*, Napoli 2007, 2029; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in SDHI. 74/2008, 3 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino 2010, 16.

⁵²⁷ D. 5.3.38 (Paul. 20 *ad ed.*); PALMA, *Benignior interpretatio* cit. 126 ss.; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*⁷, Roma 2000, 237 ss.

⁵²⁸ Intesa quale "uguaglianza": valore ispiratore e fondamento dell'interpretazione giuridica.

⁵²⁹ D. 28.2.13 pr. (Iul. 29 *dig.*). Sull'*humanitas* in epoca classica, si veda la bibliografia di cui in nt. 524.

⁵³⁰ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s.ad form. hyp.*)

⁵³¹ PALMA, *Humanior interpretatio* cit. 152: "si può ragionevolmente concludere sull'appartenenza alla cultura giuridica del III secolo di valori di equilibrio, assorbiti ed adottati a fondamento di decisioni che superavano lo *ius strictum*".

⁵³² E, in effetti, come scrive CRIFÒ, *L'esperienza giuridica nell'età dei Severi* cit. 17 s. e 20: "non senza ragione si è parlato del periodo severiano come di un impero di giuristi... costituito da sacerdoti della giustizia... che condusse alla proclamazione dei principi umanitari del diritto... gli interventi legislativi rispecchiavano principi etici... ed attuavano i *tria praecepta iuris, honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*... in vista di quell'*ars boni et aequi* che è compito dei giuristi esercitare in opposizione alla violenza e alla disgregazione sociale". In argomento, sul concetto di *utilitas publica*, il recente *excursus* di R. SCEVOLA, *Utilitas publica II. Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Milano 2012, 327 ss.; sul significato celsino-ulpiano di *ars boni et aequi*, sulla sostituzione del concetto di *aequum* presente nelle istituzioni di Gaio (Gai. 3.149) con *iustum* (I. 3.25.2) che compare invece nelle istituzioni di Giustiniano e sui *tria praecepta iuris*, v. WALDSTEIN, *Zu Ulpian's Definition* cit. 92 ss.; GALLO, *Rifondazione della scienza giuridica*

Sul punto, significative sembrano le osservazioni di Lucio De Giovanni⁵³³ che - seppur in riferimento ad altri passi di Marciano - pare supportino le considerazioni che mi accingo a formulare:

“I frammenti marcianei mi sono parsi acquistare grande importanza perché testimoni immediati delle trasformazioni avvenute nel diritto di quell’epoca e anticipatori di molti motivi che segneranno il diritto dell’età successiva”.

Prima di procedere all’analisi del pensiero giurisprudenziale di età severiana e dei provvedimenti imperiali adottati a garanzia dell’equità e della giustizia per alleviare “le condizioni dei ceti più indigenti”⁵³⁴, necessario si pone qualche riferimento alle coordinate socio-culturali dell’epoca, anche alla luce della crisi economica che attraversò l’impero nel III secolo d.C.

Il periodo compreso tra il 193 e il 235 si caratterizza, infatti, per un assetto costituzionale basato sul contemperamento di contrapposti interessi sociali e sull’accentramento della funzione legislativa resa possibile dalla codificazione dell’editto pretorio⁵³⁵ e dall’unificazione della giurisprudenza, a sua volta attuata attraverso l’eliminazione del *ius respondendi*⁵³⁶ e l’istituzionalizzazione del *consilium principis*⁵³⁷.

Benchè, infatti, i caratteri generali del Principato fossero rimasti pressochè immutati rispetto all’età anatoniniana, i cambiamenti che interessarono le strutture ordinamentali ed i ceti dirigenti, in particolare le alterazioni nei rapporti tra principe e senato, l’appoggio al ceto equestre e militare, il rafforzarsi della burocrazia imperiale, contribuirono a trasformare l’assetto sociale e costituzionale dell’impero, anticipando le più rilevanti riforme adottate poi da Diocleziano⁵³⁸.

A dette coordinate si accompagnò una profonda crisi economica cagionata dall’arresto della politica espansionistica e dalle prime invasioni barbariche: le risorse dello Stato cominciarono ad essere impiegate per difendere i confini e l’esaurimento delle conquiste, principale fonte di approvvigionamento della manodopera servile, finì per rovesciarsi all’interno dell’impero con il

cit. 30 s.; ID., *Travisamento del lascito di diritto romano* cit. 2029; MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza* cit. 3 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo II* cit. 16.

⁵³³ DE GIOVANNI, *Giuristi severiani* cit. 6; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* cit. 32 ss.

⁵³⁴ GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi* cit. 101 ss., cfr. S.H.A. *Vita Alex. Sev.* 21.2; 26.2; 40.2; A. CALDERINI, *I Severi. La crisi dell’impero nel III secolo*, Rocca S. Casciano 1949, 355 ss.; DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* cit. 17 ss.

⁵³⁵ Voluta da Adriano ed attuata da Salvo Giuliano che segnò la fine dell’attività creatrice del pretore. Il potere di modificare l’editto e di colmarne eventuali lacune veniva affidato alla cancelleria imperiale, cfr. C. *Tanta*, 18.

⁵³⁶ D. 1.2.2.49 (Gai. 1 *ad leg. duod. Tab.*).

⁵³⁷ N. PALAZZOLO, *Crisi istituzionale e sistema delle fonti dai Severi a Costantino*, in *Società romana e impero tardo antico I. Istituzioni, ceti, economie*, Bari 1986, 57 ss.; L. DE GIOVANNI, *Il diritto prima e dopo Costantino*, in *Atti del Convegno Internazionale «Costantino prima e dopo Costantino»*. Perugia 27-30 Aprile 2011, Bari 2012, 226 s.

⁵³⁸ DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* cit. 67 ss.; NASTI, *L’attività normativa di Severo Alessandro I* cit. 1.

risultato che l'esercito, fino ad allora fattore propulsivo della potenza economica, divenne un peso sempre più schiacciante contribuendo ad un generale impoverimento della popolazione⁵³⁹.

In questo contesto, "in cui l'attività giurisprudenziale divenne potere normativo dell'imperatore"⁵⁴⁰, Settimio Severo⁵⁴¹, coadiuvato dal *consilium principis* e da giureconsulti⁵⁴² attivi presso la cancelleria imperiale, tra i quali Papiniano, Paolo e Ulpiano, diede luogo ad un'intensa attività legislativa che conta circa 400 costituzioni⁵⁴³ il cui indirizzo tese a privilegiare "lo spirito della legge in una visione di tutela dei deboli contro i potenti, di riequilibrio sostanziale delle classi sociali, di imparzialità del diritto. Un indirizzo che se appare liberale e umano è altresì consono a quella visione autocratica dell'impero che vede il principe al di sopra dei sudditi, dispensatore di una giustizia uguale, sostanzialmente, per tutti"⁵⁴⁴.

Più volte, d'altronde, le fonti⁵⁴⁵ testimoniano la tendenza di Settimio Severo a porsi addirittura "in dissenso aperto con i membri del *consilium*, onde far prevalere ragioni di equità"⁵⁴⁶ individuando "*rationes* fondanti una giuridicità rinnovata da valori di natura non esclusivamente tecnico-giuridica"⁵⁴⁷.

L'attività legislativa severiana proseguì intensamente anche sotto Antonino Caracalla⁵⁴⁸ che continuò ad avvalersi della collaborazione dei giuristi confermando il ruolo e le funzioni del *consilium*.

⁵³⁹ CALDERINI, *I Severi* cit. 356 ss.

⁵⁴⁰ GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politico finanziaria sotto i Severi* cit. 106; DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* cit. 26 ss.

⁵⁴¹ Per l'attività politica di Settimio Severo, CALDERINI, *I Severi* cit. 47 ss.

⁵⁴² Emilio Papiniano, primo grande giurista di età severiana, *magister libellorum*, divenne nel 203 prefetto del pretorio; Giulio Paolo, allievo di Cervidio Scevola e *adessor* di Papiniano negli anni in cui questi era *praefectus praetorio*, fece parte del *consilium* di Settimio Severo e di Caracalla e fu *praefectus praetorio* durante il regno di Alessandro Severo; Domizio Ulpiano, *adessor* di Papiniano al pari di Paolo, membro del *consilium* di Alessandro Severo, divenne *magister libellorum*, *praefectus annonae* e *praefectus praetorio*. Di qualche anno successive alle opere di Ulpiano sono quelle di Marciano, redatte durante il regno di Caracalla, di Eliogabalo e di Alessandro Severo. Le numerose citazioni di rescritti mostrano la consuetudine di Marciano con gli archivi imperiali. Erennio Modestino è allievo di Ulpiano e ultimo giurista di età severiana, fu anch'egli *praefectus vigilum*", cfr. AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*² (dir. M. Talamanca), Milano 1989, 450 ss.; R. DOMINGO, *Juristas universales I. Juristas antiguos*, Madrid 2004, 188 ss.

⁵⁴³ Per lo studio delle costituzioni, menzionate nei frammenti giurisprudenziali, si rinvia a GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* II cit. 132 ss. Interessanti i titoli 8-32 del libro VIII del *Codex*, dedicati al pegno, in cui copiosi sono gli interventi degli imperatori severiani.

⁵⁴⁴ GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi* cit. 76; cfr. M. MAZZA, *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Roma 1973, 81 ss.; DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* cit. 17 ss.

⁵⁴⁵ D. 4.4.38 pr. (Paul. 1 *decr.*); D. 14.5.8 (Paul. 2 *decr.*); D. 32.27.1 (Paul. 1 *ad Nerat.*); D. 36.1.76(74) pr. (Paul. 2 *decr.*).

⁵⁴⁶ C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri tres*, Milano 1938, 128.

⁵⁴⁷ PALMA, *Humanior interpretatio* cit. 48. Un esempio della tendenza severiana a prediligere ragioni di equità sacrificando addirittura fondamenti stessi del diritto, si evince in particolare in D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*) in cui l'imperatore concede l'*in integrum restituito* in favore di una pupilla che aveva perso un fondo a causa della *lex commissoria* anche se non ricorrevano i presupposti richiesti dalla legge.

⁵⁴⁸ Per la politica interna di Caracalla, CALDERINI, *I Severi* cit. 91 ss.

Sono circa 300 le costituzioni⁵⁴⁹ attribuite a quest'ultimo imperatore, molte delle quali riprendono temi già affrontati da Settimio Severo (come la riduzione dei tassi di interesse⁵⁵⁰, il contenimento del potere latifondista, il ripristino della piccola proprietà contadina) anche se nei provvedimenti di Caracalla “si può notare un inasprimento del prelievo fiscale motivato dall'aggravarsi della crisi economica”,⁵⁵¹.

Un brusco arresto delle linee programmatiche caratterizzanti la politica di Settimio Severo si registra, invece, con l'ascesa al trono di Eliogabalo⁵⁵², dopo la breve parentesi di Macrino⁵⁵³; l'imperatore, infatti, accrebbe nuovamente il peso tributario utilizzando, oltre ogni misura, lo strumento della confisca, non comprendendo che l'autorità del principe *legibus solutus*⁵⁵⁴ poggiava sul consenso di quelle forze che erano, nello stesso tempo, oggetto e condizione della sua autorità.

Non a caso, i suoi predecessori avevano favorito sia l'ordine equestre sia le classi più umili, contemperando i contrapposti interessi⁵⁵⁵ e la loro politica era stata di larghezza e di umanità, di garantismo e di equità⁵⁵⁶, inserendosi in un quadro politico di tutela dei deboli, in cui si salvaguardava sempre l'immagine del buon principe.

Con Alessandro⁵⁵⁷, enfatizzato dalla tarda storiografia imperiale per il suo governo illuminato e moderato, sensibile ai problemi del suo tempo, attento alle tematiche finanziarie e fiscali⁵⁵⁸, riprende il disegno politico di Settimio Severo.

Il giovane imperatore richiamò, infatti, nel suo programma i principi del predecessore, ispirandosi alla saggezza, all'umanità e alla giustizia⁵⁵⁹; reintrodusse l'istituzione alimentare per

⁵⁴⁹ GUALANDI, *Legislazione imperiale* II cit. 151 ss.

⁵⁵⁰ CALDERINI, *I Severi* cit. 360; ARNESE, *Usura* cit. 81 ss.

⁵⁵¹ GIANGRIECO PESSI, *loc. cit.* 78; CALDERINI, *I Severi* cit. 355 ss: “tra i fenomeni interni diretti ad indebolire l'economia, non solo le lotte civili tra imperatori, pretendenti ed usurpatori, ma anche il brigantaggio e la pirateria, continuamente menzionati dagli scrittori già al tempo di Settimio Severo: uomini perseguitati dalle angherie della polizia tributaria e ridotti alla più assoluta miseria si riunivano in bande, occupando le campagne d'Italia, della Gallia, della Germania, dell'Egitto... Prova ed elemento cospicuo di tale depressione economica generale è il comportamento del credito: i documenti di mutuo nel II e nel III secolo si vanno facendo sempre più rari fino ad estinguersi del tutto. Il tasso di interesse sotto Settimio Severo decadde al 6% per diminuire fra Caracalla e Alessandro Severo al 5%”.

⁵⁵² Per gli eccessi del governo di Eliogabalo, CALDERINI, *I Severi* cit. 110 s.

⁵⁵³ Nominato imperatore nel 217 dall'esercito ignaro del suo coinvolgimento nell'assassinio di Caracalla, cfr. Dio. 79(78).11.6; 12.2; 15.2; 21.3; S.H.A. *Op. Macr.* 4.1 ss.; CALDERINI, *I Severi* cit. 101.

⁵⁵⁴ D. 1.3.31 (Ulp. 13 *ad leg. Iul. et Pap.*).

⁵⁵⁵ Ad esempio, l'*annona* militare veniva pagata solo dai più abbienti che a loro volta potevano godere di immunità e privilegi, cfr. F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, Bari 1971, 110 ss.

⁵⁵⁶ DE FRANCISCI, *Arcana imperii* III cit. 329.

⁵⁵⁷ Per i principi dell'impero di Severo Alessandro, CALDERINI, *I Severi* cit. 113 ss.

⁵⁵⁸ R. SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro*, Catania 1974, 9, nt. 1; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Secta temporum meorum. Rinnovamento politico all'inizio del Principato di Gordiano III*, Palermo 1978, 79 s.

⁵⁵⁹ L. CRACCO RUGGINI, *Un riflesso del mito di Alessandro nella Historia Augusta*, in *BHAC*, 1966, 79 ss.; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* I cit. 7 ss.

arginare la dilagante *paupertas*⁵⁶⁰; emanò l'*edictum* sulla *remissio* dell'*aurum coronarium*⁵⁶¹, mostrandosi consapevole delle difficili condizioni economiche della popolazione ed improntando il suo programma di governo al risparmio e all'oculatazza.

Di qui, un complesso di circa 400 costituzioni il cui fondamento appare il garantismo: si colpiscono i ladri, i profittatori, gli adulteri, i calunniatori, si restaurano i valori morali e si tutela l'uomo nell'esercizio dei suoi diritti contro i soprusi dei potenti. Legalità, equità e moderazione⁵⁶² sembrano, dunque, i principi ispiratori del governo dei Severi: "un impero di giuristi"⁵⁶³, la cui presenza negli *officia palatina* e nel *consilium principis* deve essere tenuta in particolare considerazione nell'analisi delle fonti⁵⁶⁴.

E, in effetti, i frammenti giurisprudenziali analizzati nel paragrafo precedente ad appannaggio della nostra ipotesi ricostruttiva (relativa alla funzione del patto Marciano) riferiscono proprio di rescritti o di altre costituzioni attribuite agli imperatori Severi.

Riporto, anzitutto,

D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. *ad form. hyp.*): *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae 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,*

in cui il commento di Marciano, relativo alla vendita *sub condicione* di una garanzia (probabilmente previa stima del prezzo) contiene, appunto, il riferimento ad un rescritto di Settimio Severo ed Antonino Caracalla.

Altrettanto eloquente sembra:

D. 20.5.12 pr. (Tryph. 8 *disp.*): *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse...*,

dove Trifonino, a proposito di un editto sui requisiti di ammissibilità della vendita al creditore, informa, appunto, di un provvedimento degli imperatori Settimio Severo e Caracalla, di cui è testimonianza anche in

⁵⁶⁰ C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica (IV-V secolo d.C.)*, Napoli 2006, 61 ss, cfr. S.H.A. *Vita Alex. Sev.* 57.7.

⁵⁶¹ NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 10 s.

⁵⁶² SORACI, *L'opera legislativa* cit. 5 ss.

⁵⁶³ CRIFÒ, *L'esperienza giuridica nell'età dei Severi* cit. 17.

⁵⁶⁴ NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro I* cit. 22.

FV. 9 (Pap. 3 resp.): *Creditor a debitore pignus recte emit ... 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.*

Il rescritto di cui parla Trifonino, riportato anche nelle Istituzioni giustiniane⁵⁶⁵, ad opinione di Massei⁵⁶⁶, pone in evidenza proprio la profonda e vasta influenza esercitata dal *consilium principis* sull'attività politica, legislativa e giurisdizionale del principe poiché redatto dallo stesso Papiniano nella sua qualità di funzionario imperiale.

Sempre a proposito della produzione di età severiana, riporto un frammento relativo alla *compensatio*:

D. 16.2.11 (Ulp. 32 ad ed.): *... constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas,*

la cui *ratio* - appunto l'equità - appare immutata anche in una costituzione dell'imperatore Diocleziano che, nel 293, a proposito del debito, menzionerà tra le modalità di estinzione, proprio detto istituto:

C. 8.30(31).3 *Si reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio...*

Ricorrenti, inoltre, sono le espressioni che confermano, quale caratteristica propria della compensazione di età severiana, l'*aequitas*.

Mi riferisco, in particolare, a due frammenti di Papiniano: ... "*aequitate compensationis utetur*"⁵⁶⁷ ... e ... "*quod Falcidiam aequitate compensationis recusaret*"⁵⁶⁸ ... ; nonché a due costituzioni dell'imperatore Caracalla datate al 229 d.C.: ... "*aequitas compensationis usurarum excludit computationem*"⁵⁶⁹ ... e "*compensationis aequitatem iure postulas*"⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ I. 2.6.9.

⁵⁶⁶ M. MASSEI, *Sulle citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano 1946, 427, nt. 2: "Il fatto che Trifonino si preoccupi di far sapere che nel periodo in cui l'imperatore emanò quel rescritto Papiniano era preposto alla cancelleria *a libellis* è per noi chiara prova che il vero autore del rescritto fu Papiniano. Il che permette di sostenere che in effetti la maggior parte dei rescritti dell'epoca dei Severi sia opera dei giureconsulti".

⁵⁶⁷ D. 16.2.18 pr. (Pap. 3 resp.).

⁵⁶⁸ D. 34.9.15 (Pap. 6 resp.).

⁵⁶⁹ C. 4.31.5.

La terminologia *aequus/iniquus* ricorre, dunque, al di fuori del significato tipico di *aequitas* e in specifico riferimento alla valutazione⁵⁷¹; lampante, sul punto, una costituzione diocleziana del 290⁵⁷², relativa all'*iniqua aestimatio* di alcuni fondi fatta, appunto, non conformemente all'effettivo valore.

Le riflessioni di Talamanca⁵⁷³ sembrano convergere sulla circostanza che il termine *compensatio* sia stato più volte utilizzato in connessione col significato di *aequus*. Scrive, infatti, lo studioso: “da questo punto di vista la cancelleria imperiale fa riferimento alla necessità che vi fosse parità di trattamento...”.

L'attenzione all'equità compare, in specifico riferimento ad una vendita in compensazione di un debito, anche in una costituzione degli imperatori Valeriano e Gallieno del 259, e in un rescritto dell'imperatore Diocleziano, datato al 290 d.C. (di cui si è già parlato *supra*) che sottolineano, appunto, l'opportunità del recupero o dell'integrazione del residuo.

Riportiamo entrambi i testi:

C. 4.49.2: *Vendidi actionem ad recipiendum residuum pretium intendere adversario tuo poteris. Nec quod in compensationem venerit, quasi et tu invecem deberes, id obesse tibi poterit, si in bonae fidei contractu...*,

C. 5.74.1: *...si minore pretio distractum predium est et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperat venditioni consensum dedisse constiterit, non ab re erit superfluum pretii in compensationem deduci.*

Quest'ultima costituzione, che Talamanca⁵⁷⁴ descrive come una vendita simulata diretta a compensare con una *datio in solutum* quanto originariamente dovuto al creditore, sembra sottintendere - nel riferimento specifico al *pretium* - l'attitudine a ricorrere ad una preventiva stima del valore della *res* che, per assonanza, richiama un altro frammento del giurista Marciano relativo alla dazione in pagamento (anch'esso già citato), nonché una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano del 290:

⁵⁷⁰ C. 4.31.6.

⁵⁷¹ TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 252.

⁵⁷² C. 5.18.6.1 di Diocleziano e Massimiano.

⁵⁷³ TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 183; LOVATO, *Ratio aequitatis* cit. 397 s., attribuisce il mutamento del significato di *aequitas* intesa, quindi, “non più come criterio in grado di suggerire soluzioni innovative legate ai valori sociali correnti, ma come un ideale influenzato dai precetti etici e teologici predicati dalla nuova religione”, solo all'epoca costantiniana.

⁵⁷⁴ TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 208 ss.

D. 46.3.46.2 (Marc. 3 reg.) *Sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur, nisi id quod deest repleatur;*

C. 5.18.6.1-3 *Proinde si dolosis artibus mariti circumventam matrem vestram iniqua aestimatione circumscriptam...*

Tutte le testimonianze analizzate sembrano suffragare l'ipotesi che i canoni interpretativi elaborati dai giuristi severiani e, con essi, la formulazione dei *tria praecepta iuris*, abbiano determinato, nel quadro nella politica economica di riequilibrio inaugurata da Settimio Severo, un'interpretazione *humanior*, nonché *benignior* del diritto e delle convenzioni negoziali stipulate tra i privati.

Anche l'introduzione nel 239 del *pignus Gordianum*⁵⁷⁵ ad opera dell'omonimo imperatore viene interpretata dagli studiosi⁵⁷⁶ ricorrendo all'equità e alla giustizia intesa - quest'ultima - come *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere* dispensatrice, quindi, di premi e di punizioni⁵⁷⁷ che, anche nei confronti del debitore si impose severa, inducendolo a rendere al creditore ciò che doveva⁵⁷⁸.

Per quanto concerne, precipuamente, la questione del patto commissorio, verosimile appare, alla luce delle sovresposte riflessioni, la considerazione di un suo "adeguamento" ai recepti

⁵⁷⁵ NARDI, *Ritenzione e pegno Gordiano* cit. 85 ss. L'istituto [cfr. C. 8.26 (27).1.2] sulla base di un presunto accordo tra le parti (desunto dai papiri Flor. I 86, BGU III 741 e Lips. I 10) riconosce al creditore pignoratizio la possibilità di continuare a ritenere i beni del debitore anche in seguito all'adempimento dell'obbligazione garantita, fino all'estinzione di eventuali ulteriori debiti chirografari (intercorsi tra i medesimi soggetti) e/o delle spese sostenute.

⁵⁷⁶ J.A. BUENO DELGRADO, *Pignus Gordianum*, Madrid 2004, 43 ss., concepisce la *retentio* come una misura di equità che consentiva di trattenere una *res* del debitore fino alla soddisfazione del creditore. Si trattava, quindi, di un istituto di diritto materiale e non sostanziale e questo spiegherebbe il perché della penuria di riferimenti diretti nelle fonti. Lo studioso interpreta, altresì, il pegno Gordiano, di cui in C. 8.26 (27).1.2, come un'eccezione al principio generale del *debitum cum re iunctum* poiché il rescritto imperiale autorizzava la ritenzione di una *res* pignorata a prescindere dalla sussistenza di una relazione diretta tra la stessa ed il credito vantato. In questo caso, la ritenzione sarebbe legittimata esclusivamente da motivi di equità; L.F.P. LEIVA FERNÁNDEZ, *Derecho de retención. (Caracterización. Efectos. Requisitos. Teoría general. Retención irregular y anómala. Facultad de retención y derecho penal)*, Buenos Aires 1991, 25 s.; C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, Madrid 1921, 16 ss. Anche E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Fonti e casi*, Milano 1947, 7 ss. e 197 ss.; ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano II. Profilo storico*, Milano 1957, 93 ss.; ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano III. Dogmatica giustiniana*, Milano 1957, 7; ID., *Ritenzione* cit. 85 ss., sottolinea nell'*exceptio doli (iure retentionis)* volta a paralizzare la *rei vindictio* o l'*actio pigneraticia* esercitata dal debitore per il recupero di una *res* trattenuta senza titolo dal creditore chirografario, ragioni di equità.

⁵⁷⁷ FALCONE, *Ius suum cuique tribuere* cit. 133. Utilizzando estensivamente la riflessione che lo studioso formula in merito alla concezione stoica della giustizia, di cui *supra*, in nt. 526, si potrebbe ipotizzare che i provvedimenti adottati nel III secolo d.C. non agevolassero necessariamente le categorie sociali più deboli poiché, proprio in ossequio ai principi stoici, essi operavano a tutela del giusto e dell'equo, riconoscendo a ciascuno il suo ed evitando l'ingiustificato arricchimento sia del creditore sia del debitore. In argomento anche L. PEPPE, *Riflessioni sulla nozione di iustitia nella tradizione giuridica europea*, in *Ius Antiquum* 17/2006 (on line).

⁵⁷⁸ Anche COSTA, *Storia del diritto privato* cit. 299, riferisce che questo tipo di pegno, seppur già documentato nel II secolo d.C., si impose soprattutto nel III, divenendo da convenzione accessoria qual era, grazie al rescritto di Gordiano, addirittura immanente alla struttura della garanzia pignoratizia ed ipotecaria.

principi dell'*honeste vivere*, dell'*alterum non laedere* e del *suum cuique tribuere*, tanto da indurre taluni studiosi⁵⁷⁹ a sostenere che esso fosse addirittura già vietato al tempo di Alessandro Severo.

La formulazione dell'editto costantiniano⁵⁸⁰ sembrerebbe, tuttavia, sconfessare questa possibilità ma non l'ipotesi che la politica economica severiana avesse determinato, in un certo qual modo, un'anticipazione del successivo "divieto" (concepito, secondo la nostra ipotesi interpretativa, come limitato alle sole ritenzioni della garanzia non accompagnate dalla stima del giusto prezzo della *res*) ma, di questo si dirà nel capitolo seguente.

Torniamo ora al rescritto degli imperatori Severo ed Antonino, di cui è traccia nel commento del giurista Marciano⁵⁸¹, tentandone una lettura comparata con un frammento di Paolo⁵⁸² relativo ad una pronuncia giurisdizionale del divo Severo⁵⁸³, conservata in D. 4.4.38 pr., che sembra testimoniare la riluttanza dell'imperatore per la clausola commissoria: *...quia tamen lex commissoria displicebat ei...*

Il frammento⁵⁸⁴ descrive la vicenda di una pupilla, tale Rutiliana che, a causa dell'inerzia dei suoi tutori, aveva perso un fondo, precedentemente acquistato con patto commissorio dal padre; l'uomo, dopo aver versato una parte del prezzo, aveva infatti convenuto col venditore che se il denaro residuo non fosse stato corrisposto secondo le due scadenze bimestrali concordate, il fondo sarebbe rimasto invenduto.

Verificatasi la condizione dopo la morte del padre, il venditore alienò il bene a terzi e la pupilla, nonostante la pronuncia di soccombenza formulata sia dal pretore sia dal prefetto,

⁵⁷⁹ F. BALDUINO, *Constantinus Magnus, seu de Constantini imperatoris legibus ecclesiasticis atque civilibus*, Basileae 1556, citava a sostegno di detta ipotesi C. 8.34(35).1, interpretando l'espressione '*cessurum*', presente nella costituzione, per '*commissurum*'. Dello stesso autore si v. la ricostruzione, in generale, della *lex commissoria pignoris* in *Commentarii De Pignoribus Et Hypothecis, De Conditionibus*, Basileae 1557, 99 ss.

⁵⁸⁰ C. 8.34(35).3: *...Placet infirmari eam...crescebat eius asperitas...hac sanctione respiret...creditores re amissa iubemus recipere quod dederunt...* da cui si evincerebbe la novità del divieto. Inoltre in PS. 2.13.1, nel titolo *de lege commissoria* (che precede quello sulle usure) pur leggendosi l'interesse per la restituzione del *superfluum*, non compare alcuna menzione del divieto.

⁵⁸¹ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

⁵⁸² D. 4.4.38 pr. (Paul 1 *decr.*).

⁵⁸³ GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* II cit. 88, nt. 25.

⁵⁸⁴ G. SCIASCIA, *Restitutio in integrum*, in *NDI*. XI, Torino 1939, 493 s.; C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti*, Milano 1942, 79 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano 1965, 25 ss.; L. RAGGI, *La restituito in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 120 ss.; V.D. LIEBS, *Der Sieg der Schönen Rutiliana. Lex commissoria displicebat*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 373 ss.; M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in *ZSS*. 94/1977, 101 ss.; B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla – schön oder energisch? (Paul. D. 4.4.38 pr.)*, in *ZSS*. 94/1977, 247 ss.; F. MUSUMECI, *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e Labeone, in Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo II*, Napoli 1997, 15 ss.; ID., *Editto sui minori di 25 anni e 'ius controversum' nell'età dei Severi*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VI*, Napoli 2001, 35 ss.; ID., *Ancora sulla 'in integrum restitutio' di Rutiliana*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano 2002, 245; ID., *Pregiudizio del minore e protezione editale in età imperiale*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, 3715 ss.

ottenne dal divo Severo la *in integrum restitutio* perché il mancato pagamento del prezzo residuo, non era dipeso dalla sua volontà.

Rilevante, nella fattispecie descritta, sembra il commento del giurista Paolo⁵⁸⁵ che scrive:

D. 4.4.38 pr. (Paul. 1 *decr.*) ... *non me moveri quod dies postea transisset, non magis quam creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita ...*

Il fatto che il termine fosse scaduto dopo la morte del padre non era, dunque, sufficiente per Paolo a fondare la *restitutio in integrum* concessa in appello dall'imperatore; almeno "non più del caso in cui il creditore, dopo la morte del debitore, scaduto il termine per il pagamento, avesse venduto il pegno a terzi".

Questo specifico riferimento alla *distractio pignoris* - da solo - non è certo sufficiente a dimostrare che l'acquisto effettuato dal padre di Rutiliana fosse in realtà una sorta di riscatto del bene, precedentemente trasferito in garanzia al creditore, sia perché nella fattispecie concreta (verificatasi la condizione del mancato pagamento del prezzo) il giurista riferisce che il venditore alienò a terzi il fondo, sia perché, nell'esempio subito dopo presentato, il creditore (rimasto inadempito il debito) aliena a terzi la garanzia (in esecuzione di un *pactum vendendi pignoris*); più incisiva, e più probante di un patto commissorio risolutivamente condizionato, sarebbe stata, a tal proposito, l'espressione "*creditor pignus retineat*" (in luogo di *creditor pignus distraxisset*)... Tuttavia, il paragone di Paolo è quanto meno suggestivo, specie in riferimento alla dichiarazione che immediatamente segue:

D. 4.4.38 pr. (Paul. 1 *decr.*) ... *quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam.*

Per Paolo, quindi, l'imperatore Settimio Severo concede la *restitutio in integrum* principalmente perché la *lex commissoria*, seppur legittima, "non gli piaceva"⁵⁸⁶.

L'affermazione del giurista induce alla riflessione anche in considerazione di D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) in cui la menzione del rescritto, introdotto dai divi Severo ed Antonino in materia di *pactum commissorium pignoris*, spinge necessariamente a chiedersi se gli

⁵⁸⁵ Il riferimento è sempre D. 4.4.38 pr. (Paul. 1 *decr.*).

⁵⁸⁶ E, infatti, sempre cfr. D. 4.4.38 pr., l'inaffidabilità dei tutori, che pregiudicano con la loro inerzia gli interessi della pupilla, è menzionata, in relazione alla *ratio decidendi*, solo in subordine all'avversione imperiale per la *lex commissoria*: ... *movit etiam illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderasset, suspecti pronuntiati erant.*

imperatori, in ossequio ai principi di equità ed equilibrio negoziale, non avessero effettivamente agito sulla struttura del patto introducendo un correttivo, presumibilmente formulato con l'aggiunta di un'espressione⁵⁸⁷ che sottintendeva la possibilità di ritenere - in caso di inadempimento del debitore - la proprietà del pegno solo previa *aestimatio* del suo reale valore, integrando il *superfluum* e, soprattutto, restituendo l'*hyperocha* al debitore.

Dopotutto: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*⁵⁸⁸; e, quindi i Severi, mossi da ragioni di equità e di buona fede, non avrebbero potuto, in riferimento al patto commissorio *pignoris*, consentire che il creditore ricevesse un bene di valore superiore rispetto alla somma realmente dovuta. Il rescritto, testimoniato da Marciano in D. 20.1.16.9, potrebbe, quindi, effettivamente contenere una soluzione equitativa che i divi Settimio Severo ed Antonino Caracalla concessero in favore del debitore per evitare sperequazione e sopraffazione... Il riferimento è, appunto, alla *retentio domini*⁵⁸⁹ della garanzia previa stima del giusto prezzo, o all'utilizzo dell'*emptio in causam obligationis* con determinazione del corrispettivo⁵⁹⁰.

Marciano afferma, infatti, in un altro paragrafo del suo lungo commento alla clausola arbitraria e alla *condemnatio* della formula dell'*actio Serviana*: “È più umano che (il debitore) liberi la garanzia dando (al creditore) non più di quanto deve”⁵⁹¹:

⁵⁸⁷ Sulle ipotesi ricostruttive in argomento, *supra*, cap. II, § 2: in cui si ipotizza l'originaria presenza nel patto Marciano di un'espressione simile alla papiniana *nec incerti pretii*, tale da garantire, come nel caso della *emptio in causam obligationis*, caratterizzata dalla determinatezza del prezzo, la simmetria tra le prestazioni e la corrispondenza tra quanto dovuto e quanto versato. Per l'*aequum* e la sinallagmaticità nella compravendita, GALLO, *A proposito di aequae* cit. 1 ss.

⁵⁸⁸ D. 1.1.10 pr. (Ulp. 2 *reg.*).

⁵⁸⁹ La possibilità di esercitare la *retentio* (in dominio) di un bene del debitore rispettando il principio di corrispondenza tra l'ammontare del debito ed il valore della *res*, compare, oltre che nella *impetratio domini* (che prevedeva specificamente la stima del giusto prezzo), anche in altri istituti quali: l'*interdictum Salvianum*, testimoniato da Ulpiano in D. 43.33.2 (Ulp. 70 *ad ed.*) e, indirettamente, l'*interdictum de migrando*, testimoniato sempre da Ulpiano in D. 43.32.1 pr. (Ulp. 73 *ad ed.*) che impediva al locatore di trattenere un quantitativo di beni di valore superiore. L'*impetratio domini*, di cui *supra*, cap. I, § 2, è un istituto risalente all'età degli Antonini, cfr. D. 27.9.5.3 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 36.1.61(59) pr. (Paul. 4 *quaest.*); D. 41.1.63.4 (Tryph. 7. *disp.*), ed è contenuto anche nel C. 8.33(34).3.2 con due modifiche: la possibilità di riscatto e la stima del valore della *res* con restituzione della differenza. Si discute se l'*impetratio* determinasse un'attribuzione in proprietà o se valesse ad attribuire una *iusta causa* al possesso del creditore che quindi diventava *in bonis habens* delle *res Mancipi* e *dominus* delle *res nec Mancipi*. Sul punto, BURDESE, *Lex commissoria* cit. 206 ss.; P. DU PLESSIS, *The interdictum de migrando revisited*, in *RIDA*. 54/2007, 219 ss.

⁵⁹⁰ Sulla struttura classica del frammento del giurista Marciano, *supra*, cap. II, § 2, si è profilata una duplice ipotesi ricostruttiva sostenendo, alternativamente, che gli imperatori avessero agito o aggiungendo al *pactum commissorium pignoris* la stima del prezzo o introducendo l'*emptio in causam obligationis* intesa come vendita in funzione di garanzia (ad efficacia relativa). Interessante, sul punto, un frammento di Marcello, giurista del II secolo d.C. che, in riferimento ad una convenzione intercorsa tra debitore e creditore (in base alla quale rimasto inadempito il debito, il creditore, invece di venderlo lo acquistava in proprio) fa un riferimento alla certezza del prezzo, cfr. D. 13.7.34 (Marcell. *l.s. resp.*): *Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet, et cum impetrasset, epistulam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse*. Si è ipotizzato, quindi, che Marciano, in D. 20.1.16.9, si stesse interrogando sulla natura della fattispecie nella quale il prezzo doveva ancora essere stimato.

⁵⁹¹ In argomento, KASER, *Die Interesseberechnung* cit. 15 ss.; FREZZA, *Le garanzie* cit. 223; L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano 1958, 271; PALMA, *Humanior interpretatio* cit. 152; DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 133 s. che, in

D. 20.1.16.6 (Marc. l.s. ad form. hyp.) *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.*

Nel caso esaminato dal giurista, il creditore aveva convenuto in giudizio il debitore inadempiente ancora in possesso del *pignus* per ottenerne la consegna; quest'ultimo, soggetto alla *litis aestimatio*⁵⁹², era stato condannato al pagamento di una somma più alta rispetto all'ammontare effettivo del debito e delle usure.

Interrogandosi sulla possibilità del debitore di liberare la *res* pagando quanto realmente dovuto, il giurista conclude per la soluzione negativa, commentando però che più umano sarebbe stato limitare la prestazione del debitore alla somma originariamente ricevuta⁵⁹³.

Tralasciando in questa sede il lungo dibattito interpolazionista che ha animato l'esegesi di D. 20.1.16.6⁵⁹⁴, interessante a sostegno della nostra tesi sembra anche la lettura che Kaser⁵⁹⁵ e Wubbe⁵⁹⁶ propongono di un testo di Ulpiano⁵⁹⁷ e di un frammento di Marciano riguardanti⁵⁹⁸,

particolare, aderendo alla tesi di Chiazzese, ritiene il frammento interpolato nella parte finale, sostenendo che in realtà Marciano stesse trattando di un'ipotesi in cui l'*actio Serviana* era stata esercitata nei confronti del terzo possessore e non del debitore.

⁵⁹² Sulla *litis aestimatio*, cfr. D. 20.1.16.3 (Marc. l.s. ad form. hyp.) e D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 ad ed.), in cui si legge un'evoluzione del criterio di determinazione del valore della *lis* coincidente, in età severiana, non col valore della *res* conferita in garanzia ma con l'ammontare del credito rimasto insoluto: EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam* cit. 11 ss.; KASER, *Quanti ea res est* cit. 75 ss.; ID., *Die Interesseberechnung* cit. 1 ss.; WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana* cit. 179 ss.; MARRONE, *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano* cit. 737 ss.; DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 43 ss.: il debitore, quindi, libera la garanzia versando al creditore il corrispettivo del mutuo. In generale, sulla *litis aestimatio*, FREZZA, *Le garanzie* cit. 222; BURDESE, «*Lex commissoria*» cit. 200 s., nt. 1-2; C. PALMIERI, s.v. «*Ipoteca*», in *NNDI*. IX, Torino 1963, 49 ss.; L. BOVE, s.v. «*Pegno*», in *NNDI*. XII, Torino 1965, 763; A. BISCARDI, *Le garanzie reali del credito*, Siena 1957, 53 ss.; ID., *La lex commissoria* cit. 573; ID., *L'oratio Severi e il divieto di obligare*, in *Studi in onore di G. Grosso* III, Torino 1970, 245 ss.; ID., *Appunti sulle garanzie reali* cit. 263; sui problemi relativi all'origine, SARGENTI, *Il De agri cultura di Catone* cit. 158 ss.; F. LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus e l'actio Serviana*, in *Studi Sanfilippo* VII, Milano 1987, 281.

⁵⁹³ PALMA, *Humanior interpretatio* cit. 154.

⁵⁹⁴ Per le ragioni della presunta interpolazione della parte finale del frammento, si rinvia, per una disamina maggiormente approfondita della questione, a DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 58 e bibliografia ivi citata.

⁵⁹⁵ KASER, *Quanti ea res est* cit. 75 ss.; ID., *Die Interesseberechnung* cit. 1 ss., cfr. DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 43 ss.

⁵⁹⁶ WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana* cit. 1976, 1 ss., cfr. DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 43 ss.

⁵⁹⁷ D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 ad ed.).

⁵⁹⁸ D. 20.1.16.3 (Marc. l.s. ad form. hyp.). Si vedano, in argomento, A. FABER, *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Lugduni 1661, Liber XVI, caput XV, n. 6, 592; F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*. XXXII/1911, 58; E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano I. Il litis aestimationem sufferre e il iusiurandum in litem*, Pavia 1915, 59, nt. 90; EHRHARDT, *Litis aestimatio* cit. 200 ss.; G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino 1953, 28, nt. 36; CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem* cit.

rispettivamente, la clausola “*quanti ea res erit*” della *condemnatio* e la clausola arbitraria della formula dell’*actio Serviana*, nonché le considerazioni formulate, sul punto, da De Simone⁵⁹⁹ che sembrano confermare la tendenza, sviluppatasi in età classica, a limitare, anche in caso di condanna susseguente ad un’*actio in rem*, l’*aestimatio litis* alla somma realmente dovuta dal debitore.

In particolare, Kaser⁶⁰⁰ (qualora il creditore avesse agito per il recupero della garanzia con l’*actio Serviana*) legge nella testimonianza di Ulpiano⁶⁰¹ un diverso criterio di computo della *litis aestimatio* coincidente, con l’ammontare del mutuo rimasto insoluto, nel caso in cui convenuto fosse lo stesso debitore, e col valore della *res* pignorata qualora, invece, l’azione fosse stata esperita contro il terzo possessore, giustificando l’aporia col fatto che, nel secondo caso, il debitore inadempiente avrebbe potuto agire con un’*actio pigneraticia in personam* contro il creditore per il recupero del *superfluum*:

D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*) *Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneraticia actione.*

Distinguendo la posizione del debitore - tenuto alla *datio* di *quanti debet* - da quella del possessore del pegno - obbligato invece nell’intera misura della *litis aestimatio* - Ulpiano sembrerebbe effettivamente riconoscere in capo al primo una sorta di *favor*.

Qualche problema sorge, tuttavia, dalla lettura comparata del passo con un commento di Marciano⁶⁰², relativo alla clausola arbitraria dell’*actio Serviana*. Prescindendo dalla qualifica soggettiva del convenuto, infatti, il giurista, in caso di condanna, individua sempre l’obbligo di corrispondere all’attore il valore della *res*, anche nel caso in cui la condanna gravasse sul debitore:

D. 20.1.16.3 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua*

271 s.; D. MEDICUS, “*Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*”, in *Forschungen zum römischen Recht herausgegeben von M. Kaser, W. Kunkel, F. Wieacker*, 14 Abhandlung, Köln-Graz 1962, 250, nt. 17; C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho romano clasico*, Oviedo 1976, 180 ss.; DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 47 ss.

⁵⁹⁹ DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 54 ss. e 175 ss.

⁶⁰⁰ KASER, *Die Interesseberechnung* cit. 1 ss.

⁶⁰¹ D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*).

⁶⁰² D. 20.1.16.3 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

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, aequè 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. si vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus 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?

L'incongruenza rispetto al frammento ulpiano è superata da Kaser sostenendo che, nel caso descritto da Marciano, la maggior condanna deriverebbe dal non aver ottemperato il debitore al *iussum de restituendo* prima della pronuncia della sentenza.

Wubbe⁶⁰³ risolve, invece, l'apparente divergenza promuovendo un'interpretazione in parte differente da quella di Kaser. Nello specifico lo studioso sostiene che nell'*actio Serviana* la *litis aestimatio* era sempre commisurata al valore del credito garantito, indipendentemente dal fatto che convenuto fosse il debitore o il terzo evittore; unica eccezione al principio generale ricorreva, tuttavia, qualora l'azione per il recupero del pegno fosse stata promossa contro il terzo possessore, prima della scadenza del debito.

