

KOINΩNIA

44/I

2020

KOINONIA

Rivista dell'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi

Comitato scientifico: Franco Amarelli (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Francesco Arcaria (Università degli Studi di Catania) – Bruno Bureau (Université de Lyon 3) – Jean-Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris) – Francesco Paolo Casavola (Università degli Studi di Napoli Federico II, Presidente emerito della Corte Costituzionale) – Donato Antonio Centola (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Fabrizio Conca (Università degli Studi di Milano) – Chiara Corbo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas Paris II) – Lellia Cracco Ruggini (Università degli Studi di Torino, Accademia dei Lincei) – Ugo Criscuolo (Università degli Studi di Napoli Federico II, *Direttore*) – Giovanni Cupaiuolo (Università degli Studi di Messina) – Lucio De Giovanni (Università degli Studi di Napoli Federico II, Presidente dell'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi, *Condirettore*) – Lietta De Salvo (Università degli Studi di Messina) – Emilio Germino (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – Andrea Giardina (Scuola Normale Superiore di Pisa, Accademia dei Lincei) – Mario Lamagna (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Renzo Lambertini (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia) – Orazio Licandro (Università degli Studi di Catania) – Detlef Liebs (Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br.) – Juan Antonio López Férez (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid) – Arnaldo Marcone (Università degli Studi Roma Tre) – Grazia Maria Masselli (Università degli Studi di Foggia) – Giulio Massimilla (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Giuseppina Matino (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Daniela Milo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Claudio Moreschini (Università degli Studi di Pisa) – Christian Nicolas (Université de Lyon 3) – Lidia Palumbo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Laurent Pernot (Université de Strasbourg) – Teresa Piscitelli (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Stefano Pittaluga (Università degli Studi di Genova) – Giovanni Polara (Università degli Studi di Napoli Federico II, *Condirettore*) – Salvatore Puliatti (Università degli Studi di Parma) – Marcello Rotili (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – Helmut Seng (Goethe Universität, Frankfurt am Main) – Adriaan Johan Boudewijn Sirks (University of Oxford) – Marisa Squillante (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Luigi Tartaglia (Università degli Studi di Napoli L'Orientale) – Domenico Vera (Università degli Studi di Parma) – Nigel Guy Wilson (University of Oxford).

Comitato editoriale: Maria Consiglia Alvino – Maria Vittoria Bramante – Maria Carmen De Vita – Loredana Di Pinto – Alessio Guasco – Assunta Iovine – Emanuela Malafrente – Giulia Marconi – Aglaia McClintock – Giovanna Daniela Merola – Valerio Massimo Minale – Cristiano Minuto – Giuseppina Maria Oliviero Niglio – Francesco Pelliccio – Antonella Prenner.

Coordinamento di redazione: Daniela Milo (*Responsabile*).

Collaboratori: Valentina Caruso – Isabella D'Auria – Giuseppe Nardiello – Antonio Stefano Sambiante.

I lavori proposti per le *Note e discussioni* andranno inviati al seguente indirizzo: Redazione di Koinonia, Prof. Daniela Milo, Dipartimento di Studi Umanistici, Università degli Studi di Napoli Federico II - Via Porta di Massa, 1 - 80133 Napoli.

Referee. Prima della pubblicazione, tutti i saggi sono sottoposti a peer review obbligatoria da parte di due referee. Il referaggio è a doppio anonimato. Il giudizio del referee potrà essere a) positivo, b) positivo con indicazione di modifiche, c) negativo. In caso di due referaggi nettamente contrastanti, il testo verrà inviato ad un terzo referee.



ISTITUTO
BANCO
di NAPOLI
FONDAZIONE

ISSN 0393-2230

© 2020 SATURA EDITRICE S.R.L.