La ricostruzione della formula dell'*actio Serviana*, proposta da Lenel⁶⁰⁴, sembrerebbe, però, legittimare l'esercizio dell'azione processuale esclusivamente in seguito alla scadenza del debito, potendo il creditore avvalersi, anteriormente, solo della tutela interdittale. A partire da questa osservazione, un'ulteriore soluzione è stata individuata da De Simone⁶⁰⁵ partendo dalla considerazione che, essendo l'*actio Serviana* un'*actio in rem*, il criterio di determinazione della *litis aestimatio* doveva coincidere - originariamente - col valore della *res* pignorata. Solo in epoca classica, si sarebbe diffusa una tendenza diversa, atta a fondare un nuovo criterio di stima della *lis* coincidente, non più con la garanzia, ma con il diritto soggettivo ad essa sotteso, ossia il credito rimasto insoluto. La possibilità di una maggiorazione nei confronti del terzo sarebbe stata ammessa, a parere della studiosa, solo al fine di coprire l'eventuale responsabilità del creditore nei confronti del debitore inadempiente qualora questi avesse agito per il recupero dell'eccedenza con l'*actio pignoratitia in personam*.

Questa particolare attenzione all'equilibrio tra le prestazioni che, addirittura, avrebbe finito

⁶⁰³ WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana* cit. 1976, 1 ss.

⁶⁰⁴ LENEL, *Das Edictum* cit. 494 ss.

⁶⁰⁵ DE SIMONE, *Litis aestimatio* cit. 54 ss. e 175 ss.

per limitare la *litis aestimatio* all'esatto corrispettivo del debito, ha indotto Palma⁶⁰⁶ ad evidenziare un *favor* per il contraente debole: “i giuristi severiani mostrano, quindi, ancora una volta, la tendenza a reinterpretare istituti propri dello *ius civile* per le esigenze di ricostruzione ed aggiornamento, ricercando soluzioni ai casi concreti convenientemente proporzionate rispetto agli interessi sostanziali in gioco”.

Analogo *favor debitoris* compare, circa il recupero della garanzia eccedente il mutuo, anche in una costituzione di Diocleziano e di Massimiano datata al 294 d.C.:

C. 8.29(30).5 *Si creditore pignus priusquam ei satisfaceret distrahente non per collusionem emptor compravit, successor eius de superfluo, non emptoris heres, qui rem possidet, conveniendus est.*

Gli imperatori riconoscono, infatti, al debitore la possibilità di agire per la restituzione del *superfluum*, inteso come maggior guadagno ottenuto dal creditore per effetto della vendita del *pignus*, anche contro l'erede di quest'ultimo: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*⁶⁰⁷.

E, dunque, se in età classica il debitore poteva esercitare l'*actio pigneraticia in personam* per il recupero dell'eccedenza e se poteva avanzare pretese addirittura contro gli eredi del creditore che, venduta la garanzia, avessero tratto un vantaggio superiore alle ragioni del credito, non si spiega perché, pattuita con una clausola commissoria la *retentio iure domini*, o stabilita un'*emptio* sospensivamente condizionata della garanzia, il creditore non avrebbe dovuto restituire l'*hyperocha* al debitore.

L'attività normativa imperiale, influenzata dalla riflessione giurisprudenziale del II e del III secolo d.C., sembra costituire, quindi, la base di una mutata sensibilità politica.

⁶⁰⁶ PALMA, *Humanior interpretatio* cit. 157.

⁶⁰⁷ D. 50.17.206 (Pomp. 9 *ex var. lect.*).

CAPITOLO TERZO

De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda. Per una rilettura di C. 8.34(35).3.

SOMMARIO: 3.1 *Il divieto del patto commissorio. Contesto storico e profili interpretativi* 3.2 *Gli interventi normativi a tutela del contraente debole* 3.3 *L'interpretazione del divieto nel Breviarium Alarici e le testimonianze dell'emptio in causam obligationis nei documenti della prassi visigotica*

3.1. *Il divieto del patto commissorio. Contesto storico e profili interpretativi.*

Il provvedimento di Costantino⁶⁰⁸, emanato in forma di editto a Serdica, nel gennaio del 320⁶⁰⁹ d.C., intervenne a statuire la nullità dei negozi costitutivi di pegno qualora le parti avessero convenuto che, in caso di inadempimento del debitore, il creditore avrebbe ottenuto la proprietà della garanzia.

La disposizione, conservataci in apertura del titolo *De commissoria rescindenda* del *Codex Theodosianus*, e recepita nella compilazione giustiniana in C. 8.34(35).3 (sotto la rubrica *De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*), costituisce l'unico testo in cui si parla, esplicitamente, della clausola commissoria aggiunta al pegno. Si riportano, con finalità comparativa, le due diverse versioni dell'editto:

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 quoque depellit, et futura prohibet; creditores enim re amissa recipere iubemus 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 quoque repellit, et futura prohibet; creditores enim re amissa recuperare iubemus quod dederunt.*

⁶⁰⁸ CTh. 3.2.1 = C. 8.34(35).3.

⁶⁰⁹ Per ciò che attiene alla data di emanazione dell'editto, la *subscriptio* farebbe riferimento all'anno 326 d.C. ma, in relazione al luogo di emissione e ad altre costituzioni collegate, si ritiene più plausibile il 320, cfr. CENDERELLI, *Divieto della «Lex commissoria»: principio generale o regola occasionale?* cit. 326; conformemente, SACCHI, *Lex commissoria* cit. 6.

La lettura sinottica dei due testi, oltre a qualche differenza poco significativa: come *repelli* per *depelli* e *recuperare* per *recipere*, evidenzia l'interpolazione⁶¹⁰ della parola *pignorum* tra *legis* e *commissoriae*⁶¹¹.

“*Recuperare*”, in particolare, ha il senso ordinario di “riavere qualcosa che si è dato o che si è perso”⁶¹²; nel lessico giuridico esso assume il significato di “ricevere in sostituzione o di sottrarre ad altri per mantenere a sé stessi”⁶¹³; o ancora, come emerge dall'analisi dei frammenti indicati nel *Vocabularium iurisprudentiae Romanae*⁶¹⁴, di “*item adipisci*”, “*debitum accipere*”, “*continere*” e “*accipere idem quod aliquando habuimus*”, legandosi in tale ultimo significato sinonimicamente con “*recipere*”, di cui sono annoverati, altresì, costrutti che attribuiscono al verbo il valore di “conseguire ciò che è dovuto o di accettare quanto viene offerto”⁶¹⁵.

Nel Codice giustiniano è enorme la sproporzione delle ricorrenze della forma “*recuperare*” rispetto a “*recipere*”, attestato solo in C. 5.72.1⁶¹⁶.

Più significativa, la presenza dell'interpolazione “*pignorum*”.

La dizione generale del divieto, contenuto nel *Codex Theodosianus* senza il riferimento specifico al pegno, come pure la collocazione del provvedimento - che segue i titoli riguardanti la vendita - avevano indotto, infatti, gli interpreti⁶¹⁷ a considerare l'ambito di operatività dell'editto originariamente esteso anche alla *lex commissoria* della *emptio venditio*.

Detta posizione venne confutata già da Costa⁶¹⁸ adducendo quale motivazione la mancanza

⁶¹⁰ Fondandosi su questa circostanza, DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 275, ha sostenuto che l'aggiunta non possa essere giustificata semplicemente dal desiderio di chiarezza dei compilatori. Il fatto che Costantino volesse colpire il creditore mutuante (evidente nella parte finale del provvedimento) non varrebbe, infatti, ad escludere che la *lex commissoria* della compra-vendita fosse ugualmente proibita; Per E. COSTA, *Storia del diritto privato* cit. 286, nt. 1, il divieto si riferiva esclusivamente ai creditori e l'interpolazione è giustificata dalla volontà di evitare dubbi circa la sua applicazione.

⁶¹¹ Per l'analisi etimologica di “*commissoria*”, *supra*, cap. I, § 3.

⁶¹² «Recouvrer, reprendre»: A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959, s.v. «*Recupero*» 566 s., che fanno derivare la forma *recupero* dall'inserzione di -er- alla stregua di *tol-er-o* avvicinandola alla forma *re-cipio* da *cipio*; a detta connessione alludono anche A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³ II, Heidelberg 1954, s.v. «*Recupero*» 424, ove si offre la traduzione: «erlange wieder».

⁶¹³ V. ad es. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1907, rist. Graz 1958, s.v. «*Recuperare*» 495: «ersetzt bekommen, entnehmen, in sich aufnehmen», con un insieme di significati analoghi a quelli di *recipere* (s.h.v. 493 s.): ricevere come riottenere (empfangen, zurücknehmen, zurückerhalten) come assumere o accettare (aufnehmen, übernehmen, annehmen).

⁶¹⁴ S.v. «*Recupero*», in *VIR*. V, Berolini 1939, 21 s.

⁶¹⁵ S.v. «*Recipio*», in *VIR*. V cit. spec. 22-25.

⁶¹⁶ Basti il riferimento a R. MAYR, *Vocabularium codicis Iustiniani* I, Pragae 1923, 2101 e 2105 s.

⁶¹⁷ Per tutti, A.D. WEBER, *Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung*, Schwerin und Wismar 1801, 349 ss., in cui lo studioso si interroga sui limiti relativi all'estensione del divieto del patto commissorio nel pegno; DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 275 ss.

⁶¹⁸ COSTA, *Storia del diritto privato* cit. 286, nt. 1.

di un ordine veramente razionale nel *Codex Teodosiano*; d'altra parte, la chiusa: “*creditores enim ...*”, presente nella versione dell'editto in esso riportato, costituiva, ad opinione dello studioso, una prova inconfutabile per l'esclusione della vendita dal divieto e per l'affermazione che la legge era diretta esclusivamente contro i creditori che avessero concesso mutui pignorati⁶¹⁹.

Per ciò che attiene all'ambito di applicazione dell'editto si è sostenuto, dunque, che esso colpisse ogni *lex commissoria pignorum* - e solo questa - indipendentemente dal verificarsi in concreto di una sperequazione tra l'ammontare del credito ed il valore del bene incamerato⁶²⁰.

Parimenti irrilevante sarebbe stata poi la contemporaneità o la posteriorità della convenzione al contratto di pegno⁶²¹, operando in entrambi i casi la nullità.

Fino al XVII secolo, tuttavia, era diffusa⁶²² l'opinione che il patto commissorio *ex intervallo*, ossia stipulato dopo la concessione del mutuo e, quindi, del pegno, fosse valido perché, “non trovandosi più il debitore in quello stato di bisogno che menomava l'indipendenza del suo volere ponendolo alla mercé del capitalista mutuante”⁶²³, il fondamento legittimante il divieto veniva meno.

Questa testimonianza, come pure la sopravvivenza del patto commissorio in alcune fattispecie specifiche, quali: gli *sponsalia*, i contratti dotali, le transazioni ed il pegno generale, sembrerebbe avallare una riflessione sulla reale *ratio* del provvedimento che, probabilmente, in

⁶¹⁹Lo studioso sembra non considerare però la vendita in funzione di garanzia che pure riguardava i creditori... E, infatti, la dizione generale del titolo che accoglie il divieto potrebbe indicare proprio che il provvedimento costantiniano riguardò sia il pegno sia la vendita sperequativa. L'unicità del riferimento al pegno nel Codice di Giustiniano potrebbe essere dovuto invece al fatto che in età tardo antica la vendita, considerandosi di per sé non sperequativa, fu di fatto non menzionata nel divieto.

⁶²⁰ Il nostro intento è, invece, quello di sostenere che il divieto riguardasse solo la “sperequazione” cagionata dalla ritenzione o dall'acquisto di un bene vincolato in garanzia il cui valore superava l'ammontare del credito concesso, e che, pertanto, l'editto colpisse - nella sua formulazione originaria - sia la *lex commissoria* intesa come *retentio iure domini*, non accompagnata dalla stima del giusto prezzo (correttivo ipoteticamente presente nel patto Marciano, *supra*, cap. II, § 2) e l'*emptio in causam obligationis (incerti pretii)* che, sfruttando la *lex commissoria* della *emptio venditio*, pure poteva portare (facendo coincidere il valore della garanzia col credito) ad arricchimenti ingiustificati.

⁶²¹ C.F.V. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, lib. XIII, tit. VII, § 869 (trad. G. Pacchioni, G. Leoni, C. Fadda, L. Busatti. A. Ascoli, C. Ferrini, I. Cugusi), Milano 1906, 363; DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 282; SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano* cit. 483 s.

⁶²² Il riferimento è a H. LEOTARDUS, *Liber singularis de usuris et contractibus usurariis coercendis*, Lugduni 1699, 493 ss.; F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de taciti set ambiguis conventionibus* I, Coloniae Allobrogum 1621, 269 s.; cfr. PRONZATO, *La lex commissoria* cit. 41.

⁶²³ PRONZATO, *La lex commissoria* cit. 41. Per la validità del patto commissorio *ex intervallo* appaiono pertinenti: D. 13.7.34 (Marcell. l.s. resp.): *Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet, et cum impetrasset, epistulam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse*; D. 46.3.45 pr. (Ulp. 1 resp.): *Callippo respondit, quamvis stipulanti uxori vir sponderit dirempto matrimonio praedia, quae doti erant obligata, in solutum dare, tamen satis esse offerri dotis quantitates*; C. 8.34(35).1 (a. 222): *Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit solveret, cessurum creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet*. In argomento, WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung* cit. (25/1842) 66 ss., 83 ss.

origine, non aveva una portata generale⁶²⁴.

Per gli *sponsalia*, in particolare, la testimonianza dell'ammissibilità del patto si vide in una costituzione degli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio del 380⁶²⁵ d.C. in cui si sanciva che coloro che avessero ricevuto "in pegno di un futuro matrimonio" dei beni, sarebbero stati liberati dall'obbligo restitutorio, previsto per legge, e dalle pene ivi statuite, potendo legittimamente ritenere il pegno qualora i genitori, o le parti, avessero cambiato idea:

CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1 ...*Sive parentes sive eadem mutaverint voluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque expertes sint, quae quadruplum statuit, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda.*

Qui, però, è evidente che la parola *pignora* è stata utilizzata nel significato di *arrha sponsalitia*; non si trattava, quindi, di un patto commissorio vero e proprio e la questione fu già chiarita nel XVI secolo da Cuiacio⁶²⁶, le cui argomentazioni vennero poi universalmente accolte in dottrina.

In riferimento alla dote, invece, una testimonianza a sostegno della validità della *lex commissoria pignoris* si cercò in un frammento di Ulpiano⁶²⁷:

D. 46.3.45 pr. (Ulp. 1 resp.) *Callippo respondit: quamvis stipulanti uxori vir sponderit, dirempto matrimonio, praedia, quae doti erant obligata, in solutum dare, tamen satis esse offerre dotis quantitatem.*

In realtà, nemmeno in questo caso si configura un patto commissorio: vero è che le parti convengono, per la mancata restituzione della dote (allo scioglimento del matrimonio) la ritenzione in proprietà dei fondi vincolati in garanzia; ma, altrettanto vero è che, in questo caso, lo sposo potrà liberarsi dall'obbligo consegnando una somma di denaro o una cosa di valore equivalente alla dote. Un conto, infatti, è promettere, alternativamente⁶²⁸, una somma di denaro o una cosa, altro è convenire che, se essa non verrà pagata, la *res* cadrà in immediata proprietà del creditore.

⁶²⁴ J. GODOFREDO DE JENA, *De lege commissoria*, Francofurti ad Oderam 1663, 92, affermava: "porro lex ult. C. 8.34 loquitur generaliter; ergo generaliter est intelligenda". Si tenterà, invece, di sostenere che era limitato solo a determinate convenzioni commissorie in ragione dell'eventuale sperequazione.

⁶²⁵ CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1.

⁶²⁶ I. CUIACIUS, *Paratitla in libros IX Codicis Iustiniani*, Parisiis 1584, 83 (rist. 1654): *sponsalia in hoc titulo sunt arrae sponsalitia, ut ... et pignora ... (ad C. 5.2).*

⁶²⁷ D. 46.3.45 pr. (Ulp. 1 resp.).

⁶²⁸ COSTA, *Pecunia constituta: ipotesi interpretative* cit. 129 ss.

Lo stesso percorso argomentativo può seguirsi per la transazione⁶²⁹.

Per quanto riguarda, in fine, il patto commissorio aggiunto al pegno generale - ossia ad una convenzione in base alla quale, scaduto il termine per l'adempimento, il creditore avrebbe ritenuto l'una o l'altra delle cose pignorate - non è possibile sostenere l'operatività della clausola, anche perché le fonti non distinguono tra pegno speciale e generale⁶³⁰.

A fondamento della limitata portata della proibizione costantiniana, la letteratura più risalente⁶³¹ ha poi individuato un interessante nucleo di contratti che, seppur riconosciuto valido dall'ordinamento giuridico e, quindi, sfuggito alla scure del divieto del patto commissorio, condividerebbe con esso numerosi elementi.

Il riferimento è al *pactum de retroemendo*, alla vendita al creditore della *res* pignorata e alla *datio in solutum*, in cui la dichiarazione di nullità - diversamente dalla *lex commissoria* vera e propria (proibita, secondo quanto sostenuto dagli interpreti, a prescindere dal suo eventuale carattere usurario) - avrebbe prodotto effetti solo previo accertamento in concreto dell'avvenuto sfruttamento del debitore⁶³².

Nel *pactum de retroemendo*⁶³³, in particolare, moltissime sono le somiglianze con la *lex commissoria*, tanto da indurre i glossatori, i commentatori ed i canonisti a considerare che essa servisse, in realtà, ad aggirare le statuizioni del divieto costantiniano⁶³⁴.

In entrambe le convenzioni, infatti, il recupero della *res* (venduta o pignorata) viene consentito entro un dato termine, scaduto il quale (senza che il venditore o il debitore avessero rispettivamente restituito il prezzo al compratore ed il mutuo al creditore) la cosa rimaneva nella disponibilità dell'altro contraente ma la differenza risiede nell'assenza, nella prima, di una funzione di garanzia⁶³⁵ e nel diverso assetto di interessi che la clausola di decadenza (riconoscendo quasi un 'diritto al ripensamento') mira a tutelare.

⁶²⁹ M.E. PETERLONGO, *La transazione in diritto romano*, Napoli 1936, 17 ss.; A. SCHIAVONE, s.v. «Transazione (dir. rom.)», in *NNDI*. XIX, Torino 1973, 478; G. MELILLO, *Contrahere pacisci transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale*, Napoli 1994, 276 ss.; M.A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004, 273 ss.; ID., *Ancora a proposito di transigere, transactio, «transigere» e «transazione»*, in *Diritto@Storia*, 4/2005 (on line).

⁶³⁰ C.F.V. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, lib. XX, tit. I, § 1078 (trad. A. Ascoli), Milano 1895, 32 ss.

⁶³¹ DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 285; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷ cit. 868.

⁶³² PRONZATO, *La lex commissoria* cit. 45.

⁶³³ In argomento, anche M.I. FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid 1995, 40.

⁶³⁴ Cfr. ad es. P. RENDORP, *Disputatio juridica inauguralis de lege commissoria*, Lugduni Batavorum 1724, 10 ss.; PRONZATO, *La lex commissoria* cit. 47. U. BRASIELLO, *Vendita con patto di riscatto o «de retrovendendo» in funzione di garanzia*, nota a Cass. civ., n. 53 del 4 gennaio 1950, in *Giur. compl. Cass. Civ.* 1950/I, 98 ss.; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.* 1955, 1070 ss.; ID., *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. Cass. Civ.* 1945/I, 156; BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio: la porta stretta dei codificatori* cit. 352 ss.

⁶³⁵ F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro It.* I/1989, 1441; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.* 1/1990, 224, evidenza che lo stesso effetto pregiudizievole per il debitore può realizzarsi a prescindere dalla funzione.

Anche nella vendita della *res* al creditore, nonostante gli spiccati caratteri distintivi rispetto alla struttura della *lex commissoria*, si vide un potenziale strumento per aggirare il divieto dell'editto costantiniano⁶³⁶.

Le differenze tra i due istituti sono, in effetti, sostanziali: mentre dalla prima nascono solo obbligazioni personali, l'aggiunta del patto commissorio determina, invece, *ipso iure* il prodursi di effetti reali; inoltre il prezzo, opportunamente determinato nella vendita, si intende nella clausola commissoria coincidente con l'importo del mutuo e, infine, la rescindibilità per *laesio ultra dimidium*, operante in favore del venditore, non interviene in tutela del debitore.

In riferimento all'istituto in questione, si distinse, altresì, tra vendita incondizionata, considerata generalmente valida⁶³⁷, in quanto conclusa dopo la concessione del mutuo e tale da non coartare più la libera autodeterminazione del debitore, ed *emptio* condizionata⁶³⁸, rispetto alla quale la determinazione del prezzo d'acquisto poteva effettuarsi successivamente all'inadempimento⁶³⁹, come in D. 20.1.16.9⁶⁴⁰, oppure già al momento del pignoramento.

Per quel che concerne, infine, la *datio in solutum*⁶⁴¹, sulla base di una costituzione di Diocleziano e di Massimiano⁶⁴², se ne sostenne l'ammissibilità solo nella forma incondizionata; mentre, per quella condizionata, se ne ribadì la nullità qualora fosse diretta, al pari del patto commissorio, a realizzare un ingiustificato arricchimento.

⁶³⁶ DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 276; H. DERNBURG, *System des römischen Rechts der Pandekten*⁸ I, Berlin 1911, 669 ss.; NASSER OLEA, *Asimilaciones a la compraventa* cit. 146 ss.

⁶³⁷ D. 13.7.34 (Marcell. *l.s.resp.*) accolto nella compilazione giustiniana e confermato dal passo di Papiniano riportato da Trifonino, su cui *supra*.

⁶³⁸ Ossia subordinata all'inadempimento del debitore, quindi, con funzione di garanzia.

⁶³⁹ FV. 9 (Pap. 3 *resp.*), COSTA, *Storia del diritto privato romano* cit. 284, nt. 2, che vede anche nel passo papiniano l'apparenza di una *lex commissoria* in cui il prezzo era equivalente al capitale mutuato più gli interessi, interpretando il patto Marciano come un frammento in cui si disquisiva di un dubbio circa la certezza del prezzo. Sul punto, ma in generale sull'argomento non si può prescindere da WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria* cit. (24/1841) e (25/1842), che costituisce un contributo, seppur datato, ricco di riferimenti e suggestioni, diviso in 5 parti, ove si descrive il 'viaggio' nei secoli della costituzione costantiniana (sul passo in questione v. il numero 24 a p. 5, nt. 8). Per CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. 56, si potrebbe vedere nella vendita *sub condicione*, ad un prezzo predeterminato e pari all'ammontare del debito, una compensazione tra l'obbligazione di pagare il prezzo e quella garantita. Sul punto, già V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*; Milano 1952, 22 che affermava "se fosse valido" il patto andrebbe configurato come una vendita con condizione sospensiva" nella quale "il prezzo sarebbe costituito dall'ammontare del debito".

⁶⁴⁰ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*). Fu appunto su questo testo che si basarono i sostenitori della nullità di siffatta vendita, in quanto essa non sarebbe altro che una *lex commissoria* a mezzo della quale il debitore inadempiente rinuncia a tutti i diritti sulla *res*, cfr. WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria* (24/1841) cit. 312 ss. in part. 325 ss.; DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 284; FEHR, *Beiträge* cit. 103. I giustinianeî avrebbero quindi commesso la quasi imperdonabile leggerezza di recepire nei *Digesta* un frammento relativo ad un patto vietato.

⁶⁴¹ Essa è rimasta una delle poche fattispecie con effetti traslativi e solutori al di fuori del patto commissorio. LUMINOSO, *Alla ricerca* cit. 219, individua il discrimine nel fatto che in essa deve escludersi la coazione psicologica del debitore. Qualificò invece come un patto commissorio la *datio in solutum* condizionata, RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung* cit. 16.

⁶⁴² C. 8.13.13 (a. 293): *Cum dominam non minorem viginti et quinque annis ea quae obligaverat tibi iure domini possidere permisisse et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.*

Interessante poi è l'argomentazione di Glück⁶⁴³ relativa alla validità di un presunto patto commissorio stipulato non in favore del creditore ma di un terzo, di cui sarebbe traccia nel frammento di Cervidio Scevola⁶⁴⁴ più volte citato:

D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.) *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 empta esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. Respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facta est [et contractam esse obligationem].*

Sul punto lo studioso aveva sostenuto - prima che la storiografia successiva⁶⁴⁵ disconoscesse la presenza della clausola commissoria nel passo - che l'intento di Scevola era stato quello di dichiarare valida la *datio in solutum*, ossia la ritenzione in pagamento dei pegni disposta in favore del fideiussore solo se questi li avesse acquistati ad un equo prezzo⁶⁴⁶ (*non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat*; invalida, invece, qualora l'intenzione fosse stata quella di incamerarli per la somma mutuata dal creditore poiché in questo caso si sarebbe configurato un patto commissorio⁶⁴⁷).

La spiegazione di Glück - come già anticipato - è stata contestata⁶⁴⁸ adducendo quale motivazione che al tempo di Scevola il patto commissorio non era vietato e che il distinguo del giurista tra vendita sospensivamente condizionata e vendita pura valeva (nel frammento in questione) solo a specificare che l'intenzione delle parti doveva essere necessariamente quella di alienare la garanzia al fideiussore (con un atto autonomo) poiché, diversamente, il pagamento del debito - da quest'ultimo effettuato - avrebbe determinato l'estinzione dell'obbligazione principale, travolgendo il patto annesso, ossia l'*emptio* condizionata.

⁶⁴³ GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, lib. XIII, tit. VII, § 869 cit. 370.

⁶⁴⁴ D. 18.1.81 pr. (Scaev. 7 dig.), di cui *supra*.

⁶⁴⁵ BACHOFEN, *Pfandrecht* cit. 619 ss.; DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 284; VANGEROW, *Pandekten* I, § 383, nt. 3.

⁶⁴⁶ Così pure nell'*impetratio dominii* di Alessandro Severo del 229, in C. 8.33(34).1, in cui si limita solo la quantità dei beni (e quindi del valore) che il creditore può acquisire, cfr. J.L. ZAMORA MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus*, in *RIDA*. 54/2007, 530.

⁶⁴⁷ Forse lo studioso fondava la supposta avversione per il patto commissorio del tardo giurista antoniniano sulla diffusione dei precetti stoici che, tra il II e il III secolo d.C., avevano sollecitato l'interesse per l'equità e la giustizia. Sul punto, *supra*, cap. II, § 3, anche se, il riferimento all'invalidità della convenzione appare un po' forte considerato che nemmeno il rescritto degli imperatori Severo ed Antonino del III secolo (testimoniato in D. 20.1.16.9) era stato ancora emanato.

⁶⁴⁸ BACHOFEN, *Pfandrecht* cit. 619 ss.; DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 284; VANGEROW, *Pandekten* I, § 383, nt. 3.

Per ciò che riguarda gli effetti presumibilmente discendenti dalla proibizione costantiniana, deve dedursi, conformemente ai principi generali che è dato ricostruire dell'ordinamento e al dettato di una costituzione degli imperatori Teodosio e Valentiniano del 439⁶⁴⁹, che il debitore, per ottenere la rescissione della convenzione incriminata non doveva esercitare nessuna azione speciale: bastava, infatti, pagare il debito per riavere *ipso iure* la proprietà della *res pignorata sub lege commissoria* esercitando l'*actio pigneraticia directa* o la *rei vindicatio*, nonché l'*actio legis Aquiliae*, qualora il creditore avesse danneggiato la cosa o l'avesse distrutta.

Oggetto di restituzione dovevano essere poi anche i frutti percepiti che, imputati al pagamento del capitale e degli interessi, ne superavano l'importo.

La facoltà di liberare il pegno non era, inoltre, soggetta a nessuna prescrizione estintiva non potendo il creditore, in assenza di una *iusta causa* e della *bona fides*, nemmeno invocare a proprio vantaggio l'usucapione e la stessa tutela era riconosciuta al debitore anche nei confronti dei terzi, acquirenti o donatari.

Inoltre, diversamente da quanto riconosciuto in favore del compratore che, in caso di rescissione per *laesio ultra dimidium*, offrendo il maggior valore, poteva conservare la proprietà della cosa, al creditore non era concessa la ritenzione del bene; sia perché una *lex* introdotta in materia di compravendita, *strictae interpretationis*, non poteva estendersi per analogia ai contratti di pegno, sia perché il rigore del divieto non avrebbe lasciato dubbi circa l'incondizionato diritto del debitore ad ottenere la liberazione della garanzia.

Considerando, tuttavia, che detto diritto al recupero del bene non operava nei casi in cui il creditore avesse proceduto alla vendita (nell'esercizio del *ius distrahendi pignoris*) potendo in tale circostanza il debitore agire solo per il recupero dell'*hyperocha*, deve dedursi che il medesimo effetto si sarebbe verificato anche qualora questi avesse rinunciato ad impugnare il patto commissorio o avesse stipulato col creditore una vendita o una *datio in solutum*⁶⁵⁰.

Tornando alla portata applicativa del divieto costantiniano, la legislazione barbarica non ci restituisce testimonianze decisive⁶⁵¹; anzi, alcuni provvedimenti, contenuti nell'editto di Liutprando⁶⁵², a riprova della prevalente tolleranza per il patto, consentivano, in circostanze

⁶⁴⁹ C. 1.14.5.1: *Omnia quae lege prohibentur, si fuerint facta non solum inutilia sed pro infectis habentur.*

⁶⁵⁰ WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung* (24/1841) cit. 367 ss.; DERNBURG, *Pfandrecht* I cit. 280.

⁶⁵¹ PERTILE, *Storia del diritto italiano* cit. 541; P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato* II, Milano 1943, 155; A. ROMANO, *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ. VIII*, Torino 1992, 621 ss., il quale rileva che in questo periodo tornarono ad utilizzarsi la *fiducia*, anche se riempita di contenuti nuovi, e il patto commissorio.

⁶⁵² Liutp. 147: *Si cuiuscumque servus aut haldius in furto comprehensi fuerint, et dominus eorum neglexerit eos liberare, et usque ad triginta dies eos dimiserint, sint figanges et habeat eos sibi in transacto cui furtum fecerit.* L'editto di Liutprando, re dei Longobardi dal 712 al 744, determinò il raggiungimento della parità civile tra romani e barbari poiché le sue disposizioni si applicavano anche al popolo vinto. Esso intervenne ad integrare l'editto di Rotari, emanato nel 643 dall'omonimo sovrano e composto da 388 articoli che riproducevano (presumibilmente per mano di giuristi

particolari, la ritenzione dei pegni offerti al creditore, definendo il trasferimento in questione, in termini di “*transactum*”; e, sempre il diritto longobardo conosceva un istituto, noto come *fiducia*⁶⁵³, consistente in un’alienazione a scopo di garanzia, in cui la somma mutuata non si configurava come debito da pagare al creditore, ma come prezzo da questo versato per l’acquisto del bene vincolato, i cui effetti si risolvevano con l’eventuale restituzione del mutuo.

Sul punto, è utile anticipare che l’*Interpretatio* visigotica⁶⁵⁴ del *Codex Theodosianus* riferiva il divieto costantiniano proprio alle *cautiones commissoriae* intese in termini di “vendite del pegno al creditore eseguite, per necessità, da un debitore oppresso”.

I Basilici⁶⁵⁵ e le *Decretales*⁶⁵⁶ di Gregorio IX documentano, in fine, la recezione del divieto rispettivamente nel diritto bizantino e canonico, la cui vigenza, riconosciuta già da Innocenzo III nel 1198⁶⁵⁷, verrà poi definitivamente confermata, probabilmente per il timore che il patto celasse sempre un contratto tendente ad eludere le disposizioni che colpivano l’usura.

Il contesto storico e l’ambiente politico-economico⁶⁵⁸, nel quale il provvedimento costantiniano fu emanato, sono certamente importanti al fine di identificare la *ratio legis* che

romani) le consuetudini del popolo longobardo.

⁶⁵³ SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*⁸ cit. 608; SOLMI, *Storia* cit. 380; CAMPITELLI, s.v. «Pegno (*dir. interm.*)» cit. 677; DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell’alto medioevo* cit. 86 s.; DUNAND, *Le transfert fiduciaire* cit. 274.

⁶⁵⁴ *Infra*, cap. III, § 3, cfr. C.Th. 3.2.1 [= Brev. 3.2.1]. Per lo studio delle garanzie reali nel diritto visigotico, in particolare, A. IGLESIA FERREIROS, *Las garantias reales en el derecho histórico español. La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la recepción del Derecho común*, Santiago de Compostela 1977.

⁶⁵⁵ Nel titolo VII del libro 25, in particolare ai frammenti 60-62 (corrispondenti a C. 8.34(35).1-3), ove compare (al 62) l’affermazione (*si debitum intra hoc tempus mihi solutum non sit, dominus pignoris ero*) cui era subordinata l’invalidità del patto: Ἐὰν εἴπη ὁ δανειστής, ὅτι, εἰ μὴ καταβληθεῖ μοι τὸ χρέος ἐν τῷ τοῦδε τοῦ χρόνου, δεσπότης ἔσομαι τοῦ ἐρεχύρου, τοῦτο τὸ σύμφωνον ἀνίσχυρον ἔστω. Nello stesso modo si esprimono anche le *Exceptiones (Petri) Legum Romanarum* 2.41: *Quamvis debetur pactus sit cum creditore ut, si debitum non solverit intra certum tempus pignoris quod supponit maneat in dominio debitoris, nihil tamen agit.*

⁶⁵⁶ La raccolta di Decretali effettuata da Gregorio IX, includendo il provvedimento del predecessore, Innocenzo III, conferma la vigenza della proibizione costantiniana, cfr. *Decr.* 3.21.7: *Quum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum et praedictum R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimplevit, quum per eum, quem certum et fidelem nuncium esse sperabat, pecuniam remiserit termino statuto, sed, dum fuit in imperiali captione detentus, satisfacere non potuit creditori, discretioni vestrae praesentium auctoritate mandamus, quatenus si est ita, praedictum creditorem, et sorte sua contentus existat, et domum illam et hortum praefato R. omni dilatione postposita resignet, pacto tali vel iuramento nequaquam obstante ... cogatis*, su cui v. l’ampia ricognizione di WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung* cit. (25/1842) 226 ss. Lo stesso Innocenzo III, nel 1203, a proposito di una discussione circa la validità della vendita con patto di riscatto (che celava un patto commissorio) si era pronunciato per la validità (nella decretale *Ad nostram noveris audientiam*, 3.17.5) citando proprio, quale elemento di discriminazione, il giusto prezzo: *cum revera contractus usurarius ageretur: quod patet ex eo, quod creditor debitori promisit, quod quancumque a septennuo usque ad novennium daret quadraginta tarenorum, quae vix dinidiam iusti pretii contingebant, domos eius restitueret, et olivas*. In argomento, in generale, anche BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio: la porta stretta dei codificatori* cit. 352 ss.

⁶⁵⁷ Gregorio IX conferma la riprovazione per il patto commissorio di Innocenzo III. Sul punto, C.M. BIANCA, s.v. «*Patto commissorio*», in *NNDI*. XII, Torino 1965, 712; FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio* cit. 37.

⁶⁵⁸ BIONDI, *Diritto cristiano romano II* cit. 346 ss.; G. CRIFÒ, *Cristianesimo, Diritto romano, Diritti della personalità: una rilettura*, in *Studi Tardoantichi III/1987*, 377 ss.; F. CASAVOLA, *La legalità per i cristiani pregiustiniani*, in *Labeo* 4/1958, 306 ss.

ispirò il divieto. A tal proposito, i primi glossatori⁶⁵⁹ sostennero che esso fosse stato introdotto perché la clausola commissoria era una convenzione *contra bonos mores* che determinava un *vinculum iniquitatis*. In effetti, l'editto di Milano⁶⁶⁰, concesso ai cristiani nel 313, come del resto la maggior parte dei provvedimenti di Costantino adottati a tutela dei poveri, evidenzia, in ossequio ai precetti della nuova religione, proprio il desiderio di garantire l'uguaglianza e la carità, accreditando la sensazione dei glossatori.

Ricordiamo, sul punto, un passo dell'evangelista Luca⁶⁶¹, recepito durante il Concilio di Nicea⁶⁶² del 325 con lo specifico divieto, rivolto ai cristiani, di percepire interessi per le somme di denaro mutuate:

...bene facite et mutuuum date nihil desperantes.

D'altronde, la ritenzione in proprietà di una *res*, il cui valore superava di molto l'ammontare della somma concessa - il riferimento è alla *lex commissoria* - equivaleva, proprio a realizzare una convenzione usuraria⁶⁶³.

Anche se non ancora ufficialmente riconosciuti, i precetti della nuova religione, diffusi in concomitanza con l'emanazione del divieto⁶⁶⁴, avrebbero, dunque, in un certo qual modo, richiamato l'intervento legislativo dell'imperatore, "facendo penetrare nel diritto un nuovo fattivo elemento etico-sociale"⁶⁶⁵.

È, quindi, probabile che lo spirito della morale cristiana, specialmente con quel nobile precetto di protezione dei deboli contro i potenti, abbia contribuito ulteriormente ad imprimere al

⁶⁵⁹ In argomento, WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung* cit. (24/1841) 12 s.; per un *excursus* più ampio, v. pure I. MAESTERTIUS, *Tractatus tres. Quorum primus de lege commissoria in pignoribus*, Lugduni Batavorum 1539, 1 ss.; J.C. MARTINI, *Disputatio juridica de lege commissoria a jure reprobata*, Lipsiae 1588, in part. thes. VI ss., ciascuna corredata da un utile repertorio bibliografico; RENDORP, *Disputatio juridica* cit. 7 ss.; G.CHR. KOTZEBVE, *Dissertatio iuridica de lege commissoria contractui pignoratitio illicitae et emtioni et venditioni aliisque contractibus licite adiecta*, Helmaestadii 1729, 3 ss.; cfr. Pietro di Bella Pertica, Cino, Alberico, Paolo Castrense.

⁶⁶⁰ M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia*, Milano 1938, 14 ss.; DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* cit. 85 s.; ID., *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*, Napoli 2003; AA.VV., *Costantino, 313 d.C.: L'editto di Milano e il tempo della tolleranza* (cur. G. Sena Chiesa), Roma 2012; E. PERCIVALDI, *Fu vero editto? Costantino e il cristianesimo tra storia e leggenda*, Milano 2012.

⁶⁶¹ *Luc. Ev.* 6.35. La versione riportata è quella della *Nova Vulgata*.

⁶⁶² I. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usuras y cláusulas de estabilización*, Madrid 1986, 24 ss.; A. BOULENGER, *Historia de la Iglesia*, Barcelona 1934; H. HATTENHAUER, *Conceptos jurídicos fundamentales del derecho civil*, Barcelona 1987; Sui Padri della Chiesa e sull'avversione per l'usura, recuperata poi da Carlo Magno nell'*Admonitio generalis* del 789. Nell'806, il divieto introdotto a Nicea fu esteso anche ai laici, istituendo multe contro l'usura.

⁶⁶³ B. CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid 1984, 15.

⁶⁶⁴ V. AIELLO, *Alle origini della storiografia moderna sulla Tarda Antichità: Costantino fra rinnovamento umanistico e riforma cattolica*, in *Studi Tardoantichi* 4/1987, 281, descrive Costantino come un vero rivoluzionario che armonizzò i caratteri del diritto romano coi precetti cristiani, tanto che la sua figura fu addirittura santificata dalla Chiesa Orientale che lo venererà alla sua morte come XIII apostolo di Cristo, cfr. F. NÈVE, *Constantin et Théodose devant les Églises orientales. Étude tirée des sources grecque et arméniennes*, in *Revue Catholique*, V serie, 3/1857, 356 ss.

⁶⁶⁵ PRONZATO, *La lex commissoria pignorum* cit. 34.

diritto un indirizzo più umano e generoso che si accompagnava ai principi di simmetria e di uguaglianza, già razionalmente elaborati dalla filosofia stoica⁶⁶⁶.

Una traccia di quanto affermato potrebbe rinvenirsi anche in un'espressione presente nel divieto, con la quale l'imperatore si rivolge ai "poveri debitori, non col severo linguaggio della legge ma, quasi, col dolce accento di un protettore amoroso"⁶⁶⁷:

Si quis igitur tali contractu laborat hac sanctione respiret.

I motivi fondanti il provvedimento furono, dunque, almeno due: l'uno, di carattere etico-sociale⁶⁶⁸, volto ad evitare ingiustificati guadagni a danno dei poveri:

nemo locupletior fieri potest cum alterius iactura;

l'altro, di natura economica⁶⁶⁹.

Cenderelli⁶⁷⁰ - da ultimo - ha individuato, altresì, anche una ragione di carattere demagogica, consistente nella necessità di contenere il malcontento dei ceti più poveri: il che renderebbe il provvedimento "una legge sociale, promulgata *utilitatis publicae causa*"⁶⁷¹ che, al contempo, consentì all'imperatore di consolidare il consenso dei Cristiani.

La costituzione, dunque, rappresenterebbe un esempio di quella "legislazione d'urgenza ispirata da finalità ideologiche".

Attraverso essa, Costantino⁶⁷² si presentò al popolo prodigo di concessioni⁶⁷³ e tutore dei

⁶⁶⁶ Sulla *nova humanitas*, recepita anche da Giustiniano (cfr. ad es., I. 1.6.2: *servus heres institutus sine libertate nova humanitatis ratione*), CRIFÒ, *Cristianesimo* cit. 377 s. che evidenzia proprio l'influenza non solo del Cristianesimo ma anche della morale stoica da Cicerone a Marco Aurelio, fino a giungere al III e al IV secolo d.C.

⁶⁶⁷ PRONZATO, *La lex commissoria pignorum* cit. 35. Inoltre, in altri provvedimenti, i debitori sono presentati come innocenti vittime della *insolentia iudicum*, tanto da richiedere l'imposizione di limiti all'azione dei giudici perversi ed irati, cfr. C. 10.19.2. Sul punto, CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria* cit. 256, nt. 16.

⁶⁶⁸ Il riferimento è, appunto, allo stoicismo, cfr. CRIFÒ, *Cristianesimo* cit. 380, ricorda l'umanità e la solidarietà dei principii stoici che ispirarono i provvedimenti imperiali già dal III secolo. In argomento, F. AMARELLI, *Vetustas-Innovatio. Un'antitesi apparente nella legislazione di Costantino*³, Napoli 1978.

⁶⁶⁹ V. pure WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung* cit. (24/1841) 351 ss.

⁶⁷⁰ CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria* cit. 257, evidenzia che nel 320, Costantino aveva da poco affermato la propria posizione di supremazia debellando i rivali. Abile politico, si spostava continuamente lungo i confini dell'impero per far sentire la propria presenza di supremo organo dello Stato, intervenendo con una "copiosa produzione legislativa con la quale andava incontro a tutta una serie di pressanti esigenze che dovevano essere in qualche modo soddisfatte".

⁶⁷¹ PRONZATO, *La lex commissoria pignorum* cit. 36. Sul concetto di *utilitas* v. il recente *excursus* di SCEVOLA, *Utilitas publica* cit. 327 ss.

⁶⁷² Sulla figura politica di Costantino: S. MAZZARINO, *Storia romana e storiografia moderna*, Napoli 1954; ID., *La fine del mondo antico*, Milano 1959, 77-111; ID., *Antico, Tardoantico ed età costantiniana I*, Bari 1974; P. BREZZI, *Recenti studi su Costantino*, in *Studium* 52/1956, III, 184-194; S. CALDERONE, *Costantino e il cattolicesimo*, Firenze 1962, 11 ss.; ID., *Da Costantino a Teodosio*, in *Nuove questioni di storia antica*, Milano 1974, 615 ss.; N.H. BAYNES,

bisogni dei sudditi, atteggiandosi a benefico riformatore di un ordinamento giuridico antiquato⁶⁷⁴.

L'impero romano, reduce da un ventennio di disordini, anarchie e guerre civili, chiedeva ora al sovrano di intervenire, non solo in sostegno della precaria situazione economica ma anche, e soprattutto, del popolo: "di cui l'imperatore doveva a tutti i costi guadagnarsi il favore e l'appoggio"⁶⁷⁵.

L'editto, realizzabile a spese di una categoria di persone disprezzata, quale gli usurai, avrebbe, in effetti, tutti i caratteri del provvedimento emanato con queste finalità poiché, colpendo coloro che praticavano il prestito ad interesse, vietato dalla nuova religione, ossia gli ebrei, ricompensava i cristiani⁶⁷⁶ per l'appoggio prestato all'imperatore.

I debitori, infatti, vengono descritti nell'editto come vittime della rapacità degli usurai, le cui trappole travolgono gli incauti⁶⁷⁷.

Nell'ottica di Cenderelli, in definitiva, il provvedimento non potrebbe essere nemmeno elevato al rango di principio generale: "l'impressione è, anzi, che ci si trovi di fronte ad un intervento legislativo occasionale che, nel tempo, si tradusse in una regola tralatizia rimasta in vigore ma, in nessun modo corrispondente a quelle esigenze di fondo della società"⁶⁷⁸, e sulla cui reale attuazione non si rinvergono testimonianze certe.

Su quest'ultimo punto, lo studioso⁶⁷⁹ osserva, anzi, quasi una "riluttanza" dei compilatori a recepire il divieto della clausola commissoria, sensazione avvalorata, oltre che dalla sua delimitazione al *pignus*, anche dalla considerazione che la validità del *pactum de retroemendo* - i cui punti di contatto con la convenzione commissoria sono innegabili - non venne mai posta in discussione.

La riflessione induce necessariamente a chiedersi, a questo punto, se il divieto, più che un'effettiva proibizione del patto commissorio, declinata addirittura in termini generali nel titolo

*Constantine the Great and the Christian Church*², Oxford 1972; A. MOMIGLIANO, *La formazione della moderna storiografia sull'impero romano*, in *Sui fondamenti della storia antica*, Torino 1984, 89 ss.; AIELLO, *Alle origini della storiografia moderna sulla Tarda Antichità* cit., 281 ss.

⁶⁷³ CTh. 4.12.3; C. 8.57(58).1; C. 10.19.2.

⁶⁷⁴ Probabilmente, invece, già dall'età dei Severi nella prassi era diffuso un correttivo volto ad evitare gli inconvenienti del patto commissorio, ossia l'ingiustificato arricchimento.

⁶⁷⁵ CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria* cit. 257, e nt. 19, cfr. CTh. 4.12.3; C. 8.57(58).1; C. 10.19.2. Lo studioso sottolinea che, nella sostanza, i provvedimenti non dovevano poi essere così rivoluzionari come vengono fatti apparire. Ad esempio, in materia di esecuzione fiscale, abolito il carcere, si introdusse comunque la *custodia militis* (che non doveva poi essere tanto differente) prevedendosi la facoltà in favore dell'esattore di appropriarsi delle intere sostanze del debitore insolvente. Anche in riferimento al divieto del patto commissorio, probabilmente, gli effetti non furono poi così dirimenti se, come riportato nella *Interpretatio* visigotica (di cui si dirà *Infra*), per riavere le *res* i debitori dovevano comunque restituire il mutuo.

⁶⁷⁶ CRIFÒ, *Cristianesimo* cit. 379 ss., sottolinea come i Cristiani riconobbero nelle "nuove" leggi una funzione protettiva della loro dottrina, maturando verso l'imperatore un senso di lealtà.

⁶⁷⁷ CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria* cit. 256.

⁶⁷⁸ CENDERELLI, *loc. cit.* 259.

⁶⁷⁹ CENDERELLI, *loc. cit.* 259, nt. 22.

del *Codex Theodosianus (De commissoria rescindenda)* non sia stato, più che altro, uno strumento politico rientrando nell'ambito della legislazione contro l'usura (e, quindi, contro gli ebrei) che, in sostanza, nulla aggiungeva alla prassi avviata già anni prima dai Severi (col rescritto citato da Marciano, relativo all'*emptio* della garanzia al creditore)⁶⁸⁰.

L'*interpretatio* che il *Breviarium Alarici* fornisce della costituzione sembra, infatti, richiamare alla mente proprio quelle convenzioni (che probabilmente avevano occasionato il rescritto di Severo ed Antonino) in base alle quali il debitore prometteva di vendere⁶⁸¹ il pegno al creditore senza una preventiva stima del bene:

CTh. 3.2.1 (= Brev. 3.2.1) *Commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem, ipsi oppignoratam ad tempus, vendere per necessitatem conscripta cautione promittit: quod factum lex ista revocat et fieri penitus prohibet: ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed quum primum voluerit ille, qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat.*

Da questa suggestione e, soprattutto, dalla sensazione che la *ratio legis* ispiratrice del divieto non fosse semplicemente quella di evitare i trasferimenti della garanzia in proprietà (vista anche la liceità dell'*impetratio dominii*⁶⁸² e dell'*interdictum Salvianum*) quanto, piuttosto, la sperequazione e la coazione psicologica del debitore, ha inizio la nostra riflessione.

Veniamo, dunque, all'interpretazione dell'originaria portata del divieto.

A tal fine, necessaria sarà una rilettura di CTh. 3.2.1, sia alla luce di elementi semantici sia in considerazione del contesto⁶⁸³ in cui la statuizione si inserisce.

Interessante è già la formulazione del titolo in cui è contenuto il divieto: *De commissoria rescindenda*, che sembra voler includere (forse proprio con finalità demagogiche) non solo il patto commissorio ad efficacia reale ma anche la compravendita; tanto da spingere, successivamente, i

⁶⁸⁰ In definitiva, la sensazione è che i Severi avessero già al III secolo mitigato l'effetto commissorio conseguente alla *retentio iure domini* e all'*emptio* della garanzia per l'ammontare del mutuo, elaborando il correttivo descritto da Marciano, ossia la *retentio iure empti* previa stima del giusto prezzo. Costantino, per ragioni demagogiche, avrebbe poi nel IV secolo recuperato la tendenza severiana vietando formalmente l'effetto commissorio nel pegno e nell'*emptio* sperequativa. Infine, essendo l'*emptio* caratterizzata dal giusto prezzo e, quindi, di per sé non sperequativa, Giustiniano circoscrisse nel VI secolo la portata del divieto al solo pegno.

⁶⁸¹ Sulle questioni interpretative connesse al riferimento alla vendita, *infra*.

⁶⁸² COSTA, *Storia del diritto privato* cit. 286, evidenzia, appunto, che dopo Costantino l'appropriazione da parte del creditore di cose costituitegli in garanzia, restò possibile solo come facoltà accessoria a quella di vendere, e cioè, appunto "con le discipline e garantigie prefisse al tempo dei Severi alla *impetratio dominii*". Questa consisteva nell'autorizzazione data dal principe al creditore di appropriarsi della cosa decorso un certo termine dalla scadenza del pegno previa stima del giusto prezzo.

⁶⁸³ Il riferimento è, non solo alla crisi economica, ma anche e soprattutto al contrasto tra ebrei e cristiani rispetto al prestito ad interessi che richiamò l'intervento demagogico di Costantino.

compilatori a specificare nella nuova dizione del titolo presente nel *Codex Iustinianus: De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*; ossia che la reale portata della costituzione costantiniana era riferita al solo patto commissorio annesso al pegno (senza stima del prezzo) eccettuando, quindi, sia la *lex commissoria* della *emptio venditio*⁶⁸⁴ sia l'*emptio in causam obligationis*⁶⁸⁵ con *aestimatio rei*.

Diversamente da quanto ipotizzato da Costa⁶⁸⁶, dunque, il provvedimento costantiniano - a mio avviso - avrebbe interessato, non solo i creditori pignoratizi tout court, ma anche coloro che, attribuendo alla convenzione la veste istituzionale di una vendita (sospensivamente condizionata all'inadempimento del debito) intendevano appropriarsi di un bene il cui valore superava l'ammontare del mutuo, imputando a titolo di prezzo la somma prestata.

Questo spiegherebbe la voluta genericità dell'originaria dizione del divieto (*De commissoria rescindenda*) come pure il richiamo alla vendita, presente nel *Breviarium Alarici*⁶⁸⁷ e la successiva specificazione dei compilatori (*De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*) che, ritenendo l'*emptio in causam obligationis* di per sé, *nec incerti pretii*, limitarono la portata della proibizione ai soli trasferimenti ad efficacia reale non accompagnati da valutazione arbitrare. In questo senso, quindi, il provvedimento avrebbe interessato anche la *lex commissoria* della compravendita utilizzata nella costruzione dell'*emptio in causam obligationis*.

Steiner⁶⁸⁸, pur ricomprendendo - diversamente da Costa - anche questo tipo di vendita nel novero del divieto costantiniano, non aveva chiarito, tuttavia, perché i compilatori giustinianeî avevano mantenuto le fonti⁶⁸⁹ contenenti riferimenti all'istituto, nonché al *pactum de retroemendo*, eliminando, invece, ogni altro frammento relativo al *pactum commissorium* aggiunto alla *fiducia* e al pegno.

⁶⁸⁴ COSTA, *Storia del diritto privato* cit. 286, nt. 1, riteneva che il divieto si riferisse esclusivamente al patto commissorio accedente al pegno e non anche alla *lex commissoria* della compravendita in quanto, in quest'ultima, non era individuabile la figura del creditore. Lo studioso, quindi, non si riferiva alla vendita in funzione di garanzia.

⁶⁸⁵ Quest'ultima, lo ricordiamo, è concepita da BISCARDI, *Lex commissoria* cit. 589, come un diritto reale di garanzia, al pari della *fiducia* e del pegno e da BURDESE, *La lex commissoria* cit. 119, invece, come una clausola accedente al pegno, alternativa al *pactum commissorium* e al *pactum vendendi*. Quindi, per il primo, si tratta di un contratto di garanzia autonomo che utilizza la struttura della vendita (vendita del pegno al creditore), mentre per il secondo consiste in una clausola accessoria (simile al *pactum de retroemendo*). Diversamente da Costa e Dernburg, che negano l'operatività del divieto costantiniano nell'ambito della compravendita in quanto l'editto avrebbe limitato la sua portata al solo pegno, si intende sostenere che quando la funzione di garanzia veniva realizzata sfruttando lo schema della vendita, anche queste convenzioni, potevano essere dichiarate nulle. In definitiva, ricomprese nel divieto sarebbero state tutte le stipulazioni negoziali che, nella forma del pegno o quella della vendita, determinavano, per effetto dell'acquisizione di un bene senza stima del prezzo, sperequazione.

⁶⁸⁶ COSTA, *Storia del diritto privato* cit. 286, nt. 1, *supra*.

⁶⁸⁷ *Infra*.

⁶⁸⁸ STEINER, *Datio in solutum* cit. 116 ss.

⁶⁸⁹ D. 13.7.20.3; 18.1.81 pr.; 20.1.16.9; 20.4.17; 20.5.5.1; 20.5.6; 20.5.9 pr.; 20.5.12 pr.; C. 8.19(20).1.1; 8.27(28); Nov. 4.3; PS. 2.13.4; FV. 9 (Pap. 3 resp.).

L'interrogativo, e la volontà di ricostituire l'unità del sistema - anche in riferimento alla legittimità dell'*impetratio dominii* - ha sollecitato un tentativo di ricostruzione alternativa del testo edittale⁶⁹⁰:

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 quoque depellit, et futura prohibet; creditores enim re amissa recipere iubemus quod dederunt.*

Dalla lettura dell'editto si evince che l'imperatore, avendo constatato che tra gli altri inganni (*captiones*) spiccava (*crescit*) in particolare la durezza (*asperitas*) della *lex commissoria*, decise (*placet*) di porla nel nulla (*infirmari eam*) abolendone il ricordo anche per il futuro⁶⁹¹. Conseguentemente, si stabilì che chi fosse vincolato ad un patto commissorio potesse “tirare un sospiro di sollievo” (*respiret*) poiché la disposizione, avendo efficacia retroattiva, avrebbe consentito anche a chi aveva già perduto la proprietà di riottenerla (*cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet*) restituendo ai creditori le somme mutate (*creditores re amissa ... recipere quod dederunt*).

L'attenzione si è concentrata, anzitutto, sulla possibilità di riferire concettualmente il pronome *eam* non a *commissoriae legis* ma alla *asperitas* da questa cagionata.

“*Asperitas*”, che concorderebbe, quindi, con “*eam*”, è parola che si trova piuttosto raramente nelle fonti giuridiche⁶⁹² e l'accezione prevalente è quella di crudeltà, severità, gravità⁶⁹³. Conferma di ciò può trarsi anche dalla consultazione dei lessici generali⁶⁹⁴, da cui emerge l'accezione di “aggressività” (per i sensi o per l'animo dunque, tanto sul piano fisico che psichico) predicabile sia di cose (come le parole o le dispute o ancora le malattie) sia di persone (come

⁶⁹⁰ Per ZAMORA MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria* cit. 526 ss., significativo è già il titolo che contiene l'editto rispetto al quale, l'aggiunta della locuzione ‘*in pignoribus*’ accedente a ‘*commissoria lege*’ (assente in CTh. 3.2.1: *(De commissoria rescindenda)*) varrebbe a specificare che il divieto non si riferiva alla *lex commissoria* dell'*emptio in causam obligationis*.

⁶⁹¹ WARNKÖNIG, *Dogmengeschichtliche Darstellung* cit. (24/1841) 319 ss.

⁶⁹² V. ad es. VIR. II, Berolini 1903, 504. L'espressione ricorre in CTh. 3.2.1 [Brev. 3.2.1] e C. 8.34(35).3 pr., in CTh. 4.6.8 [= Brev. 4.6.2: *asperitate premantur*]; Nov. Sev. 1.2: *a. legis*; Gai 1.53; I. 1.8.2; D. 1.6.1.2 (Gai. 1 *inst.*): *a. dominorum*; Gai 3.189: *a. poenae*; I. 3.2.3 a: *a. iuris civilis*; I. 4.8.7: *a. respuendam esse*; C. 5.4.28.2 (anno 531 vel 532); D. 9.1.1.5 (Ulp. 18 ad ed.): *asperitate sua* (il riferimento è a un cane e la connotazione in tal caso è di selvatichezza, istinto ferino); D. 48.18.15.1 (Call. 5 *de cogn.*): *a. quaestionis*.

⁶⁹³ V. ad es. HEUMANN, SECKEL, *Handlexikon* cit. 42, «Wildheit, Grausamkeit».

⁶⁹⁴ A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³ I (Heidelberg 1938) s.v. «*Asper*» 72: «*rauh, herb, holperig, struppig, beißend, barsch*»; ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire* cit. s.v. «*Asper*» 51: «*rocailleux, rugeux, rude, âpre*», il cui derivato *asperitas* è reso con «*rudesse*».

severitas e ferocitas) o di animali⁶⁹⁵.

In questo senso, la proibizione⁶⁹⁶ non riguarderebbe, indistintamente, tutti i trasferimenti al creditore della *res* pignorata, ma solo quelle *captiones* ad efficacia reale⁶⁹⁷, o anche obbligatoria ma *incerti pretii*, determinanti *asperitas* per il debitore⁶⁹⁸.

Il riferimento è, quindi, ai trasferimenti in proprietà ottenuti col patto commissorio apposto al pegno, in quanto caratterizzati da una soddisfazione diretta del creditore sulla *res* non accompagnata dalla stima del giusto prezzo, assente (quest'ultimo) anche nelle vendite per l'ammontare del mutuo⁶⁹⁹.

Altro aspetto interessante è il significato da attribuire all'espressione:

*creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt*⁷⁰⁰

che sembrerebbe ribadire la volontà di riequilibrare il contenuto delle prestazioni evitando che il creditore, incamerando un bene di valore superiore all'ammontare del credito concesso, ottenesse una soddisfazione maggiore rispetto a "ciò che diede".

In definitiva, la *ratio* del divieto si armonizzerebbe proprio con la volontà di "attribuire a ciascuno il suo"⁷⁰¹ - presente già nel rescritto severiano richiamato da Marciano - evitando

⁶⁹⁵ Cfr. ampiamente *Thesaurus linguae Latinae* II, Lipsiae 1900-1906, 821 ss.

⁶⁹⁶ FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio* cit. 33 ss., traduce «*inter alias captiones*» con l'espressione "tra gli altri inganni" volendo alludere al fatto che il patto commissorio accedente al pegno fu proibito perché utilizzato per coprire gli interessi usurari praticati al credito concesso a mutuo e si inserirebbe infatti tra i provvedimenti adottati da Costantino contro l'usura. Sul punto anche ZAMORA MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria* cit. 524: "...es cierto que se producen injusticias en torno al pacto comisorio y sobre todo derivadas de la pretendida compensación del valor del objeto a modo de *datio in solutum*,... El Emperador Costantino ...establece la abolición haciéndose eco de los engaños y abusos que se cometen con el pacto comisorio sobre todo porque se entregan de comiso bienes de valor superior...", e A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1989, 468: "...el pacto habria serbido para cubris intereses ilegales bajo el exedente o *superfluum* del precio respecto a la cuantía real de la deuda y por eso fue excluido".

⁶⁹⁷ COSTA, *Storia del diritto privato* cit. 286, nt. 2, ricorda i caratteri dell'ipoteca greco-egizia: una sorta di *datio in solutum* della garanzia, probabilmente alla base della "prassi orientale" di cui parlerà a proposito del *pactum commissorium*, BISCARDI, *La lex commissoria* cit. 584. Lo studioso, infatti, considera il divieto costantiniano rivolto, principalmente, alle convenzioni diffuse in ambiente orientale che si caratterizzavano per il trasferimento immediato della proprietà, differenziandosi così dalla vera *lex commissoria* romana, produttiva invece di soli effetti obbligatori (in base alla quale il debitore si impegnava a trasferire il bene al creditore).

⁶⁹⁸ Il riferimento è alla mancata stima del prezzo. Sul punto anche E. LEVY, *West Roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia 1951, 215, richiama proprio il riferimento all'*asperitas* contenuto in CTh. 3.2.1 e l'*interpretatio* che il *Breviarium Alarici* di essa rende (stato di necessità, debitore che vende oppresso dal debito), per sottintendere il profilo sperequativo del patto commissorio. A riguardo, significativo anche il fatto che nel *Breviarium* di Alarico i titoli dedicati alla *lex commissoria* e all'usura, rispettivamente il XIII ed il XIV del II libro delle *Pauli Sententiae*, siano contigui.

⁶⁹⁹ FV. 9 (Pap. 3 resp.) *nec incerti pretii*.

⁷⁰⁰ Il riferimento è sempre a CTh. 3.2.1 = C. 8.34(35).3.

⁷⁰¹ In argomento v. M. VILEY, *Suum jus cuique tribuens*, in *Studi in onore di P. De Francisci* I, Milano 1956, 363-371, e, più di recente, l'indagine di W. WALDSTEIN, *Ist das suum cuique eine Leerformel?*, in *Ius humanitatis. Fs. zum 90. Geburtstag von A. Verdross*, Berlin 1980, 285-320 [= con alcune aggiunte, in *SDHI*. 61/1995, 179-215], l'*excursus*

l'ingiustificato arricchimento del creditore o attraverso la *retentio iure domini rem tunc aestimandam* oppure, aggiungendo, preventivamente - e per scongiurare l'approfittamento dello stato di necessità del debitore - anche alla *emptio in causam obligationis*, la stima del valore di mercato della *res*.

Le incertezze del giurista⁷⁰², circa la validità della vendita descritta in D. 20.1.16.9⁷⁰³, si spiegherebbero, dunque, col fatto che nella fattispecie in questione la fissazione del *pretium* era sottratta alla libera determinazione delle parti e demandata alla valutazione di un esperto:

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 fatto che il giurista alla fine si pronunci per la regolarità della convenzione, richiamando proprio il rescritto degli imperatori Severo ed Antonino, rivelerebbe, però, che ai suoi tempi, per una sorta di adattamento alle nuove esigenze, era considerato lecito fissare il controvalore ricorrendo all'*arbitrium boni viri*.

Ragioni logiche spiegherebbero, dunque, la sua conservazione nei *Digesta* poiché, essendo la stima del pegno effettuata da un terzo, estraneo alla convenzione, non si produceva, nel caso descritto dal giurista, quell'*asperitas* connaturata alla percezione di un lucro disonesto.

Contro quest'ultimo, eventualmente determinato dall'accordo fraudolento intercorso tra compratore ed *arbiter*, in base al quale si attribuiva all'oggetto un valore assai inferiore al reale, era poi possibile esperire dal venditore-debitore, l'*exceptio doli*⁷⁰⁴.

In definitiva, il divieto costantiniano intendeva colpire l'ingiustificato arricchimento del creditore, ribadendo i principi ispiratori della politica severiana e sanzionando esclusivamente la sperequazione.

storiografico di L. PEPPE, 'Jedem das Seine', (uni)cuique suum 'a ciascuno il suo', in *Tradizione romanistica e Costituzione* II, Napoli 2006, 1707-1748, spec. 1717 ss. e 1737 ss., e FALCONE, *Ius suum cuique tribuere* cit. 133-176.

⁷⁰² *Supra*, cap. II, § 2; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1993, 3 ss.; ID., *Travisamento del lascito di diritto romano* cit. 2029.

⁷⁰³ D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*).

⁷⁰⁴ PRONZATO, *La lex commissoria* cit. 52 s.

3.2. Gli interventi normativi a tutela del contraente debole.

La tutela del contraente debole e la tendenza ad evitare la sperequazione tra le prestazioni, evidente in CTh. 3.2.1, figura anche in altri provvedimenti adottati in quegli stessi anni contro l'usura⁷⁰⁵ nonché nella rescindibilità della vendita⁷⁰⁶, riconosciuta poco prima da Diocleziano e recepita nel *Codex Iustinianus* al titolo *De rescindenda venditione*.

Quest'ultima potrebbe rappresentare un'ulteriore prova di quell'esigenza classica di equità, incidente sulla stessa libertà di disposizione delle parti che, sulla scia del patto Marciano, intervenne ad anticipare la futura proibizione costantiniana prevedendo la rescindibilità degli atti a titolo oneroso determinanti un pregiudizio patrimoniale per uno dei contraenti⁷⁰⁷.

Dall'analisi dei vari provvedimenti normativi è, infatti, possibile identificare un leit motiv che lega insieme la rescindibilità per *laesio enormis*⁷⁰⁸, i provvedimenti severiani⁷⁰⁹ - con riferimento specifico al patto Marciano e all'*impetratio dominii* (per ciò che attiene alla corrispondenza tra il valore delle *res impetratae* ed il debito), il "divieto" del patto commissorio e le altre disposizioni che Costantino adottò in relazione alla vendita dei figli, dalle quali, oltre alla facoltà di riscatto, si evince, appunto, l'interesse a che il prezzo da pagare fosse pari all'esatto valore del bene.

Determinante, ai fini della comprensione della *ratio* di CTh. 3.2.1 è, dunque, il riferimento al contesto storico ad esso sotteso tenendo conto, non solo del riflesso dello stoicismo e del Cristianesimo, ma soprattutto delle esigenze economico-sociali e dei provvedimenti imperiali sopraggiunti tra il III ed il IV secolo d.C.

La volontà di tutelare la posizione del "contraente debole"⁷¹⁰, limitando l'autonomia dei

⁷⁰⁵ G. CERVENCA, s.v. «Usura (dir. rom.)», in *ED*. XLV, Milano 1929, 1127; M. GIACCHERO, *L'atteggiamento dei Concili in materia di usura dal IV al VI secolo*, in *Atti del IV Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia 1981, 340 ss.; ARNESE, *Usura* cit. 81 ss.

⁷⁰⁶ C. 4.44.2. Sul punto, MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión* cit. 54 ss. Sul punto anche K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *Iura* 12/1961, 40 ss. e SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit. 51-87.

⁷⁰⁷ SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit. 57, cfr. C. 2.20.5; C. 5.18.6; C. 3.38.3. Di opinione contraria, MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión* cit. 56 ss., per la quale la rescissione non opererebbe in ragione della sola sussistenza di un pregiudizio patrimoniale (essendo sempre necessario il dolo o errore) e si applicherebbe soltanto alla compravendita.

⁷⁰⁸ La rescissione per *laesio enormis* dei contratti a titolo oneroso presupponeva che il prezzo di vendita fosse inferiore almeno alla metà del valore reale dell'oggetto. MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión* cit. 54 ss., evidenzia, quindi, l'inefficacia della misura in quanto non applicabile ai casi in cui il prezzo, pur essendo inferiore, non era abbastanza basso. In questa prospettiva, il divieto del patto commissorio potrebbe concepirsi come la volontà di coprire tutte le fattispecie non integranti una *laesio enormis* ma caratterizzate, ugualmente, da un apprezzamento del valore della *res* inferiore rispetto al prezzo di mercato.

⁷⁰⁹ *Supra*, cap. II, § 3.

⁷¹⁰ La mitigazione della condizione del debitore è un fenomeno progressivo, le cui radici sono da rintracciare nella *Lex Poetelia Papiria de nexis* e nei successivi provvedimenti che condussero, gradualmente, al passaggio dall'esecuzione personale all'esecuzione reale, cfr., *supra*, cap. I, § 1 e, *infra*, conclusioni. Si è visto, a proposito della sostituzione del *ius retinendi*, elemento naturale del contratto di pegno, col *ius distrahendi*, nonchè nell'utilizzo dell'*emptio in causam*

privati, è evidente già nei caratteri costitutivi dell'*impetratio dominii*⁷¹¹ dalla quale, infatti, si evince proprio l'intento di controllare la modalità di soddisfazione diretta del creditore sulla *res*, a partire dall'introduzione di un principio di equità.

Sintomatica, a questi fini, la disposizione dell'imperatore Alessandro Severo⁷¹² che, nel 229 d.C., limitò la quantità dei beni che poteva essere attribuita in proprietà al creditore insoddisfatto, richiedendo - probabilmente - che il valore fosse, appunto, proporzionato all'ammontare del debito rimasto insoluto⁷¹³:

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.*

Altrettanto significativa è la disposizione dell'imperatore Gordiano⁷¹⁴ che, appena un decennio più tardi, riconobbe la revocabilità del concesso decreto di *impetratio dominii* in conseguenza del pagamento del debito e degli interessi moratori da parte del debitore:

C. 8.33(34).2 *Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petit et post formam praescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetratio recessisse videtur.*

Si tratta, in entrambi i casi, di interventi antecedenti al divieto del 320 d.C. che testimoniano una volontà di equilibrio tra le prestazioni, certamente già avvertita prima dell'emanazione dell'editto costantiniano.

Per quanto riguarda la politica legislativa⁷¹⁵ di Costantino, non si possono di certo escludere

obligationis, una serie di strumenti atti a mitigare la posizione del contraente debole già prima del divieto del patto commissorio. Sul punto, LÓPEZ DE HARO, *El Derecho de Retención* cit. 16 ss.

⁷¹¹L'*impetratio dominii*, di cui *Supra* cap. I, § 2, è un istituto risalente all'età degli Antonini cfr. D. 27.9.5.3; D. 36.1.61(59) pr.; D. 41.1.63.4 ed è contenuto anche nel C. 8.33(34).3.2 con due modifiche (apportate da Giustiniano): la possibilità di riscatto e la stima del valore della *res* con restituzione della differenza. La facoltà di riscatto riconosciuta al debitore con l'*impetratio dominii* ricorre anche in un provvedimento di Costantino CTh. 5.10.1 col quale l'imperatore accordò al padre, che in stato di bisogno avesse venduto il proprio figlio, tale diritto. La *ratio* sottesa a detto provvedimento potrebbe testimoniare proprio l'intenzione dell'imperatore di mitigare la condizione del debitore, confluita poi nel divieto di *asperitas*, e di sperequazione tra le prestazioni, propria del patto commissorio.

⁷¹² Conformemente in B. 25.7.57.

⁷¹³ ZAMORA MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria* cit. 530. In argomento anche le testimonianze classiche relative alla restituzione dell'*hyperocha* al debitore, cfr. D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*): ...“debitorem non pluris quam quanti debet...” e D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*): ...“si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant”.

⁷¹⁴ C. 8.33(34).2; B. 25.7.58.

⁷¹⁵ SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* cit. 180 s.

punti di contatto con l'opera di Diocleziano⁷¹⁶ e, più in particolare, con la rescissione per *laesio ultra dimidium*:

C. 4.44.2 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA.Lupo*) *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituende emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel si emptor elegerit, quod dees iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Il rescritto, datato al 285 d.C., infatti, contiene la risposta che gli imperatori, Diocleziano e Massimiano, indirizzarono ad un tale Aurelio Lupo in merito alla richiesta di rescissione di un contratto di compravendita, da quest'ultimo avanzata, adducendo - quale motivazione - che il bene era stato venduto ad un prezzo inferiore.

Specificando che per "prezzo inferiore" si intende la corresponsione di un *quantum* più basso della metà del valore del bene, gli imperatori, appellandosi ad un sentimento di giustizia e di umanità, rispondono riconoscendo - subordinatamente al mancato esercizio da parte del compratore della facoltà di trattenere il bene integrando il "giusto prezzo" - la possibilità in favore del venditore, di riottenere il fondo alienato restituendo la somma ricevuta.

Ciò che colpisce nel testo è, anzitutto, il riferimento all'*humanitas*⁷¹⁷ (*humanum est...*): quasi un richiamo ai principi⁷¹⁸ diffusi nel periodo severiano; nonché la menzione del giusto prezzo che, se da un lato contrasta con i postulati classici dominanti in materia di compravendita⁷¹⁹, dall'altro sembra ricalcare la struttura del patto Marciano⁷²⁰:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*): *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto pretio tunc*

⁷¹⁶ SARGENTI, *loc. cit.* 181.

⁷¹⁷ S.JR. RICCOBONO, *L'idea di humanitas come fonte di progresso del diritto*, in *Studi in onore di Biondo Biondi II*, Milano 1965, 583 ss.; J. VAN DEN BESSELAAR, *Humanitas romana*, in *Revista de Historia* 31/1965, 265 ss.; W. SCHADEWALDT, *Humanitas Romana*, in *ANRW. I.4*, Berlin-New York 1973, 43 ss.; PALMA, *Humanior interpretatio cit.*; CORBO, *Paupertas cit.* 217 ss.

⁷¹⁸ *Supra*, cap. II, § 3.

⁷¹⁹ I testi di Paolo ed Ulpiano riferiscono che i contraenti in una *emptio venditio* erano liberi di fissare in prezzo, potendo pattuire un corrispettivo minore o maggiore rispetto al valore della mercanzia, senza che ciò determinasse la rescindibilità del contratto, cfr. D. 4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*), D. 19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*). In argomento, MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión cit.* 29: "Efectivamente, del análisis de los textos del Digesto podemos concluir que, en época clásica existía una absoluta libertad a la hora de que las partes fijaran el precio de la venta y no se rescindía la compraventa porque el precio fuera inferior al valor real. Las únicas limitaciones a la libertad de las partes para fijar el precio afectana negocios jurídicos que pueden esconder una simulación o una burla al Estado o a sus leyes", cfr. D. 18.1.38 (Ulp. 7 *disp.*), D. 24.1.5.5 (Ulp. 32 *ad Sab.*), D. 18.5.9 (Scaev. 4 *dig.*), D. 49.14.3.5 (Call. 3 *de iur. fisc.*), D. 32.14.2 (Gai. 1 *fideicom.*).

⁷²⁰ D. 20.1.16.9 (Marc. *l. s. ad form. hyp.*) che, in riferimento ad una vendita (in funzione di garanzia o ad una *retentio iure domini*) contiene il riferimento al giusto prezzo, *supra*, cap. II.

aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

In effetti, così come per D. 20.1.16.9⁷²¹, anche il rescritto diocleziano, relativamente all'espressione "*iusto pretio recipiat*", è stato sospettato di interpolazione⁷²².

Le ragioni addotte dagli interpreti si rinvergono, principalmente - oltre che nel diritto dei contraenti a fissare (in età classica) liberamente il prezzo - nella presunta postclassicità dell'espressione⁷²³ nonché, nell'impossibilità di rinvenire altre testimonianze storiche che, quale causa di rescindibilità della vendita, menzionino la mancata corresponsione del giusto prezzo, se non in presenza di un vizio del volere.

Due rescritti di Costantino⁷²⁴, indirizzati al futuro prefetto dell'annona, confermerebbero poi l'impossibilità, ancora nel 319 d.C., di fondare la richiesta di rescissione sulla mera ricezione di un prezzo più basso, fatta eccezione per le convenzioni inficiate, appunto, da dolo o violenza: elementi, questi ultimi, necessari ai fini della concessione del provvedimento⁷²⁵.

Lo stesso titolo che contiene il rescritto: *De rescindenda venditione* non consente, inoltre, dalla lettura delle altre costituzioni in esso presenti⁷²⁶, di individuare nel prezzo di vendita (inferiore alla metà del valore della *res*) la causa sufficiente a fondare la richiesta.

Dette incongruenze hanno, dunque, indotto la dottrina a considerare non autentico⁷²⁷ il rescritto che doveva, dunque, riferirsi, originariamente, o a qualche situazione particolare - non generalizzabile⁷²⁸ - oppure contenere una soluzione differente, pronunciando l'imperatore, in armonia coi principi vigenti in materia di libera determinazione del prezzo - come nelle altre

⁷²¹ Il riferimento è all'espressione (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam* presente nel patto Marciano, D. 20.1.16.9 (Marc. l.s. *ad form. hyp.*), *supra*, cap. II, § 1.

⁷²² I sospetti riguardano, in realtà, varie espressioni, cfr. G. BROGGINI, *Interpolationes quae in Iustiniani codice inesse dicuntur*, Köln-Wien 1969, 54. La maggioranza degli autori ha sostenuto che i giustiniani ritoccarono il rescritto in più punti: *tu vel tuum pater; rem maiori pretii; emptoribus; recipias*; nonché (eccettuando Visky) *iusto pretio*. Si rinvia, in argomento, a SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit. 53 ss.; GENZMER, *Die Antiken Grundlagen* cit. 57; P.S. LEICHT, *Laesio enormis e Iustum pretium*, in *Studi in onore di Carlo Calisse I*, Milano 1940, 6 ss.; K. VISKY, *Appunti sull'origine della lesione enorme*, in *Iura* 12/1961; ID., *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA*. 16/1969, 355 ss.; MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión* cit. 48 ss.

⁷²³ *Supra*, cap. II, § 1, cfr. S. BRASSLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis im Byzantinischen Recht*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 27/1912, 261 ss.; ALBERTARIO, *Iustum pretium* cit. 19 ss.; SOLAZZI, *L'origine storica* cit. 51 ss.; SENARCLES, *La maxime pretium* cit. 700; DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 212 ss. Di opinione contraria, VISKY, *Appunti sull'origine della lesione enorme* cit. 53 ss.

⁷²⁴ CTh. 3.1.1; CTh. 14.3.1, come pure due rescritti di Graziano Valentiniano e Teodosio, in CTh. 3.1.4 e CTh. 3.1.7.

⁷²⁵ Cfr.: C. 5.71.11 (a. 290); C. 2.20.5 (a. 239); C. 4.44.4 (a. 239); C. 4.44.11; C. 4.44.15 (a. 383).

⁷²⁶ Cfr. C. 4.44.1 (forza), 4.44.5 e 4.44.10 (dolo), 4.44.3 (buona fede). In alcuni addirittura si ripete insistentemente che da solo il prezzo minore non è sufficiente per chiedere la rescissione: 4.44.4, 4.44.6, 4.44.7, 4.44.8, 4.44.9, 4.44.10, 4.44.11, 4.44.12, 4.44.13, 4.44.14 e 4.44.15.

⁷²⁷ Si ritiene infatti che la rescindibilità per *laesio ultra dimidium* sia in realtà un'invenzione di Giustiniano.

⁷²⁸ MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión* cit. 46: la studiosa sostiene che la soluzione data era particolare e si ricollegava ad un rescritto dato poco tempo prima (cfr. C. 2.54.3) in base al quale nei contratti di buona fede si concedeva la *restitutio in integrum* anche ai maggiorenni.

costituzioni citate⁷²⁹ - per la non rescindibilità⁷³⁰.

Sulla base di dette premesse, potrebbe anche ipotizzarsi, data la particolarità del caso esposto all'imperatore, che il rescritto disponesse per la sola integrazione del giusto prezzo, avvicinandosi molto allo spirito del patto Marciano: (*rem*) *tunc aestimandam*, e prevedendo una sorta di rimedio per quelle *emptions* (in garanzia) "sperequative" in quanto concluse ad un prezzo iniquo, ossia superiore all'ammontare del mutuo e delle usure legali.

Interessante, sul punto, la posizione di Montañana Casaní⁷³¹ che ha proprio interpretato il provvedimento come una "soluzione particolare", accordata da Diocleziano "per ragioni che non è possibile definire con assoluta certezza".

L'unico dato incontrovertibile - per la studiosa - è, infatti, che Aurelio Lupo (o suo padre) alienò un fondo ad un prezzo molto basso, "no sabemos por que motivos, pero no es ninguno por el que quepa pedir la rescisión"⁷³².

Le circostanze di questa vendita dovevano essere, dunque, talmente eccezionali da aver indotto l'imperatore alla concessione di una soluzione altrettanto eccezionale: accordando al venditore la possibilità di agire per la rescissione (pur in assenza di dolo e di errore) nel caso in cui il compratore non avesse integrato il giusto prezzo.

Aggiunge, infatti la studiosa: "El emperados responde a esto caso concreto, intentando resolver el problema que se estaba planteando en las zonas rurales donde los pequeño propietarios de tierra se veían forzados a malvender sus propiedades a los grandes terratenientes que se aprovechan de la mala situación económica"⁷³³.

La descrizione del contesto storico sembra riconnettersi, in pieno, alla crisi del III secolo d.C. e alle misure di politica economica adottate dai Severi a sostegno della piccola proprietà contadina⁷³⁴.

A questo punto, viene da chiedersi se la "vendita", descritta da Aurelio Lupo, non fosse, piuttosto, una *datio in solutum*, disposta dal padre di lui con valore estintivo di un mutuo precedentemente percepito, il cui ammontare doveva essere - probabilmente - di gran lunga inferiore al valore reale del bene lasciato al creditore; o, ancora, se nella fattispecie non sia

⁷²⁹ CTh. 3.1.1; CTh. 14.3.1, come pure due rescritti di Graziano Valentiniano e Teodosio, in CTh. 3.1.4 e CTh. 3.1.7.

⁷³⁰ O. V. GRADENWITZ, *Interpolazioni e Interpretazioni*, in *BIDR*. 2/1889, 3 ss. Lo studioso sostiene che la rescissione per *laesio ultra dimidium* è una creazione giustiniana e che il rescritto di Diocleziano pronunciava in realtà per la non rescindibilità. Così pure S. BRASSLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis im Byzantinischen Recht*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 27/1912, 263.

⁷³¹ MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión* cit. 46.

⁷³² MONTAÑANA CASANÍ, *loc. cit.* 46.

⁷³³ MONTAÑANA CASANÍ, *loc. cit.* 51.

⁷³⁴ *Supra*, cap. II, § 3.

ravvisabile proprio una *emptio in causam obligationis*, in cui la vendita veniva sospensivamente condizionata alla mancata restituzione del mutuo che costituiva, quindi, il presupposto per l'efficacia dell'atto.

L'impressione che quella particolare *emptio* fosse stata conclusa con una finalità di garanzia è supportata anche dal fatto che, in caso contrario, il venditore non avrebbe mai acconsentito ad alienare la *res* per un prezzo che riteneva lesivo dei propri interessi. La ragione doveva, quindi, risiedere unicamente nel bisogno economico del “venditore” che per ricevere quel “mutuo” accetta (in caso di mancata restituzione del prestito) di alienare la garanzia al creditore. Incuranti del supposto rescritto severiano - richiamato nel frammento di Marciano - le parti concludono, quindi, la vendita per un corrispettivo pari al mutuo e, dunque, ad un prezzo non corrispondente al valore del bene.

L'attenzione di Diocleziano al giusto prezzo, d'altronde, compare anche in un altro provvedimento⁷³⁵ in materia di compensazione (precedentemente analizzato), che Talamanca⁷³⁶ interpreta proprio come una vendita simulata posta in essere per estinguere, con una *datio in solutum*, un debito:

C. 5.74.1 (*Impp. Diocletianus et Maximianus*) *Cum proponas curatorem patris tui non interposito praesidis decreto praedium rusticum heredi creditoris seu tutori eius destinasse venundare eamque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuisse, si minore pretio distractum praedium est et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperat venditioni consensum dedisse constiterit, non ab re erit superfluum pretii in compensationem deduci: quod praesidis provisione fieri convenit, cuius sollertiae congruum est, si diversa pars bonam fidem non amplectatur, in arbitrio eius ponere, an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut fenebris pecunia cum competentibus usuris restituatur.*

La decisione di rescindere la “vendita”, a meno che il compratore-creditore non avesse integrato il giusto prezzo, potrebbe, quindi costituire (il riferimento è al rescritto diocleziano, in C. 4.44.2) un ulteriore intervento a tutela del debitore che si inserì nel novero di quelle misure adottate già dagli imperatori Severi, tra cui, appunto, il provvedimento riportato da Marciano che prevedeva - probabilmente ai fini restitutori dell'*hyperocha* - la stima del giusto prezzo.

Il provvedimento contenuto nel *Codex Iustinianus*⁷³⁷, dovrebbe collocarsi, quindi, in questa

⁷³⁵ C. 5.74.1, *supra*, cap. III, § 1.

⁷³⁶ TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali* cit. 208 ss.

⁷³⁷ C. 4.44.2.

prospettiva, non nel titolo *De rescindenda venditione* - essendo l'*emptio venditio* caratterizzata dalla libera determinazione del prezzo - ma, in uno diverso: magari nel *De pactis inter emptorem et venditorem compositis* nel quale figura - in particolare - un altro provvedimento⁷³⁸ (apparentemente relativo ad un patto di retrovendita) concesso dallo stesso imperatore in favore del venditore qualora questi, avendo restituito il prezzo (che potrebbe essergli stato corrisposto a titolo di mutuo) non avesse recuperato il bene, trattenuto *iure domini* dal compratore:

C. 4.54.7 (*Imp. Diocletianus et Maximianus*) *Si a te comparavit is cuius meministi et convenit, ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta, remitti hanc conventionem rescripto nostro non iure petis. sed si se subtrahat, ut iure domini eandem rem retineat, denunciationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes iure tuo consulere.*

La costituzione, infatti, riconoscendo al venditore - sulla base di un rescritto dello stesso Diocleziano - la possibilità di riottenere la *res* restituendo il prezzo d'acquisto al compratore, sembra richiamare la struttura di un'*emptio* risolutivamente condizionata all'estinzione di un mutuo; inoltre, il riferimento alla *retentio iure domini* - ancora ammessa in età diocleziana ma vietata in età giustiniana - induce a chiedersi se anche in questa vendita risolutivamente condizionata non fosse nascosta una finalità di garanzia che, per questo verso, data la ricezione della costituzione da parte dei compilatori, confermerebbe la non generalità del divieto costantiniano.

Tornando alla rescissione per *laesio ultradimidium*, di cui in C. 4.44.2, Visky⁷³⁹, in opposizione all'interpretazione dominante, ha sostenuto la classicità del concetto di *iustum pretium*⁷⁴⁰ e, conseguentemente, l'autenticità del rescritto, il cui connotato innovativo (appunto l'attenzione per il corrispettivo) stravolgeva gli schemi della compravendita classica, caratterizzata dalla libertà del *convenire de pretio*.

Ciò che colpisce è che anche lo studioso, pur ammettendo la classicità dell'espressione "*iustum pretium recipiat*"⁷⁴¹, abbia letto nel provvedimento diocleziano una misura eccezionale: richiamata proprio dalla crisi socio-economica del III-IV secolo d.C.⁷⁴².

In effetti, consentire, subordinatamente alla mancata integrazione del prezzo, il recupero del

⁷³⁸ C. 4.54.7.

⁷³⁹ VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme* cit. 355 ss.

⁷⁴⁰ La conferma giunge a proposito di uno studio condotto sull'*aestimatio*, cui si ricorreva nei casi di successione, donazione, dote e vendite fatte dal fisco.

⁷⁴¹ Il riferimento è appunto al provvedimento diocleziano in tema di *laesio ultra dimidium*, cfr. C. 4.44.2.

⁷⁴² In argomento, anche SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* cit. 1 ss.

bene restituendo la somma ricevuta non poteva che configurare una misura a tutela di chi aveva venduto perché “oppresso dal debito”⁷⁴³.

In questo caso, il provvedimento di Diocleziano si porrebbe, dunque, a metà strada tra la politica di contenimento della sperequazione, avviata nelle vendite con funzione di garanzia dai Severi (prescrivendo la preventiva stima del prezzo d’acquisto) e la rescissione degli effetti della *lex commissoria* voluta da Costantino qualora, sia nel pegno sia nella vendita, il prezzo pagato (ossia il mutuo concesso) fosse risultato inferiore rispetto al valore del bene incamerato.

Il rescritto diocleziano, per questo verso, non costituirebbe un’eccezione alle caratteristiche generali della vendita (per ciò che attiene alla libertà delle parti di fissare il prezzo) né a quelli della rescissione (configurabile solo per dolo o per errore) ma sarebbe una misura particolare che, sulla base dell’*humanitas*, a fronte di una vendita in garanzia “iniqua”, consentiva, restituendo il mutuo, una sorta di “riscatto” del bene in favore del debitore a meno che il creditore non integrasse, a sua volta, il valore residuo.