Via Giacinto Gigante, 204 - 80128 Napoli
tel. 081 5788625

sito web: www.saturaeditrice.it

e-mail: saturaeditrice@tin.it

Reg. Trib. Napoli n. 2595 del 22 ottobre 1975 - D. A. Centola, Direttore responsabile

PIERA CAPONE

La vendita *voluntate creditoris* del bene pignorato
da parte del debitore nel commento di Marciano
alla *formula hypothecaria*

1. Nel suo *Liber singularis ad formulam hypothecariam* Marciano dedica una particolare attenzione ai risvolti processuali della vendita di un bene pignorato da parte del debitore che abbia ricevuto l'assenso del creditore. Il discorso si snoda nei §§ 6-18 di un lungo brano posizionato dai Compilatori nel titolo *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* (D. 20, 6, 8). Otto Lenel, nella sua ricostruzione della trama della monografia marcianea, ha scelto di collocare l'intero passo nella sezione relativa al commento delle due condizioni negative del programma di giudizio, ossia quelle relative al *solvere* e al *satisfacere* (*Eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactam est* = fr. 26 L.)¹. L'angolo visuale da cui Marciano guarda alla materia propria dei §§ 6-18 è naturalmente quello della (proficua) esperibilità dell'*actio* (*quasi*) *Serviana* da parte del creditore che abbia dato il suo assenso alla vendita del bene pignorato rispetto alla (proficua) opponibilità da parte del terzo acquirente di un'eccezione che, come si preciserà, in questo unico testo si trova enunciata esplicitamente (... *aequum erit excipi 'si non voluntate creditoris venit'*: § 9). A tal fine egli prospetta una casistica particolarmente articolata, quale non si riscontra nelle trattazioni di altri giuristi che pure hanno commentato la medesima azione in modo monografico o all'interno dei loro commentari all'editto². Pertanto, è sembrato interessante esaminare i frammenti selezionati nel loro contesto e nella loro sequenza con il circoscritto obiettivo di restituire un quadro unitario delle diverse soluzioni proposte da Marciano nel graduare in modo equitativo, rispetto alle singole ipotesi formulate, le posizioni e gli interessi del creditore, del debitore e del terzo acquirente³.

¹ O. Lenel, *Palinnesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, p. 646, nota 1: «Verisimile est Marciano haec loco subiecisse». Tale dubbio è stato colto da L. Pellicci, «*Propter pecuniam debitam*: D. 20.1.13.4-6 e una sezione ritrovata del *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Marciano», in *Sem. Compl. Der. Rom.* 28, 2015, p. 817, nota 20, il quale, nel tentativo di interpretarlo, ne offre una convincente spiegazione sulla quale torneremo nelle conclusioni (*infra*, § 3).

² Si riferiscono alla medesima vicenda: Ulp. 73 *ad ed.* D. 20, 6, 4, 1-2; Gai. *l. s. ad form. hypoth.* D. 20, 6, 7 *pr.*; Paul. 3 *quaest.* D. 20, 6, 10 *pr.*; Gai. 26 *ad ed. prov.* D. 50, 17, 158. Sul versante della legislazione imperiale cfr. *CJ.* 8, 25, 2 (a. 208); *CJ.* 8, 25, 10 (a. 293); *CJ.* 8, 27, 12 (a. 293); *CJ.* 8, 13, 15; *CJ.* 8, 25, 11 (a. 532).

³ La riflessione svolta da Marciano in tale brano è apparsa nel suo complesso «lichtvoll», così come credibile è stata giudicata la casistica in cui si dipana: E. Levy, «*Verkauf und*

2. Da una veloce lettura del *fr.* 8 balza all'occhio come i §§ 6-18 risultino incastonati, dopo il *principium* in cui si ribadisce l'intrasmissibilità del pegno in termini di diritto sostanziale fra il blocco iniziale dei §§ 1-5 e il § 19, dove sono rispettivamente trattate infatti materie diverse. Nei primi, Marciano discute la proiezione processuale del *pactum ne pignoris hypothecae sit*, la cui incondizionata possibilità è riconosciuta nel § 1 (*Creditor ne pignori hypothecae pacisci potest*), valutando anzitutto quando l'azione ipotecaria del creditore che abbia pattuito la rimessione del pegno sia da considerarsi esperita *recte* o *non recte* (§ 2; § 3) e lasciando poi intendere con chiarezza come la sua esclusione operi *ope exceptionis*⁴. Nel frammento di chiusura, ossia il § 19, si prospetta il caso del creditore il quale, avendo esperito la *vindicatio pignoris*, consegua dal possessore la stima dell'oggetto della lite ma, nonostante ciò, chieda l'adempimento al debitore; secondo l'opinione di Marciano al creditore che si comporta in questo modo si opporrà l'*exceptio doli* (*puto doli mali exceptionem ei obstaturam*). Seppure sintetica, questa contestualizzazione riflette con sufficiente chiarezza un'immagine del lungo frammento marciano dalla quale ricaviamo come i §§ 6-18 si collochino fra il commento a due eccezioni diverse, ossia *pacti* (*ne pignori hypothecae sit*) e *doli*.