Lo stesso Solazzi⁷⁴⁴, a tal proposito, aveva evidenziato l’inutilità di un provvedimento di rescissione dell’*emptio* - inteso come misura a tutela del venditore in stato di necessità - perché esso, presupponendo la restituzione del prezzo al compratore, avrebbe ingenerato nuovamente lo stato di bisogno che l’atto di disposizione patrimoniale aveva mirato ad arginare.

Più efficace sarebbe stato, a tal proposito, disporre - in danno del compratore - la perdita sia del prezzo sia della merce⁷⁴⁵, come pure prevedere l’integrazione del corrispettivo.

Gli effetti prodotti dall’editto costantiniano e dal rescritto diocleziano sarebbero, quindi, parzialmente sovrapponibili: entrambi tutelerebbero il contraente debole consentendogli il recupero del bene (rispettivamente pagando il mutuo e restituendo il prezzo) tuttavia, il divieto costantiniano, non prevedendo la facoltà per il creditore di trattenere il bene nemmeno integrando il giusto prezzo, costituirebbe una forma di tutela ancora più pregnante rispetto al provvedimento di Diocleziano, consentendo al debitore (che avesse estinto il mutuo) di recuperare in ogni tempo il bene, a prescindere dall’agire riparatorio del creditore.

La facoltà di riscatto e l’attenzione per il giusto prezzo caratterizzano, in effetti, anche altri provvedimenti⁷⁴⁶ adottati da Costantino, specie in relazione alla vendita della prole che, spesso,

⁷⁴³ Il riferimento è all’*interpretatio* visigotica delle *cautiones commissoriae*, cfr. *supra*, cap. III, § 1, CTh. 3.2.1 [= Brev. 3.2.1].

⁷⁴⁴ SOLAZZI, *L’origine storica della rescissione* cit. 78 ss.

⁷⁴⁵ MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión* cit. 53.

⁷⁴⁶ CTh. 5.10.1 (a. 329); C. 4.43.2 (a. 329). Quest’ultima è stata considerata come la versione giustiniana di CTh. 5.10.1; tuttavia, non è mancato chi, in riferimento alla diversità dei destinatari, rispettivamente: *Italis suis* e *provincialibus suis*, ha reputato si trattasse di due distinte leggi intervenute in materia di vendita di neonati, cfr. C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem...comparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero*, Perugia 2003, 41 ss.; Il tenore delle citate costituzioni costantiniane fu, ulteriormente, attenuato da un provvedimento adottato nel 391, cfr.

costituiva proprio uno strumento di garanzia volto all'ottenimento di un mutuo⁷⁴⁷:

CTh. 5.10.1 (*Imp. Const. A. Italis suis*) *Secundum statuta priorum principum si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusdem modi alium praestet aut pretium, quod potest valere, exolvat. Qui enim pretium conpetens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat: poenae subiciendis his, qui contra hanc legem venire temptaverit.*

La costituzione riportata, emanata anch'essa a Serdica nel 329 d.C., prevedeva, infatti, in favore del venditore, il diritto di rivendicare il fanciullo offrendo, anche a distanza di anni, o uno schiavo del medesimo valore o una somma equivalente.

La delimitazione del prezzo di riscatto ed il richiamo al principio di equivalenza costituiscono un ulteriore indizio circa la volontà di evitare abusi ed approfittamenti dello stato di necessità ai danni del contraente debole. Le vendite dei figli, seppur vietate⁷⁴⁸, erano, infatti - molto spesso - occasionate proprio dallo stato di indigenza che spingeva i genitori più disperati a dare in pegno i propri figli o ad alienarli al creditore⁷⁴⁹ con la speranza di poterli - un giorno - riacquistare.

In questo caso, particolarmente evidente è come anche una vendita con *pactum de retroemendo*, sebbene conservata dai compilatori e, dunque astrattamente ammessa, potesse prestarsi a realizzare una funzione di garanzia. Commisurare, dunque, il prezzo di riscatto al valore reale del bene rappresentava, non solo una forma di tutela per il venditore che avesse voluto riottenerne la potestà ma, soprattutto, il criterio per evitare l'operatività del divieto del

CTh. 3.3.1 (a. 391) che eliminò la clausola delle *remuneratio pretii* per il riscatto dei fanciulli che avessero servito per un tempo non minimo, cfr. A. GIARDINA, *Carità eversiva: le donazioni di Melania la Giovane e gli equilibri della società tardoromana*, in *Studi stor.* 29/1988, 136.

⁷⁴⁷ D. NARDI, *Il ius vendendi del pater familias nella legislazione di Costantino*, in *ANA.* 89/1978, 59 ss.; ID., *Ancora sul ius vendendi del pater familias nella legislazione di Costantino*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino V.*, Napoli 1984, 2289 ss.; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI.*, 49/1983, 190 ss.; R. MARTINI, *Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana*, in *AARC.* VII/1988, 423 ss.; GIARDINA, *Carità eversiva* cit. 95 ss.; W. FORMIGONI CANDINI, *De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperit. Ancora su CTh. 5.10.1*, in *AUFE. Sc. giur.* n.s. 6/1992, 35 ss.; LORENZI, *Si quis a sanguine infantem* cit. 41 ss.; CORBO, *Paupertas* cit. 70 ss.

⁷⁴⁸ Prima di Costantino - che sembrerebbe tollerare le vendite dei figli (sebbene per ragioni legate alla stessa sopravvivenza degli *infantes*) - tali atti di disposizione erano considerati nulli e configuravano anche un illecito penale, appunto: il reato di plagio (salvo i casi in cui le parti ignorassero lo stato libero del fanciullo). In argomento, CORBO, *Paupertas* cit. 73 e 75 che, confrontando il diverso regime vigente in caso di esposizione, evidenzia una sorta di *favor* per il *pater* che avesse proceduto alla vendita, giustificato proprio dal fatto che detta misura spesso era essenziale alla stessa sopravvivenza del neonato.

⁷⁴⁹ CORBO, *Paupertas* cit. 73, nt. 107.

patto commissorio, da riferirsi - quest'ultimo - quindi, sia alle convenzioni pignoratizie sia alle vendite in garanzia (sospensivamente o risolutivamente condizionate all'inadempimento) se non accompagnate dalla stima del giusto prezzo.

In definitiva, alla base dei vari provvedimenti citati è percepibile una comune *ratio* di equità che si evince nella ricerca di un corrispettivo esattamente pari al valore del bene trattenuto *iure domini* o *iure empti* dal creditore insoddisfatto. Detta *ratio* fonderebbe anche la volontà costantiniana di vietare non la *lex commissoria* in quanto tale ma la sua *asperitas*, intesa in termini di approfittamento dello stato di indigenza del debitore, percepibile in tutte quelle convenzioni con funzione di garanzia (sia vendite, sia pegni) che - con la ritenzione del bene senza stima preventiva - realizzavano un indebito arricchimento in favore del creditore.

3.3. L'interpretazione del divieto nel *Breviarium Alarici* e le testimonianze dell'*emptio in causam obligationis* nei documenti della prassi visigotica

Per la ricostruzione della *ratio* sottesa a CTh. 3.2.1 stimolante è stata anche la lettura dell'*interpretatio* che del passo edittale ha reso il *Breviarium Alarici*⁷⁵⁰:

Brev. CTh. 3.2.1 Commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem, ipsi oppignoratam ad tempus, vendere per necessitatem conscripta cautione promittit: quod factum lex ista revocat et fieri penitus prohibet: ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed quum primum voluerit ille, qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat.

Dalla chiosa visigotica, che connette l'operatività del divieto alle convenzioni occasionate dallo stato di bisogno del debitore, sembra, infatti, emergere - chiaramente - il riferimento alla censura delle *emptiones pignoris* indotte dalla precarietà della condizione economica del contraente debole che vendeva la garanzia al creditore, appunto, perché oppresso dal debito.

E, in effetti, l'*interpretatio* definisce le *cautiones commissoriae* e, quindi, la clausola in questione, come una convenzione per effetto della quale il debitore prometteva, per necessità, di

⁷⁵⁰ *Brev. CTh. 3.2.1.* Il *Breviarium Alarici* (o *Lex romana-visigothorum*) è una raccolta di *Leges* (*Codex Theodosianus*, editti di Teodosio e Valentiniano) e *Iura* (*Pauli Sententiae*, *Liber Gai*, *Codex Gregorianus* ed *Ermogenianus*) accompagnate da un'*interpretatio* che ne chiarisce il significato. L'opera fu redatta nel 506 d.C. per volere di Alarico II nel regno di Tolosa e fu destinata - almeno secondo l'opinione più diffusa - a porsi come lo statuto proprio della componente etnica romana presente nel regno germanico. L'aspetto interessante del *Breviarium Alarici* è che esso costituisce un utile strumento di confronto, ai fini della ricostruzione delle *cautiones commissoriae* e del significato originale di CTh. 3.2.1 relativo al divieto del patto commissorio, perché redatto prima della compilazione giustiniana e, quindi, prima dell'eventuale alterazione del frammento in questione, recepito in C. 8.34(35).3. In argomento, M. CONRAT, *Der westgotische Paulus*, Amsterdam 1907, 7 ss.; G. BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco*, Leipzig 1907, 2 ss.; E. VOLTERRA, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustiniane occidentali I*, in *RSDI*. 8/1935, 110 ss. [= *Scritti giuridici IV. Le fonti*, Napoli 1993, 312 ss.]; G. SCHERILLO, *L'ordinamento delle 'Sententiae' di Paolo*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento I*, Palermo 1935, 41 ss. [= *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano 1992, 85 ss.]; R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II²*, Torino 1991, 5 ss. Sull'opera compilatoria di Alarico II, A. D'ORS, *Rec. a R. Lambertini, La codificazione di Alarico II¹*, Torino 1990, in *Iura* 41/1990; D. ROSSI, *Il sistema delle fonti normative nel Breviario Alariciano alla luce dell'interpretatio di CTh. 1.4.3*, in *BIDR*. 96-97/1994-1994 (pubbl. 1997), 551 ss.; R. LAMBERTINI, *Concezione delle fonti giuridiche romane e tecnica compilatoria nel Breviario Alariciano*, in *AA.VV.*, *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche F. Gallo I*, Napoli 1997, 424 ss.; O. DILIBERTO, *L'età delle codificazioni. Le fonti del diritto nell'età del Dominato (IV-VI sec. d.C.)*, in *AA.VV.*, *Restaurazione e destrutturazione nella tarda antichità*, in *Storia della società italiana IV*, Milano 1999, 473; BRETONE, *Storia del diritto romano⁷* cit. 376 ss.; M. BUENO, *El breviario de Alarico: ¿fuente del derecho romano o fuente del derecho visigodo?*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XIV Convegno Internazionale in memoria di G. Nocera*, Napoli 2003, 629 ss.; G. POLARA, *Lex Romana Visigothorum. Un contributo alla ricerca*, Milano 2004; M. CARINI, *Aspetti della 'Lex Romana Visigothorum'*, in *BIDR*. 101-102/1998-1999 (pubbl. 2005), 577; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 374 ss. Sull'evoluzione della legislazione visigotica, R. UREÑA Y SMENJAUD, *La Legislación gótico-hispana (Leges antiquiores-Liber Iudiciorum)*. *Estudio crítico* [1905] (ed. C. Petit), Pamplona 2003, 129 ss.

alienare la garanzia al creditore, e aggiunge che *ista lex* - ossia l'editto costantiniano - *quod factum* - riferito appunto all'approfittamento dello stato di bisogno economico del debitore - *prohibet*; così che: se in tale circostanza (*sub tali occasione*) il creditore compra il bene vincolato in garanzia, non potrà avvalersi della convenzione privata e colui che aveva venduto perché oppresso dal debito - quindi il debitore - potrà riavere il possesso del proprio bene restituendo il mutuo.

Il riferimento specifico alla vendita, che trascende - in un certo senso - la lettera originaria del divieto costantiniano⁷⁵¹, costituisce un indizio importante circa la portata applicativa della disposizione, riferita - quindi - in questa prospettiva, non solo alla *retentio iure domini* - effetto tipico del *pactum commissorium pignoris* - ma anche a quelle *emptiones* in funzione di garanzia occasionate dall'approfittamento dello stato di necessità del contraente debole che, "oppresso dal debito", acconsentiva alla conclusione di un atto di vendita probabilmente sperequativo, ossia non accompagnato dalla stima del giusto prezzo.

L'espressione "*debitor creditorum suo rem... vendere per necessitatem*", presente nell'*interpretatio* visigotica, ha indotto, tuttavia, gli studiosi⁷⁵² a sostenere che il divieto costantiniano riguardasse, indistintamente, tutte le convenzioni di vendita del pegno al creditore, a prescindere, quindi, dall'adeguatezza del prezzo.

L'aporia interpretativa è stata ingenerata soprattutto dal commento di un passo delle *Pauli Sententiae*⁷⁵³ riguardante la *fiducia*, in cui si ribadisce, appunto, il divieto di vendere la garanzia al creditore:

Brev. PS. 2.12.6 (= PS. 2.13.3) Debitor creditorum vendere fiduciam non potest; sed aliis, si velit, vendere potest: ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditorum, atque ita remancipatam sibi rem emtori praestet.

(Interpretatio). Creditorum rem sibi oppignoratam a debitore emere non potest. Sed debitor cum alia persona inire contractum potest, ut accepta ab emtore pecunia, debitum restituat creditorum; et sic postea rem suam a debitore liberatam, cui voluerit, vendat.

⁷⁵¹ CTh. 3.2.1: *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 praesentibus quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt.*

⁷⁵² Per tutti, E. LEVY, *West Roman Vulgar Law II*, Philadelphia 1951, 190 ss.

⁷⁵³ *Brev. PS. 2.12.6 (= PS. 2.13.3)*. La fonte paolina, relativa alla *fiducia*, ribadiva, a sua volta, il divieto generale (contenuto in D. 50.17.45) di vendere qualcosa a chi già ne fosse proprietario. *Brev. PS. 2.12.6* interpreta invece il passo di Paolo in connessione al divieto del patto commissorio, commentando CTh. 3.2.1 come un divieto generale di vendere il pegno al creditore.

Come sottolineato da Iglesia Ferreiros⁷⁵⁴, la proibizione in questione, confermata dall'interpretazione di PS. 2.13.3, è supportata solo dal fatto che, nel caso di specie, il creditore - avendo acquistato con *mancipatio* - era già divenuto proprietario della *res* e, in quanto tale, inconfigurabile sarebbe stata l'*emptio*.

Non si trattava, dunque, di un divieto generale, tale da estendersi anche al patto commissorio del pegno e alla vendita in garanzia, ma di una disposizione valevole solo in ragione della peculiare natura della *fiducia cum creditore*, la cui contrattazione attribuiva, già di per sé, la proprietà della garanzia al creditore.

Per Iglesia Ferreiros⁷⁵⁵, come pure per Biscardi⁷⁵⁶, il divieto del patto commissorio non interessava, quindi, l'*emptio in causam obligationis*; e di ciò sarebbe testimonianza anche nei documenti⁷⁵⁷ della prassi visigotica, risalenti all'anno mille, in cui è prova di una vendita del pegno in favore del creditore.

Il documento analizzato, in effetti, riferisce in merito alla concessione di un prestito, ottenuto il 24 giugno del 1018 da un tale Ramio e da sua moglie Castellana che a garanzia della futura restituzione del denaro impegnano la propria casa:

prenota omnia totum ab integrum et iure tuo tradimus et inter tantum nos teneamus per tuum benefitium.

Il termine per l'estinzione del mutuo si fissa in un anno specificando che, in caso di inadempimento dell'obbligazione gravante in capo al debitore, si sarebbe attribuita la piena potestà del bene al creditore:

...plenam potestatem predicta ea omnia aprehendere, tenere, vindere, facere quod volueris cum exiis vel regresiis earum a proprio...

La presenza della clausola deporrebbe, dunque, per la conclusione di un contratto in base al quale il creditore avrebbe potuto acquistare la proprietà della garanzia condizionatamente alla mancata restituzione del mutuo e varrebbe, pertanto, ad escludere che il divieto costantiniano riguardasse l'*emptio in causam obligationis*.

⁷⁵⁴ IGLESIA FERREIROS, *Las garantias* cit. 80 ss.

⁷⁵⁵ IGLESIA FERREIROS, *Las garantias* cit. 179 ss.

⁷⁵⁶ BISCARDI, *Lex commissoria* cit. 584 ss. Per lo studioso, infatti, il divieto costantiniano sarebbe stato rivolto solo alle convenzioni caratterizzate dalla ritenzione in proprietà del pegno, diffuse in ambiente provinciale, eccettuando, quindi, la *lex commissoria* romana che produceva solo effetti obbligatori e non anche reali.

⁷⁵⁷ Archivio della Corona di Catalunya (ACA. Berenguer Ramón), II P. 14 (= II A. 17), (1-1-1035).

Di qui, Iglesia Ferreiros⁷⁵⁸ arriva a sostenere che gli interpreti visigoti avrebbero definito (in *Brev. CTh.* 3.2.1) erroneamente le *commissoriae cautiones* in termini di promesse di vendita.

Ad appannaggio delle proprie considerazioni, lo studioso richiama un ulteriore documento, verosimilmente collegato al primo, risalente al gennaio del 1035, in base al quale, il debitore, non potendo “riscattare”, a distanza di 17 anni, il pegno, decide di venderlo al creditore considerando la somma mutuata come prezzo di acquisto per il bene impegnato:

...prenotata omnia quod tibi vendo sicut superius resonat de meo iure in tuo trado dominio et potestatem...

Seppur interessante, ciò non esclude, però, la possibilità che il divieto costantiniano, oltre alla *retentio iure domini*, si riferisse anche alle vendite in funzione di garanzia effettuate senza stima, ossia a quelle convenzioni in base alle quali il bene si intendeva acquistato per l’ammontare del mutuo.

Vero è che dal documento esaminato non si evince la necessità di predeterminare il giusto prezzo dell’*emptio*, il cui valore si presume, quindi, equivalente al credito concesso anni prima ai due coniugi⁷⁵⁹, tuttavia, la vigenza del *Liber iudiciorum*⁷⁶⁰ che, per l’apprezzamento della *res*, richiedeva l’intervento di un *iudex* e di tre *boni viri*⁷⁶¹, lascerebbe propendere per una risposta affermativa, inducendo, quindi, ad ammettere che l’*emptio* del pegno al creditore fosse ricompresa nel divieto costantiniano solo se non accompagnata dalla stima del giusto prezzo.

Il creditore, per effetto dell’inadempimento del mutuo garantito, continuava, quindi, a trattenerne il bene “come se gli fosse stato venduto” ma, in ossequio ai principi contenuti nel *Liber iudiciorum* - circa la stima del giusto prezzo e l’integrazione dell’eventuale residuo, che costituivano il presupposto per l’apprezzamento della liceità della vendita in garanzia - doveva rispettare il criterio di proporzionalità nonché di equivalenza.

Tornando all’*interpretatio* visigotica di CTh. 3.2.1 e, in particolare, soffermandoci sul costruito “*lex ista* (ossia il divieto del patto commissorio) *quod factum* (inteso quale l’approfittamento dello stato di bisogno) *prohibet*”, potrebbe ipotizzarsi, quindi- diversamente da

⁷⁵⁸ IGLESIA FERREIROS, *Las garantias* cit. 179 ss.

⁷⁵⁹ *...in aderato et definito pretio mancosus vii de auro cocto iaharis et amoris sicut resonat in tua scriptura impignorationis, quod nos fecimus tibi cum coniux mea Castelana qui iam obiit...*

⁷⁶⁰ Si tratta appunto della *Lex Wisigothorum Recesvindiana*, promulgata nel 654 dal re Recesvindo. Benché la legge abolisse formalmente il ricorso al diritto romano, affermando per la prima volta il principio di territorialità, in essa sono contenute molte fonti tradite dalla *lex Romana Wisigothorum* (o *Breviarium Alarici*), riordinate in 12 libri. Nel 1241, il testo tradotto dal latino al Castigliano, assunse il nome di *Fuero Juzgo*. In argomento, UREÑA Y SMENJAUD, *La Legislación gótico-hispana* cit. 342 ss.

⁷⁶¹ *Liber iud.* 5.6.3.

quanto sostenuto da Iglesia Ferreiros⁷⁶² e da Biscardi⁷⁶³ - che il provvedimento costantiniano interessò anche l'*emptio* in garanzia senza stima del giusto prezzo.

Il commento visigotico, quindi, nell'assimilare le *commissoriae cautiones* alle vendite del pegno indotte dalla necessità economica, intendeva definire i contorni di una realtà storica particolare, caratterizzata dall'abuso dell'*emptio in causam obligationis* cui si ricorreva probabilmente (per effetto di quella prassi avviata dai Severi) per evitare (solo apparentemente) l'ingiustificato arricchimento provocato dal patto commissorio caratterizzato dalla soddisfazione diretta del creditore sulla *res*.

Poiché, però, anche queste convenzioni - se occasionate dallo stato di necessità - potevano cagionare il medesimo pregiudizio, vennero ricomprese nel divieto costantiniano che, nella chiosa visigotica, appare, infatti, circoscritto all'approfittamento del bisogno economico del debitore:

*Brev. CTh. 3.2.1 Commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppignoratam ad tempus vendere per necessitatem promittit: quod factum ista lex revocat et fieri penitus prohibet*⁷⁶⁴.

Di conseguenza, il divieto del patto commissorio potrebbe essersi rivolto, sin dall'origine, secondo quanto testimoniato dall'*interpretatio* visigotica a quelle vendite che, seppur evitando l'incertezza del prezzo, tipica della *retentio iure domini* e del *pactum commissorium pignoris*, determinavano comunque - in caso di violazione del rescritto severiano⁷⁶⁵ e di imputazione a titolo di pagamento della somma mutuata - un approfittamento dello stato di bisogno del debitore.

Il patto Marciano, dunque, potrebbe essere stato il modello utilizzato per evitare la sperequazione e, con essa, l'applicazione all'*emptio in causam obligationis* del divieto costantiniano:

D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. Hyp.*) *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandam...*

⁷⁶² IGLESIA FERREIROS, *Las garantias* cit. 179 ss.

⁷⁶³ BISCARDI, *Lex commissoria* cit. 584 ss.

⁷⁶⁴ *Brev. CTh. 3.2.1.*

⁷⁶⁵ Il riferimento è al rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla riportato nel frammento di Marciano, cfr. D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*): *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, supra, cap. II, § 2.*

E, in effetti, lo spirito del passo, come pure la conferma del divieto della clausola commissoria e degli interessi usurari, è stato mantenuto anche nei successivi progetti di codificazione spagnola⁷⁶⁶.

In particolare, la ley 41 del Codice Alfonsino⁷⁶⁷ riconosceva lecita la vendita del pegno al creditore subordinata all'inadempimento del debitore, purchè l'atto di disposizione si fosse concluso al prezzo di mercato del bene, la cui stima - affidata all'operato dei *boni viri* - diventava il presupposto imprescindibile per la validità dell'*emptio condicionalis*:

Empeñando un ome a otro alguna cosa a tal pleyto, que si la no quitasse a dia cierto, que fuesse suya comprada, de aquel a que la rescebio a peños: dando o pagando sobre aquello que auia dado quando la tomo a peños tanto quanto podria valer la cosa segund aluedrio de omes buenos: tal pleyto como este deue valer...

In merito alla stima del prezzo da corrispondere al debitore, aggiungeva, inoltre, la ley 12, che esso non doveva confliggere né col diritto né coi *mores*, poichè convenire che il creditore divenisse proprietario - o acquistasse il pegno - per l'ammontare del mutuo corrisposto comportava l'invalidità del patto la cui liceità, invece, era assicurata dalla stima del giusto prezzo operata da *los omes buenos*:

Quales pleytos pueden ser puestos por razon de los peños e quales non: Todo pleyto, que non sea contra derecho, nin contra buenas costumbres, puede ser púesto sobre las cosas que dan los omes a peños. Mas los otros non deue valer. E porende dezimos, que si algun ome empeñasse su cosa a otro, a tal pleyto, diciendo assi, si vos non quitare este peño, fasta tal dia, otorgo que sea vuestro den a delante, por esto que me prestaes, o que sea vuestro comprato, que a tal pleyto

⁷⁶⁶ Codice Alfonsino, Ley 41 e 42, Titulo XIII, Partida V (per quanto riguarda la recezione del divieto del patto commissorio) e Ley 12, Titulo XIII, Partida V (per quanto riguarda i criteri da rispettare per la stima del giusto prezzo). L'attenzione per la proporzionalità del bene al prezzo, si evince anche nella Ley 6, Titulo XXVII, Partida III. In argomento, FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio* cit. 43 ss.; G. LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, Barcellona 1968, 21 s., nonché - relativamente ai progetti di codificazione del codice civile - nell'art. 1775 del Proyecto isabelino risalente al 1851 e nell'art. 6 dell'Anteproyecto al codice civile del 1882-1888.

⁷⁶⁷ Las Siete Partidas di Alfonso X (1252-1284) costituisce una raccolta di leggi composta dal diritto romano giustiniano, canonico e feudale, redatta a Castiglia con l'obiettivo di assicurare uniformità giuridica al regno. Il nome originale era "Libro de las Leyes", la denominazione attuale, attribuita all'opera durante il XIV secolo, deriva dalle sezioni in cui l'opera è divisa. In argomento. Le fonti di produzione dell'opera sono rappresentate dal *Corpus iuris civilis*, nonché dall'opera dei glossatori e dei commentatori, tra cui Accursio, e dalle *Decretales* di Gregorio IX, oltre che dai costumi castellani. In argomento, A. GARCÍA GALLO, *El libro de las Leyes de Alfonso el Sabio. Del espéculo a las Partidas*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22/1951-1952, 345; ID., *Los enigmas de las Partidas*, in *VII centenario de las Partidas del Rey Sabio*, Madrid 1963, 27 ss.; ID., *La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis*, in *Anuario de Historia del Derecho*, 54/1984; A. IGLESIA FERREIROS, *Cuestiones Alfonsinas*, in *AHDE*. 55/1985, 95 ss.

como este non deue valer. Ca si atal postura valiesse, non querrian los omes rescebir de otra guisa los peños, e vernia por ende muy grande daño a la tierra, porque cuando algunos estuviessen muy cuitados, empeñarían las cosas, por quanto quier que les diesse, sobre ellas, e perder las yan, por tal postura como esta. Pero si el pleyto fuesse puesto, de guisa, que si el peño no le quitasse, fasta dia cierto, el que lo empeño, que fuesse suyo, vendido, e del otro, comprado, por tanto precio, quanto lo apreciassen los omes buenos, tal pleyto, dezimos que valdria.

In riferimento a quest'ultima fonte, López de Tovar (1496-1560)⁷⁶⁸ ribadì nel XVI secolo la validità del patto commissorio nella forma della vendita con corrispettivo predeterminato:

res fit empti creditorio hominum arbitrio taxado: valet conventio,

probabilmente proprio perchè la vigenza della Ley 41 statuiva la riprovevolezza della convenzione stipulata senza la stima del giusto prezzo:

pactum legis commissoriae in pignoribus reprobatur: nisi convenerit partes quod pro pignorie detur iustum pretium arbitrio boni viri.

Dalla glossa delle due leggi si evince - ulteriormente - la circoscrizione della portata del divieto che non riguardava, dunque, la *retentio iure domini* e l'*emptio* in funzione di garanzia, tout court, ma la sola sperequazione eventualmente sottesa a tali atti di disposizione. In questa prospettiva, si sostenne quindi la validità del patto Marciano⁷⁶⁹.

Interessante, in argomento, la dissertazione di Molina⁷⁷⁰ che, condividendo nel XVI secolo, l'opinione di Bartolo, Panormitano e Covarrubias, definì valida la convenzione in base alla quale, rimasto inadempito il debito, la *res* pignorata si sarebbe considerata venduta al prezzo stimato da un esperto:

Bartolo, citado por Panormitano y otros dice que si el pacto fuese que la prenda se considerará vendida una vez pasado el plazo, el pacto se considerará valido, porque se interpretaría que se el sentido del pacto es que quedará vendida al justo precio estimado por un

⁷⁶⁸ G. LÓPEZ DE TOVAR, *Glosas a las Partidas* II, Salamanca 1555.

⁷⁶⁹ NICOLAUS DE TUDESCHIS (ABBAS PANORMITANUS), *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, Venetiis 1571, 142v ss. (*de usuris*); D. DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variarum ex iure pontificio, regio et Caesareo resolutionum libri III*, Venetiis 1580, appendix 2.7; L. DE MOLINA, *Tratado sobre los préstamos y la usura*, Cuenca 1597, disp. 324, 189 ss. (rist. Madrid 1989).

⁷⁷⁰ MOLINA, *Tratado sobre los préstamos* cit. 189 ss.

varón prudente. Esta opinión me agrada y es la sentencia común, aprobándola, entre otros, Covarrubias.

In opposizione a chi sosteneva che tale patto, nascondendo in realtà una convenzione usuraria, fosse da ritenersi illecito, Molina ribadì, inoltre, che l'usura si riconnette, ineludibilmente, ad un lucro disonestamente percepito dal creditore, assente - invece - in una convenzione nella quale le parti decidono di estinguere il debito - rimasto inadempito - con la *datio* di una *res* di valore corrispondente: il che costituisce, peraltro, la giusta pena⁷⁷¹ per il debitore inadempiente:

...si eso se hiciera como carga impuesta por razón del préstamo, y como lucro por él, sería ciertamente usura; pero si se hiciera para que el acreedor quede indemne y recoja finalmente la compensación por el bien debito, no habrá usura. Añade que se puede imponer lícitamente esa carga al deudor como pena justa si no se pagase en el plazo establecido...

Anche Febrero⁷⁷², negando il carattere generale del divieto del patto commissorio, ancora nel XVIII secolo, riconobbe nella stima del giusto prezzo - propria del patto Marciano - un utile correttivo, atto ad evitare l'operatività della proibizione costantiniana; ed un secolo più tardi, in riferimento a dette convenzioni, Gutiérrez Fernández⁷⁷³ negò il configurarsi degli effetti negativi, tipici del patto commissorio, quali appunto la sperequazione e l'iniquità, poiché, attraverso la stima del giusto prezzo, il creditore recuperava l'importo del mutuo ed il debitore riceveva l'eventuale residuo:

...no hay en este caso los peligros que acompañan al pleito comisario, porque apreciada la cosa se le da el valor que le corresponde; el acreedor recibe el importe de la deuda y el deudor toma lo restante.

In tutte le riflessioni proposte, evidente è la comune matrice sottesa sia al divieto degli interessi usurari sia alla proibizione del patto commissorio: entrambi i provvedimenti, infatti, mirano ad assicurare l'esatta equivalenza tra quanto dato e quanto percepito dal creditore.

⁷⁷¹ In questa affermazione evidente è il richiamo alla giustizia retributiva dispensatrice di premi e punizioni in base a ciò che ciascuno merita. In argomento, FALCONE, *Ius suum cuique tribuere* cit. 142 ss.

⁷⁷² J. FEBRERO, *Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico práctica de principiantes I/2*, Madrid 1789, rist. 1990, 22.

⁷⁷³ B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Código estudios fundamentales sobre Derecho civil español*⁵ V, Madrid 1881, 283.

Detta considerazione esula, quindi, il patto Marciano dall'ambito di operatività del divieto e, con esso, esclude anche la *retentio iure domini* e l'*emptio in causam obligationis* se accompagnate dalla stima del giusto prezzo.

Il dato è evidente anche nel Proyecto isabelino del 1851 che, in riferimento alla codificazione civilistica del divieto del patto commissorio, di cui all'art. 1775, recitava:

El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella aunque así hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele, tiene derecho a hacerla vender en subasta pública, o a que se la adjudique a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematarla con arreglo a la ley.

La stessa potestà di ritenere - in caso di inadempimento dell'obbligazione restitutoria del mutuo - la proprietà del bene vincolato in garanzia previa stima del giusto prezzo, ricorre, a delimitare la portata del divieto del patto commissorio, anche nell'Anteproyecto del Codice civile spagnolo del 1882 che, all'art. 6, confermava:

No puede el acreedor apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, salvo pacto en contrario. No existiendo este pacto, y una vez vencido el plazo del pago, tiene el acreedor derecho, a que se venda en pública subasta, o a que se le adjudique, en defecto de postura legalmente admisible, por el mismo precio en que un tercero hubiera podido rematarla con arreglo a la ley.

Evidente, dunque, nell'analisi del diritto storico spagnolo, è la recezione di un divieto la cui portata - probabilmente per l'influenza dell'interpretazione visigotica - non può certo definirsi generale.

L'intento dell'imperatore Costantino doveva essere stato, dunque, nel 320 d.C., proprio quello di vietare non i trasferimenti della proprietà in garanzia ma, l'approfittamento dello stato di necessità del debitore e la diffusione delle convenzioni usuarie; sensazione, quest'ultima, confermata - oltre che dalla tradizione visigotica e dai successivi progetti di codificazione spagnoli - anche dalla decretale di Innocenzo III, "*Ad nostram noveris audientiam*", contenuta nella raccolta di Gregorio IX⁷⁷⁴, che vietava specificamente il patto commissorio nel pegno

⁷⁷⁴ *Decretalium Gregorii Papae IX compilatio*, 3.17.5, cfr. *supra*, cap. III, § 1. Sulla stretta connessione tra proibizione della vendita con patto di riscatto e provvedimenti volti a sanzionare l'usura, BUSSANI, *Patto di riscatto e patto*

ammettendo, invece, la vendita con patto di retrovendita - seppur astrattamente idonea a realizzare una funzione di garanzia - a meno che la convenzione non nascondesse interessi usurari:

...cum revera contractus usurarius ageretur: quod patet ex eo, quod creditor debitori promisit, quod quandocunque a septennio usque ad novennium daret quadraginta tarenorum, quae vix dimidiam iusti pretii contingebat, domos eius restitueret, et olivas.

La vendita con patto di retrovendita, in effetti, altri non è se non un'*emptio* risolutivamente condizionata⁷⁷⁵ alla mancata restituzione del prezzo (corrisposto dal compratore al venditore); se percepito a titolo di mutuo, quest'ultimo, ben si presta a configurare, infatti, la somma da versare per il riscatto del pegno, realizzando, quindi - in caso di inadempimento - gli stessi effetti prodotti da un'*emptio in causam obligationis*.

Il fatto che il Papa abbia riconosciuto la liceità della vendita risolutivamente condizionata, a meno che la convenzione non nascondesse un negozio usurario, potrebbe rappresentare un'ulteriore prova della limitata portata applicativa del divieto costantiniano - circoscritto, quindi, ai soli atti di disposizione caratterizzati da sperequazione - come pure l'attenzione per il *iustum pretium*, menzionato nei capitoli III (da Papa Alessandro III) e VI (da Innocenzo III) del medesimo titolo della raccolta di Gregorio IX, in cui si ribadisce la legittimazione del venditore *deceptus ultra dimidia iusti pretii*, ad agire per ottenere la restituzione della cosa o l'integrazione del residuo.

La dottrina⁷⁷⁶ - ed in particolare quella italiana - tuttavia, oltre a considerare generale la proibizione in questione, ha letto - probabilmente per il favore accordato ai "debitori bisognosi"⁷⁷⁷ - nella decisione di Innocenzo III la volontà di vietare anche le vendite, ogni qualvolta esse

commissorio cit. 354 s. e 359 ss. e bibliografia ivi citata, in cui si evidenzia la tendenza del diritto storico francese, italiano e tedesco ad ammettere la vendita con patto di riscatto qualora il prezzo di quest'ultimo si intendesse coincidente con quello di vendita.

⁷⁷⁵ Tale fattispecie veniva, infatti, utilizzata, per eludere il divieto del patto commissorio, recepito con portata generale dall'art. 2744 c.c. Precedentemente, invece, si era riconosciuta, come anticipato, la liceità della vendita fiduciaria a scopo di garanzia, nella quale il creditore assumeva tacitamente l'obbligo di restituire il bene al debitore in caso di adempimento, individuando la differenza rispetto al patto commissorio nel fatto che il trasferimento avveniva prima dell'inadempimento, cfr., per ulteriori dettagli, CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. 15 ss. In effetti, sulla scia della tradizione francese, i vari progetti di codificazione civilistica italiani avevano rivelato un iniziale apprezzamento per la vendita con patto di riscatto avente finalità di garanzia individuando in essa addirittura un istituto in favore del debitore poiché, attribuendo al creditore il bene per un prezzo stimato da periti si evitavano il dispendio e le spese dell'eventuale vendita all'asta consentendo, altresì, al debitore di riottenere il bene allo stesso prezzo cui la *res* era stata trasferita, cfr. BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio* cit. 359 ss. e bibliografia ivi citata, in particolare, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509, in Il Codice Civile. Commentario* (dir. P. Schlesinger), Milano 1987, 11 ss.

⁷⁷⁶ Per tutti, BIANCA, s.v. «Patto commissorio» cit. 713 ss.

⁷⁷⁷ P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil III. Observations des tribunaux d'appel*, Osnabrück 1827, rist. 1968, 190; *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin u. Leipzig 1888 (Nachdruck 1983), II, 341.

nascondessero “un’anormale funzione di garanzia” - che, infatti, è stata considerata⁷⁷⁸ il presupposto per l’operatività del divieto - a prescindere dalla valutazione in concreto del carattere sperequativo degli atti e dall’ottenimento effettivo di interessi usurari.

Il risultato è stato il rifiuto di qualsiasi convenzione avente ad oggetto il trasferimento della garanzia in proprietà anche se, qualche studioso⁷⁷⁹, già in passato, aveva riconosciuto l’utilità del patto Marciano quale meccanismo atto a riequilibrare economicamente le reciproche prestazioni delle parti evitando, nel caso di violazione del divieto, che la nullità della clausola si estendesse all’intera fattispecie negoziale.

L’intransigenza della posizione dottrinale - il riferimento è sempre all’Italia - non ha consentito, tuttavia, di riconoscere la liceità di taluni negozi, quali la vendita con riserva della proprietà⁷⁸⁰ ed il trasferimento fiduciario (della proprietà in garanzia)⁷⁸¹ utilizzati, nonostante l’attualità del divieto del patto commissorio - oltre che da paesi di common law come l’Inghilterra - anche da Stati appartenenti alla tradizione giuridica romanistica, quali la Germania⁷⁸² e la Francia⁷⁸³.

⁷⁷⁸ Costante è l’affermazione che il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio, a prescindere dal contenuto, se impiegato in funzione di garanzia, cfr. s.v. «*Patto commissorio*»: Cass. civ., n. 11924 del 23 ottobre 1999, in *Foro it.*, Rep. 1999, n. 8; Cass. civ., n. 7740 del 20 luglio 1999; Cass. civ., n. 1233 del 10 febbraio 1997, in *Contratti* 1997, 455 ss.; Cass. civ., n. 6112 del 1° giugno 1993, in *Riv. dir. comm.* 1994/II, 135 ss.

⁷⁷⁹ F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996; 445 ss.; G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 457 ss.; CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. 22 ss.

⁷⁸⁰ “Eigentumsvorbehalt”, in Germania; “reservation of title”, in Inghilterra. L’istituto è stato recepito dalla Francia con apposita legge, cfr. Legge n. 80-335 del 12 maggio 1980.

⁷⁸¹ La giurisprudenza tedesca ha elaborato l’istituto della “Sicherungsübereignung” che, per molti versi, ricorda la *fiducia cum creditore* romana perché contempla il trasferimento della proprietà del bene conferito in garanzia con l’obbligo di restituirlo al debitore dopo il pagamento del debito. A questo contratto che, in caso di inadempimento, prescrive in capo al creditore la facoltà di vendere e di rifarsi sul ricavato restituendo l’eventuale eccedenza al debitore, è possibile, tuttavia, apporre una clausola: la “VerfallKlausel” (clausola di decadenza) per effetto della quale, come in un patto commissorio, il creditore potrà continuare a ritenere la proprietà del bene remunerando, però, il debitore con l’eventuale valore residuo, come previsto dal patto Marciano, cfr. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. 245 ss. In argomento, anche C. G. VAN DER MERWE, *Modern Application of the roman institution of fiducia cum creditore*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001* (cur. L. Vacca), Torino 2003, 327 ss.; BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio* cit. 399 ss.

⁷⁸² R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I, Der einfache Eigentumsvorbehalt*, Heidelberg 1963, 201 ss., e II, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg 1963, 2 ss.

⁷⁸³ J. GHESTIN, *Riflessioni di un civilista francese sulla clausola di riserva della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1981/I, 440 ss.; B. CASSANDRO Sulpasso, *Riserva della proprietà e cessione globale dei crediti d’impresa: il modello tedesco in Francia*, in *Giur. comm.*, 1989, 579 ss.; ID., *La vendita con riserva di proprietà in diritto comparato*, in (cur. L. Vacca), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica II*, Milano 1991, 781 ss. In Francia, di recente, si è riconosciuta la validità della convenzione commissoria accedente al pegno (art. 2348, I co, c.c., introdotto dall’Ordinanza n. 346 del 23 marzo 2006) nonché all’ipoteca (art. 2459 c.c., introdotto dalla medesima ordinanza). Secondo la nuova disciplina può convenirsi che il creditore trattenga il bene conferito in garanzia, previa stima del giusto prezzo e restituendo l’eccedenza al debitore, fatta eccezione per la residenza principale. Si è dunque avuta una vera e propria istituzionalizzazione del patto Marciano. Il divieto continua, tuttavia, ad essere ribadito nel codice del consumo (per effetto dell’art. 37 della citata ordinanza), cfr. BIANCA, *Diritto civile VII* cit. 275 ss.

In merito ai negozi utilizzati per realizzare la funzione di garanzia, particolarmente interessante appare - con specifico riferimento alla Germania - l'istituto della Sicherungsübereignung⁷⁸⁴ (ossia: "cessione della garanzia") che, fermo restando il divieto del patto commissorio⁷⁸⁵ - la cui operatività è esclusa solo per il § 1259 del BGB⁷⁸⁶ introdotto a seguito della direttiva 2002/47/CE⁷⁸⁷ - ammette il trasferimento della proprietà di un bene al creditore con l'intesa fiduciaria di riconsegnarlo al debitore, subordinatamente alla restituzione del mutuo.

Detto istituto, in cui il passaggio del *dominium* è accompagnato da un patto di restituzione, ricorda, molto da vicino, la struttura ed il funzionamento della *fiducia cum creditore*⁷⁸⁸ romana.

⁷⁸⁴ Sviluppatesi parallelamente alla cessione dei crediti in garanzia (Sicherungsabtretung), cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino 2000, 171; M.J. SCHERMAIER, *Sicherungsübereignung und Sicherungszeession im deutschen Recht und im deutschen Rechtskreis*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001* (cur. L. Vacca), Torino 2003, 297 ss.; BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio* cit. 399.

⁷⁸⁵ Recepito dal BGB al § 1229: "Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig" e al § 1144: "Der Eigentümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbrief und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind", in base al quale: "Un accordo intervenuto prima che il creditore sia soddisfatto alla vendita, secondo il quale al creditore pignoratizio, nel caso in cui non sia soddisfatto o non sia soddisfatto puntualmente, spetti la proprietà della cosa o essa gli debba essere trasferita, è nullo". Diversamente dalla tradizione francese e italiana, i cui progetti di codificazione non escludono tout court il patto commissorio, il BGB fu invece, sin dai lavori preparatori, esplicito nel censurare con la nullità ogni accordo che, al pari della *lex commissoria*, prevedesse il trasferimento della garanzia al creditore. Ciò in ossequio al diritto romano i cui postulati, relativi al divieto del patto commissorio, furono accolti nei diritti locali tedeschi ed interpretati in maniera tale da sganciare la proibizione costantiniana dalla sua originale *ratio* tesa ad evitare la sperequazione e l'approfittamento dello stato di bisogno economico del debitore. Il fondamento del divieto fu, infatti, erroneamente individuato dal Reichsgericht nella necessità di evitare un tipo di ipoteca diverso rispetto a quello stabilito dal legislatore, cfr. RGZ 2, 333 (decisione del 5 ottobre 1880 e RGZ 4, 51 (decisione del 2 aprile 1881) e non nella volontà di limitare i tassi di interesse e l'approfittamento dello stato di bisogno economico del debitore (come sostenuto da Francia e Italia nei vari progetti di codificazione). Interessante, però, è che la prassi abbia poi elaborato un meccanismo in base al quale la convenzione commissoria finisca per essere vietata solo se determina uno sfruttamento e un approfittamento della condizione del debitore. In argomento, BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio* cit. 396 ss.