Che nel § 6 il discorso di Marciano si sposti dal *pactum ne pignori hypothecae sit* a un diverso tipo di convenzione fra creditore pignoratizio e debitore risulta evidente già dal suo esordio, nel quale, infatti, subito si pone il caso *Si voluntate creditoris fundus alienatus est [...]*⁵. La prospettiva del giurista è ovviamente rappresentata dal risvolto processuale di una tale situazione e,

Übereignung», in *Iura* 14, 1963, p. 14. Vale la pena di precisare che le alterazioni ravvisate dalla più antica storiografia (per una loro visione generale vd. F. Ebrard, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig 1917, p. 110, nota 60), sono apparse per lo più di natura formale, occasionale e delucidativa; pertanto, il profilo sostanziale del discorso non ne sarebbe stato alterato, e ciò anche perché i Giustinianeî non si discostarono dalla configurazione classica del consenso del creditore alla vendita (così come del patto di remissione del pegno): G. Grosso, «Remissione del pegno e *satisfactio*», in *Atti Real. Acc. Sc. Tor.* 65, 1930, pp. 111 ss., ora in *Scritti storico giuridici* 3, Torino 2001, pp. 363 ss. (da cui si cita). Certamente non può negarsi la presenza nel nostro testo di interventi riassuntivi se si considera che l'opera è stata riveduta in tempi postclassici (F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, p. 361); tuttavia, proprio per questa loro natura, essi non sono stati considerati tali da alterarne il contenuto sostanziale. Per specifici rilievi circa la genuinità di singoli punti del lungo brano qui analizzato si rinvia all'esame dei suoi paragrafi svolto *infra* nel testo.

⁴ Sul punto vd. Grosso, «Remissione», cit., pp. 357 s.; J. L. Alonso, «Sull'accessorietà del pegno», in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna* 1, Napoli 2007, pp. 89; Pellicchi, «Propter pecuniam debitam», cit., p. 824, nota 29.

⁵ § 6, D. 20, 6, 8: *Si voluntate creditoris fundus alienatus est, invecunde applicari sibi eum creditor desiderat, si tamen effectus sit secutus venditionis: nam si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire.*

difatti, senza esitazione precisa subito che il creditore *inverecunde* avrebbe esercitato l'azione ipotecaria – s'intende, nei confronti del terzo acquirente – qualora si sia verificato l'effetto obbligatorio dell'*emptio venditio* (non necessariamente la *traditio* del bene pignorato, come sarà chiarito nel § 12)⁶. Nel tratto successivo il giurista ribadisce l'insufficienza del solo elemento volontaristico prospettando l'ipotesi contraria, ossia *si non venierit*, e affermando che in tal caso non sarebbe bastata a respingere il creditore la sola circostanza che egli abbia voluto vendere. Nell'accentuazione della necessità di entrambi i requisiti può leggersi una risposta a Ulpiano il quale riteneva fosse una bella questione domandarsi (*Belle quaeritur [...]*) se l'invalidità della compravendita di un bene vincolato in pegno speciale dovesse nuocere al creditore per il solo fatto di aver acconsentito a essa, concludendo al riguardo che *dicendum est pignus valere*⁷. I pareri dei due giuristi concordano, ma il tenore del brano di Marciano sembra mostrare che su questo punto egli non aveva alcun dubbio. L'espressione *non est satis ad repellendum creditorem* (*repellere* ritorna peraltro anche nei successivi §§ 12, 13, 14) mette subito a fuoco che l'esclusione dell'azione ipotecaria nel caso considerato si realizzava *ope exceptionis*. Il testo non esplicita la specifica eccezione della quale si stava discutendo. Tuttavia, la sua enunciazione si legge (unicamente) nel § 9 dove Marciano, come si esaminerà, in relazione al caso prospettato decide affermando che *rursus aequum erit excipi si non voluntate creditoris veniit*⁸. Verosimilmente, doveva trattarsi di un'eccezione la cui formula era articolata in *praesens* poiché il terzo acquirente con essa contestava l'esercizio stesso dell'*actio hypothecaria* da parte dell'attore/creditore che aveva acconsentito all'alienazione del pegno, facendo valere proprio la sua precedente volontà in tal senso e la realizzazione della vendita. Un tale comportamento è giudicato da Marciano come posto in essere *inverecunde* e tale giudizio di valore fonda la possibilità per il terzo acquirente di chiedere l'*exceptio* '*si non voluntate creditoris veniit*'.

Etimologicamente l'avverbio *inverecunde* esprime, considerato il prefisso *in* con valore privativo, l'assenza di *verecundia*, che Cicerone raffigura come timore di un giusto rimprovero (*vituperationis non iniustae timorem*) in grado di svolgere, quindi, sull'individuo una funzione di autocontrollo, prevenendo così la sua azione di *offendere*⁹. Ne consegue che il comportarsi senza *verecundia* integra

⁶ L'espressione *si tamen effectus sit secutus venditionis* si riferisce all'efficacia della compravendita quale naturale esplicazione imposta dall'ipotesi iniziale, come rilevato da A. Guarnieri Citati, «Reviviscenza e quiescenza», in *Annali Messina* 1, 1927, p. 112, nota 2.

⁷ Ulp. 73 *ad ed. D.* 20, 6, 4, 2. Sull'attendibilità della opinione ulpiana vd. S. Tondo, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano 1953, p. 90, nota 20.

⁸ Su tale eccezione vd. più diffusamente *infra*, § 3.

⁹ Cic., *de rep.* 5, 4, 6: *nec vero tam metu poenae terrentur, quae est constituta legibus, quam verecundia, quam natura homini dedit quasi quendam vituperationis non iniustae timorem*;

un agire in modo irrispettoso, arrogante, spregiudicato, smodato, sino a ricomprendere anche il concetto di osceno e impudico. L'utilizzo di tale avverbio nel linguaggio giurisprudenziale di età classica che ci è pervenuto risulta molto raro. Infatti, oltre Marciano lo ha utilizzato solamente Ulpiano per tratteggiare l'immoralità di Carfania nel famoso passo sull'origine del divieto di *postulare pro aliis*¹⁰. La forma aggettivale ricorre, invece, in soli due passi di Paolo e si ritiene interessante rimarcare qui come in uno di essi sia stato adoperato proprio per valutare l'opportunità di una pretesa giudiziaria, peraltro secondo una modalità espressiva molto simile all'*inverecunde creditor desiderat* marciano: in relazione al caso di un possessore di buona fede che abbia sia la cosa ereditaria sia il suo prezzo (perché, ad esempio, la ha ricomprata) e voglia consegnare soltanto la prima, Paolo precisa che occorre valutare se debba soddisfarsi piuttosto il possessore nonostante la cosa sia deteriorata e non l'attore che pretenda il prezzo *quod inverecundum sit tale desiderium*, oppure se il possessore debba restituire anche ciò che ha lucrato in virtù del prezzo dato che si è arricchito per mezzo della cosa ereditaria¹¹.

Il ricorso da parte di Marciano a un termine non tipico delle valutazioni dei giuristi quale risulta essere l'avverbio *inverecunde*, ma del quale restano invece molte tracce nel patrimonio linguistico letterario¹², rispecchia in realtà una sua più generale cura nella scelta di vocaboli mutuati da altri saperi. Infatti, tale attitudine si riscontra in diversi punti della sua produzione scientifica e ne conserva ulteriore traccia questo stesso brano lì dove il giurista adopera il verbo *ludificari* (§ 8), che risulta del tutto estraneo – come preciseremo – alla prosa

de off. 1, 99: *Est autem quod differat in hominum ratione habenda inter iustitiam et verecundiam. Iustitiae partes sunt non violare homines, verecundiae non offendere, in quo maxime vis perspicitur decori.* Su queste tematiche vd. ora R. R. Marchese, «Non nuocere, aiutare, non offendere. Rileggere il *De officiis* di Cicerone nel conflitto tra prossimi e lontani», in *Classico contemporaneo* 5, 2019, pp. 63 s.