⁷⁸⁶ "Sind Eigentümer und Pfandgläubiger Unternehmer, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen, können sie für die Verwertung des Pfandes, das einen Börsen- oder Marktpreis hat, schon bei der Verpfändung vereinbaren, dass der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand zum laufenden Preis selbst oder durch Dritte vornehmen kann oder dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache bei Fälligkeit der Forderung zufallen soll. In diesem Fall gilt die Forderung in Höhe des am Tag der Fälligkeit geltenden Börsen- oder Marktpreises als von dem Eigentümer berichtigt. Die §§ 1229 und 1233 bis 1239 finden keine Anwendung" (Se proprietario e creditore pignoratizio sono imprenditori, persone giuridiche di diritto pubblico o fondi speciali di diritto pubblico, essi possono concordare, per l'utilizzazione del pegno avente un prezzo di borsa o di mercato, già all'atto del pignoramento, che il creditore pignoratizio di sua iniziativa o ricorrendo a terzi, possa vendere privatamente o che la proprietà passi al creditore pignoratizio alla scadenza del debito. In questo caso, il credito, consistente in un importo corrispondente al prezzo di borsa o di mercato nel giorno della scadenza, si considera come stabilito dal proprietario. Gli articoli 1229 e 1233-1239 non trovano applicazione).

⁷⁸⁷ Direttiva recepita dal Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekengesetzes und anderer Gesetze del 5 aprile 2004, cfr. BGB 2004/I, 502 ss.

⁷⁸⁸ *Supra*, cap. I, § 1.

L'apponibilità alla fattispecie in questione della Verfallklausel⁷⁸⁹ che, in caso di inadempimento, permette al creditore (nonostante la vigenza del divieto del patto commissorio) di continuare a ritenere il bene previa stima del giusto prezzo, sembra, inoltre, richiamare proprio la finalità correttiva caratteristica del patto Marciano.

La Verfallklausel, infatti, prevedendo la restituzione dell'esubero al creditore, vale a sottrarre la Sicherungsübereignung dall'operatività del divieto del patto commissorio - di cui ai §§ 1144 e 1229 del BGB - ma non alle regole generali che disciplinano i rapporti obbligatori⁷⁹⁰ e, in particolare, alle disposizioni di cui al § 138⁷⁹¹ che, per i trasferimenti in funzione di garanzia - in particolare - sancisce, in capo al creditore, il dovere di vendere il bene al giusto prezzo o di appropriarsene, restituendo la differenza di valore al debitore⁷⁹².

Tali regole, operanti anche qualora le parti dispogano espressamente l'esclusione del dovere restitutorio dell'esubero, valgono a configurare l'integrazione dell'*hyperocha* come requisito connaturato ai negozi di trasferimento in funzione di garanzia e, in tal senso, destinata ad operare anche in presenza di un espresso patto commissorio, trasformandolo - nella sostanza - *ex lege*, in un patto Marciano.

Sempre in riferimento al § 138 - già prima del verificarsi dell'inadempimento del debitore - è, inoltre, imposto un controllo⁷⁹³ sull'adeguatezza del valore dei beni conferiti in garanzia rispetto all'ammontare del credito, riconoscendosi - in caso di eccessiva sperequazione tra le prestazioni - l'operatività della così detta *Übersicherung*, ossia del diritto del debitore a liberare l'eccedenza dal vincolo di garanzia⁷⁹⁴.

Nel complesso, dunque, il divieto del patto commissorio recepito dal BGB con portata

⁷⁸⁹ N. REICH, *Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, in *Arch. Civ. Praxis* 1969, 247 ss.; BUSSANI, *Il problema* cit. 188 ss.

⁷⁹⁰ SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* cit. 488 ss.

⁷⁹¹ "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen". La normativa in questione sancisce la nullità del negozio attraverso il quale in approfittamento della situazione di bisogno, dell'inesperienza, della carente capacità di giudizio o della rilevante debolezza di volontà di una delle parti, ci si fa promettere o dare vantaggi patrimoniali palesemente sproporzionati rispetto alla prestazione: "Un negozio giuridico che viola il buon costume è nullo. È nullo, in particolare, un negozio giuridico attraverso cui qualcuno, sfruttando lo stato di costrizione, l'inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza, si lascia promettere o lascia promettere ad un terzo vantaggi patrimoniali per una prestazione che si pongono in evidente sproporzione rispetto alla prestazione".

⁷⁹² BUSSANI, *Il problema* cit. 188 ss.

⁷⁹³ Analogo controllo è previsto anche nel nostro ordinamento dagli artt. 2872 e 2874 c.c. in merito alla riduzione dell'ipoteca qualora il valore dei beni vincolati ecceda "la cautela da somministrarsi", cfr. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.* 3/2000, 8 dell'estratto.

⁷⁹⁴ A. BRAUN, *I trust di garanzia in Germania*, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2000, 41 s., sottolinea che in passato, in assenza delle Freigabeklauseln (clausole di liberazione) deputate a statuire la restituzione dell'eccedenza al debitore, la giurisprudenza dichiarava inefficaci i trasferimenti di garanzia. Tuttavia, le Sezioni Unite del Bundesgerichtshof hanno stabilito che anche in assenza delle suddette clausole di liberazione, permane il diritto del debitore alla restituzione dell'eccedenza, cfr. BGH 27 novembre 1997, in *Neue jur. Wochenschr.* 1998, 671 ss.

applicativa generale, è stato, poi, oggetto di una interpretazione giurisprudenziale che ha condotto al sostanziale riconoscimento della liceità della convenzione annessa all'alienazione con funzione di garanzia.

Il medesimo percorso è stato seguito dalla giurisprudenza tedesca anche in materia di cessione del credito a scopo di garanzia.

Anche nella *Sicherungsabtretung*⁷⁹⁵, infatti, si è avvertita la necessità di impedire gli abusi del creditore, affermandosi l'esistenza dell'obbligo restitutorio a presidio dell'equilibrio tra le prestazioni⁷⁹⁶.

La stessa situazione si registra in Francia⁷⁹⁷ dove, sempre più frequente, è l'adozione di strumenti di garanzia caratterizzati - così come per la *Sicherungsübereignung* - dal trasferimento fiduciario della proprietà⁷⁹⁸, con conseguente riconoscimento della liceità di tutta una serie di operazioni negoziali che nel nostro ordinamento rientrano, invece, nel divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Il riferimento è - specificamente - all'istituto della "fiducie", introdotto dall'ordonnance n. 2006-346 del 23 marzo che ha ridisegnato, in un certo senso, il sistema francese delle garanzie reali, modificando alcune norme del code civil, in modo tale da sottolineare la validità del patto commissorio accedente al pegno (art. 2348⁷⁹⁹, in particolare II co.) e all'ipoteca (art. 2459⁸⁰⁰) previa stima del giusto prezzo⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ R. SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Heidelberg 1988, trad. it. P.M. VECCHI, Milano 1990, 23 ss.

⁷⁹⁶ BUSSANI, *Il problema* cit. 191 ss.

⁷⁹⁷ La proibizione del patto commissorio è sancita in Francia agli artt. 2078 e 2088, rispettivamente in tema di pegno e di anticresi, del code civil. La non espressa previsione del divieto relativamente all'ipoteca è giustificata dalla *ratio* stessa della disposizione finalizzata ad assicurare la *par condicio creditorum*, esigenza non avvertita in tema di ipoteca dove vige l'inderogabilità del procedimento esecutivo immobiliare.

⁷⁹⁸ Istituto molto diffuso nel settore bancario dove è praticata la cessione fiduciaria di titoli e beni incorporali. La dottrina ha poi affermato che la *fiducie* non necessariamente comporta la violazione del divieto del patto commissorio, cfr. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris 1981, 274 ss.

⁷⁹⁹ 1. Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. 2. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. 3. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée (art. 11 dell'ordonnance)

⁸⁰⁰ Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur (art. 14 dell'ordonnance).

⁸⁰¹ Interessante, sul punto, il fatto che i primi due progetti di codificazione del codice napoleonico avevano ammesso il patto commissorio, o meglio il patto Marciano, costruendo la convenzione come un accordo in forza della quale, a seguito dell'inadempimento, il creditore si appropriava del bene vincolato in garanzia previa stima del giusto prezzo. A partire, dal III progetto, tuttavia, il mutato clima politico del Direttorio finì col vietare la convenzione che avrebbe potuto determinare un approfittamento dello stato di bisogno del debitore, cfr. FENET, *Recueil complet I*, cit. 95 ss.; BUSSANI, *Patto di riscatto e patto commissorio* cit. 375 ss.

Detto intervento ha sancito, dunque, il riconoscimento della validità del tradizionale patto Marciano⁸⁰² anche a livello legislativo.

A tenore della nuova disciplina che - contemplando la nullità testuale delle eventuali disposizioni contrarie, è da intendersi tassativa - è lecita, infatti, la convenzione in base alla quale il creditore pignoratizio diventa proprietario del pegno per inadempimento del debitore, ma le sue ragioni sono limitate all'esatto controvalore del credito.

Il bene è quindi sottoposto ad apposita stima nel momento del trasferimento al creditore, in maniera tale da calcolarne il rapporto con l'obbligazione da soddisfare.

In assenza di quotazioni ufficiali, inoltre, il valore del bene è liquidato da arbitri designati concordemente dalle parti, o nominati dal tribunale, e l'eccedenza va versata al debitore o ad eventuali ulteriori aventi titolo.

La nullità del patto è, tuttavia, invocabile, laddove oggetto della garanzia sia l'immobile di residenza del debitore (art. 2459).

La Germania e la Francia hanno, dunque, "ridisegnato e disciplinato la fattispecie del trasferimento della proprietà in garanzia"⁸⁰³ preoccupandosi di tutelare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione e impedendo, con la previsione di specifiche cautele, il perpetuarsi di eventuali abusi. In definitiva, nonostante la vigenza del divieto del patto commissorio, i due Stati hanno ammesso l'operatività di taluni schemi negoziali atipici, atti a realizzare un assetto di interessi non dissimile da quello vietato dall'ordinamento ma caratterizzati - e, per detta via, differenziati - dalla volontà di assicurare il corretto svolgimento della transazione evitando pregiudizi in danno di una delle parti.

In contrapposizione all'operato dei principali ordinamenti a tradizione romanistica, la giurisprudenza italiana ha, invece, ribadito negli anni un'interpretazione estensiva del divieto del patto commissorio riconducendo al dettato di cui all'art. 2744 tutte le cessioni in funzione di garanzia, a prescindere dall'effettività del pregiudizio arrecato al debitore, finendo col sacrificare oltremodo gli interessi degli operatori economici.

Il disposto normativo in questione sancisce, infatti, si per sé la sola nullità delle ritenzioni eseguite per l'ammontare del credito rimasto insoluto ma, non anche di quelle operate previa stima del giusto prezzo:

È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel

⁸⁰² BIANCA, *Diritto civile VII* cit. 277.

⁸⁰³ CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. 251.

*termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno, passi al creditore*⁸⁰⁴. *Il patto*⁸⁰⁵ *è nullo*⁸⁰⁶ *anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno* [artt. 1963, 2798]⁸⁰⁷.

Interessante, tuttavia, appare l'ultimo orientamento della Cassazione⁸⁰⁸ che, ferma restando la vigenza del divieto sancito all'art. 2744 c.c.⁸⁰⁹, ha riconosciuto - in ragione della meritevolezza di tutela dell'interesse imprenditoriale a procacciarsi liquidità senza rinunciare definitivamente alla proprietà di un proprio bene - l'ammissibilità di taluni negozi, quali appunto la vendita con patto di riscatto⁸¹⁰ ed il sale and lease back⁸¹¹ che realizzano, in termini di ritenzione in proprietà della garanzia, gli stessi effetti di una convenzione commissoria, individuando, però, degli "indici di anomalia" in presenza dei quali deve presumersi la nullità della fattispecie, tra i quali, appunto: "l'eccessiva sproporzione tra il valore del bene ed il prezzo di vendita e la situazione di difficoltà economica del venditore".

Allo stato attuale, dunque, la tendenza è quella di verificare, volta per volta, la lesione in concreto dell'interesse tutelato dall'ordinamento che sembra essere proprio la censura della sperequazione e dell'approfittamento dello stato di bisogno economico del debitore.

⁸⁰⁴ L'accordo assume la forma di una vendita in garanzia nella quale il trasferimento della proprietà del bene vincolato è sospensivamente condizionato (cfr. art. 1353 c.c.) all'inadempimento del debitore. La giurisprudenza ha considerato contrari al divieto del patto commissorio anche le vendite risolutivamente condizionate all'inadempimento del debitore, offrendo della norma una lettura più ampia al fine di scongiurare le operazioni, assai frequenti, di aggiramento del divieto.

⁸⁰⁵ L'accordo accede, generalmente, ad una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca) o ad un contratto di anticresi (cfr. art. 1960 c.c.) ma il divieto colpisce anche il patto commissorio autonomamente stipulato.

⁸⁰⁶ Si ritiene, in applicazione dell'art. 1419, I co., che la nullità del patto non importi anche quella del contratto cui esso accede se non quando emerga, in via interpretativa, che le parti senza quel patto non lo avrebbero stipulato.

⁸⁰⁷ Non urta contro tale divieto il cd. "patto Marciano" attraverso la cui stipulazione si consente al creditore di soddisfarsi, nel caso di inadempimento del debitore, sulla cosa stessa attraverso l'assegnazione al prezzo di stima. In tal caso il creditore si approprierà del bene versando al debitore l'eventuale differenza tra il valore del credito e il valore stimato. Non ricorre, pertanto, in questa ipotesi, alcun pericolo di ingiustificato vantaggio del creditore nei confronti del debitore.

⁸⁰⁸ Cass. civ., sentenze n. 1675 del 3 febbraio 2012 e n. 16558 del 2 luglio 2013. Diversamente, Cass. civ., sentenza n. 22314 del 30 settembre 2013, che ha sancito la nullità di una vendita con patto di riscatto o di retrovendita "se il versamento del denaro da parte del compratore non costituisca il prezzo ma l'esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serva solo a porre in essere una transitoria situazione di garanzia destinata a venir meno per effetto dell'adempimento. Tale negozio, pur non integrando direttamente un patto commissorio, costituisce un mezzo per eludere il divieto posto dall'art. 2744 c.c.".

⁸⁰⁹ Per la normativa previgente v. T. BRUNO, s.v. «Ipoteca», in *Dig. It.* XIII.2, Torino 1901-1904, 294.

⁸¹⁰ Nella quale le parti stipulano un mutuo cui si accompagna la vendita di un bene che il debitore ha il diritto di riscattare in caso di esatto adempimento. Secondo il vecchio orientamento giurisprudenziale, poiché il versamento del denaro non costituiva, in questo caso, il pagamento del prezzo ma l'esecuzione di un mutuo e poiché il trasferimento non integrava l'attribuzione del bene al compratore ma l'atto costitutivo di una garanzia, si realizzava in questo caso il negozio vietato dalla legge, cfr. Cass. civ. n. 2725 dell'8 febbraio 2007.

⁸¹¹ Tale fattispecie consiste in un leasing nel quale un imprenditore (lesee), al fine di procurarsi liquidità senza privarsi definitivamente della titolarità di un bene strumentale alla propria impresa, lo vende ad un finanziatore (lessor), che contestualmente glielo concede in locazione consentendogli, alla fine del contratto, di riacquistare il bene ad un determinato prezzo.

Su quest'ultimo punto, le statuizioni normative di cui agli artt. 4, 6 e 8 del d.lgs. 170/2004, infatti, in attuazione della direttiva 2002/47/CE - in materia di "armonizzazione del sistema delle garanzie" - hanno riconosciuto leciti - nel settore finanziario - i trasferimenti rispettosi del "principio di ragionevolezza", e la loro conseguente sottrazione al divieto di cui all'art. 2744 c.c. da intendersi, quindi, proprio in termini di "soddisfazione del creditore non oltre il valore del credito concesso, con conseguente restituzione del sovrappiù ricavato dall'apprensione materiale del bene".

Se la *ratio* sottesa al divieto fosse stata, dunque, fin dalle origini, effettivamente quella di evitare la soddisfazione creditoria oltre l'ammontare del credito, sarebbe più logico riconoscere - come sostenuto dal d.lgs. 170/04 agli artt. 4, 6 e 8 - l'illiceità dei trasferimenti operati a saldo di un debito non onorato, non tanto in considerazione dell'astratta finalità di garanzia del trasferimento, quanto più sulla base dell'effettiva sproporzione tra il valore del credito concesso ed il valore del bene incamerato, conseguente all'assenza di una stima arbitraria.

Per evitare tale sproporzione e, con essa, il gravame giudiziario che l'accertamento in concreto della lesività della convenzione, di volta in volta, ingenera, potrebbe utilizzarsi, quale rimedio operante *ex ante*, proprio il patto Marciano richiedente, appunto, la stima del valore del bene.

Detto correttivo, se recepito a livello codicistico, potrebbe correggere l'interpretazione dell'art. 2744 c.c. e consentire la configurabilità dei trasferimenti con scopo di garanzia come fattispecie lecite in ogni settore economico- in ossequio ai principi della direttiva CE, già recepiti nell'ambito finanziario col d.lgs. 170/04 in tema di pegno (art. 4) - supplendo anche alle pecche relative alla limitata esperibilità di un'eventuale azione rescissoria (1448 c.c.) configurabile - quest'ultima - allo stato attuale, solo in caso di lesione *ultra dimidium*.

In definitiva, se la vera *ratio* del divieto del patto commissorio fosse, già di per sé, quella di evitare la sproporzione tra il valore del bene incamerato e l'ammontare del credito corrisposto, l'art. 2744 c.c. andrebbe letto ed interpretato in questo senso:

È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore salvo i casi in cui il valore del bene sia stato opportunamente stimato da un terzo e sia stata pattuita la restituzione dell'eccedenza al debitore.

Secondo l'impostazione tradizionale, invece, il divieto del patto commissorio, sancito a tutela dell'interesse di quella considerata, convenzionalmente, la parte debole del rapporto obbligatorio, ossia: il debitore, ha una portata generale giustificata dalla necessità di evitare che

costui - trovandosi in una situazione di subordinazione giuridica nei confronti del creditore - patisca, in caso di mancato adempimento del debito, gli effetti negativi della convenzione, acconsentendo al trasferimento in proprietà del bene ipotecato o dato in pegno al creditore⁸¹².

Seguendo questa impostazione, la giurisprudenza italiana ha, dunque, accostato la posizione del debitore nel patto commissorio a quella del contraente legittimato all'azione generale di rescissione con la precisazione - a volerne marcare le differenze - che, mentre ai sensi dell'art. 1448 c.c., la subalternità si produce sempre al momento della conclusione del contratto, nel patto commissorio, invece, gli effetti pregiudizievoli sono, da un lato, eventuali perché si manifestano solo in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita e, dall'altro, successivi alla conclusione del patto.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza ha ricostruito quale *ratio* dell'art. 2744 c.c. la tutela della *par condicio creditorum* argomentando che l'attribuzione definitiva ed esclusiva del bene, oggetto di pegno o di ipoteca, ad un solo creditore, poteva, nel caso in cui il valore della *res* superasse l'ammontare del credito, frodare l'interesse degli altri creditori a rivalersi in via sussidiaria sull'eccedenza⁸¹³.

Si è anche osservato che il patto commissorio, consentendo forme di soddisfazione dei crediti in via autonoma - se ammesso - sarebbe in contrasto con l'esclusività dell'azione esecutiva statale⁸¹⁴.

Ulteriore giustificazione della *ratio* del divieto si è data sostenendo che la norma in questione sia posta a presidio del divieto di cumulo della garanzia generica ex art. 2740 c.c. e di quella specifica derivante dal pegno o dall'ipoteca.

Il divieto di cumulo della garanzia (specifica e generica) sarebbe desunto, infatti, dal dettato dell'art. 2911 c.c. che vieta al creditore, che ha un pegno o un'ipoteca sui beni del debitore, di pignorarne altri senza aver prima sottoposto ad esecuzione i beni gravati dalla garanzia reale.

Nell'ambito di questa ricostruzione, la giurisprudenza⁸¹⁵ ha, poi, sottolineato che il divieto dell'art. 2744 c.c. prescinde dalla ricorrenza di un effettivo pregiudizio del debitore e, pertanto, per

⁸¹² Cass. civ., n. 1233 del 10 febbraio 1997, in *Contr.* 1997, 455.

⁸¹³ Sulla tutela del credito v., in particolare, F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1946/II, 156, che lamentava la possibile lesione delle regole e cautele disposte a protezione degli altri creditori; L. BARBIERA, s.v. «*Responsabilità patrimoniale*», in *Commentario Schlesinger, Artt. 2740-2744*, Milano 2010, 315, secondo il quale la *ratio* del divieto consiste nel non sottrarre il bene oggetto del patto al potere di aggressione esecutiva dei creditori non partecipanti al patto; in tal senso anche Cass. civ., 18 gennaio 2010, n. 649.

⁸¹⁴ E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.* 1931/II, 689, affermava che il divieto andava a colpire non la possibilità di un arricchimento ingiusto, "ma la stessa autotutela privata, l'autosoddisfacimento da parte del creditore ... non il risultato possibile, quanto il modo stesso di perseguirlo: d'autorità, cioè, dello stesso interessato con sopraffazione di un altro privato". *Contra*, BIANCA, *Diritto civile VII* cit. 282.

⁸¹⁵ Cass. civ., n. 736 del 18 febbraio 1977, in *Giur. It. Mass.* 176.

l'operatività della fattispecie, non deve necessariamente registrarsi una sproporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l'importo del debito.

Come rilevato da Bianca⁸¹⁶, infatti, è proprio la dannosità sociale del patto che giustifica la sanzione radicale di nullità, a prescindere dalla remissione allo strumento giurisdizionale della verifica delle condizioni di abusività in concreto.

Passando, poi, ad esaminare le applicazioni pratiche della proibizione individuate dalla giurisprudenza va, preliminarmente, sottolineato come più volte la Cassazione abbia ribadito l'applicabilità dell'art. 2744 c.c., non solo a qualsiasi negozio⁸¹⁷, ma anche alle ipotesi di collegamento negoziale⁸¹⁸.

In sostanza, la Corte ha ribadito che non deve necessariamente sussistere una clausola negoziale per segnalare l'esistenza del patto vietato, essendo sufficiente la deviazione dallo scopo tipico realizzato dalla fattispecie, ossia la combinazione causale o un collegamento contrattuale tale da far conseguire, attraverso l'interdipendenza degli impegni assunti dalle parti, l'obiettivo dell'illecita coercizione del debitore indotto, in caso di mancato adempimento dell'obbligazione assunta, al trasferimento di un bene (v. Cass. Civ. Sez. II, 19 maggio 2004, n. 9466).

L'esigenza di un'interpretazione globale del contratto - dal tenore letterale delle clausole alla funzione pratica cui l'atto di autonomia è preordinato - è stata confermata anche da una sentenza del Trib. Roma, sez. fall., 16 settembre 2008, in *GI*. 2009, 1409⁸¹⁹ in cui, a margine di una garanzia del pagamento di canoni di affitto (realizzata attraverso lo strumento della cessione dei crediti) si è riconosciuta l'essenza del patto commissorio anche "nell'ipotesi di vendita con patto di riscatto o di retrovendita, qualora il versamento del denaro da parte dell'acquirente non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un finanziamento, in relazione al cui rimborso, il bene serve solo a porre in essere una transitoria situazione di garanzia, destinata a venir meno" (con effetti diversi a seconda che il debitore adempia o meno all'obbligo di restituire le somme ricevute).

L'operatività dell'art. 2744 è stata, invece, esclusa, qualora il trasferimento del bene integri gli estremi di una *datio in solutum* successiva alla nascita dell'obbligazione e volta a soddisfare un precedente debito rimasto, appunto, insoluto⁸²⁰.

Il patto commissorio è, infatti, considerato un'alienazione in garanzia e tale causa - ossia lo scambio - lo distinguerebbe dai negozi con funzione solutoria o liquidativa (come ad esempio, la cessione dei beni ai creditori o il mandato ad alienare⁸²¹)⁸²².

⁸¹⁶ BIANCA, *Diritto civile* VII cit. 284 s.

⁸¹⁷ Cass. civ., n. 1233 del 10 febbraio 1997, in *Riv. Not.* 1998, 299 ss.

⁸¹⁸ Cass. civ., n. 11638 del 30 ottobre 1991.

⁸¹⁹ Su cui v. M. D'AURIA, *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 2009, 1412 ss.

⁸²⁰ Cass. civ., n. 7586 del 5 giugno 2001, e n. 19950 del 6 ottobre 2004, quest'ultima in *Giust. Civ.* 2005/I, 1528.

Le c.d. alienazioni a scopo di garanzia, infatti - oltre al mandato irrevocabile a vendere un bene al creditore per l'adempimento dell'obbligazione e senza obbligo di rendiconto⁸²³ - sono state considerate forme di aggiramento del divieto in questione attraverso l'utilizzo di strumenti codicistici leciti - quali la vendita con patto di riscatto o *de retrovendendo* (artt. 1500 ss. c.c.) e la vendita con riserva di proprietà (artt.1523 ss. c.c.) - ogni qualvolta, consti la volontà di attribuire il bene in maniera definitiva al creditore al solo verificarsi dell'inadempimento di un debito.

Nella prima ipotesi, ossia nel caso della vendita con patto di riscatto, le parti, per evitare di incorrere nella sanzione di nullità delle clausole che sanciscono la restituzione di un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita - *ex art. 1500 capoverso c.c.* - stabiliscono, già al momento della conclusione del contratto, un prezzo del bene equivalente alla somma ricevuta a mutuo, maggiorato delle spese e degli interessi dovuti fino al termine fissato per l'esercizio del riscatto.

A tal riguardo un risalente orientamento giurisprudenziale riteneva che la vendita con patto di riscatto, anche se stipulata a scopo di garanzia, sempre che sia vera e reale, non incorresse nella sanzione di nullità stabilita per il patto commissorio, stante la strutturale non assimilabilità a tale clausola (che determina l'effetto traslativo in danno del debitore, in dipendenza ed in conseguenza, anche cronologica del suo inadempimento) del patto di riscatto che attribuisce, invece, al venditore soltanto il potere di conseguire a pena di decadenza, nel termine e con le modalità fissate dalla legge, il riacquisto del bene, a prescindere da qualsiasi incidenza sull'efficacia reale della vendita che avviene immediatamente e direttamente in ragione del solo consenso *ex art. 1376 c.c.* e, indipendentemente, dal mancato esercizio del riscatto.

Né, d'altra parte, lo scopo di garanzia potrebbe, di per sé, determinare la nullità della vendita con patto di riscatto sotto il profilo dell'illiceità del motivo ai sensi dell'art 1345 o del negozio in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*⁸²⁴.

In sostanza, si deduceva l'illiceità del patto commissorio sotto condizione sospensiva e la liceità del patto afferente alle alienazioni fiduciarie, dotate di effetto traslativo immediato.

⁸²¹ Secondo Cass. civ., n. 6112 del 1° giugno 1993, una procura a vendere un immobile rilasciata dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipula del mutuo si configura come un patto commissorio vietato laddove la mancata restituzione della somma sia l'evento dedotto in condizione ai fini della realizzazione della vendita; cfr. pure Cass. civ., n. 5635 del 15 marzo 2005, che sottolinea la necessità di un nesso teleologico o strumentale tra la vendita del bene e il mutuo orientato al trasferimento della proprietà.

⁸²² Secondo RAAPE, *Die Verfallklausel* cit., 60, e, più di recente, CIPRIANI, *Patto commissorio* cit., 116, detto patto avrebbe funzione meramente solutoria in quanto accede a negozi che costituiscono il vincolo di garanzia.

⁸²³ La giurisprudenza ha però escluso l'applicabilità dell'art. 2744 c.c. ogni qual volta il mandato abbia lo specifico scopo di soddisfare con il ricavato i creditori in genere del debitore (attuazione del principio di tutela della *par condicio*): Cass. civ., n. 13708 del 7 dicembre 1999, in *Riv. Not.* 2001, 458.

⁸²⁴ Cass.civ., n. 7385 del 12 dicembre 1986, in *Nuova giur. Civ. comm.* 1987, 742 ss.

Nel 1989 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸²⁵ si pronunciarono, però, mutando l'orientamento precedentemente espresso e riconoscendo che la vendita con patto di riscatto determinante l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempimento del debitore, è nulla anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva) configurando ugualmente un mezzo per eludere l'art. 2744 c.c. e ricadendo, pertanto, proprio nell'ambito operativo dell'art. 1344 c.c., sotto il profilo dell'illiceità della causa *ex art.* 1343 c.c. (avendo le parti adottato uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge).

In questi casi, però, la censura di nullità investiva il solo patto commissorio stipulato a latere dell'obbligazione restitutoria, con conseguente inefficacia del trasferimento del bene oggetto della stipulazione, ma non anche dell'obbligazione restitutoria che restava - infatti - del tutto valida indipendentemente dalle sorti del patto accessorio vietato.

In effetti, nonostante la previsione legislativa, il patto commissorio può essere anche autonomo⁸²⁶, ossia prescindere dalla costituzione di una garanzia reale, tipica o atipica⁸²⁷, così come può essere stipulato non simultaneamente alla costituzione del pegno o dell'ipoteca (o di altra garanzia) ma, successivamente ad essa (cd. *ex intervallo*).

Anche quest'ultima forma ricade nel divieto dell'art. 2744, I co., poiché lo stato di soggezione del debitore, che induce alla convenzione vietata, non sarebbe superato ma, anzi, si manifesterebbe ulteriormente nella messa a disposizione di meccanismi negoziali più vantaggiosi per il creditore, consistenti nella "perdita del bene senza conteggio del suo valore"⁸²⁸ da parte del debitore.

Su tale aspetto, giova, infine, ricordare le parole di una recente decisione della Cassazione⁸²⁹ che ha affermato che la vendita con patto di riscatto o di retrovendita stipulata fra il debitore ed il creditore, ove determini la definitiva acquisizione della proprietà del bene in mancanza di

⁸²⁵ Cass. civ., SS.UU., n. 1611 del 3 aprile 1989, e n. 1907 del 21 aprile 1989, in *Foro it.* 1989/I, 1428, che riprendono degli spunti già tracciati dalla sentenza Cass. civ., n. 3800, 3 giugno 1983, in *Foro it.* 1984/I, 212, in cui già si faceva notare l'irrelevanza del momento dell'effetto di trasferimento del bene. Va osservato al riguardo che lo scopo fiduciario non è tale da incidere sulla causa traslativa sottesa all'operazione negoziale, in tal senso non bisogna concepire le alienazioni fatte a detto titolo come meramente provvisorie, in quanto potrebbero assumere carattere definitivo a seguito dell'inadempimento, esattamente come per il patto vietato.

⁸²⁶ Può consistere anche in un contratto preliminare di compravendita: v. Cass. civ., n. 11924 del 23 ottobre 1999, in *Giur. It.* 2000, 1599, e Trib. Torino 8 aprile 2002, in *Giur. Merito* 2004, 48.

⁸²⁷ In argomento, A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli 1999, 201 s., e F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli 1997, 110, che ritiene valido il patto di per sé, spiegando la ratio del divieto con la sua inconciliabilità con le forme di garanzie reali tipiche.

⁸²⁸ BIANCA, *Diritto civile VII* cit. 287.

⁸²⁹ Cass. civ., n. 10986 del 9 maggio 2013, inedita, che accosta il patto Marciano alle fattispecie di pegno irregolare e di riporto finanziario che escludono, in radice, la possibilità di abuso attraverso l'attuazione di meccanismi compensativi.

pagamento del debito garantito, è nulla per frode alla legge in quanto diretta ad eludere il divieto del patto commissorio.

Interessante il fatto che il principale elemento, sintomatico della frode, sia individuato proprio nella sproporzione tra l'entità del debito ed il valore del bene dato in garanzia, in quanto il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha presunto, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* che, in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito sicché, ove questa sproporzione manchi - come nel pegno irregolare, nel riporto finanziario e nel cosiddetto patto Marciano (procedendosi al termine del rapporto alla stima del bene ed al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito) - l'illiceità della causa è esclusa.

Differente configurazione avrebbe, invece, la vendita fiduciaria a scopo di garanzia che si distingue dalla vendita con patto di riscatto dissimulante un mutuo garantito da patto commissorio perché nel negozio fiduciario la proprietà si trasferisce al compratore che assume, però, l'obbligo, derivante dal patto interno ad efficacia meramente obbligatoria, di ritrasferire il bene al venditore se questi estinguerà il debito garantito, mentre nel negozio simulato - pur essendo apparentemente convenuto il trasferimento immediato della proprietà (sottoposto a condizione risolutiva a favore del venditore che voglia riprendere la cosa mediante la tempestiva restituzione del prezzo) - le parti (ponendo in essere un patto commissorio) concordano in concreto che il compratore-creditore diventi proprietario dell'immobile solo qualora il debitore non adempierà il suo debito nel termine stabilito⁸³⁰.

La prevalente dottrina e giurisprudenza è, attualmente, orientata a stabilire la nullità del patto anche nelle vendite fiduciarie ogni qualvolta sia perseguito, in concreto, un fine di garanzia.

Anche il patto Marciano, in tale contesto, è caratterizzato dall'essere un'alienazione in funzione di garanzia, cui accede però la clausola della giusta stima successiva alla scadenza del debito⁸³¹.

A tal proposito, la giurisprudenza ha reputato sufficiente che tale stima venga affidata ad un terzo, scelto di comune accordo o, relativamente al quale sia prefissato il criterio di scelta; diversamente, ossia in sussistenza di circostanze e condizioni che impediscano l'accertamento obiettivo del valore del bene (prezzo prestabilito; preventiva decurtazione del valore; incongruità dei parametri di valutazione⁸³²) il patto resta nullo.

⁸³⁰ Cass. civ. n. 3843 del 6 giugno 1983.

⁸³¹ Così sfugge dalle maglie della sanzione di nullità, in particolare ove, in caso di mancato riscatto del bene venduto, il mutuante possa trattenere definitivamente l'immobile, pagando un supplemento di prezzo da determinarsi in misura adeguata al valore dell'immobile stesso: Cass. civ., n. 2696 del 27 novembre 1951, in *Foro it.* 1952/I, 11.

⁸³² V. ad esempio Cass. civ., n. 1233 del 10 febbraio 1997, in *Foro it.* 1997/I, 2982.

Allo schema di detta convenzione marciana si riferiscono proprio i moderni contratti di garanzia finanziaria, in cui - come già anticipato - viene ribadita l'esigenza che l'appropriazione delle attività finanziarie, diverse dal denaro, abbia luogo fino a concorrenza del valore dell'obbligazione garantita, con la previsione dei criteri di valutazione⁸³³.

Nello specifico, l'articolo 1, I co., lett. d), del d.lgs. 170/2004⁸³⁴ inquadra i "trasferimenti a scopo di garanzia" tra i contratti di garanzia finanziaria, individuando anche i soggetti coinvolti nelle operazioni 'scriminate' dall'articolo 6, co. II⁸³⁵ che dispone l'inapplicabilità a detti trasferimenti del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Tale deroga espressa risolve, positivamente, la questione dell'idoneità dello scopo di garanzia ad assumere rilevanza giuridica nell'ambito di uno schema contrattuale traslativo di un diritto in favore del soggetto garantito, ossia il creditore.

Di particolare interesse, ai nostri fini, oltre alla configurabilità di un divieto esteso solo in via interpretativa anche a figure affini a quelle menzionate dal Codice civile, risulta, dunque, la

⁸³³ V. art. 4.1.b del dlgs. 170/2004, su cui di seguito nel testo.

⁸³⁴ Decreto attuativo della legge 3 febbraio 2003, n. 14, (legge comunitaria 2002), di recepimento della direttiva 2002/47/CE (GUCE. 27 giugno 2002, L 168). la più attenta dottrina che si è occupata della materia all'indomani del varo della Direttiva ha rimarcato come "l'attuazione della direttiva [...] porrà notevoli questioni di ordine sistematico, contribuendo a ridisegnare [...] la cornice normativa tradizionale delle garanzie e della responsabilità patrimoniale. Le più spinose fra le questioni da affrontare atterranno proprio ai meccanismi di autotutela e alle regole e criteri di controllo sull'esercizio del diritto", considerato che la nuova normativa solleva delicati problemi di tutela del debitore e dei terzi (F. MACARIO, *Modificazione del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca IV*, Milano, 2006, 204).

Articolo 1.1.d: contratto di garanzia finanziaria: il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrano in una delle seguenti categorie:

1) autorità pubbliche, inclusi gli organismi del settore pubblico degli Stati membri incaricati della gestione del debito pubblico o che intervengano in tale gestione o che siano autorizzati a detenere conti dei clienti, con l'esclusione delle imprese assistite da garanzia pubblica;

2) banche centrali, la Banca centrale europea, la Banca dei regolamenti internazionali, le banche multilaterali di sviluppo, come definite all'adall'allegato VI, parte 1, sezione 4, della direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, il Fondo monetario internazionale e la Banca europea per gli investimenti;

3) enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, inclusi:

a) enti creditizi, come definiti dall'articolo 4, punto 1), della direttiva 2006/48/CE, inclusi gli enti elencati all'articolo 2, della medesima direttiva; b) imprese di investimento, come definite dall'articolo 4, paragrafo 1, punto 1), della direttiva 2004/39/CE, del 10 maggio 1993; c) enti finanziari, come definiti dall'articolo 4, punto 5), della direttiva 2006/48/CE;

d) imprese di assicurazione, come definite dall'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/49/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, e dall'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2002/83/CE; e) organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, quali definiti dall'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985; f) società di gestione, quali definite dall'articolo 1-bis, paragrafo 2, della direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985;

4) controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione, quali definiti dalla direttiva 98/26/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, articolo 2, rispettivamente alle lettere c), d) ed e), inclusi enti analoghi che operano sui mercati dei contratti futures, come definiti dall'articolo 1, comma 2, lettera f), del testo unico della finanza, delle opzioni e dei prodotti finanziari derivati non sottoposti a tale direttiva;

5) persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese e associazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito ai numeri da 1) a 4);

⁸³⁵ Articolo 6.2: Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile.

disposizione dell'articolo 4 (escussione del pegno) del d.lgs. 170/2004 che introduce la fattispecie "lecita" del patto commissorio, nella versione del patto Marciano.

Riporto il testo:

I. Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto:

a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita;

b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione;

c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

II. Nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignoratizio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza.

In tema di contratti finanziari si può altresì citare il *sale and lease back* ovvero locazione finanziaria di ritorno, in cui l'imprenditore vende alla società finanziaria un bene di sua proprietà che poi quest'ultima gli concederà in leasing⁸³⁶.

In questo modo, alienando il bene, l'imprenditore si procura una liquidità di cui ha evidentemente bisogno, ma mantiene il godimento del bene e può anche riacquistarne la proprietà al termine del contratto, esercitando il diritto di opzione.

Si tratta di un contratto generalmente lecito, in quanto socialmente tipico, ma che si riconosce illecito in presenza degli indici sintomatici codificati dalla giurisprudenza (ad es. difficoltà economiche dell'impresa venditrice) legittimanti il sospetto di un approfittamento della

⁸³⁶ Cfr. art. 2425 bis IV co. che offre una sua definizione 'contabile' come una delle operazioni di compravendita con locazione finanziaria al venditore.

sua condizione di debolezza, sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente⁸³⁷.

Per evitare l'accertamento in concreto, opportuna, appare la soluzione adottata dalla Francia che - come segnalato - ha ridisegnato, per effetto dell'ordonnance n. 2006-346 del 23 marzo 2006, il sistema delle garanzie reali, in modo tale da sottolineare la validità del patto commissorio accedente al pegno (art. 2348⁸³⁸, in particolare II co.) e all'ipoteca (art. 2459⁸³⁹) attraverso la codifica del patto Marciano⁸⁴⁰.

In Spagna, le attuali statuizioni dell'articolo 1859 del código civil, relative al divieto del patto commissorio, lontane dalla lettera dei vecchi progetti di codificazione⁸⁴¹ del diritto storico spagnolo, sanciscono in maniera inequivocabile, l'incomunicabilità tra sfera obbligatoria e sfera proprietaria, nel senso che la seconda non può essere messa in questione da eventuali inadempienze che interessino la prima (cfr., a proposito dell'anticresi, l'articolo 1884)⁸⁴²:

El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

Nonostante il cambiamento di rotta, determinato - ad opinione di Feliu Rey⁸⁴³ - dall'influenza della chiesa cattolica, nonché del legislatore italiano, la giurisprudenza spagnola ha ammesso, tuttavia, l'operatività del patto Marciano come correttivo del patto commissorio, avvicinandosi - per queste vie - all'originaria versione dell'articolo elaborato nei due precedenti progetti di codificazione del 1851 e del 1882 che, delimitando in partenza la portata applicativa del divieto, presentavano il vantaggio di evitare di ricorrere, volta per volta, all'accertamento in concreto della lesione dell'assetto di interessi tutelato dallo Stato:

⁸³⁷ Cass. civ., n. 1273 del 21 gennaio 2005, in *Giust. Civ.* 2006/I, 184; Cass. civ., n. 5438 del 14 marzo 2006, in *Contr.* 2007, 522; BIANCA, *Diritto civile VII* cit. 293 ss.

⁸³⁸ 1. Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. 2. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. 3. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée (art. 11 dell'ordonnance).

⁸³⁹ Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur (art. 14 dell'ordonnance).

⁸⁴⁰ BIANCA, *Diritto civile VII* cit. 277.

⁸⁴¹ *Supra*, cap. III, § 3.

⁸⁴² In generale v. WEGMANN STOCKEBRAND, *Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio* cit. 95 ss.

⁸⁴³ FELIU REI, *La prohibición del pacto comisorio* cit. 66 ss., cfr. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia* cit. 25 ss., L. DÍEZ PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*¹¹ III, Madrid 2004, 501; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentario a los artículos 1822-1886 del Código civil. Comentarios al Código civil y compilaciones forales XXIII*, Madrid 1979, 371; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid 1984, 196.

El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella aunque así hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele, tiene derecho a hacerla vender en subasta pública, o a que se la adjudique a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematarla con arreglo a la ley⁸⁴⁴,

No puede el acreedor apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, salvo pacto en contrario. No existiendo este pacto, y una vez vencido el plazo del pago, tiene el acreedor derecho, a que se venda en pública subasta, o a que se le adjudique, en defecto de postura legalmente admisible, por el mismo precio en que un tercero hubiera podido rematarla con arreglo a la ley⁸⁴⁵.

In definitiva, l'attuale tendenza giurisprudenziale sembra delimitare la portata applicativa del divieto del patto commissorio, recuperando, per questo verso, quella che doveva essere - fin dalle origini - la *ratio* del provvedimento costantiniano, volto a sanzionare l'*asperitas* della *retentio iure domini incerti pretii* e l'abuso della condizione di bisogno economico del debitore, testimoniata dall'*Interpretatio Visigotorum* di CTh. 3.2.1.

⁸⁴⁴ Proyecto isabelino del 1851, art. 1775, *supra*, cap. III, § 3.

⁸⁴⁵ Anteproyecto al codice civile del 1882, art. 6, *supra*, cap. III, § 3.

Conclusioni

Le differenze connesse all'esercizio del diritto di ritenzione⁸⁴⁶ - nella *fiducia cum creditore*, nel *pignus* e nell'*emptio in causam obligationis* - hanno costituito il punto di partenza della sovrapposta prospettiva d'indagine, volta ad esaminare - nell'ambito delle garanzie reali - la "forza contrattuale" delle parti in stretta connessione con le linee evolutive del sistema giuridico e delle coordinate storico-sociali, verificando - anche alla luce delle riflessioni giurisprudenziali attinenti all'*aequitas* e alla *bona fides* - le influenze che esse esercitarono sullo sviluppo del *creditum* e sull'evoluzione del concetto di garanzia.