¹⁰ Ulp. 6 *ad ed. D.* 3, 1, 1, 5: [...] *origo vero introducta est a Carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto.* Sull'uso del termine per esprimere condotte femminili in relazione a vicende giudiziarie molto interessante si presenta il famoso passo in cui Valerio Massimo (8, 2, 2) descrive il celebre caso che vide protagonista Otacilia Laterense, la quale intentò un processo contro il proprio amante Visellio Varrone.

¹¹ Cfr. Paul. 20 *ad ed. D.* 5, 3, 22. La conclusione cui giunge Paolo, ossia che vada restituita la cosa e anche quanto si sia lucrato dalla vendita, si fonda sullo spirito dell'*oratio* di Adriano contenente le disposizioni raccolte nel senatoconsulto Giuvenziano. Nell'altro passo (5 *sent. D.* 32, 23) Paolo usa l'aggettivo *inverecundus* in un contesto sempre processuale, per sottolineare come la specifica *vindicatio* cui vi si allude sia da considerarsi particolarmente disonorevole se intentata dall'imperatore: *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare inverecundum est: decet etim tantae maiestati eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.*

¹² *Th. ling. Lat.* VII 161-163.

giurisprudenziale a noi tramandata¹³. Quello che non può stabilirsi in modo sicuro è se Marciano abbia adoperato *inverecunde* nel suo significato primo o in quello traslato di *inique*¹⁴, termine che troviamo più volte adoperato nei paragrafi successivi (§ 8: *iniquum est, iniquissimum esse*; § 9: *aequum erit excipi*) nel valutare l'idoneità o meno dell'eccezione *si non voluntate creditoris veniit*, a paralizzare la *vindicatio pignoris*. Nell'incertezza non si può escludere che con la scelta di tale avverbio Marciano abbia inteso esprimere sia un giudizio circa l'iniquità della pretesa di un creditore pignoralizio che rivendichi dal terzo acquirente il bene oggetto di pegno dopo aver acconsentito alla sua vendita, sia un giudizio di natura morale relativo all'impudenza di una siffatta pretesa¹⁵. Può presumersi, cioè, che egli abbia voluto far risaltare in modo consapevole, come sembra suggerire il ricorso a un termine non diffuso nel linguaggio giuridico,

¹³ Nel valorizzare le tracce del patrimonio linguistico e concettuale proprio della retorica nelle *Institutiones* di Marciano, S. Querzoli, «La *puella rapta*: paradigmi retorici e apprendimento del diritto nelle Istituzioni di Elio Marciano», in *AnnaliOnline Lettere - Ferrara* 1-2, 2011, pp. 153 ss., ha isolato diversi esempi nei quali il giurista ha usato (non soltanto nel manuale) termini rari se non del tutto assenti nel linguaggio giurisprudenziale, i quali sembrano orientati (anche) da letture erudite, studi etimologici e conoscenze grammaticali (vd. anche Ead., «Se i veleni non sempre uccidono: *veneficia* e *lex Cornelia* nelle Istituzioni di Marciano», in *Ostraka* 21, 2012, pp. 166 ss.). Il discorso investe l'interessante profilo dell'indubbia cultura letteraria e dello stile di Marciano che, almeno con riguardo al suo manuale, è diffusamente riconosciuto come elegante e accurato sulla scia di un giudizio formulato da A. Pernice, «Die sogenannten *res communes omnium*», in *Festgabe für H. Denburg*, Berlin 1900, p. 128 (giudizio che secondo Schulz, *Storia*, cit., p. 361, mancava di quell'approfondimento testuale necessario per sostenerlo), e ripreso più recentemente da D. Liebs, «*Ælius Marcianus*. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt», in *Zeit. Sav. Stift. Rechtsg.* 128, 2011, pp. 43 s.). Rispetto a tale giudizio, D. Mantovani ha rilevato giustamente (in uno studio a firma anche di M. Fressura) l'assenza di un'analisi del livello lessicale e grammaticale proprio di Marciano, anche in rapporto a quello degli altri giuristi: «P. Vindob. L. 59 +92. Frammenti delle *Institutiones* di Elio Marciano», in *Athenaeum* 106, 2018, pp. 656 s.; peraltro, secondo lo studioso resta singolare sul piano storiografico che una tale valutazione positiva non sia stata utilizzata per contestare la sua presunta provincialità. Nella rivalutazione della figura di Marciano quale giurista, a lungo apparso eccessivamente influenzato nelle sue costruzioni giuridiche da esigenze prevalentemente teoriche e da astratte reminiscenze filosofiche, fondamentale si presenta la monografia di L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989, *passim*. Sulla cultura di Marciano, alla luce di una disamina dell'impianto complessivo delle *Institutiones*, vd. ora D. Dursi, *Le Istituzioni di Elio Marciano. Libri 1-5*, Cagliari 2018, pp. 60 ss.

¹⁴ *Th. ling. Lat.* VII 163, ll. 2-6.

¹⁵ Una tale richiesta è stata definita «*unverschäm*» da H. Ankum. - M. Van Gessel-de Roo - E. Pool, «Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks *in bonis alicuius esse/in bonis habere* im klassischen römischen Recht», in *Zeit. Sav. Stift. f. Rechtsg.* 104, 1987, p. 419. Per quanto rilevato nel testo circa lo stile di Marciano e la sua ricerca di vocaboli tratti da altri ambiti del sapere, l'avverbio *inverecunde* ben poteva essere presente già nella redazione originaria del passo, senza doverlo necessariamente intendere quale frutto di un'interpolazione, come ipotizzato da Ebrard, *Die Digestenfragmente*, cit., p. 110, nota 60.

una valutazione soggettiva fondata sull'eccessiva sfrontatezza insita nel comportamento di colui che, dopo essersi soddisfatto nei limiti del suo credito sul ricavato della vendita del bene pignoratizio da lui autorizzata proprio in vista di tale obiettivo (come emergerà in particolare dalla lettura del § 10), con l'esercizio dell'*actio (quasi) Serviana* contro il terzo acquirente tentava poi anche di riottenere quello stesso bene. Per Marciano, dunque, una tale richiesta si configurava come ingiusta per la presenza del consenso a vendere da parte del creditore e dell'effettiva realizzazione della vendita stessa e, nel contempo, era chiara espressione dell'assenza di quella vergogna sottesa al significato etimologico dell'avverbio *inverecunde*.

Illustrata l'ipotesi generale e la sua 'regola'¹⁶, il discorso continua con la trattazione di una serie di casi speciali che potevano diramarsi nella dinamica fattuale dallo schema-tipo appena delineato, discutendoli in una sequenza che procede quasi per attrazione. Nel § 7 il giurista afferma anzitutto (*supervacuum est [...] rem possideat*) che è del tutto inutile indagare il caso in cui il terreno oggetto di ipoteca speciale sia stato venduto con il permesso del creditore qualora il debitore possieda la cosa (*si ipse debitor rem possideat*). Continua poi affermando (*nisi [...] obicere*) come ciò valga a meno che, evenienza possibile, il debitore abbia sì venduto il bene pignorato con il permesso del creditore, ma in seguito lo abbia riacquistato in buona fede dallo stesso acquirente o da un successore di quest'ultimo ovvero, ancora, in quanto egli stesso sia divenuto erede del terzo acquirente: tuttavia, *cum pecunia soluta non sit*, vi è il sospetto di *dolus praesens* e perciò viene riconosciuta al creditore pignoratizio una *replicatio doli*¹⁷.

Sofferamoci sul tratto iniziale (*supervacuum est [...] rem possideat*) in cui si fa riferimento all'avvenuta realizzazione della vendita del terreno e al possesso di questo stesso terreno da parte del debitore, ipotesi rispetto alla quale per il giurista non vi è alcuna difficoltà ad ammettere l'efficace esercizio della *vindi-*

¹⁶ Per M. Kaser, «Studien zum römischem Pfandrecht», in *Tijdschr. voor Rechtsg.* 44, 1976, p. 267, ora in *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli 1982, p. 35, la regola per questa ipotesi si adatta bene all'idea della 'proprietà funzionalmente divisa'.