La disgregazione della compagine sociale e le trasformazioni del sistema economico⁸⁴⁷, caratteristiche della crisi del V secolo a.C., comportarono, infatti, l'esigenza di garantire

⁸⁴⁶ LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención* cit. 16 ss.; E. NARDI *Ritenzione e pegno Gordiano* cit. 85 ss., ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Fonti e casi* cit. 7 ss. e 197 ss.; ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano II. Profilo storico* cit. 93 ss.; ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano III. Dogmatica giustiniana* cit. 7. Lo studioso attribuisce alla *retentio* tre diversi ambiti di applicazione. Il primo, "tecnico" (essenzialmente "processuale") consistente nella concessione di un'*exceptio doli iure retentionis* volta a paralizzare, per ragioni di equità, la *rei vindictio* esercitata dal debitore inadempiente per il recupero di una *res* trattenuta senza titolo dal creditore chirografario e a consentire a quest'ultimo la ritenzione del bene fino all'estinzione del debito. Il secondo, "convenzionale", riferito al pegno, e, in particolare, al *pignus Gordianum* [C. 8.26(27).1.2] che, sulla base di un presunto accordo tra le parti (desunto dai papiri Flor. I 86, BGU III 741 e Lips. I 10) riconosceva al creditore pignoratizio la possibilità di continuare a ritenere i beni del debitore anche in seguito all'adempimento dell'obbligazione garantita, fino all'estinzione di eventuali ulteriori debiti chirografari (intercorsi tra i medesimi soggetti) e/o delle spese sostenute. Il terzo, "atecnico", ossia riferito all'effetto "commissorio" conseguente all'esercizio del diritto di ritenzione della garanzia. A quest'ultimo ambito interpretativo si riferisce l'espressione utilizzata nel presente lavoro finalizzato, appunto, ad evidenziare l'evoluzione dell'effetto commissorio, ossia della ritenzione in proprietà che nell'istituto del *nexum* riguardava la persona del debitore, nella *fiducia cum creditore* una *res* appartenente a quest'ultimo e nel *pignus datum* e nel *pignus conventum*, almeno fino all'introduzione del divieto costantiniano, si configurava soltanto come eventuale ed alternativo alla vendita del bene a terzi. Ad opinione di Nardi, quindi, non sarebbe possibile utilizzare l'espressione "*ius retinendi*" in maniera univoca dovendo distinguersi necessariamente tra *retentio* "processuale", accordata al creditore chirografario sprovvisto di un'apposita *actio pigneraticia* [D. 13.7.8 pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*)], *retentio* "convenzionale" (che si esaurisce nel pegno) ed effetto "commissorio" conseguente all'esercizio del *ius retinendi* e, quindi, alla ritenzione in proprietà della garanzia, cfr. NARDI, *Ritenzione e pegno Gordiano* cit. 85 ss.; ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano I* cit. 213 ss.; ID., s.v. «Ritenzione (*dir. rom.*)», in *NNDI*. cit. 167 ss.; J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La retención de la cosa ajena* cit. 9-12, in particolare, in riferimento a D. 30.70 (Gai. 18 *ad ed. prov.*) individua nella *retentio* tecnica (ossia processuale) una sorta di pegno poiché, autorizzando il creditore a trattenere la *res* del debitore fino all'adempimento, essa realizzava proprio una funzione di garanzia. L'autore identifica, inoltre, nell'*exceptio inadimplenti contractus*, propria delle obbligazioni bilaterali a base fiduciaria, quali ad esempio l'*emptio*, un tipo di *exceptio doli (iure retentionis)* utilizzata proprio per continuare a trattenere la *res* del debitore fino all'adempimento. In argomento anche R. DURAN RIVACOBA, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio* cit. 15 ss.; BUENO DELGRADO, *Pignus Gordianum* cit. 43 ss., concepisce la *retentio* come una misura di equità che consentiva di trattenere una *res* del debitore fino alla soddisfazione del creditore. Si trattava, quindi, di un istituto di diritto materiale e non sostanziale e questo spiegherebbe il perché della penuria di riferimenti diretti nelle fonti. Lo studioso interpreta, altresì, il pegno Gordiano, di cui in C. 8.26(27).1.2, come un'eccezione al principio generale del *debitum cum re iunctum* poiché il rescritto imperiale autorizzava la ritenzione di una *res* pignorata a prescindere dalla sussistenza di una relazione diretta col credito vantato. In questo caso, la ritenzione sarebbe legittimata esclusivamente da motivi di equità; L.F.P. LEIVA FERNÁNDEZ, *Derecho de retención. (Caracterización. Efectos. Requisitos. Teoría general. Retención irregular y anómala. Facultad de retención y derecho penal)* cit. 25 s.

⁸⁴⁷ L. CRACCO-RUGGINI, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica*, Milano 1968, 694 ss.; F. DE MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma* (cur. A. Dell'Agli, T. Spagnuolo Vigorita), Roma 1979, 10 ss.; ID., *Storia economica di Roma antica I*, Roma 1980, 22 ss.; ID., *Nuovi studi di economia e diritto*

l'adempimento delle obbligazioni, fino ad allora assicurato dalla *fides*⁸⁴⁸, con l'adozione di apposite cautele, tra le quali il *nexum*⁸⁴⁹ e l'*addictio*⁸⁵⁰.

Quest'ultimo provvedimento che, a differenza del primo, si caratterizzava per la mera eventualità dell'instaurazione del vincolo di dipendenza sul debitore, permette già di cogliere i primi elementi di mitigazione dell'effetto commissorio che, da preventivo e negoziale⁸⁵¹, divenne⁸⁵², col passar del tempo, successivo e giudiziale⁸⁵³, fino a culminare nella definitiva sostituzione dell'esecuzione personale⁸⁵⁴ con le garanzie reali.

romano (cur. F. d'Ippolito), Roma 1988, 15 ss.; C. GABRIELLI, *Contributi alla storia economica di Roma repubblicana. Difficoltà politico-sociali, crisi finanziarie e debiti tra il V e il III secolo a.C.*, Como 2003, 20 ss.

⁸⁴⁸ C. GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana*, in *SDHI*. 20/1954, 259 ss.; LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»* cit. 4 ss.; MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti* cit. 15: "Quelle sanzioni che, fin dai primordi si sono abbattute sui debitori...resisi colpevoli di non aver mantenuto la parola, di aver violato la *fides*, cardine di ogni pacifica convivenza. *Pacta sunt servanda...*". Per l'evoluzione concettuale di *fides* e per i riferimenti alla *fides bona* e alla *bona fides*, v. *supra*, con ampia bibliografia in cap. I, §1, nt. 5.

⁸⁴⁹ *Tab. 6.1*, in *FIRA*. 1.43; Fest. sv. «*nexum*» L. 160; Varr. *l.l.* 7.105, cfr. U.V. LÜBTOW, *Das altrömische nexum als Geiselschaft*, in *ZSS*. 56/1936, 239 ss. J. IMBERT, *Fides et nexum*, in *Scritti in onore di V. Arangio-Ruiz I*, Napoli 1953, 339 ss.; O. BEHREND, *Das Nexum im Manzipationrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*, in *RIDA*. 21/1974, 179 ss.; A. CORBINO, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio (Rem tenens in Inst. 1.119 e 2.24)*, in *SDHI*. 42/1976, 149 ss.; S. TONDO, *Il Nexum e Manilio*, in *Iura* 33/1982, 116; B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano IV. Cum nexum faciet mancipiumque*, in *AUPA*. 42/1992, 50 ss. [= in *Scritti giuridici III* (cur. G. Falcone), Torino 206, 86 ss.]; R. CARDILLI, *Leges fenebres, ius civile ed 'indebitamento' della plebe: a proposito di Tac. Ann. 6.16.1-2*, in *Studi in onore di Antonino Metro I* (cur. C. Russo Ruggeri), Milano 2009, 377-396.

⁸⁵⁰ Nell'*addictio* il vincolo di dipendenza del debitore inadempiente non era contestuale alla concessione del mutuo, come per il *nexum*, ma eventuale e scaturente da una sentenza di condanna che accertasse la mancata restituzione del prestito al creditore.

⁸⁵¹ A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, 31 s. Lo studioso ricorda che nel caso del *nexum* l'assoggettamento del debitore discendeva da un negozio di natura privata utilizzato per ottenere "l'autogaranzia" del soggetto passivo.

⁸⁵² L'espressione si riferisce al "divieto di pegno della persona" conseguente alla *lex Poetelia Papiria de nexis* che, per alcuni, avrebbe eliminato esclusivamente l'autovincolamento preventivo del debitore al creditore conservando, invece, la subordinazione del soggetto passivo sancita da una sentenza di accertamento dell'insolvenza, appunto l'*addictio*, cfr. A. MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La rivolta di Publio Rutilio Rufo*, in *ΦΙΛΙΑ. Scritti per Gennaro Franciosi III* (cur. F.M. D'Ippolito), Napoli 2007, 1626 ss.: "...la *lex Poetelia Papiria* abolì il pegno della persona, nel senso che al creditore non era più consentito di rivalersi sul corpo del debitore se non dopo aver chiesto ed ottenuto una sentenza di condanna"; In argomento, anche L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica*, Milano 1981, 261 ss.; TALAMANCA, *Le Dodici Tavole* cit. 368, nt. 104. Di diversa opinione, F. DE MARTINO, *Riforme del IV secolo a.C.*, in *BIDR*. 78/1975, 231, secondo cui la *lex Poetelia Papiria de nexis*, "vantata come un nuovo inizio di libertà" (Liv. 8.28.1), avrebbe determinato la decadenza di tutte le forme di esecuzione personale, compresa l'*addictio*.

⁸⁵³ Anche con l'*addictio* il debitore inadempiente cadeva sotto il potere del debitore, con la differenza però che in questo caso il vincolo di dipendenza scaturiva da una pronuncia del magistrato in sede di *manus iniectio*, cfr. MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale* cit. 1614.

⁸⁵⁴ G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Studii in onore di L. Labruna VI*, Napoli 2007, 4541 ss.; ID., *La sorte del debitore oltre la morte*, in *Iuris antiqui historia. An international journal on Ancient law* 1/2009; PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale* cit. 261 ss.; MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti* cit. 15 ss. (cfr. Liv. 8.28.9: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*) denuncia la diffusione anche in età tardoantica, nonostante il passaggio dall'esecuzione personale all'esecuzione reale, della pratica di pignoramento del cadavere del debitore, volta però ad impedire la sepoltura (Ambr. *De Tob.* 10, in *PL* 14, coll. 711 s.) nonché la vendita al mercato dei fanciulli, finalizzata a ripagare i debiti del padre (Basil. *Hom. in psalm.* 14.4 in *PG* 29, coll. 277 B.; Ambr. *de Tob.* 8, coll. 769; Greg. Nyss. *Orat. contra usurarios*, in *PG* 46, coll. 433 ss.); la condanna per insolvenza del debitore poteva determinarne la messa a morte (cfr. *Tab. 3.6: Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, ne fraude esto*) e i creditori potevano dividersi il corpo del debitore senza che si ravvisasse frode per chi avesse tagliato di più.

Su di esse o, meglio, su alcuni loro aspetti, si è concentrata la prima parte della ricerca che ha rilevato una sorta di evoluzione strutturale della primigenia garanzia reale (ossia la *fiducia cum creditore*) quasi speculare al modello del *nexum*, isolando, altresì, in riferimento alla fattispecie del *pignus*, una stretta analogia dell'istituto con l'*addictio*.

E, infatti, è verosimile ipotizzare che - ancor prima dell'introduzione della *fiducia cum creditore* - la prima forma di garanzia reale si sia costituita (sulla scia dell'antico *nexum*⁸⁵⁵) semplicemente mancipando una *res* al creditore.

Così come per il *nexum*, quindi, la contrazione del vincolo presupponeva esclusivamente un negozio di trasferimento della proprietà⁸⁵⁶ e la sua estinzione una *solutio per aes et libram* che, per effetto dell'adempimento, determinava il ripristino dello *status quo ante*.

La *fiducia cum creditore*, intesa quale aggiunta di un *pactum fiduciae* alla *mancipatio*, sarebbe, quindi, da considerarsi come un'evoluzione successiva, volta a tutelare il debitore (e non il creditore) riconoscendogli l'esercizio di un'*actio fiduciae*⁸⁵⁷ nel caso in cui il dovere morale di restituire la *res* a seguito dell'adempimento dell'obbligazione non fosse stato rispettato.

In quest'ottica, anche il *pactum vendendi*⁸⁵⁸, successivamente apposto alla *fiducia cum creditore*, con le clausole del *superfluum* e dell'*hyperocha*, potrebbe rappresentare una misura a tutela del debitore che, consentendo al creditore insoddisfatto di rivalersi sul ricavato dalla vendita restituendo l'eccedenza, stemperava l'effetto commissorio connaturato alla ritenzione della garanzia in proprietà.

L'impressione è, dunque, che la condizione debitoria si sia progressivamente mitigata, fino a

⁸⁵⁵ Varr. *l.L.* 7.105 (ed. Goetz-Schoell, Lipsiae 1910, rist. Amsterdam 1964). Dopo aver riportato l'opinione di Manilio, secondo il quale il termine *nexum* è riferibile solo agli atti che si fanno *per aes et libram*, Varrone definisce *nexus* colui il quale veniva a trovarsi *in servitute* del creditore con il quale si era obbligato *per libram*. In riferimento all'istituto del *nexum* è possibile isolare, a ridosso della posizione della dottrina dominante - che lo descrive in termini di autopignoramento del debitore a garanzia di un debito (cfr. L. MITTEIS, *Ueber das nexum*, in *ZSS.* 22/1901, 97 ss.; TALAMANCA, *Le Dodici Tavole* cit. 366 s.; MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale* cit. 1626 ss.; PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale* cit. 261 ss.) - quella della dottrina minoritaria che, poiché il diritto arcaico non conosceva ancora il pegno (che è infatti la negazione della *fiducia*) ha interpretato il *nexum* come un mutuo librare con efficacia esecutiva (cfr. H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes de très ancien droit romain*, Paris 1934, 146 ss.), ossia "come un vincolo costituito nell'impossibilità della prestazione normale, cioè un surrogato dell'adempimento". In particolare, F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, in *SDHI.* 6/1940, 148 ss., sulla base di Liv. 7.17.5; Liv. 8.28 e Val. Max. 6.1, riferisce che nella posizione di *nexi* si ponevano coloro che erano oberati da *grave aes alienum*, cioè coloro che erano nell'impossibilità di adempiere.

⁸⁵⁶ DE MARTINO, *L'origine delle garanzie* cit. 150: "mediante l'auto-mancipatio il debitore si era costituito in uno stato di assoggettamento analogo a quello del *noxae deditus* e per liberarsi doveva ricorrere alla *solutio per aes et libram*. Ecco dunque l'elemento fiduciario del negozio: avrà sempre il creditore liberato il *nexus* dopo che questi aveva pagato con giornate o con anni di lavoro?".

⁸⁵⁷ DE MARTINO, *L'origine delle garanzie* cit. 149: "la *fiducia* è un negozio traslativo della proprietà; mediante la *mancipatio* i beni cadevano sotto la signoria sovrana del creditore ed è estremamente incerto se questo potesse essere costretto giuridicamente a rimancipare le cose ricevute qualora fosse stato soddisfatto. Una *legis actio fiduciae* è quanto di più fantastico si possa immaginare"...

⁸⁵⁸ *Supra*, cap. I, § 1.

giungere alla sostituzione della *fiducia cum creditore* con l'istituto possessorio del *pignus datum*⁸⁵⁹, nonché del *pignus conventum*, in cui il patto commissorio determinante solo in caso di inadempimento il trasferimento della proprietà sembra riproporre, specularmente, il passaggio dal *nexum* all'*addictio* con la differenza, però, che nel caso del *pignus*, la *retentio iure domini* non dipendeva da una pronuncia magistratuale di condanna del debitore insolvente ma da un accordo tra le parti, concluso con un negozio reale in senso improprio (o con l'assunzione di un'obbligazione *non contracta*).

Anche nel *pignus*, come già anticipato per la *fiducia*, alternativa al patto commissorio divenne la previsione del *pactum vendendi* che, con l'affermarsi della morale stoica e della riflessione giurisprudenziale severiana⁸⁶⁰, costituì - in seguito - il modello da seguire per evitare che l'effetto commissorio "*incerti pretii*"⁸⁶¹ producesse sperequazione e confermando, per questo verso, la volontà di tutelare⁸⁶² il "contraente debole" dagli abusi del creditore, consentendogli, attraverso la stima del bene vincolato, il recupero dell'*hyperocha*.

Questa sensazione, più volte avvertita nella ricostruzione proposta nel I capitolo, sembra confermata anche dal decreto di *impetratio domini*⁸⁶³ che, oltre alla possibilità di un riscatto biennale in favore del debitore, imponeva, appunto, alle parti la determinazione preventiva del "giusto prezzo" della *res* trattenuta in pagamento dal creditore.

Ulteriore provvedimento introdotto in favore della parte insolvente sarebbe, poi, l'*emptio in causam obligationis*⁸⁶⁴, consistente in un adattamento funzionale del contratto consensuale di compravendita.

Quest'ultimo chiuderebbe il cerchio degli interventi a tutela del debitore, riconoscendogli l'esercizio dell'azione rescissoria per *laesio ultra dimidium*⁸⁶⁵ (avverso i negozi sperequativi⁸⁶⁶) ed evitando, con la previsione *rem tunc aestimandam* - propria del patto Marciano⁸⁶⁷ - che si verificasse l'ingiustificato arricchimento del creditore, poi stigmatizzato da Costantino con la

⁸⁵⁹ *Supra*, cap. I, § 2.

⁸⁶⁰ *Supra*, cap. II, § 2-3.

⁸⁶¹ *Supra*, cap. II, § 2.

⁸⁶² Il riferimento è al divieto del patto commissorio sancito dall'imperatore Costantino che, nella presente prospettiva di indagine, è stato interpretato come una statuizione editale riferita alle sole clausole determinanti approfittamento dello stato di bisogno economico del debitore e sperequazione tra le prestazioni, cfr. *supra*, cap. II-III.

⁸⁶³ L'istituto è testimoniato in una costituzione di Alessandro Severo del 229, conservata in C. 8.33(34) e in una di Gordiano del 238, in C. 8.33(34).2. Se ne rinviene traccia anche in B. 25.2.50; B. 25.7.57; B. 25.7.58; B. 35.11.56; nonché in numerosi frammenti dei giuristi severiani: D. 27.9.5.3 (Ulp. 35 *ad ed.*), D. 41.1.63.4 (Tryph. 7 *disp.*) e in una costituzione di Diocleziano del 293, conservata in C. 8.13(14).13 e in una di Giustiniano del 530 in C. 8.33(34).3.2, dove compare con l'aggiunta della possibilità di riscatto biennale, *supra*, cap. I, § 1-2.

⁸⁶⁴ *Supra*, cap. I, § 3.

⁸⁶⁵ *Supra*, cap. III, § 2.

⁸⁶⁶ Il riferimento è alla vendite in garanzia il cui prezzo (ossia l'ammontare del mutuo) fosse inferiore alla metà del valore del bene vincolato, *supra*, cap. II, § 2.

⁸⁶⁷ *Supra*, cap. II, § 2.

definitiva “proibizione” dell’*asperitas* del patto commissorio⁸⁶⁸.

La seconda parte del lavoro è stata dedicata alla ricostruzione del patto Marciano⁸⁶⁹ e, per questo verso, alla ricerca di un’interpretazione alternativa da attribuire al divieto della clausola commissoria intesa, appunto, non come proibizione generale bensì, come statuizione rivolta alle *cautiones* ad efficacia reale (accedenti al pegno) e alle *emptiones* in garanzia (senza stima del prezzo) utilizzate per aggirare il divieto delle usure⁸⁷⁰ sfruttando lo stato di bisogno del debitore.

A sostegno di tale ipotesi si pone anche la lettura della costituzione che contiene il divieto⁸⁷¹ che sembra, appunto, finalizzato proprio all’eliminazione dell’*asperitas* cagionata dal patto commissorio facendo in modo che i creditori “riavessero esattamente quanto diedero”:

CTh. 3.2.1 = C. 8.34(35).3 *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas placet infirmari eam... creditores enim, re amissa, recipere iubemus quod dederunt.*

Il provvedimento costantiniano, datato al IV secolo d.C., si inserisce, infatti, in un quadro storico di progressiva mitigazione della condizione debitoria, iniziato già secoli prima con la *lex Poetelia Papiria de nexis*⁸⁷² e proseguito con la *lex Iulia de pecuniis mutuis*⁸⁷³, nonché con

⁸⁶⁸ C. 8.34(35).3 = CTh. 3.2.1.

⁸⁶⁹ *Supra*, cap. II, § 1-2.

⁸⁷⁰ *Supra*, cap. III.

⁸⁷¹ C. 8.34(35).3 = CTh. 3.2.1; B. 25.7.62; PS. 5.26.4. J.L. MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria* cit. 519 ss., traduce *inter alias captiones*, “tra gli altri inganni” sostenendo che il patto commissorio serviva a coprire gli interessi usurari e per quello fu vietato da Costantino che adotta anche altri provvedimenti contro l’usura. CENDERELLI, *Divieto del patto commissorio* cit. 255 ss.

⁸⁷² La legge, datata al 326 a.C., ed attribuita ai consoli Caio Petelio Libone Visolo e Lucio Papirio Cursor, viene presentata nel racconto liviano come una conseguenza della rivolta della plebe, occasionata da un gesto di particolare crudeltà perpetrato da un creditore, tale Lucio Papirio, ai danni del proprio *nexus*, Gaio Publilio che, avendo rifiutato di sottostare alle sue avances, fu flagellato, cfr. Liv. 8.28.1-6. Sulla portata della *lex*, sulle reali cause della stessa e, persino, sulla data della sua emanazione, la dottrina è discorde. Interessante la riflessione di BISCARDI, *La dottrina romana dell’obligatio* cit. 63, relativamente al contenuto della legge. Ad opinione dello studioso, infatti, essa avrebbe proclamato solo la liberazione dei *nexi* che avendo un abbondante patrimonio potevano con un *iusiurandum in iure* impegnarsi a metterlo a disposizione del creditore in cambio della liberazione non determinando, quindi, di per sé, la remissione dei debiti (cfr. Liv. 8.28.7-9: *iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compendibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur*). Tuttavia, i dubbi sull’effettiva solvibilità dei *nexi*, che dovevano trovarsi - almeno la maggior parte di loro - in condizioni di estrema povertà, induce MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti* cit. 55, a sostenere che il *bonam copiam iurare* (cfr. Varr. *l.L.* 7.105: *... omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti*) fosse piuttosto consistito in un giuramento di insolubilità dei debitori determinante la liberazione e la conseguente remissione dei debiti. Accogliendo l’obiezione di Manfredini circa la diffusa condizione di indigenza dei *nexi* che, probabilmente, non avrebbero potuto ripagare il creditore con il proprio patrimonio, potrebbe ipotizzarsi che il giuramento fosse finalizzato a garantire la futura solvibilità dei debitori. In tal caso, la *lex Poetelia Papiria de nexis* non avrebbe determinato la remissione del debito ma solo la liberazione dei *nexi* che si fossero impegnati *in iure* a pagare appena possibile. In argomento anche, G. MACCORMACK, *The lex Poetelia*, in *Labeo* 19/1973, 306 ss.; M. DI PAOLO, *Alle origini della lex Poetelia Papiria de nexis*, in *Index* 24/1996, 275 ss.

⁸⁷³ Altro interessante provvedimento, intervenuto in favore del contraente debole, è rappresentato dalla *lex Iulia de pecuniis mutuis* che, nel 49 a.C., stabilì la remissione dei debiti scaduti e la possibilità per i debitori di liberarsi

l'aggiunta al *pactum vendendi* - sia nella *fiducia* sia nel *pignus* - della clausola restitutoria dell'*hyperocha*⁸⁷⁴. Ulteriori testimonianze di questa tendenza si rinvencono nella rescindibilità della vendita (in garanzia) per *laesio ultra dimidium*⁸⁷⁵, nella proibizione degli interessi usurari e, per finire, nell'emanazione del "divieto" del *pactum commissorium pignoris*.

L'interesse di Costantino ad evitare l'approfittamento dello stato di indigenza del debitore, già censurato da Diocleziano in materia di vendita, è confermato anche da altri suoi provvedimenti adottati nel 325 d.C contro l'usura.

Ulteriore indizio in tal senso è fornito dal *Breviarium Alarici*⁸⁷⁶ e, quindi, dall'*interpretatio Visigothica* dell'editto costantiniano che sottolinea proprio la volontà di censurare e di vietare l'approfittamento dello stato di necessità del debitore⁸⁷⁷:

Brev. (CTh. 3.2.1) *Commissoriae cautiones dicuntur in quibus debitor creditori suo rem, ipsi oppignoratam ad tempus, vendere per necessitatem conscripra cautione promittit...*

Se il divieto di Costantino avesse avuto portata generale, inoltre, i compilatori non avrebbero recepito (né interpolato⁸⁷⁸) alcuni frammenti, tra cui quello di Marciano (considerato, appunto, in dottrina, come un originario patto commissorio) né l'*impetratio dominii*, alla quale aggiunsero addirittura la possibilità del riscatto biennale, tantomeno l'*interdictum Salvianum*⁸⁷⁹, perché le disposizioni sarebbero state in contrasto con CTh. 3.2.1, riprodotto in C. 8.34(35).3.

Probabilmente, quindi, il frammento del giurista Marciano non si riferiva al patto commissorio tout court ma ad un particolare tipo di *emptio in causam obligationis*, eventualmente

dall'obbligazione offrendo in pagamento le proprie terre in base al valore che esse avevano prima della guerra civile e secondo una stima effettuata da appositi arbitri, cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, rist. Hildesheim 1962, 415. Coloro che non potevano avvalersi della *lex Iulia*, potevano, giurando *in iure*, evitare comunque l'esecuzione personale (ma non l'infamia) lasciando tutto il loro patrimonio ai creditori; P. PINNA PARPAGLIA, *La lex Iulia de pecuniis mutuis e la opposizione di Celio*, in *Labeo* 22/1976, 32.

⁸⁷⁴ D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*); D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*).

⁸⁷⁵ *Supra*, cap. III, § 2.

⁸⁷⁶ CTh. 3.2.1 (= Brev. 3.2.1). *Supra*, cap. III.

⁸⁷⁷ Il perché del riferimento alla vendita del pegno al creditore, presente nell'*interpretatio*, *supra*, cap. III, § 3.

⁸⁷⁸ Sulla postclassicità di D. 20.1.16.9 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*) la dottrina è quasi unanime. Però non possiamo escludere che al posto dell'inciso il frammento recasse originariamente un'altra espressione sottintendente il "prezzo di mercato"... cfr. D. 13.7.34 (Marc. *l.s. resp.*): *certo pretio*; FV. 9 (Pap. 3 *resp.*): *nec incerti pretii*; Cato *de agr.* 146; *Ep. Ulp.* 2.11; DE FRANCISCI, *Iustum pretium* cit. 211-217: "la concezione di *iustum pretio* come prezzo normale di mercato della cosa ritengo costituisca un criterio diffuso - e da tempo - in ogni ambiente romano... il criterio e il concetto del *iustum pretium* erano familiari ai commercianti romani già all'inizio del Principato quando Verrio Flacco scriveva il suo *de verb. signif.* cfr. Fest. (Paul.) s.v. «*Coctiones*» [L.44], *supra*, cap. II, § 2.

⁸⁷⁹ E indirettamente anche l'*interdictum de migrando* che vietava di impedire al conduttore di portar via dall'abitazione il superfluo, ossia l'eccedente rispetto ai beni ritenuti in garanzia del pagamento dei canoni dal locatore: D. 43.32.1 pr. (Ulp. 73 *ad ed.*): *Praetor ait: si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto.*

introdotto dai giuristi severiani come correttivo del patto commissorio.

Detto correttivo, che consisterebbe in una sorta di ritenzione in proprietà della *res iure empti* [FV. 9 (Pap. 3 *resp.*)], ovvero *rem aestimandam* [D. 46.3.46.2 (Marc. 3 *reg.*)] permetteva, nel primo caso, di limitare l'arbitrio creditorio nella scelta tra l'esercizio dell'*actio crediti* e del *ius retinendi*, e, nel secondo caso, di trattenere la *res* in pagamento previa stima del giusto prezzo, configurandosi, quindi, come un'*emptio*, caratterizzata dall'"adeguatezza" del corrispettivo.

In questo modo si evitava, come nella *venditio compensato pretio* e nella *datio in solutum*, quell'ingiustificato arricchimento che il creditore, appropriandosi di un bene di valore superiore rispetto alla somma mutuata, conseguiva e che, probabilmente, strideva con i precetti di giustizia e di equità caratterizzanti molti istituti di età severiana [D. 20.1.16.6 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*); D. 42.1.31 (Call. 2 *cogn.*); C. 8.33(34).1].

L'inciso (*rem*) *iusto pretio tunc aestimandam*, di cui in D. 20.1.16.9 (*l.s. ad form. hyp.*) non sarebbe quindi interamente postclassico e l'interpolazione riguarderebbe la sola locuzione *iusto pretio*. Nei Digesta, infatti, sono conservati almeno tredici frammenti attribuiti ad Elio Marciano che testimoniano la classicità del ricorso alla *aestimatio*.

L'ultima parte della ricerca è stata dedicata ad un approfondimento del commento che della proibizione del patto commissorio ha reso l'interpretazione visigotica⁸⁸⁰

Il *Breviarium Alarici*⁸⁸¹, in merito alle ragioni che occasionarono l'adozione del provvedimento, ricalca, infatti, proprio la volontà di censurare l'approfittamento dello stato di bisogno del debitore e i documenti della prassi⁸⁸², relativi alla "prenda" del diritto visigotico, restituiscono prova di una vendita del pegno al creditore conclusa, appunto, previa stima del giusto prezzo con l'intento di integrare l'eventuale valore residuo del bene trattenuto in pagamento dal creditore.

Detta attestazione, ad opinione della dottrina spagnola⁸⁸³, costituirebbe una testimonianza della violazione, negli anni, del divieto del patto commissorio mentre, nella nostra prospettiva d'indagine, essa potrebbe confermare che lo spirito originario della proibizione non coinvolgeva il patto Marciano mantenuto, infatti, dagli spagnoli nei vari progetti di codificazione, unitamente al divieto del patto commissorio e degli interessi usurari.

Chiude il lavoro un breve riferimento agli ordinamenti nazionali, con particolare riguardo a quello tedesco, francese e - da ultimo - anche quello italiano che, nonostante la ricezione del divieto, si sono orientati, nel tempo, grazie anche alla riflessione giurisprudenziale, per

⁸⁸⁰ *Supra*, cap. III, § 3.

⁸⁸¹ *Brev. CTh.* 3.2.1. In argomento, A. D'ORS, *El código de Eurico*, in *Estudios Visigóticos II*, Roma-Madrid 1960, 6 ss.

⁸⁸² *Supra*, cap. III, § 3.

⁸⁸³ *Supra*, cap. III, § 3.

l'ammissibilità delle vendite della garanzia al creditore previa stima del giusto prezzo.

Detta circostanza, proponendo una lettura restrittiva del divieto costantiniano (molto simile all'interpretazione che di esso aveva reso il *Breviarium Alarici*) sembrerebbe confermare che la portata applicativa della proibizione in questione dovette interessare, probabilmente sin dalle origini, le sole convenzioni determinanti sperequazione⁸⁸⁴.

Alla base delle codificazioni degli Stati a tradizione romanistica ci sarebbe stata, quindi, un'erronea interpretazione della reale *ratio* del divieto (recepito nel *Codex Iustinianus*) da intendersi, quindi, non come censura dei trasferimenti in proprietà della garanzia ma solo dell'approfittamento dello stato di bisogno economico del debitore. La reale *ratio*, restituita dal *Breviarium Alarici*, sarebbe confermata dalla tradizione giuridica visigotica e dai documenti della prassi rinvenuti in Spagna⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ *Supra*, cap. III, §3.

⁸⁸⁵ *Supra*, cap. III, § 3-4.

FONTI

I. FONTI GIURIDICHE

a. FONTI PREGIUSTINIANEE

BREVIARIUM ALARICI		14.4.4.3	76.422
		14.15.1	76.425
2.12.6	141; 141.753	14.19.1	76.425
3.2.1	121.654; 125; 127.692; 137.743; 140; 140.750; 143; 144; 144.764; 165; 171; 171.876; 172.881		
4.6.2	127.692	CONSULTATIO VETERIS CUIUSDAM IURISCONSULTI	
		2.7	97.511
CODEX THEODOSIANUS			
		EPITOME GAI	
3.1.1	133.724; 134.729		
3.1.4	133.724; 134.729	2.9.1	6.1
3.1.7	133.724; 134.729		
3.2	51.270		
3.2.1	5; 66; 34.165; 50.257; 58.323; 61.343; 64.355; 87.486; 112; 112.608; 113; 113.608; 125; 127; 127.690; 127.692; 128.698; 128.700; 130; 137.743; 140; 140.750; 141.751; 141.753; 143; 144; 144.764; 165; 170; 170.868; 170; 170.871; 171.876; 172; 172.881	EPITOME ULPIANI	
		2.11	74.405; 77; 77.429; 171.878
		FRAGMENTA VATICANA	
3.3	51.272	9	3; 49.248; 49.251; 49.253; 51.269; 51.274; 53.292; 54.293; 54.296; 58; 58.325; 59; 60; 60.336; 60.337; 60.340; 60.341; 61.346; 65.363; 69.376; 71; 71.386; 72; 72.391; 72.392; 80.457; 81; 83; 83.467; 85; 86; 91.498; 91.499; 103; 118.639; 126.689; 128.699; 171.878
3.3.1	138.746		
3.4	51.273		
3.6.1	116; 116.625		
4.6.8	127.692		
4.12.3	124.673; 124.675		
5.10.1	65.360; 131.711; 138; 138.746		
10.3.1	72.394		
14.3.1	133.724; 134.729	22	77.435
14.4.2	72.394		

GAIUS

Institutiones

1.53	127.692
2.25	9.13; 10.14
2.59	9.13; 10.17
2.60	10.18
2.64	39.195; 40.201; 40.205
2.262	77; 77.433
2.265	76; 76.428
3.14 pr.	6.1
3.22	57.311
3.89	56.309
3.90	6.1; 9.12; 33.159
3.126	33.161
3.139	57.314
3.139-141	56.306
3.140-141	57.313
3.189	127.692
4.26-28	32.153
4.32	32.153
4.36	46.244
4.62	25.118

LEGES DUODECIM TABULARUM

3.6	167.854
6.1	14; 14.39; 167.849
8.10	11.21

NOVELLAE SEVERI

1.2	127.692
-----	---------

PAULI SENTENTIAE

2.5.1	39.199
2.13	15.50; 16.57; 23.102
2.13.1	24.110; 106.580
2.13.3	25.115; 50.259; 141; 141.753; 142
2.13.4	23.104; 49.247; 61.346; 126.689
5.26.4	170.871

b. FONTI GIUSTINIANEE

CORPUS IURIS CIVILIS

Institutiones

1.1.3-4	97.526
1.6.2	123.666
1.8.2	127.692
2.6.9	103.565
2.8	40.205; 41.206
3.2.3 a	127.692
3.14.2-4	33.160
3.23 pr.	57.314
3.23.1	57.314
3.23.3	57.314
4.6.7	29.138
4.8.7	127.692

Digesta

1.1.1.1	97.525
1.1.10 pr.	97.525; 97.526;
	108.588
1.1.10.1	97.526
1.2.2.49	100.537
1.3.1	98.527
1.3.2	98.526
1.3.31	101.554
1.6.1.2	128.692
1.12.1.11	74.405
4.2.1	58.319
4.2.6	58.319
4.2.9 pr.	58.319

4.3.1 pr.	58.318	14.5.8	100.545
4.4.16.4	57.317; 73.403; 132.719	16.2.11	4; 103; 90.494
4.4.38 pr.	4; 100.545; 106; 106.582; 107; 107.585; 107.586	16.2.18 pr.	91.497; 103.567
4.8.23 pr.	52.284	18.1.2.1	81.458
5.3.38	98.527	18.1.7.1	57.313; 57.316
6.1.27.5	31.192	18.1.7.2	56.307; 57.315
6.1.39.1	40.201	18.1.35.1	57.313; 74.408
6.1.40	40.201	18.1.38	57.317; 132.719
6.1.70	72.396; 74.405	18.1.81 pr.	3; 49.247; 49.248; 49.252; 50.258; 51.269; 51.274; 53.292; 54.293; 54.295; 59; 61.346; 69.376; 79; 79.444; 80.452; 84; 84.471; 89; 89.492; 92; 93.505; 93.506; 118; 119.644; 126.689
9.1.1.5	127.692		
9.4.30	33.163	18.2.10	22.95; 23.98
10.2.50	97.525	18.3	52.284
10.3.6.8	39.196; 39.197	18.3.1	53.290
10.3.10.2	72.396; 74.405	18.3.2	15; 15.51; 16.60; 53.285; 53.291
10.3.13	9.13	18.3.3	16.60; 17
11.7.12 pr.	74.405	18.3.4 pr.	49.253; 53.291; 59.327
12.1.1.1	8.7; 36.177	18.3.4.2	52.280
12.1.4.1	7.3; 10.17	18.3.5	53.290
12.3.5.2	94.517; 95.518	18.3.8	52.281
12.3.5.4	94.517; 95.518	18.4.1	53.290
12.4.3.7	97.525	18.5.9	132.719
12.4.15	36.177	18.6.8 pr.	57.313
13.7.1 pr.	33.161	19.1.11.16	39.195
13.7.2	24.106	19.2.1	57.311
13.7.4	38.191; 40.199; 41.201	19.2.22.3	57.317; 73.403; 132.719
13.7.6.1	21.87; 24.110	19.2.23	73.403
13.7.7	24.110	19.5.12	54.301; 80.454
13.7.8 pr.	21.87; 22.95; 166.846	20.1.16.3	4; 94.516; 94.519; 94.520; 108.592; 110; 110.602
13.7.8.1	21.87	20.1.16.6	4; 81.460; 94.519; 108; 172
13.7.8.2	21.87	20.1.16.7	94.519
13.7.8.3	21.87; 21.91; 24.106	20.1.16.9	3; 4; 5; 47.248; 47.250; 47.253; 50.258; 51; 51.268; 51.274; 53.292; 54.293; 54.294; 56.305; 59; 59.327; 59.328; 60.342; 61; 61.345; 61.346; 64.354; 67; 67.369; 72; 74.405;
13.7.8.4	21.87		
13.7.8.5	21.87; 24.107		
13.7.9.2	29.138		
13.7.11.2	10.16		
13.7.13 pr.	41.201		
13.7.16.1	52.281		
13.7.20.3	49.247; 61.346; 127.689		
13.7.22.2	9.13		
13.7.22.3	22.95		
13.7.24 pr.	24.112; 50.260; 50.261		
13.7.34	24.104; 24.107; 51; 61.339; 78; 78.441; 84.470; 84.472; 108.590; 115.623; 118.637; 172.878		

	78.437; 79; 79.447; 80.455; 80.456; 81; 84.470; 84.475; 85; 87; 87.483; 88; 90; 91; 91.498; 91.499; 93; 93.505; 93.507; 94; 94.519; 96; 98.530; 102; 106.581; 107; 108; 108.590; 117; 117.640; 119.647; 126.689; 129; 129.703; 132.720; 133; 133.721; 143.765; 144; 170.878; 172	24.1.7.6 24.1.36 pr. 25.1.8 27.9.5.3 27.9.7.1 28.2.13 pr. 28.8.5.1 30.66 30.70 30.112 pr.	69.378 74.405 97.525 45.236; 108.589; 131.711; 169.863 39.196; 39.197 98.529 72.396; 74.405 74.405 166.846 72.389; 80.456; 83.468; 94.517; 95.521
20.1.21.3	4; 44.228; 60.342; 81.460; 87.482; 91.500; 94.516; 94.520; 98.526; 100.547; 109.592; 109.597; 110; 110.600; 130.713; 171.874; 172	30.112.1 30.114.5 31.54 32.14.2	72.389; 80.456; 83.468; 94.517; 95.521 72.389; 80.456; 83.468; 94.517; 95.521 72.396; 74.405 74.405; 77; 77.432; 132.719
20.1.23.1	33.161		100.545
20.1.35	38.193	32.27.1	16.54
20.3.3	38.193; 43.225	32.101 pr.	9.13; 10.13
20.4.3.2	38.196; 38.197	33.10.9.2	91.497; 103.568
20.4.4	90.496	34.9.15	94.517
20.4.12.1	94.517; 94.518	35.1.33.3	51.284; 52.284
20.4.17	49.247; 61.346; 126.689	35.2.70 36.1.61(59) pr.	45.236; 50.263; 108.589; 130.711
20.4.20	44.228		100.545
20.5.3 pr.	39.193	36.1.76(74) pr.	97.525
20.5.5.1	49.247; 61.346; 126.689	37.10.3.13 38.5.1.12	74.405 74.405
20.5.6	40.201; 49.247; 61.346; 126.689	38.5.1.15 39.2.15.16	45.235
20.5.7.1	42.215	39.2.15.25	33.163
20.5.9 pr.	43.225; 49.247; 61.346; 126.689	39.4.16 pr.	52.282; 72.389; 80.456; 94.517; 83; 96
20.5.9.1	43.227	39.6.42 pr.	10.13
20.5.12 pr.	49.248; 49.253; 51.274; 54.293; 54.297; 59; 59.326; 61.346; 68.376; 83.466; 102; 126.689	39.4 39.4.14 39.4.16 pr.	52.284 52.284 52.282; 72.389; 80.456; 83; 94.517; 96
20.5.13	23.103	40.5.30.6	72.396; 74.405
20.6.8.19	94.517	41.1.31 pr.	26.124
20.6.10.1	40.201	41.1.46	40.201
21.2.11 pr.	51.269	41.1.63.4	45.236; 46.241; 50.263; 108.589; 131.711;
21.3.1.5	34.174		169.863
23.3.12.1	74.405		35.174
23.3.52	72.389; 80.456; 83.468; 94.517; 95.521	41.2.5 41.3.33.4	31.148
24.1.5.5	132.719	41.4.2.3	53.289

42.1.15.3	46.238	4.31.6	91.497; 104.570
42.1.31	44.228; 44.229; 60.342; 81.460; 87.482; 91.500; 98.526; 131.713; 171.874; 172	4.43.2 4.44.1 4.44.2	138.746 133.726 56.308; 58.321; 72.395; 74.405; 130.706; 132; 135; 136; 136.737; 137.741
43.32.1 pr.	62.352; 108.589; 171.879		133.726
43.33.2	108.589	4.44.3	133.725; 133.726
44.3.14.5	41.209	4.44.4	133.726
44.4.4.8	9.12; 9.13	4.44.5	133.726
44.7.1.2	6.1; 9.12	4.44.6	133.726
44.7.1.2-6	9.12; 33.160	4.44.7	133.726
46.1.52 pr.	44.227	4.44.8	72.395; 74.405;
46.1.63	44.227		133.726
46.2.14.1	52.284	4.44.9	133.726
46.3.44	90	4.44.10	133.725; 133.726
46.3.45 pr.	36.179; 69.378; 115.623; 116; 116.627	4.44.11 4.44.11.2	133.726 93.509
46.3.46	83.464	4.44.12	133.726
46.3.46.2	4; 70; 70.384; 72; 72.388; 86.480; 94.517; 95; 105; 172	4.44.13 4.44.14 4.44.15	133.726 133.726 133.726
47.2.49 pr.	49.247; 49.248; 51.269; 51.274; 54; 54.293; 54.299; 59	4.46.1 4.46.2 4.49.2	42.215 74.405; 77 93
47.2.74	39.193; 42.214	4.51.4	70; 36.179; 42.215
47.10.15.32	37.183; 37.184; 38.187	4.54.1	49.253; 59.326
47.10.37.1	94.517; 95.518	4.54.2	55.301; 80.454
47.11.6 pr.	74.405	4.54.7	55.301; 80.454; 136; 136.738
48.7.8	65.362		116; 116.625
48.18.15.1	127.692	5.2.1	72.394
48.22.15 pr.	57.311	5.9.6.5	75.405; 130.707
49.14.3.5	72.396; 74.305; 132.719	5.18.6 5.18.6.1-3	93.510; 105
50.16.188 pr.	46.241; 50.263	5.37.18	42.218
50.16.238.2	29.138; 30; 30.142	5.37.28.5	72.394
50.17.45	9.13; 50.259; 141.753	5.71.11	133.725
50.17.77	15.49	5.74.1	91.497; 91.501; 92; 104; 135; 135.735
50.17.206	112.607		36.179; 44.231; 69; 118.642; 169.863
<i>Codex</i>		8.13(14).13 8.16(17).2 8.19(20).1	33.161 49.247; 61.246; 126.689
2.20.5	130.707; 133.725		49.247; 61.346; 126.689
2.54.3	134.728	8.19(20).1.1	42.215
3.37.3	74.405		33.161
3.38.3	130.707	8.19(20).2	39.192; 166.846
4.10.4	92.503	8.25(26).2	
4.10.10	44.227	8.26(27).1.2	
4.31.5	91.497; 103.569		

8.27(28)	49.247; 61.346; 126.689	8.34(35).1	29; 69.376; 106.579; 115.623
8.27(28).3	44.227	8.34(35).1-3	121.655
8.27(28).4	39.199; 43.222	8.34(35).2	54; 54.300; 55
8.27(28).5	44.227	8.34(35).3 pr.	127.692
8.27(28).7	42.213; 42.216; 43.223	8.34(35).3	64.355; 66; 66.365; 80.451; 106.580; 113;
8.27(28).8	42.215		113.608; 128.700;
8.27(28).9	43.222; 39.199; 44.227		140.750; 170; 170.868;
8.27(28).15	40.201		170; 170.871; 172
8.27(28).20	44.228		40.202
8.29(30).5	112	8.37(38).1	72.396; 74.405
8.30(31).3	90.494; 103	8.40(41).18	126.673; 126.674
8.33(34).1	43.220; 44.230; 45.232; 119.646; 131	8.57(58).1	123.667; 124.673;
8.33(34).2	65.359; 131; 131.714; 169.863	10.19.2	124.675
8.33(34).3 pr.	45.232; 45.237; 65.359	10.26.1.2	72.395
8.33(34).3.2	108.589; 169.863		
8.33(34).3.3a	46.241; 50.263	<i>Novellae</i>	
8.33(34).3.3b	46.239		
8.33(34).3.4	44.230; 45	4.3	49.247; 61.346;
8.33(34).3.5	46.240	126.689	
		120.6.2	71; 71.385

C. FONTI BIZANTINE

Basilica

25.2.50	169.863
25.7.57	131.712; 169.863
25.7.58	169.863; 131.714
25.7.62	170.871
35.11.56	169.863

II. FONTI LETTERARIE

AMBROSIUS

De officiis

		3.6.37	75.412; 75.413
		3.6.41	75.412
		3.9.57	73.402; 75.412; 75.414
3.2.12	75.412	3.9.58	75.412
3.2.13	73.402	3.10.66	75.412
3.5.41	75.412		

<i>De Tobia</i>		<i>De republica</i>	
8	168.854	4.7.7	7.5
10	168.854		
		III. Orationes	
ARISTOTELES		<i>Philippicae</i>	
		5.51	7.5
<i>Ethica Nicomachea</i>		<i>Pro Balbo</i>	
V, 4.1130 a-b	98.526	12	7.5
		<i>Pro Fonteio</i>	
BASILIVS		30	7.5
<i>Homelie in psalmos</i>		<i>Pro Flacco</i>	
14.4	168.854	21.51	15.50; 16.54; 26; 26.120; 27
BOETHIVS		<i>Pro rege Deiotaro</i>	
<i>Commentarius in Topica Ciceronis</i>		8	7.5
10	10.18		
		IV. Rhetorica	
CATO		<i>Topica</i>	
		17.66	10.18; 11.21; 25.118
<i>De agri cultura</i>			
146	171.878	DIO CASSIVS	
146.2	32.151; 59.332	<i>Historia Romana</i>	
146.5	31; 31.146	79(78).11.6	101.553
149.7	31; 31.146	79(78).12.2	101.553
150.6-7	31	79(78).15.2	101.553
		79(78).21.3	101.553
CICERO			
I. Epistulae		DIONYSIVS HALICARNASSENSIS	
<i>Ad Familiares</i>		<i>Antiquitates Romanae</i>	
7.12	10.18; 11.21	2.72.2	7.5
7.12.2	25.118		
II. Philosophica		FESTVS GRAMMATICVS	
<i>De officiis</i>		<i>De verborum significatu</i>	
1.23	7.5	s.v. «Nexum»	
3.15.61	10.18; 11.21; 25.118	[L.160]	167.849
3.17.20	8.6	s.v. «Coctiones»	
3.17.69	57.311	[L.44]	76.419; 171.878
3.17.70	7.5; 10.18; 11.21;	s.v. «Pignus»	
25.118		[L.213]	31.149
3.111	7.5		
17.70	11.21		

11.18	15.44; 21; 22.93		
14	20.87	65 [ed. ARANGIO-RUIZ, PUGLIESE CARRATELLI]	10.19
MANCIPATIO POMPEIANA [FIRA. III, 91]			
	10.19; 22	TABULAE POMPEIANAE SULPICIORUM [ed. CAMODECA]	
2.1-12	21.87	85-87	10.19
3.5-8	22.93	90-93	10.19
3.5-10	27.126		
3.11-15	22.93		
3.11-17	21.87		
3.1-4	13; 13.36	PAPYRI	
3.5-10	15.44	BGU III 741	105.575; 166.846
		Flor. I 86	105.575; 166.846
		Lips. I 10	105.575; 166.846
TABULAE HERCULANENSES			

IV. FONTI MEDIEVALI E CONTEMPORANEE

ALFONSO X		n. 2006-346 del 23 marzo 2006	
			150.783; 153; 153.800;
<i>Siete Partidas</i>		164	
3.27.6	145.766		
5.13.12	145.766	<i>Code civil</i>	
5.13.41	145.766; 146	2078	153.797
5.13.42	145.766	2088	153.797
		2348, I co	150.783
		2348, II co.	153; 153.799, 164; 164.838
GREGORIUS IX		2459	150.783; 153; 153.800; 154; 164; 164.839
<i>Decretalium Gregorii Papae IX compilatio</i>			
3.17.5	121.656; 148; 148.774		
3.21.7	121.656		
7.25.60-62	121.654	SPAGNA	
		<i>Archivo de la Corona de Catalunya</i> (ACA. Berenguer Ramón)	
LIBER IUDICIORUM		II P. 14 (= A. 17)	142.757
5.6.3	143.761	<i>Projecto isabelino del 1851</i>	
		art. 1775	164; 165.165.844
FRANCIA		<i>Anteprojecto al Código civil del 1882</i>	
<i>Lois/Ordonnances</i>		art. 6	164; 165; 165.845
n. 80-335 del 12 maggio 1980		<i>Código civil</i>	
	150.780		

1859	164	n. 7385 del 12 dicembre 1986	
1884	164; 164.842		159.824
		SS.UU., n. 1611 del 3 aprile 1989	
			160; 160.825
GERMANIA		SS.UU., n. 1907 del 21 aprile 1989	
			160; 160.825
<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>		n. 11638 del 30 ottobre 1991	
138	152; 152.791		158.818
1144	151.785; 152	n. 6112 del 1° giugno 1993	
1229	151.785; 151.786; 152		150.778; 159.821
1233	151.786	n. 1233 del 10 febbraio 1997	
1239	151.786; 152		150.778; 158.817;
1259	151	161.832	
		n. 11924 del 23 ottobre 1999	
			150.778; 160.826
ITALIA		n. 7740 del 20 luglio 1999	
			150.778
<i>Codice civile del 1942</i>		n. 13708 del 7 dicembre 1999	
1343	160		159.823
1344	159; 160	n. 7586 del 5 giugno 2001	
1345	159		158.820
1353	155.804	n. 9466 del 19 maggio 2004	
1376	159		158
1419, I co.	155.806	n. 19950 del 6 ottobre 2004	
1448	157		158.820
1500 ss.	159	n. 1273 del 21 gennaio 2005	
1523 ss.	159		164.837
1960	155.805	n. 5635 del 15 marzo 2005	
1963	155; 155.807		159.821
2425bis, IV co.	163.836	n. 5438 del 14 marzo 2006	
2872	152.793		164.837
2874	152.793	n. 2725 dell'8 febbraio 2007	
2740	157		155.810; 157.812
2744	149.775; 153; 154, 155;	n. 649 del 18 gennaio 2010	
	155.808; 155.809; 156;		157.813
	157; 158; 159.823; 160;	n. 1675 del 3 febbraio 2012	
	162; 162.835		155; 155.808
2798	155; 155.807	n. 10986 del 9 maggio 2013	
2911	157		160; 160.829
		n. 16558 del 2 luglio 2013	
			155; 155.808
<i>Corte di Cassazione</i>		n. 22314 del 30 settembre 2013	
n. 2696 del 27 novembre 1951			155; 155.808
	161.831		
n. 736 del 18 febbraio 1977			
	150.815		
n. 3800 del 3 giugno 1983			
	160.825		
n. 3843 del 6 giugno 1983			
	161.830		
		<i>Tribunale di Roma, sezione fallimentare</i>	
		16 settembre 2008	158
		<i>Tribunale di Torino</i>	
		8 aprile 2002	160.826

UNIONE EUROPEA		2002/83/CE	162.834
		2002/47/CE	151; 151.787; 156; 162; 162.833; 162.834; 162.835; 163
<i>Direttive</i>			
1985/611/CEE	162.834	2004/39/CE	162.832
1998/26/CE	162.834	2006/48/CE	162.834

AUTORI

AIELLO V.	22.664; 124.672	BIANCHI FOSSATI VANZETTI M.	138.747
ALBANESE B.	7.3; 8.6; 167.849	BIONDI B.	8.7; 9.12; 17.63; 21.91; 22.95; 33.157; 68.372; 73.401; 75.415; 75.417; 80.453; 90.493; 92.502; 98.526; 121.658
ALBERTARIO E.	41.205; 58.324; 68.372; 72.394; 73.397; 73.399; 73.400; 74; 74.406; 75; 75.413; 77; 77.430; 77.434; 78.436; 80.453; 133.723	BISCARDI A.	3; 9.9; 9.13; 10.13; 10.15; 12.29; 14.38; 14.40; 15; 15.45; 15.48; 15.52; 18; 18.74; 22.96; 26; 26.122; 26.123; 26.126; 28.132; 30.142; 30.144; 32.149; 33.164; 34.165; 38.191; 39.194; 40.204; 45.233; 47.246; 49; 49.247; 49.254; 49.255; 50.260; 51; 51.267; 51.276; 52; 53; 53.288; 55; 55.304; 58; 59; 59.335; 60; 60.337; 60.338; 61.348; 62; 64.358; 65.361; 68.372; 70; 70.382; 74.409; 79; 79.446; 80; 80.450; 81; 88; 88.489; 109.592; 126.685; 128.697; 142; 142.756; 144; 144.763; 167.851; 170.872
AMARELLI F.	123.668		
AMELOTTI M.	58.322; 73.398		
ANELLI F.	150.779		
ARANGIO-RUIZ V.	8.8; 9.12; 11.22; 30.144; 52.278; 53.286; 53.290; 56.306; 57.313; 57.317; 65.361; 68.372		
ARCANGELI A.	31.145		
ARNESE A.	74.409; 101.550; 130.705		
ASCOLI A.	11.21; 20.86; 31.146; 115.621; 117.630		
ASTUTI G.	90.493		
ASVERUS G.	40.199		
AVENARIUS M.	77.431		
BACHOFEN J.J.	21.91; 32.150; 41.21; 78.442; 119.645; 119.648		
BALDUINO F.	106.579	BONFANTE P.	41.205; 72.395; 73.400
BARBIERA L.	157.813	BOULENGER A.	122.662
BATTAGLIA S.	6.2; 7.3	BOVE L.	109.592
BAYNES N.H.	123.672	BRASIELLO U.	117.634
BECHMANN A.v.	11.22	BRASSLOFF S.	134.730
BECK A.	75; 75.411	BRAUN A.	152.794
BEHRENDTS O.	35.170; 167.849	BRAUKMANN M.	32.150; 37.180; 59.331
BELDA MARCADO J.	12.23	BRETONE M.	74.409; 98.527; 140.750
BELLOCCI N.	6.1; 7.5; 9.10; 12.30	BREZZI P.	123.672
BERTOLDI F.	7.5; 9.12; 9.13	BROGGINI G.	133.722
BESELER G.	41.205; 68.372; 80.453; 140.750	BRUNO T.	155.809
BETTI E.	13.33; 35.174; 109.598; 157.814	BRUTTI M.	56.306; 93.511
BIANCA C.M.	49.254; 123.657; 149.776; 150.783; 154.802; 157.814; 158; 158.816; 160.828; 164.837; 164.840	BUCCI O.	73.398; 73.401; 75.415
		BUCKLAND W.	68.372; 74.404; 80.453
		BUENO M.	140.750
		BUENO DELGRADO J.A.	105.576; 166.846

BURDESE A.	6.1; 8.8; 12.29; 14.41; 15.45; 15.50; 15.51; 15.52; 16; 16.53; 16.58; 16.62; 17; 17.63; 17.65; 17.66; 17.70; 18; 18.71; 18.72; 19.75; 19.79; 19.81; 19.83; 20.86; 21.89; 21.90; 21.91; 22.92; 23.101; 23.103; 23.105; 24.107; 29.139; 32.150; 34.168; 34.169; 35.171; 36.175; 37.182; 38; 38.186; 39.194; 39.196; 40; 40.200; 40.201; 41; 41.205; 41.211; 42.218; 43; 43.219; 43.221; 43.226; 44.229; 46; 46.242; 49.255; 50.262; 50.263; 59; 59.333; 59.334; 60; 61; 61.344; 61.348; 69.374; 69.376; 69.377; 70; 70.379; 70.381; 72; 72.390; 74.408; 78; 78.440; 78.442; 79; 79.443; 84.474; 84.476; 88; 88.490; 98.526; 108.589; 109.592; 126.685	CARON P.G. 94.512 CARRELLI E. 35.173; 95.520 CASAVOLA F. 121.658 CASCIONE C. 31.146; 40.199; 56.309; 57.313; 73.403 CASSANDRO SULPASSO B. 150.783 CASTRESANA A. 7.4; 8.6 CENDERELLI A. 34.165; 113.609; 123; 123.667; 123.670; 124; 124.675; 124.677; 124.678; 124.679; 170.871 CERAMI P. 8.6 CERVENCA G. 106.584; 130.705 CHIAZZESE L. 108.591; 109.598 CHESSA V. 38.192 CIMMA M.R. 75.417 CIPRIANI N. 15.45; 49.254; 49.255; 68.371; 118.639; 149.775; 150.779; 150.781; 154.803; 159.822 CLAVERO B. 122.663 CONRAT M. 140.750 CORBINO A. 8.6; 167.849 CORBO C. 102.560; 132.717; 138.747; 138.748; 138.749 CORTELLAZZO M. 7.3 COSTA E. 11.21; 47.246; 57.311; 59.335; 68.372; 80.453; 105.578; 114.610; 114.618; 118.639; 125.682; 126.684; 126.686; 128.697 COSTA P. 28.132; 116.628 COSTABILE F. 22.95 CRACCO RUGGINI L. 167.847; 101.559 CRAWFORD M.H. 14.39 CRIFÒ G. 73.401; 84.473; 97.534; 97.525; 98.532; 102.563; 121.658; 123.666; 123.668; 124.676 CUGUSI P. 31.145 CUIACIUS I. 116.626 D'AURIA M. 158.819 DAUBE D. 53.286 DE BUJAN A.F. 56.306; 57.312
BUSSANI M.	49.254; 117.634; 121.656; 148.774; 149.775; 150.781; 151.784; 151.785; 152.789; 152.792; 153.796; 153.801	
CALDERINI A.	99.534; 100.539; 100.541; 100.547; 101.550; 101.551; 101.553; 101.557	
CALDERONE S.	123.672	
CAMODECA G.	10.19; 20.88; 29.136; 37.184; 43.226	
CAMPITELLI A.	11.20; 121.653	
CANCELLI F.	56.306	
CANNATA C.A.	11.22; 13.33; 33.161; 44.231	
CARCATERRA A.	7.5; 98.526	
CARDILLI R.	7.4; 8.6; 167.849	
CARNELUTTI F.	157.813	

DE CASTRO F.Y BRAVO	164.843	D'ORS A.	3.7; 23.100; 33.157; 128.696; 140.750; 172.881
DE COVARRUBIAS Y LEYVA D.	146.769	DUMÉZIL G.	7.5
DE FILIPPI M.	86.479	DUNAND J.-PH.	11.20; 12.29; 121.653
DE FRANCISCI P.	34.167; 39; 39.198; 40; 40.201; 41.210; 58.324; 68.372; 74.408; 75; 75.413; 75.414; 75.417; 75.418; 76.424; 76.427; 82.461; 95.520; 101.556; 133.723; 171.878	DU PLESSIS P.	108.589
DE GIOVANNI L.	68.371; 94.514; 99; 99.533; 99.534; 99.537; 99.538; 100.540; 100.544; 122.660; 140.750	EBRARD F.	31.147; 32.150; 79.448; 109.592
DE IULIIS F.	6.2; 30.143	EHRHARDT A.	68.372; 74.404; 109.598
DE MARTINO F.	167.847; 167.852; 168.855; 168.856; 168.857	ERBE W.	10.14; 12; 12.23; 16.54; 16.55; 16.62; 18.71; 20.83; 25.114; 28
DE MOLINA L.	146.76	ERNOUT A.	6.2; 7.3; 7.5; 52.283; 114.612; 127.694
DE ROBERTIS F.M.	101.555	FABER A.	68.372; 80.455; 109.598
DE SENARCLENS A.	68.372; 74.404	FADDA C.	42.218; 115.621
DE SIMONE M.	35.173; 44.228; 95.520; 108.591; 109.592; 109.594; 109.595; 109.596; 110; 110.598; 110.599; 111; 111.605	FALCONE G.	9.11; 98.526; 105.577; 129.701; 147.771; 167.849
DERNBURG H.	14.41; 18.71; 22.91; 31.146; 33.162; 36.176; 41.210; 42.218; 43.221; 46.240; 61.344; 69.374; 70.380; 72.393; 78.442; 114.610; 114.617; 115.621; 117.631; 118.636; 118.640; 119.645; 119.648; 120.650; 126.685	FEBRERO J.	147; 147.772
DEVILLA V.	15.45; 20.86; 22.91; 37.185; 41.205; 43.221	FEHR M.	31.147; 47.246; 65.363; 68.371; 68.372; 72.391; 78.442; 80.453; 118.640
DI PAOLO M.	171.872	FELIU REY M.I.	117.633; 121.657; 128.696; 145.766; 164; 164.843
DI SALVO S.	12.30	FERCIA R.	7.5
DÌEZ PICAZO L.	164.843	FERRARA F.	12; 12.26
DILIBERTO O.	7.3; 140.750	FERRINI C.	56.306; 73.400; 79.448; 115.621
D'IPPOLITO F.	32.149; 167.847; 167.852	FINO M.A.	117.629
DIURNI G.	11.20; 121.653	FIORI R.	8.8; 31.145
DOMINGO R.	100.542	FLACH D.	14.39
		FORMIGONI CANDINI W.	138.747
		FRANCIOSI G.	19.76; 47.245
		FREZZA P.	8.7; 9.10; 9.12; 9.13; 10.14; 10.16; 11.21; 11.22; 13.32; 17.67; 25.119; 30.143; 32.152; 33.161; 44.231; 45.234; 46.241; 50.263; 64.359; 69.374; 69.376; 69.377; 69.378; 70; 70.380; 70.382; 70.383; 70.384; 71; 98.526; 108.591; 109.592

FUENTESECA P.	12.29	HEUMANN H.	114.613; 127.693
GABRIELLI C.	167.847	IGLESIA FERREIROS A.	121.654; 142; 142.754; 142.755; 143; 143.758; 144; 144.762; 145.767
GALLO F.	47.245; 74.409; 97.525; 98.526; 98.532; 108.587; 129.702	IMBERT J.	167.849
GARCÍA GALLO A.	145.767	JOSSA G.	76.424
GAROFALO L.	52.281; 91.497; 97.524;	KARLOWA O.	22.91; 31.147
GEIB O.	21.91	KASER M.	6.1; 8.8; 11.20; 13.35; 18.71; 35.173; 44.228; 95.520; 106.584; 108.591; 109; 109.592; 109.595; 110; 110.601; 111
GENZMER E.	68.372; 74.404; 74.405; 75; 75.416; 75.417; 133.722	KLINGENBERG G.	52.282; 52.284; 96.522
GHESTIN J.	150.783	KNIEP F.	40.205
GIACHI S.	62.351; 64.358	KOSCHAKER P.	32.150
GIACCHERO M.	130.705	KOTZEBVE G.CHR.	122.659
GIANGRIECO PESSI M.V.	94.514; 99.534; 100.540; 100.544; 101.551	KRELLER H.	24.110
GIARDINA A.	138.746; 138.747	KÜBLER B.	24.110; 98.526
GIGLIOTTI F.	160.827	KUGEL R.	52.280
GIOFFREDI C.	8.8; 167.848	KUNKEL W.	8.8; 15.46
GIRARD P.F.	11.22	KUNTZE J.E.	31.147
GITTI G.	150.779	KUPISCH B.	106.584
GIUFFRÈ V.	6.1; 65.362	LABAND P.	38.192
GLÜCK C.F.V.	115.621; 117.630; 119; 119.643	LABRUNA L.	31.146; 35.170
GONZALES FERNANDEZ J.	23.100	LAMBERTINI R.	35.170; 140.750
GODOFREDO DE JENA	116.624	LAMBRINI P.	7.5; 9.9; 9.11; 10.17; 11.20; 13.31; 15.42; 19; 19.82
GRADENWITZ O.	17.63; 134.730	LANDROVE DÍAZ G.	145.766
GRÖSCHLER P.	10.19	LANDUCCI L.	53.286; 53.290; 72.395
GROSSO G.	9.11; 9.12; 12.23; 12.29; 14.41; 16.54; 21.90; 73.400	LA PIRA G.	29.135; 30.141; 33.161
GUALANDI G.	97; 97.523; 100.543; 101.549; 106.583	LA ROSA F.	29.135; 109.592
GUARINO A.	7.3; 9.12; 10.17; 11.22; 13.34; 27.127; 27.129; 28.130; 29.135; 32.154; 37.180; 37.181; 38.188; 38.190; 38.191; 46.242; 46.244; 47.245; 53.287; 56.306; 65.362; 82.461	LEICHT P.S.	120.651; 133.722
GUARNERI CITATI A.	68.372; 78; 78.438; 80.453	LEIVA FERNÁNDEZ L.F.P.	105.575; 166.846
GUILARTE ZAPATERO V.	164.843	LENEL O.	10.20; 11.20; 16.61; 21.87; 55; 55.302; 68.371; 68.372; 80.453; 95; 95.519; 111; 111.604
GULLÓN A.	164.843	LEONHARD R.	52.284; 96.522
GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ B.	147; 147.773	LEOTARDUS H.	115.622
HATTENHAUER H.	122.662	LEVY E.	128.698
HERZEN N.	11.21; 20.86; 31.147	LÉVY-BRUHL H.	168.855

LIEBENAM W.	75.417	MAZZA M.	100.544
LIEBS V.D.	106.584	MAZZARINO S.	76.426; 123.672
LOJACONO V.	118.639; 164.843	MEDICUS D.	84.469; 109.598
LOMBARDI L.	7.3; 7.5; 8.6; 8.8; 20.84; 25.118; 167.848	MEILLET A.	6.2; 7.3; 7.5; 52.283; 114.612; 127.694
LONGO C.	6.1; 9.9; 9.13; 10.14; 11.22; 15.45; 16.62; 20.83; 20.86; 22.91; 24.113; 26.125	MELILLO G.	117.629
LÓPEZ DE HARO C.	105.576; 131.710; 166.846	MESSANA V.	94.512
LÓPEZ DE TOVAR G.	146; 146.768	MESSINA VITRANO F.	37.185
LORENZI C.	138.746; 138.747	METRO A.	8.6
LOVATO A.	74.409; 104.573	MEYLAN PH.	56.310
LÜBTOW U.V.	98.526; 167.849	MIGLIARDI ZINGALE L.	10.19; 23.100
LUMINOSO A.	117.635; 118.641; 149.775	MINALE V.M.	73.401
MACARIO F.	162.834	MITTEIS L.	21.91; 36; 36.178; 79.448; 168.855
MACCORMACK G.	171.872	MOMIGLIANO A.	124.672
MAESTERTIUS I.	122.659	MONTAÑANA CASANÍ A.	58.322; 130.706; 130.707; 130.708; 132.719; 133.722; 134; 134.728; 134.731; 134.732; 134.733; 137.745
MAGANZANI L.	32.154	MONTEL A.	43.220
MAGDELAIN A.	11.22	MUSUMECI F.	27.127; 29.140; 70.384; 106.584
MANFREDINI A.D.	19.76; 82.461; 97.524; 97.525; 167.848; 167.854; 170.872	NABER J.C.	16.54; 17.63; 36.178; 68.372; 80.453
MANIGK A.	17.63; 18.71; 21.91; 31.146; 31.147; 32.150; 34.166; 38; 38.189; 40.201; 43.226; 46; 46.241; 47.246; 50.263; 64.359; 80.455; 81; 81.459; 83; 83.465; 84.475	NARDI D.	138.747
MANTELLA A.	84.473; 98.526; 98.532	NARDI E.	36.179; 39.192; 105.575; 105.576; 166.846
MANTICA F.	115.622	NASSER OLEA M.	7.4; 19.80; 27.128; 35.170; 49.247; 118.636
MANZO A.	167.852; 167.853; 168.855	NASTI F.	84.473; 99.538; 101.559; 102.561; 102.564
MARRA P.	22.95	NEBELUNG S.	38.192
MARRONE M.	27.127; 29.136; 29.137; 37.180; 37.183; 38.188; 56.306; 95.520; 109.592	NÈVE F.	122.664
MARTINI J.C.	122.659	NICOLAUS DE TUDESCHIS (ABBAS PANORMITANUS)	146; 146.769
MARTINI R.	7.3; 9.9; 138.747	NICOSIA G.	33.158
MASCHI C.A.	6.1; 7.3; 8.6; 9.10; 33.162; 98.526	NOCERA G.	68.371; 73.401
MASI DORIA C.	40.199	NOORDRAVEN B.	15.45; 18.73
MASSEI M.	103; 103.566	OERTMANN P.	10.14; 12.29; 18.71; 20.86; 22.91; 22.92; 24.107
MAYR R.	114.616	ORESTANO R.	68.371; 68.372; 74.404
		PALAZZINI FINETTI F.	68.372; 80.453

PALAZZOLO N.	99.537	RICCOBONO S.	9.11; 75.415; 78.438;
PALMA A.	97.524; 97.525; 98.527;		78.442; 98.526
	98.531; 100.547;	RICCOBONO S. JR.	132.717
	108.591; 109.593; 111;	RODRÍGUEZ LÓPEZ R.	27.127
	111.606; 132.717	ROMANO A.	120.651
PALMIERI C.	109.592	ROMANO S.	56.306
PARADISI B.	7.5	ROMEO S.	9.11; 10.17; 22.95;
PARIENTE A.	7.3		47.245
PARTSCH J.	74.407	ROTONDI G.	171.873
PASTORI F.	6.1	RUDORFF A.A.F.	20.83
PEPPE L.	7.5; 23.100; 105.577;		
	129.701; 167.852;	SABATER BAYLE I.	122.662
	167.854; 168.855	SACCHI A.	49.255
PERCIVALDI E.	122.660	SACCHI O.	90.495; 113.609;
PERLINGIERI P.	49.254; 152.793		115.621
PERNICE A.	14.41	SACCOCCIO A.	36; 36.177; 36.179;
PEROZZI S.	10.17; 73.400; 74.404		44.231; 46.240; 83.469
PERTILE A.	11.20; 120.651	SALVIOLI G.	11.20; 121.653
PETERLONGO M.E.	117.629	SAMPER F.	15.47
PETERS F.	83.469; 84.475; 85.477	SANFILIPPO C.	100.546; 106.584
PICHONNAZ P.	90.493	SANTORO R.	7.3
PINNA PARPAGLIA P.	171.873	SARGENTI M.	31.146; 109.592;
POTHIER R.J.	53.292		122.660; 132.715;
PRINGSHEIM F.	53.292; 91.497		132.716; 137.742
PRONZATO G.A.	52.284; 115.622;	SASSI A.	160.827
	115.623; 117.632;	SBLENDORIO CUGUSI M.T.	31.145
	117.634; 122.665;	SCEVOLA R.	98.532; 123.671
	123.667; 123.671;	SCHADEWALDT W.	132.717
	129.704	SCHERILLO G.	140.750
PROVERA G.	109.598	SCHERMAIER M.J.	151.784
PUGLIESE G.	13.34; 32.154; 46.244;	SCHIAVONE A.	84.473; 117.629
	79.445; 117.634	SCHINDLER K.-H.	93.511
PUGSLEY D.	35.170	SCHULZ F.	8.8; 16.59; 68.371;
PURPURA G.	8.6; 167.854		109.598
		SCIASCIA G.	106.584
QUADRATO R.	33.158	SECKEL E.	24.110; 114.613;
			127.693
RAAPE L.	36.176; 47.246;	SEGRÈ G.	15.41; 16.62; 20.86;
	118.641; 159.822		22.91; 24.113; 31.146;
RABEL E.	59.331; 68.372; 80.453;		44.228
	32.150	SENN F.	17.63; 98.526
RAGGI L.	106.584	SERICK R.	150.782; 152.790;
RANDAZZO S.	12.30		153.795
RATTI U.	37.185; 39; 39.194;	SIBER H.	43.219; 59.331; 95.520
	41.205; 42.213; 42.218;	SICARI A.	53.287; 53.290; 84.473
	43.219; 43.221; 43.224	SILLI P.	74.409; 94.512
RASCON C.	109.598	SOHM R.	21.91
REALMONTE F.	117.635	SOLAZZI S.	25.114; 68.372; 70.379;
REICH N.	152.789		70.384; 80.453; 90;
RENDORP P.	117.634; 122.659		90.493; 90.496; 91;

	91.497; 92.502; 93;		
	93.508; 130.706;		
	130.707; 133.722;		
	133.723; 137; 137.744		
SOLIDORO MARUOTTI L.	44.231; 98.526;		
	98.532		
SOLMI A.	11.20; 121.653		
SORACI R.	101.558; 102.562		
SPAGNUOLO VIGORITA T.	32.154; 92.502;		
	94.514; 101.558;		
	167.847		
STEINER H.	29.140; 36.179; 59.335;		
	61; 61.344; 68.372;		
	80.453; 126; 126.688		
STOLFI E.	73.403		
TALAMANCA M.	8.8; 11.22; 14.39;		
	15.45; 19.78; 25.119;		
	27.127; 31.146; 37.180;		
	56.306; 56.310; 57.313;		
	74.408; 74.409; 91.497;		
	92; 92.503; 92.504;		
	93.511; 94; 94.512;		
	100.542; 104; 104.571;		
	104.573; 104.574; 135;		
	135.736; 167.852;		
	168.855		
TATARANO G.	49.254		
TAUBENSCHLAG R.	53.292		
TERRANOVA F.	13.30		
TOMMASEO N.	7.3		
TONDO S.	167.849		
TORRENT A.	6.2		
UREÑA Y SMENJAUD R.	140.750;		
	143.760		
VACCA L.	9.9; 46.244; 49.254;		
	97.525; 150.781;		
	150.783; 151.784		
VAN DEN BESSELAAR J.	132.717		
VANGEROW K.A.V.	78.442; 117.631;		
	119.645; 119.648		
VARRONE C.	49.254		
VARVARO M.	57.313		
VERNON ARNOLD E.	75.418		
VILLEY M.	128.701		
VISKY K.	130.706; 133.722;		
	133.723; 136; 136.739		
VOCI P.	9.12; 33.157; 34.169		
VOLTERRA E.	140.750		
WACKE A.	73.403		
WALDE A. HOFMANN J.B.	6.2; 7.5;		
	114.612; 127.694		
WALDSTEIN W.	98.526; 98.532; 128.701		
WARNKÖNIG L.A.	52.284; 54.300; 68.371;		
	115.623; 118.639;		
	118.640; 120.650;		
	121.656; 122.659;		
	123.669; 127.691		
WEBER A.D.	114.617		
WEGMANN STOCKEBRAND A.	61.342;		
	164.842		
WESTPHAL E.CHR.	68.372		
WIEACKER F.	17.63; 35.171; 52.277;		
	53.289; 53.290; 59.331;		
	97.526		
WISSENBACH I.I.	68.372		
WITZ C.	153.798		
WOŁODKIEWICZ W.	73.398		
WUBBE F.	10.17; 35.173; 44.228;		
	95.520; 109; 109.592;		
	109.596; 111; 111.603		
ZAMORA MANZANO J.L.	119.646;		
	127.690; 128.696;		
	131.713		
ZANZUCCHI P.P.	39.194		
ZOLLI P.	7.3		

Riferimenti Bibliografici

- AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*² (dir. M. Talamanca), Milano 1989
- AA.VV., *Costantino, 313 d.C.: L'editto di Milano e il tempo della tolleranza* (cur. G. Sena Chiesa), Roma 2012
- AIELLO V., *Alle origini della storiografia moderna sulla Tarda Antichità: Costantino fra rinnovamento umanistico e riforma cattolica*, in *Studi Tardoantichi* IV/1987, 281 ss.
- ALBANESE B., *L'amicizia nel diritto privato romano*, in *Jus* 14/1963, 130 ss. [= in *Scritti giuridici* I, Palermo 1991, 313 ss.]
- ID., *Per la storia del «creditum»*, in *AUPA*. 32/1971, 5 ss.
- ID., *Rilievi minimi sul credere edittale*, in *Studi in onore di A. Biscardi* I, Milano 1982, 223 ss. [= in *Scritti giuridici* II, Palermo 1991, 1553 ss.]
- ID., *Brevi studi di diritto romano IV. Cum nexum faciet mancipiumque*, in *AUPA*. 42/1992, 50 ss. [= in *Scritti giuridici* III (cur. G. Falcone), Torino 2006, 86 ss.]
- ALBERTARIO E., *Etica e diritto nel mondo classico latino*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 12/1932, 18 ss. [= in *Studi di diritto romano* V, Milano 1937, 1 ss.]
- ID., *Die ethischen und rechtlichen Grundlagen des sozialen Lebens in antiken Rom* (Köln 1939), in *Studi di diritto romano* VI, Milano 1953, 463 ss.
- ID., *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR*. 31/1921, 1 ss. [= in *Studi di diritto romano* III, Milano 1936, 1 ss.]
- ID., *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, in *Riv. dir. comm.* 22/1924, II, 235 ss. [= in *Studi di diritto romano* III, cit., 561 ss.]
- ID., *Due osservazioni sul Fragmentum de formula Fabiana*, in *AUPG*. 32/1920, 215 ss. [= in *Studi di diritto romano* V, cit., 569 ss.]
- ID., *Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *RIL*. 59.6-10/1926, 3 ss. [= in *Studi di diritto romano* V, cit., 439 ss.]
- AMARELLI F., *Vetustas-Innovatio. Un'antitesi apparente nella legislazione di Costantino*, III ed., Napoli 1978
- AMELOTTI M., *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960
- ID., *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali*, in *SDHI*. 27/1961, 241 ss. [= in *Scritti giuridici*, Torino 1996, 492 ss.]
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996

- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960
- ID., *La compravendita in diritto romano I*, Napoli 1952
- ID., *La compravendita in diritto romano II*, Napoli 1954
- ARCANGELI A., *I contratti agrari nel de agricultura di Catone (Prolegomeni)*, in *Studi in memoria di Pier Paolo Zanzucchi*, Milano 1927, 83 ss.
- ARNESE A., *Usura e modus. Il problema del sovrindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari 2013
- ASCOLI A., *L'origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano. Studio storico-esegetico di diritto romano*, Livorno 1887
- ASTUTI G., s.v. «Compensazione» in *ED. VIII*, Milano 1961, 10 ss.
- ASVERUS G., *Die Denunciation der Römer und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit den ersten processeinleitenden Decrete*, Leipzig 1843
- AVENARIUS M., *Der pseudo-ulpianische 'liber singularis regularum'. Entstehung Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen 2005
- BACHOFEN J.J., *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847
- BALDUINO F., *Constantinus Magnus, seu de Constantini imperatoris legibus ecclesiasticis atque civilibus*, Basileae 1556
- ID., *Lex commissoria pignoris*, in *Commentarij De Pignoribus Et Hypothecis, De Conditionibus*, Basileae 1557, 99 ss.
- BARBIERA L., s.v. «Responsabilità patrimoniale», in *Commentario Schlesinger, Artt. 2740-2744*, Milano 2010
- BATTAGLIA S., s.v. «Credutum», in *Grande dizionario della lingua italiana III*, Torino 1964, 946
- ID., s.v. «Pegno», in *Grande dizionario della lingua italiana XII*, Torino 1984, 943
- BAYNES N.H., *Constantine the Great and the Christian Church*², Oxford 1972
- BECHMANN A.V., *Der Kauf nach gemeinem Recht I*, Erlangen 1876
- BECK A., *Christentum und nachklassische Rechtsentwicklung*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano Bologna-Roma 17-27 aprile 1933 II*, Pavia 1935, 89-122
- BEHRENDTS O., *Das Nexum im Manzipationrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*, in *RIDA*. 21/1974, 137 ss.
- ID., *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, in *SC*. 9-10/1997-1998, 133 ss. [= in *Tradere e altri studii*, Napoli 1998, 27 ss.]
- BELDA MARCADO J., *La 'mancipatio fiducia causa' como garantía crediticia*, in *Revista General de Derecho Romano* 9/2007, 1 ss.

- BELLOCCI N., *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana I. Le nuncupationes*, Napoli 1979
- ID., *La struttura della fiducia II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983
- BERTOLDI F., *Alcune osservazioni sulla Fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (cur. M. Lupoi), Torino 2005
- ID., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012
- BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen II*, Tübingen 1914
- ID., *Das Edictum de eo quod certo loco*, Leipzig 1907
- BETTI E., *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano I. Il litis aestimationem sufferre e il iusiurandum in litem*, Pavia 1915
- ID., *Sulla «exceptio rei venditae et traditae»*, in *Scritti giuridici varii II*, Torino 1926, 450 ss.
- ID., *Sul carattere causale della traditio classica (a proposito di studi recenti)*, in *Studi in onore di S. Riccobono IV*, Palermo 1936, 113 ss.
- ID., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.* 1931/II, 689 ss.
- BIANCA C.M., s.v. «*Patto commissorio*», in *NNDI*. XII, Torino 1965, 711 ss.
- ID., *Diritto civile VII. Le garanzie*, Milano 2012
- BIANCHI FOSSATI VANZETTI M., *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*. 49/1983, 190 ss.
- BIONDI B., *Iudicia bonae fidei*, in *AUPA*. 7/1918, 3 ss.
- ID., *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927
- ID., *Scienza giuridica come arte del giusto*, in *Ius* 1/1950, 145 ss. [= in *Scritti giuridici I*, Milano 1965, 147 ss.]
- ID., *Il diritto romano cristiano I-II*, Milano 1952
- ID., *Contratto e stipulatio*, Milano 1953
- ID., *Il diritto romano cristiano III*, Milano 1954
- ID., *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, in *Ius* 9/1958, 289 ss.
- ID., *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, 20 ss.
- BISCARDI A., *Le garanzie reali del credito*, Siena 1957
- ID., *Lezioni ed esercitazioni romanistiche I. Prassi e teoria della lex commissoria* (cur. R. Martini e M. Testi), Siena 1959
- ID., *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti II*, Milano 1962, 573 ss

- ID., *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965
- ID., *L'oratio Severi e il divieto di obligare*, in *Studi in onore di G. Grosso III*, Torino 1970, 245 ss.
- ID., *Riflessioni minime sul concetto di «aequitas»*, in *Studi in memoria di G. Donatuti I*, Milano 1972, 137 ss.
- ID., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976
- ID., *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano II. La proprietà*, Torino 1928
- BOULENGER A., *Historia de la Iglesia*, Barcelona 1934
- BOVE L., s.v. «Pegno», in *NNDI. XII*, Torino 1965, 763 ss.
- BRASIELLO U., *Vendita con patto di riscatto o «de retrovendendo» in funzione di garanzia*, nota a Cass., 4 gennaio n. 53 del 1950, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1950/I, 98 ss.
- BRASSLOFF S., *Zur Lehre von der laesio enormis im Byzantinischen Recht*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 27/1912, 261 ss.
- BRAUN A., *I trust di garanzia in Germania*, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2000, 41 s.,
- BRAUKMANN M., *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008
- BRETONE M., *Storia del diritto romano*⁷, Roma 2000
- ID., *Aequitas. Prolegomeni per una tipologia*, in *Belfagor* 61.3/2006, 338 ss.
- BREZZI P., *Recenti studi su Costantino*, in *Studium* 52/1956, III, 184 ss.
- BROGGINI G., *Interpolationes quae in Iustiniani codice inesse dicuntur*, Köln-Wien 1969
- BRUNO T., s.v. «Ipoteca», in *Dig. It. XIII.2*, Torino 1901-1904, 274 ss.
- BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nel diritto romano II*, Milano 1973
- ID., *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011
- BUCCI O., *Tardo antico, diritto, economia e difesa della romanità in Diocleziano*, in *Diritto ed economia in età tardoantica. Atti del convegno internazionale* (cur. A. Polichetti, F. Tuccillo), Napoli-Campobasso 2006, 7 ss.
- BUCKLAND W., *A text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921
- BUENO M., *El breviario de Alarico: ¿fuente del derecho romano o fuente del derecho visigodo?*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XIV Convegno Internazionale in memoria di G. Nocera*, Napoli 2003, 629 ss.
- BUENO DELGRADO J.A., *Pignus Gordianum*, Madrid 2004
- BURDESE A., *La menzione degli eredi nella fiducia cum creditore*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 324 ss.
- ID., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pegno*, Torino 1949

- ID., s.v. «*Fiducia*» (*diritto romano*), in *NNDI*. VII, Torino 1961, 294 ss.
- ID., *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, in *ASD*. 14-17/1970-1973, 103 ss.
- ID., s.v. «*Vendita (dir. rom.)*», in *NNDI*. XX, Torino 1975, 594 ss.
- ID., s.v. «*Pegno (dir. rom.)*», in *ED*. XXXII, Milano 1982, 662 ss.
- ID., *Recensione a N. Bellocci, La struttura della fiducia II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, in *Iura* 34/1983 178 [= in *Recensioni e Commenti. Sei anni di letture romanistiche*, Padova 2010, 432 ss.]
- BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, Torino 2000
- ID., *Patto di riscatto e patto commissorio: la porta stretta dei codificatori*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001* (cur. L. Vacca), Torino 2003, 352 ss.
- CALDERINI A., *I Severi. La crisi dell'impero nel III secolo*, Rocca S. Casciano 1949
- CALDERONE S., *Costantino e il cattolicesimo*, Firenze 1962
- ID., *Da Costantino a Teodosio*, in *Nuove questioni di storia antica*, Milano 1974
- CAMODECA G., *L'archivio puteolano dei Sulpicii I*, Napoli 1992
- ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii I-II*, Roma 1999
- CAMPITELLI A., s.v. «*Pegno (dir. interm.)*», in *ED*. XXXII, Milano 1982, 675 ss.
- CANCELLI F., *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963
- CANNATA C.A., «*Possessio*», «*possessor*», «*possidere*» nelle fonti giuridiche del basso impero. *Contributo allo studio dei rapporti reali nell'epoca classica*, Milano 1962
- ID., *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura* 21/1970, 52 ss.
- ID., *Traditio causale e traditio astratta: una precisazione storico-comparatistica*, in *Scritti in onore di R. Sacco I*, Milano 1994, 153 ss.
- ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008
- CARCATERRA A., *Iustitia nelle fonti e nella storia del diritto romano*, Bari 1949
- ID., *Dea Fides e fides. Storia di una laicizzazione*, in *SDHI*. 50/1984, 199 ss.
- CARDILLI R., *Bona fides tra storia e sistema*, Torino 2010
- ID., «*Leges fenebres, ius civile*» ed «*indebitamento*» della plebe: a proposito di *Tac. Ann.* 6.16.1-2, in *Studi in onore di A. Metro I* (cur. C. Russo Ruggeri), Milano 2009, 377

- CARNELUTTI F., *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1946/II, 156
- CARON P.G., *'Aequitas' romana, 'Misericordia' patristica ed 'Epikeia' aristotelica nella dottrina decretalistica del Duecento e del Trecento*, Milano 1971
- CARRELLI E., *L'acquisto della proprietà per «litis aestimatio» nel processo civile romano*, Milano 1934
- CASAVOLA F., *La legalità per i cristiani pregiustiniani*, in *Labeo*, 4/1958, 306 ss.
- CASCIONE C., *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003
- CASSANDRO SULPASSO B., *Riserva della proprietà e cessione globale dei crediti d'impresa: il modello tedesco in Francia*, in *Giur. comm.* 1989, 579 ss.
- ID., *La vendita con riserva di proprietà in diritto comparato*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica II* (cur. L. Vacca), Milano 1991, 781 ss.
- CASTRESANA A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Madrid 1991
- CENDERELLI A., *Divieto della «Lex commissoria»: principio generale o regola occasionale?*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano, 7-9 Aprile 1987 I*, Milano 1988, 245 ss. [= in *Scritti Romanistici* (cur. C. Buzzacchi), Milano 2011, 317 ss.]
- CERAMI P., CORBINO A. METRO A., PURPURA G., *Roma e il diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizione nel pensiero fondante dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli 2010
- CERVENCA G., s.v. «Usura» (*dir. rom.*), in *ED. XLV*, Milano 1929, 1127
- ID., *Studi vari sulla «Restitutio in integrum»*, Milano 1965
- CHIAZZESE L., *Iusiurandum in litem*, Milano 1958
- CHESSA V., *Contributo alla teoria del «ius retentionis» del possessore di buona fede per le spese utili nel diritto romano*, in *Il Filangieri* 31/1906, 561 ss.
- CIMMA M.R., *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli 2000
- CLAVERO B., *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid 1984
- CONRAT M., *Der westgotische Paulus*, Amsterdam 1907
- CORBINO A., *Il rituale della «mancipatio» nella descrizione di Gaio (Rem tenens in Inst. 1.119 e 2.24)*, in *SDHI.* 42/1976, 149 ss.
- CORBO C., *Paupertas. La legislazione tardoantica (IV-V secolo d.C.)*, Napoli 2006

- CORTELLAZZO M., ZOLLI P., s.v. «*Creditum*», in *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna 1979, 295
- COSTA E., *Sul papiro fiorentino n.1*, in *BIDR.* 14/1902, 47-50
- ID., *Mutui ipotecari greco-egizi*, in *BIDR.* 17/1905, 96 ss.
- ID., *Dell'ipoteca greco-egizia*, in *Mem. R. Acc. Sc. Bologna, Cl. Sc. mor.* 3 (1908-1909) 107 ss.
- ID., *Storia del diritto romano privato. Dalle origini alle compilazioni giustinianee²*, Torino-Roma 1925
- ID., *Cicerone giureconsulto I*, Bologna 1927
- COSTA P., *Pecunia constituta: ipotesi interpretative*, in *SDHI.* 77/2011, 129 ss.
- COSTABILE F., *L'auctio della fiducia e del pignus nelle Tabelle dell'agro Murecine*, Soveria Mannelli 1992
- CRACCO RUGGINI L., *Un riflesso del mito di Alessandro nella Historia Augusta*, in *BHAC.* 1966, 79 ss.
- CRAWFORD M.H., *Pecunia in the Twelve Tables*, in AA. VV., *Essays in honour of Robert Carson and Kenneth Jenkis*, edd. M. PRICE - A. BURNETT - R. BLAND, London 1993, 135 ss.
- ID., *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica*, Milano 1968, 694 ss.
- CRIFÒ G., *Cristianesimo, Diritto romano, Diritti della personalità: una rilettura*, in *Studi Tardoantichi III/1987*, 373 ss.
- ID., *Romanizzazione e cristianizzazione. Certezze e dubbi in tema di rapporto tra cristiani e istituzioni*, in *I cristiani e l'Impero nel IV secolo. Atti del Colloquio sul Cristianesimo nel mondo antico*, Macerata 1987, Macerata 1988, 75 ss.
- ID., *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart-Steiner 1993
- ID., *L'esperienza giuridica nell'età dei Severi*, in *Gli imperatori Severi. Storia Archeologia Religione. Atti del I Convegno internazionale di studi severiani. Albano laziale 31 maggio-1 giugno 1996* (cur. E. Dal Covolo, G. Rinaldi), Roma 1999, 11 ss.
- ID., *Considerazioni sul linguaggio religioso nelle fonti giuridiche tardo-occidentali*, in *Cassiodorus* 5/1999, 128 ss.
- CUGUSI P., SBLENDORIO CUGUSI M.T., *Introduzione*, in *Opere di Marco Porcio Catone I*, Torino 2001
- CUIACIUS I., *Paratitla in libros IX Codicis Iustiniani*, Parisiis 1584

- D'AURIA M., *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 2009, 1412 ss.
- DAUBE D., *Tenancy of Purchaser and lex commissoria*, in *Collected Studies in Roman Law II*, Frankfurt a.M. 1991, 723 ss.
- DE BUJAN A.F., *El precio como elemento comercial en la emptio-venditio romana*, Madrid 1984
- DE CASTRO F.Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid 1984
- DE COVARRUBIAS D. Y LEYVA, *Variarum ex iure pontificio, regio et Caesareo resolutionum libri III*, Venetiis 1580
- DE FILIPPI M., *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari 1998
- DE FRANCISCI P., *L'evizione della res data in solutum e i suoi effetti*, Pavia 1915
- ID., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 135
- ID., *Arcana imperii III*, Milano 1947
- ID., *Iustum pretium*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze 1955, 211 ss.
- DE GIOVANNI L., *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989
- ID., *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*, Napoli 2003
- ID., *Il diritto prima e dopo Costantino*, in *Atti del Convegno Internazionale «Costantino prima e dopo Costantino»*. Perugia 27-30 Aprile 2011, Bari 2012, 225 ss.
- DE IULIIS F., *'Pignus appellatum a pugno'. Una prospettiva etimologica e di palingenesi decemvirale*, in *Legal Roots* 2/2013, 245 ss.
- DE MARTINO F., *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, in *SDHI*. 6/1940, 148 ss.
- ID., *Riforme del IV secolo a.C.*, in *BIDR*. 78/1975, 29 ss.
- ID., *Diritto e società nell'antica Roma* (cur. A. Dell'Agli, T. Spagnuolo Vigorita), Roma 1979
- ID., *Storia economica di Roma antica I*, Roma 1980
- ID., *Nuovi studi di economia e diritto romano* (cur. F. d'Ippolito), Roma 1988
- DE MOLINA L., *Tratado sobre los préstamos y la usura*, Cuenca 1597 (rist. Madrid 1989)
- DE ROBERTIS F.M., *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, Bari 1971
- DE SENARCLENS A., *La maxime pretium debet esse verum, certum, iustum*, in *Mélanges P. Fournier*, Paris 1929, 685 ss.
- DE SIMONE M., *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*. 51/2006, 43 ss.
- DERNBURG H., [SOKOLOWSKI P.], *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I*, Leipzig 1860

- ID., *System des römischen Rechts der Pandekten*⁸ I, Berlin 1911
- DEVILLA V., *L'ius distrahendi nella fiducia e nel pegno*, in *Studi sassaresi* 15/1938, 48 ss.
- DI PAOLO M., *Alle origini della lex Poetelia Papiria de nexis*, in *Index* 24/1996, 275 ss.
- DI SALVO S., «Nuncupare», (rec. a N. Bellocchi, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana I. Le nuncupationes*, Napoli 1979), in *Index* 12/1983-84, 570 ss.
- DÍEZ PICAZO L.Y GULLÓN A., *Sistema de Derecho civil*¹¹ III, Madrid 2004
- DILIBERTO O., *Materiali per una Palingenesi delle XII Tavole I*, Cagliari 1992
- ID., *Una palingenesi 'aperta'*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (cur. M. Humbert), 217 ss.
- D'IPPOLITO F., *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Roma-Bari 1986
- DIURNI G., *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, Torino 1992
- ID., s.v. «Fiducia e negozio fiduciario» (storia), in *Dig. disc. priv. sez. civ. VIII*, Torino 1992, 293
- DOMINGO R., *Juristas universales I. Juristas antiguos*, Madrid 2004
- D'ORS A., *Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, in *SDHI*. 19/1953, 134 ss.
- ID., *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid 1953
- ID., *Estudios Visigóticos II. El código de Eurico*, Roma-Madrid 1960
- ID., *Creditum*, in *AHDE*. 33/1963, 345 ss.
- ID., *De nuevo sobre creditum*, in *SDHI*. 41/1975, 205 ss.
- ID., *Derecho privado romano*, Pamplona 1989
- DUMÉZIL G., «Credo et fides», in *Idees romaines*, Paris 1969, 48 ss.
- DUNAND J.-PH., *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»*, Bâle-Genève-Munich 2000
- DU PLESSIS P., *The interdictum de migrando revisited*, in *RIDA*. 54/2007, 219 ss
- EBRARD F., *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig 1917
- EHRHARDT A., *Litis aestimatio im römischen Formularprozess. Eine Untersuchung der materiellrechtlichen Folgen der Geldverurteilung*, München-Berlin 1934
- ERBE W., *Die Fiduzia in römischen Recht*, Weimar 1940
- ERNOUT A., MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959
- FABER A., *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Lugduni 1661
- FADDA C., *Le garanzie reali delle obbligazioni. Lezioni*, Napoli 1897
- FALCONE G., *Ius suum cuique tribuere*, in *AUPA*. 52/2008, 133 ss.

- FEBRERO J., *Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico práctica de principiantes I/2*, Madrid 1789, rist. 1990
- FEHR M., *Beiträge zum römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala 1910
- FELIU REY M.I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid 1995
- FERCIA R., *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012
- FERRARA F., *I negozi fiduciari*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja II*, Milano 1905, 749 ss.
- FERRINI C., *Sull'origine del contratto di compravendita in Roma*, in *Opere III*, Milano 1929, 49 ss.
- ID., *Manuale di Pandette*⁴ (cur. G. Grosso), Milano 1953
- FINO M.A., *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004
- ID., *Ancora a proposito di transigere, transactio, «transigere» e «transazione»*, in *Diritto@Storia*, 4/2005 (on line)
- FIORI R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999
- ID., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato III*, Napoli 2008, 237 ss.
- FLACH D., *Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, in Zusammenarbeit mit. S. von der Lahr, Darmstadt 1994
- FORMIGONI CANDINI W., *De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperit. Ancora su CTh. 5.10.1*, in *AUFE. Sc. giur. n.s.* 6/1992, 35 ss.
- FRANCIOSI G., *Res Mancipi e nec Mancipi*, in *Labeo* 5/1959, 320 ss.
- ID., *«Partes secanto» tra magia e diritto*, in *Labeo* 24/1978, 263 ss.
- FREZZA P., *Le garanzie delle obbligazioni II. Le garanzie reali*, Padova 1963
- ID., *La cultura di Ulpiano*, in *SDHI.* 34/1968, 370 ss.
- FUENTESECA P., *Líneas generales de la fiducia cum creditore*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, Madrid 1994, 387 ss.
- GABRIELLI C., *Contributi alla storia economica di Roma repubblicana. Difficoltà politico-sociali, crisi finanziarie e debiti tra il V e il III secolo a.C.*, Como 2003
- GALLO F., *Studi sulla distinzione tra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino 1958
- ID., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1993

- ID., *A proposito di aequae in D. 19.1.50: un giudizio con comparazione sottesa*, in *SDHI*. 66/2000, 1 ss.
- ID., *Rifondazione della scienza giuridica premessa primaria per la formazione del diritto europeo*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara, 27 febbraio 2004* (cur. P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti), Torino 2004, 11 ss.
- ID., *Travisamento del lascito di diritto romano*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna III*, Napoli 2007, 2029
- GARCÍA GALLO A., *El libro de las Leyes de Alfonso el Sabio. Del espéculo a las Partidas*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22/1951-1952, 345
- ID., *Los enigmas de las Partidas en VII centenario de las Partidas del Rey Sabio*, Madrid 1963
- ID., *La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis*, in *AHDE*. 54/1984, 97 ss.
- GAROFALO L., *La persecuzione dello stellionato nel diritto romano*, Padova 1998
- ID., *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005
- GEIB O., *Actio fiduciae und Realvertrag*, in *ZSS*. 8/1887, 112 ss.
- GENZMER E., *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, 25 ss.
- GHESTIN J., *Riflessioni di un civilista francese sulla clausola di riserva della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1981/I, 440 ss.
- GIACHI S., *L'interdictum de migrando. Un rimedio contro l'abuso di autotutela estremamente longevo*, in *Teoria e storia del diritto privato* 1/2008 (on line)
- GIACCHERO M., *L'atteggiamento dei Concili in materia di usura dal IV al VI secolo*, in *Atti del IV Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia 1981, 340 ss.
- GIANGRIECO PESSI M.V., *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi*, Roma 1988
- GIARDINA A., *Carità eversiva: le donazioni di Melania la Giovane e gli equilibri della società tardoromana*, in *Studi stor.* 29/1988, 127 ss.
- GIGLIOTTI F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli 1997
- GIOFFREDI C., *Ius, lex, praetor (forme storiche e valori dommatici)*, in *SDHI*. 14/1948, 110 ss.
- ID., *Religione e diritto nella più antica esperienza romana*, in *SDHI*. 20/1954, 259 ss.
- GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929

- GITTI G., *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 457 ss.
- GIUFFRÈ V., *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne*, Napoli 1989
- ID., *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli 1997
- GLÜCK C.F.V., *Commentario alle Pandette*, Milano 1888-1909
- GONZALES FERNANDEZ J., *Bronces jurídicos romanos de Andalucía*, Cordoba 1990
- GODOFREDO DE JENA, *De lege commissoria*, Francofurti ad Oderam 1663
- GRADENWITZ O.V., *Interpolazioni e Interpretazioni*, in *BIDR.*, 2/1889, 3 ss.
- ID., *Conjecturen IV. Emptio ob nummos und lex commissoria*, in *Grünhuts Zeitschrift* 18/1890, 349 ss.
- GRÖSCHLER P., *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herculanensischen Urkundenfunden*, Berlin 1997
- GROSSO G., *Sulla fiducia a scopo di manumissio*, in *RISG.* 4/1929, 251 ss. [= in *Scritti storico giuridici III*, Torino 2001, 189 ss.]
- ID., *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, in *Annali dell'Università di Camerino* 3/1929, 81 ss. [= in *Scritti storico giuridici III*, cit., 275 ss.]
- ID., *Il sistema reale dei contratti*, Torino 1963
- ID., s.v. «Fiducia (diritto romano)», in *ED.* XVII, Milano 1968, 384 ss. [= in *Scritti storico giuridici III*, cit., 737 ss.]
- GUALANDI G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza II*, Milano 1963, rist. Bologna 2012 (cur. G.Santucci, N.Sarti)
- GUARINO A., *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001
- GUARNERI CITATI A., *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano I*, in *AUPA.* 9/1921, 5 ss.
- ID., *Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel Corpus iuris*, estratto dal *BIDR.* 17/1923
- ID., *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milano 1927
- GUILARTE ZAPATERO V., *Comentario a los artículos 1822-1886 del Código civil. Comentarios al Código civil y compilaciones forales XXIII*, Madrid 1979
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ B., *Código estudios fundamentales sobre Derecho civil español*⁵ V, Madrid 1881
- HATTENHAUER H., *Conceptos jurídicos fundamentales del derecho civil*, Barcelona 1987
- HERZEN N., *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899

- HEUMANN H., SECKEL E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1907, rist. Graz 1958
- IGLESIA FERREIROS A., *Las garantías reales en el derecho histórico español. La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la recepción del Derecho común*, Santiago de Compostela 1977
- ID., *Cuestiones Alfonsinas*, in *AHDE*. 55/1985, 95 ss.
- IMBERT J., *Fides et nexum*, in *Scritti in onore di Arangio-Ruiz I*, Napoli 1953, 339 ss.
- JOSSA G., *Il cristianesimo antico. Dalle origini al Concilio di Nicea*, Roma 1998
- KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1893
- KASER M., *Quanti ea res est*, München 1935
- ID., *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS*. 59/1939, 52 ss.
- ID., *Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in *ZSS*. 61/1941, 153 ss.
- ID., *Rec. a ERBE, Die Fiduzia*, in *Gnomon* 17/1941, 77 ss.
- ID., *Zur iusta causa traditionis*, in *BIDR*. 64/1961, 61 ss.
- ID., *Die Interesseberechnung bei der Vindicatio pignoris*, in *IURA* 18/1967, 1 ss.
- ID., *Mutuum und stipulatio*, in *Eranion in honorem G.S. Maridakis I*, Athen 1963, 155 ss. [= in *Ausgewählte Schriften II*, Napoli 1976, 273 ss.]
- ID., *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in *ZSS*. 94/1977, 101 ss.
- ID., *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli 1982
- KLINGENBERG G., 'Commissum'. *Der Verfall nichtdeklarerter Sachen im römischen Recht*, Graz 1977
- KNIEP F., *Gai Institutionum commentarius secundus. Sachenrecht*, Iena 1912
- KOSCHAKER P., *Rec. a P. NOAILLES, I. Nexum II. Vindicta*, in *ZSS*. 63/1943, 457 ss.
- KOTZEBVE G.CHR., *Dissertatio iuridica de lege commissoria contractui pignoratitio illicite et emtioni et venditioni aliisque contractibus licite adiecta*, Helmaestadii 1729
- KRELLER H., *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in *ZSS*. 62/1942, 143 ss.
- KÜBLER B., *Rec. a Senn, De la Justice et du Droit. Esplkication d'une definition traditionnelle de la justice*, Paris 1927, in *ZSS*. 49/1929 576
- KUGEL R., *Unterschied des pactum reservati dominii von der lex commissoria nach Römischem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuch*, Lüdenscheid i.W. 1906

- KUNKEL W., *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker II*, Weimar 1939, 1 ss.
- ID., *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*. 90/1973, 150 ss.
- KUNTZE J.E., *Zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, Leipzig 1893
- KUPISCH B., *Rutiliana pupilla – schön oder energisch? (Paul. D. 4.4.38 pr.)*, in *ZSS*. 94/1977, 247 ss.
- LABAND P., *Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht*, in *ZHR*. 9/1866, 225 ss.
- LABRUNA L., *Tradere ed altri studii*, Napoli 1998
- ID., *'Tradere'. Evoluzione sociale e mutamenti giuridici nella circolazione dei beni dall'età arcaica alla fine della repubblica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo I*, Napoli 1997, 403 ss. [= *Evolución social y cambios jurídicos en la circulación de los bienes desde la edad arcaica al final de la República*, in *SC*. 9-10/1997-1998, 321 ss.]
- ID., *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuale?*, in *Studi in onore di E. Volterra V*, Milano 1971, 23 ss. [= in ID., *Adminicula*, Napoli 1995, 179 ss.]
- LAMBERTINI R., *In tema di iusta causa traditionis*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna IV*, Napoli 2007, 2745 ss.
- LAMBRINI P., *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC Salisburgo 13-15 settembre 2001* (cur. L. Vacca), Torino 2003, 257 ss.
- ID., *Rec. a FERCIA, Fiduciam contrahere cit.*, in *Legal Roots* 2/2013, 395 ss.
- LANDROVE DÍAZ G., *El delito de usura*, Barcelona 1968
- LANDUCCI L., *Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria*, in *Atti del R. Ist. veneto di Scienze, Lettere ed Arti* 75/1916, 137 ss.
- ID., *La lesione enorme nella compravendita*, in *Atti del R. Ist. veneto di Scienze, Lettere ed Arti* 75/1916, 1189 ss.
- LA PIRA G., *La struttura classica del «pignus»*, in *Studi in onore di F. Cammeo II*, Padova 1932
- ID., *La struttura classica della «conventio pignoris»*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, 225 ss.
- LA ROSA F., *La protezione interdittale del pignus e l'actio Serviana*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo VII*, Milano 1987, 281 ss.
- ID., *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di G. Auletta III*, Milano 1988, 59 ss.

- LEICHT P.S., *Laesio enormis e Iustum pretium*, in *Studi in onore di Carlo Calisse I*, Milano 1940, 6 ss.
- ID., *Storia del diritto italiano. Il diritto privato II*, Milano 1943
- LEIVA FERNÁNDEZ L.F.P., *Derecho de retención. (Caracterización. Efectos. Requisitos. Teoría general. Retención irregular y anómala. Facultad de retención y derecho penal)*, Buenos Aires 1991
- LENEL O., *Quellenforschungen in den Edictcommentaren § 1: Zur 'actio fiduciae'*, in *ZSS. 3/1882*, 104 ss. [= in *Gesammelte Schriften I*, Napoli 1990, 456 ss.]
- ID., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*³, Leipzig 1883
- ID., *Palingenesia iuris civilis I*, Leipzig 1889
- LEONHARD R., s.v. «*Commisum*», in *PWRE. IV.1*, Stuttgart 1900, 769
- LEOTARDUS H., *Liber singularis de usuris et contractibus usurariis coercendis*, Lugduni 1699
- LEVY E., *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1931, 108 ss. [= in *Gesammelte Schriften II*, Köln-Graz 1963, 275 ss.]
- ID., *West roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia 1951
- ID., *Zu 6.1.63 und 70*, in *ZSS. 43/1922*, 534 s.
- LÉVY-BRUHL H., *Quelques problèmes de très ancien droit romain*, Paris 1934
- LIEBENAM W., *Curator rei publicae*, in *Philologus 56/1897*, 290 ss.
- LIEBS V.D., *Der Sieg der Schönen Rutiliana. Lex commissoria displicebat*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 373 ss.
- LOJACONO V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano 1971
- LOMBARDI L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961
- LONGO C., *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano 1933
- ID., *Il mutuo*, Milano 1933
- ID., *Il deposito*, Milano 1946
- ID., *Fiducia cum creditore*, in *Studi per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 793 ss.
- LÓPEZ DE HARO C., *El derecho de retención*, Madrid 1921
- LÓPEZ DE TOVAR G., *Glosas a las Partidas II*, Salamanca 1555
- LORENZI C., *Si quis a sanguine infantem ... comparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero*, Perugia 2003
- LOVATO A., *Ratio aequitatis*, in *AARC. XVIII/2012*, 397 ss.
- LÜBTOW U.V., *Das altrömische nexum als Geiselschaft*, in *ZSS. 56/1936*, 239 ss.
- ID., *De iustitia et iure*, in *ZSS. 66/1948*, 458 ss.

- LUMINOSO A., *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Il Codice Civile. Commentario* (dir. P. Schlesinger), Milano 1987, 11 ss.
- ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.* 1/1990, 219 ss.
- MACARIO F., *Modificazione del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Studi in onore di C.M. Bianca IV*, Milano 2006, 181 ss.
- MACCORMACK G., *The lex Poetelia*, in *Labeo* 19/1973, 306 ss.
- MAESTERTIUS I., *Tractatus tres. Quorum primus de lege commissoria in pignoribus ...*, Lugduni Batavorum 1539
- MAGANZANI L., *I poteri di autotutela dei publicani nel Monumentum Ephesenum*, in *Min. Ep. Pap.* 3/2000, 129 ss.
- EAD., *La pignoris capio dei publicani dopo il declino delle legis actiones*, in *Cunabula iuris. Scritti storico-giuridici per G. Brogini*, Milano 2002, 175 ss.
- MAGDELAIN A., *Le consensualisme dans l'édit du preteur*, Paris 1958
- MANFREDINI A.D., *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea contemporanea*, Bologna 2013
- MANIGK A., *Zur Geschichte der römischen Hypothek 1. Die pfandrechtliche Terminologie und Literatur der Römer*, Breslau 1904
- ID., *Gräko-ägyptisches Pfandrecht*, in *ZSS.* 30/1909, 272 ss.
- ID., s.v. «*Fiducia*», in *PWRE.* VI.2, Stuttgart 1909, 2287 ss.
- ID., sv. «*Hypotheca*», in *PWRE.* IX, Stuttgart 1914, 343 ss.
- ID., s.v. «*Pignus*», in *PWRE.* XX.1, Stuttgart 1941, 1239 ss.
- MANTELLA A., *Un'etica per il giurista? Profili di interpretazione giurisprudenziale nel primo principato*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini* (Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995, cur. D. Mantovani), Torino 1996, 147 ss.
- ID., *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in *SDHI.* 74/2008, 3 ss.
- MANTICA F., *Vaticanae lucubrationes de taciti set ambiguis conventionibus I*, Coloniae Allobrogum 1621
- MANZO A., *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La rivolta di Publio Rutilio Rufo*, in *ΦΙΛΙΑ. Scritti per G. Franciosi III* (cur. F.M. D'Ippolito), Napoli 2007, 1611 ss.
- MARRA P., *D. 16.3.15: un testo in materia di fiducia?*, in *Iura* 58/2010, 278 ss.
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006

- ID., *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Audelà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, Varsavia 2000 [ora in *Scritti giuridici II*, Palermo 2003, 737 ss.]
- MARTINI R., *Due testi per la storia del credere edittale*, in *Atti del II seminario romanistico Gardesano*, Milano 1980, 111 ss.
- ID., *Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana*, in *AARC*. VII/1988, 423 ss.
- MARTINI J.C., *Disputatio juridica de lege commissoria a jure reprobata*, Lipsiae 1588
- MASCHI C.A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973
- ID., *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti III*, Milano 1962, 445 ss.
- MASI DORIA C., *La denuntiatio nel Senatusconsultum Claudianum: i legittimati e la struttura del procedimento*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità* (cur. C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria), Napoli 2006, 125 ss.
- MASSEI M., *Sulle citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Scritti in onore di Ferrini*, Milano 1946, 401 ss.
- MAYR R., *Vocabularium codicis Iustiniani I*, Pragae 1923
- MAZZA M., *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Roma 1973
- MAZZARINO S., *Aspetti sociali del IV secolo*, Roma 1951
- ID., *Storia romana e storiografia moderna*, Napoli 1954
- ID., *La fine del mondo antico*, Milano 1959
- ID., *Antico, Tardoantico ed età costantiniana I*, Bari 1974
- MEDICUS D., “*Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*”, in *Forschungen zum römischen Recht herausgegeben von M. Kaser, W. Kunkel, F. Wieacker*, 14 Abhandlung, Köln-Graz 1962
- MELILLO G., *Contrahere pacisci transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale*, Napoli 1994
- MESSANA V., *Ambiguità del concetto di aequitas dal III al V secolo. (Dalla filantropia clementina alla giustizia lattanziana alla carità giustificante agostiniana)*, in *Studi Tardoantichi V/1988*, 209 ss.
- MESSINA VITRANO F., *Per la storia del «ius distrahendi» nel pegno*, Palermo 1910
- MEYLAN PH., *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in *T*. 21/1953, 129 ss.
- MIGLIARDI ZINGALE L., *In tema di fiducia cum creditore: i documenti della prassi*, in *Labeo* 46/2000, 451 ss.

- MINALE V.M., *Legislazione imperiale e Manicheismo da Diocleziano a Costantino. Genesi di un'eresia*, Napoli 2013
- MITTEIS L., *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891
- ID., *Ueber das nexum*, in ZSS. 22/1901, 96 ss.
- MOMIGLIANO A., *La formazione della moderna storiografia sull'impero romano*, in ID., *Sui fondamenti della storia antica*, Torino 1984, 89 ss.
- MONTAÑANA CASANÍ A., *La rescisión por lesión. Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno*, Valencia 1999
- MONTEL A., *La mora del debitore*, Padova 1930
- MUSUMECI F., *Marciano e gli effetti della 'datio in solutum'*. Osservazioni su D. 46.3.46, in *Iura* 20/1969, 524 ss.
- ID., *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e Labeone*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo II*, Napoli 1997
- ID., *Editto sui minori di 25 anni e 'ius controversum' nell'età dei Severi*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VI*, Napoli 2001
- ID., *Ancora sulla 'in integrum restitutio' di Rutiliana*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Brogginì*, Milano 2002
- ID., *Pregiudizio del minore e protezione edittale in età imperiale*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna VI*, Napoli 2007, 3715 ss.
- NABER J.C., *Observatiunculae de iure Romano. De lege commissoria*, in *Mnemosyne* 32/1904, 81 ss.
- ID., *Quibus modis in ius pignoris succedatur*, in *Mnemosyne* 38/1910, 245
- NARDI D., *Il ius vendendi del pater familias nella legislazione di Costantino*, in *ANA*. 89/1978, 53 ss.
- ID., *Ancora sul ius vendendi del pater familias nella legislazione di Costantino*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino V*, Napoli 1984, 2289 ss.
- NARDI E., *Ritenzione e pegno Gordiano*, Milano 1939
- ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Fonti e casi*, Milano 1947
- ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano II. Profilo storico*, Milano 1957
- ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano III. Dogmatica giustiniana*, Milano 1957

- ID, *Radiografia dell'«aliud pro alio consentiente domino in solutum dare»*, in *BIDR.* 73/1970, 59 ss.
- NASSER OLEA M., *Asimilaciones a la compraventa en el Derecho Romano (Distintas formas de la causa pro emptore)*, Santiago 2010
- NASTI F., *L'attività normativa di Severo Alessandro I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli 2006
- NEBELUNG S., *Das vertragsmäßige Zurückbehaltungsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Breslau 1926
- NÈVE F., *Constantin et Théodose devant les Églises orientales. Étude tirée des sources grecque et armeniennes*, in *Revue Catholique*, V s., 3/1857, 356 ss.
- NICOLAUS DE TUDESCHIS (ABBAS PANORMITANUS), *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, Venetiis 1571
- NICOSIA G., *Institutiones iuris romani: passi scelti delle istituzioni di Gaio integrati con passi delle istituzioni di Giustiniano*, Catania 1985
- NOCERA G., *La polemica tra l'impero e il Cristianesimo dopo Costantino*, in *AARC.* 3/1979, 265 ss.
- NOORDRAVEN B., *Die fiducia im römischen Recht*, Amsterdam 1999
- OERTMANN P., *Die fiducia in römischen Privatrecht*, Berlin 1890
- ORESTANO R., *La valutazione del prezzo nel fedecommesso e nel legato di res aliena e nella fideicommissaria libertas*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 10/1936, 225 ss. [= in *Scritti I*, Napoli 1998, 35 ss.]
- ID., *Elio Marciano*, in *NNDI.* X, Torino 1964, 254 [= in *Scritti V*, Napoli 2000, 36]
- PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giustiniano*, Milano 1953
- PALAZZOLO N., *Crisi istituzionale e sistema delle fonti dai Severi a Costantino*, in *Società romana e impero tardo antico I. Istituzioni, ceti, economie*, Bari 1986, 57 ss. [= in *IVS e TEXNH. Dal diritto romano all'informatica giuridica I*, Torino 2008, 247 ss.]
- PALMA A., *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992
- ID., *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi. Corso di lezioni*, Torino 1997
- PALMIERI C., s.v. «Ipoteca», in *NNDI.* IX, Torino 1963, 49 ss.
- PARADISI B., s.v. «Fiducia», in *NNDI.* VII, Torino 1961, 294 ss.

- PARIENTE A., *Sobre la etimologia de credere*, in *SDHI*. 19/1953, 340 s.
- PARTSCH J., *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in *ZSS*. 42/1921, 227 ss.
- PASTORI F., *Il comodato*, Milano 1954
- PEPPE L., *Studi sull'esecuzione personale. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica*, Milano 1981, 261 ss.
- ID., 'Jedem das Seine', (uni)cuique suum, 'a ciascuno il suo', in *Tradizione romanistica e Costituzione II*, Napoli 2006, 1707 ss.
- ID., *Riflessioni sulla nozione di iustitia nella tradizione giuridica europea*, in *Ius Antiquum* 17/2006 (on line).
- ID., *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di Storia del diritto e di semantica storica*, Roma 2008, 173 ss.
- PERCIVALDI E., *Fu vero editto? Costantino e il cristianesimo tra storia e leggenda*, Milano 2012
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. civ.* 3/2000, 7 ss.
- PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit III*, Halle 1882
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1947
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione²* IV, Torino 1893
- PETERLONGO M.E., *La transazione in diritto romano*, Napoli 1936
- PETERS F., *Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und im nachklassischen Recht*, in *Studien im römischen Recht Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seiner Hamburger Schülern* (cur. D. Medicus- H.H. Seiler), Berlino 1973, 137 ss.
- PICHONNAZ P., *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di «compensatio ipso iure»*, in *RDR*. 11/2012, 337 ss.
- PINNA PARGAGLIA P., *La lex Iulia de pecuniis mutuis e la opposizione di Celio*, in *Labeo* 22/1976, 30 ss.
- POTHIER R.J., *Traité du contrat de vente*, Paris 1762
- PRINGSHEIM F., *Römische aequitas der christlichen Kaiser*, in *Acta congressus iuridici internationalis. Romae 12-17 November 1934 I*, Roma 1935, 119 ss.
- ID., *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950
- PRONZATO G.A., *La lex commissoria pignorum e la sua invalidità in diritto romano*, Torino 1912
- PROVERA G., *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino 1953
- PUGLIESE G., *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova 1938
- ID., *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. Cass. Civ.* 1945/I, 156 ss.

- ID., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.* 1955, 1066 ss.
- ID., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990* (cur. L. Vacca) I, Milano 1991, 25 ss.
- ID., *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei publicani e Gai. 4.32*, in *Collatio Iuris Romani. Études H. Ankum II*, Amsterdam 1995, 415 ss.
- PUGSLEY D., *Was iusta causa necessary for traditio in roman law?*, in ID., *Americans are aliens and other essays on Roman law*, Exeter 1989, 27 ss.
- PURPURA G., *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Studi in onore di L. Labruna VI*, Napoli 2007, 4541 ss.
- ID., *La sorte del debitore oltre la morte*, in *Iuris antiqui historia. An international journal on Ancient law* 1/2009
- QUADRATO R., *Le institutiones nell'insegnamento di Gaio: omissioni e rinvii*, Napoli 1988
- RAAPE L., *Der Verfall des griechischen Pfandes, besonders des griechisch-ägyptischen*, Halle 1912
- ID., *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, Halle 1913
- RABEL E., *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri*, Leipzig 1909
- ID., *Grundzüge des römischen Privatrechts*, München-Leipzig-Berlin 1915
- RAGGI L., *La restituito in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965
- RANDAZZO S., *Leges Mancipi. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998
- RATTI U., *Sul «ius vendendi» del creditore pignoratizio*, in *Studi Urbinati* 1/1927, 3 ss.
- RASCON C., *Pignus y custodia en el derecho romano clasico*, Oviedo 1976
- REALMONTE F., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro It.* 1989/I, 1440 ss.
- REICH N., *Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, in *AcP.* 169/1969, 247 ss.
- RENDORP P., *Disputatio juridica inauguralis de lege commissoria*, Lugduni Batavorum 1724
- RICCOBONO S., *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BIDR.* 8/1895, 169 ss. [= in *Scritti di diritto romano I*, Palermo 1957, 45 ss.]
- ID., *Lecture londinesi (maggio 1924): diritto romano e diritto moderno* (cur. G. Falcone), Torino 2004

- ID., *L'influsso del cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano, Bologna-Roma 17-27 aprile 1933*, Roma 1935, 59 ss.
- ID., *La definizione di «ius» al tempo di Adriano*, in *BIDR.* 53-54/1948, 78 ss.
- RICCOBONO S. JR., *L'idea di humanitas come fonte di progresso del diritto*, in *Studi in onore di Biondo Biondi II*, Milano 1965, 583 ss.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ R., *In solutum cessionis venditionisque documentum (Consideraciones sobre el P. 34 de Ravenna)*, in *RIDA.* 45/1998, 537 ss.
- ROMANO A., *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ. VIII*, Torino 1992, 621 ss.
- ROMANO S., *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova 1937
- ROMEO S., *'Fiducia auctionibus vendunda' nelle tabelle pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle 'testationes' nelle 'auctiones' puteolane (51-61 d.C.)*, in *Polis* 2/2006, 207 ss.
- ID., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano tra teoria e prassi*, Milano 2010
- ROTONDI G., *Leges publicae populi romani*, rist. Hildesheim 1962
- RUDORFF A.A.F., *Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine Revision*, in *ZSS.* 11/1873, 52 ss.
- SABATER BAYLE I., *Préstamo con interés, usuras y cláusulas de estabilización*, Madrid 1986
- SACCHI A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *AG.* 55/1895, 189 ss.
- SACCHI O., *Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum* 19/2007 (on line)
- SACCOCCIO A., *Si certum petetur: dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002
- ID., *Aliud pro alio consentiente domino in solutum dare*, Milano 2008
- SALVIOLI G., *Storia del diritto italiano*⁸, Torino 1921
- SAMPER F., *Derecho romano*², Santiago 1991
- SANFILIPPO C., *Pauli Decretorum libri tres*, Milano 1938
- ID., *Condictio indebiti*, Milano 1942
- SANTORO R., *Studi sulla condictio*, in *AUPA.* 32/1971, 376 ss.
- SARGENTI M., *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia*, Milano 1938
- ID., *Il De agri cultura di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SDHI.* 22/1956, 158 ss.
- SASSI A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli 1999
- SCEVOLA R., *Utilitas publica II. Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Milano 2012
- SCHADEWALDT W., *Humanitas Romana*, in *ANRW.* II/4, Berlin-New York 1973, 43 ss.

- SCHERILLO G., *L'ordinamento delle Sententiae di Paolo*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento I*, Palermo 1935, 41 ss. [= *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano 1992, 85 ss.]
- SCHERMAIER M.J., *Sicherungsübereignung und Sicherungszession im deutschen Recht und im deutschen Rechtskreis*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13-15 settembre 2001* (cur. L. Vacca), Torino 2003, 297 ss.
- SCHIAVONE A., s.v. «*Transazione (dir. rom.)*», in *NNDI*. XIX, Torino 1973, 478
- ID., *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SDHI*. 69/2003, 3 ss.
- SCHINDLER K.-H., *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, in *Labeo* 8/1962, 16 ss.
- SCHULZ F., *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*. XXXII/1911, 58
- ID., *Das Ediktsystem in den Paulussentenzen*, in *ZSS*. 47/1927, 39 ss.
- ID., *I principii del diritto romano*, trad. it. V. Arangio-Ruiz, Firenze 1949, rist. 1995
- ID., *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. Nocera, Firenze 1968, 360
- SCIASCIA G., *Restitutio in integrum*, in *NDI*. XI, Torino 1939, 493 s.
- SECKEL E., KÜBLER B., *Iurisprudentia Anteiustiniana II*, Leipzig 1927
- SEGRÈ G., *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni II. Le garanzie reali*, Torino 1935
- SENN F., *La dation des arrhes en droit romain*, in *RHDFE*. 37/1913, 575 ss.
- ID., *De la Justice et du Droit. Esplkication d'une definition traditionnelle de la justice*, Paris 1927
- SERICK R., *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I. Der einfache Eigentumsvorbehalt; II. Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg 1963-1965
- ID., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Heidelberg 1988, trad. it. Milano 1990
- SIBER H., *Die Passivlegittimation zur rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig 1907
- ID., *Interpellatio und mora*, in *ZSS*. 29/1908, 47 ss.
- ID., *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928
- SICARI A., *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari 1996
- SILLI P., s.v. *Equità (Storia del Diritto)*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.* VII, Torino 1991, 477 ss.
- ID., *Mito e realtà dell'aequitas christiana. Contributo alla determinazione del concetto di 'aequitas' negli atti degli 'scrinia' costantiniani*, Milano 1980
- SOHM R., *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*¹⁷, bearb. v. L. MITTEIS, hrsg. L. WENGER, München-Leipzig 1924

- SOLAZZI S., *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *BIDR.* 31/1921, 51 ss. [= in *Scritti di diritto romano II*, Napoli 1957, 353 ss.]
- ID., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*² I, Napoli 1935
- ID., *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950
- SOLIDORO MARUOTTI L., *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998
- SOLMI A., *Storia del diritto italiano*³, Milano 1930
- SORACI R., *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro*, Catania 1974
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *Secta temporum meorum. Rinnovamento politico all'inizio del Principato di Gordiano III*, Palermo 1978
- ID., «*Imperium mixtum*». *Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index* 18/1990, 113 ss. [= in ID., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Napoli 2013, 137 ss.]
- ID., *Lex portus Asiae. Un nuovo documento sull'appalto delle imposte*, in *I rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli 1997, 113 ss. [= in ID., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Napoli 2013, 227 ss.]
- STEINER H., *Datio in solutum*, München 1914
- STOLFI E., *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio II. Contesti e pensiero*, Milano 2001
- TALAMANCA M., *Rec. a P. FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni cit.*, in *Iura* 15/1964, 375 ss.
- ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Milano 1990
- ID., s.v. «*Vendita (dir. rom.)*», in *ED.* XLVI, Milano 1993, 368 ss.
- ID., *La bona fides nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale in onore di A. Burdese* (cur. L. Garofalo) IV, Padova 2003, 1 ss.
- ID., *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (cur. M. Humbert), Pavia 2005, 331 ss.
- ID., *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in «*Aequitas*». *Giornate in memoria di P. Silli. Atti del Convegno di Trento 2002* (cur. G. Santucci), Padova 2006, 183
- TATARANO G., *Sub art. 1500*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro IV, Delle obbligazioni II*, artt. 1470-2059 (cur. P. Perlingieri), Napoli-Bologna, 1991, 881 ss.
- TAUBENSCHLAG R., *The law of Greco-Roman Egypt*, in *The light of the Papyri*², Warszawa 1955
- TERRANOVA F., *Ricerche sul testamentum per aes et libram I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librare)*, Torino 2011
- TOMMASEO N., s.v. «*Creditum*», in *Dizionario della lingua italiana II*, Torino 1924, 1815
- TONDO S., *Il nexum e Manilio*, in *Iura* 33/1982, 116 ss.

TORRENT A., *Moneda credito y derecho penal monetario en Roma (s. IV a.C. - VI d.C.)*, in *SDHI*. 73/2007, 111 ss.

UREÑA Y SMENJAUD R., *La Legislación gótico-hispana (Leges antiquiores-Liber Iudiciorum). Estudio crítico* [1905] (ed. C. Petit), Pamplona 2003

VACCA L., «*Aequitas*» e metodo della giurisprudenza, in *Studi in onore di G. D'Amelio I*, Milano 1978

VAN DEN BESSELAAR J., *Humanitas romana*, in *Revista de Historia* 31/1965, 265 ss.

VANGEROW K.A.V., *Lehrbuch der Pandekten*⁷, Marburg-Leipzig 1865

VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli 1968

VARVARO M., *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008

VERNON ARNOLD E., *Roman Stoicism*, Cambridge 1911

VILLEY M., *Suum jus cuique tribuens*, in *Studi in onore di P. De Francisci I*, Milano 1956, 363 ss.

VISKY K., *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *Iura* 12/1961, 40 ss.

ID., *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA*. 16/1969, 355 ss.

VOCI P., *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946

ID., *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura* 38/1987, 72 ss. [= in *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli 2007, 3 ss.]

VOLTERRA E., *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustiniane occidentali I*, in *RSDI*. 8/1935, 110 ss. [= *Scritti giuridici IV. Le fonti*, Napoli 1993, 312 ss.]

WACKE A., 'Circumscribere': gerechter Preis und die Arten der List, in *ZSS*. 94/1977, 184 ss.

WALDE A., HOFMANN J.B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³ I-II, Heidelberg 1938-1954

WALDSTEIN W., *Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (D. 1.1.10 pr.)*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln 1978, 213 ss. [= *La definizione della Giustizia di Ulpiano (D. 1.1.10 pr.)*, in *Saggi sul diritto non scritto* (introduzione e cura di U. Vincenti), Padova 2002, 89 ss.]

ID., *Ist das suum cuique eine Leerformel?*, in *Ius humanitatis. Fs. zum 90. Geburtstag von A. Verdross*, Berlin 1980, 285 ss. [= con mod. in *SDHI*. 61/1995, 179 ss.]

WARNKÖNIG L.A., *Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte*, in *Arch. civ. Praxis* 24/1841, 1 ss. e 312 ss., e 25/1842, 60 ss., 226 ss. e 420 ss.

WEBER A.D., *Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung*, Schwerin-Wismar 1801

- WEGMANN STOCKEBRAND A., *Alcunas consideraciones sobre la proibición del pacto comisorio y el pacto marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado* 13/2009, 95 ss. (on line)
- WESTPHAL E.CHR., *Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrechte*³, Leipzig 1800
- WIEACKER F., *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932
- ID., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960
- WISSENBACH I.I., *Emblemata Triboniani*, Halae 1736
- WITZ C., *La fiducie en droit privé français*, Parigi 1981
- WOŁODKIEWICZ W., *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* (cur. A. Polichetti e F. Tuccillo), Napoli-Campobasso 2006, 192 ss.
- WUBBE F., *Usureceptio und relatives Eigentum*, in *T.* 28/1960, 13 ss. [= in *Ius vigilantibus scriptum*, Fribourg 2003, 3 ss.]
- ID., *Der Streitwert bei der Actio Serviana*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 179 ss. [= in *Ius vigilantibus scriptum*, Fribourg 2003, 179 ss.]
- ZAMORA MANZANO J.L., *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus*, in *RIDA.* 54/2007, 530 ss.
- ZANZUCCHI P.P., *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione*, in *AG.* 72/1904, 177 ss.