¹⁷ § 7, D. 20, 6, 8: *Supervacuum est quaerere agrum specialiter hypothecae datum permissu creditoris venisse, si ipse debitor rem possideat: nisi quod potest fieri, ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere coepisset, aut si ipse debitor emptori heres exstiterit: verumtamen cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio inerit translata ad praesens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali obicere*. In caso di ipoteca generale la soluzione non era altrettanto evidente poiché la clausola *quae quaeque habiturus sum* comportava che il vincolo si costituisse su qualunque cosa entrasse nel patrimonio del debitore e per qualsiasi causa: sul punto vd. P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II: Garanzie reali*, Padova 1963, p. 294, e Chr. Krampe, «Die Rückabwicklung des Pfandverkaufs: D. 20,6,10 Paulus Libro Tertio quaestionum», in *Tijdschr. voor Rechtsg.* 59, 1991, pp. 19 s.

catio pignoris da parte del creditore. Eppure, l'interpretazione del passo non è del tutto evidente. Leggendo questo punto alla luce di quanto affermato nel § 12 circa la vendita non seguita da *traditio*, si deve escludere che Marciano si stia riferendo a un debitore/possessore della cosa in quanto da lui non ancora *tradita*. Infatti, in quel paragrafo la mancata *traditio* non viene intesa quale causa che impedisce al terzo acquirente di bloccare la *vindicatio pignoris* perché il debitore è comunque tenuto *ex empto*. Come verificheremo meglio, la soluzione prospettata nel § 12 è dunque nel senso opposto e, peraltro, il caso vi è presentato in modo problematico, per cui sarebbe palese la contraddizione con il § 7 nel quale, diversamente, si enfatizza con il ricorso all'espressione *supervacuum est* proprio l'inutilità della questione stessa per l'evidenza della sua soluzione. Per superare l'accennata difficoltà interpretativa evidentemente si deve configurare in altro modo la posizione del debitore che ha venduto il bene e ciononostante ne sia in possesso. In quest'ottica, il discorso di Marciano acquista un suo senso se si ritiene plausibile l'ipotesi che si riferisca a un debitore che abbia effettuato la *traditio* del bene, ma che in seguito ne sia tornato in possesso¹⁸. Nel tratto successivo (*nisi [...] obicere*), dove – come appena precisato – Marciano discute un caso più specifico di *reversio* del bene pignorato, si legge in effetti solamente il riferimento a una *replicatio doli* da opporsi da parte del creditore. Proprio tale concessione lascia pensare verosimilmente che il giurista, rispetto alla descritta serie di ipotesi derivative scaturenti pur sempre dall'originario consenso del creditore a vendere che si ripercuoteva inevitabilmente su di esse, in punto di logica riconosca al debitore/possessore attuale l'opponibilità dell'eccezione *si non volutate creditoris veniit*, in qualità di avente causa del terzo acquirente (in

¹⁸ Al riguardo vd. il puntuale esame di Krampe, «Die Rückabwicklung», cit., pp. 17 ss., per il quale la comprensione del tratto *supervacuum est - rem possideat* risulta chiara se, in luogo del *rem possideat* che si legge nell'edizione dei *Digesta* di Th. Mommsen, si segue la lezione *repossideat* propria della *Littera Florentina* (*Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus* I, Firenze 1988, p. 296) e autorizzata anche dai Basilici (25, 8, 8, 7). Che vi si consideri un'ipotesi autonoma rispetto a quella prospettata nel prosieguo del passo è ipotesi avanzata da Tondo, *Convalida del pegno*, cit., pp. 91 ss., il quale, nel sostenere la genuinità sostanziale del testo (ritenuto dalla più antica storiografia non genuino proprio per le tensioni interne al brano, rilevate in particolare da Guarnieri Citati, «Reviviscenza», cit., p. 117), aveva pensato a un possesso della cosa in base a un titolo che non presentava alcun rapporto causale con l'atto di trasferimento autorizzato dal creditore. Nel discutere tale lettura, G. Papa, *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli 2009, pp. 199 ss., ha ritenuto preferibile, sempre alla luce del contenuto del § 12, l'idea che «il segmento *supervacuum-possideat* sunteggi eccessivamente la questione ipotizzata nel posteriore passo marciano», ossia che vi sia stato un taglio considerevole della problematica originaria da parte di un revisore pregiustiniano. Tuttavia, se si pensa alla figura di un debitore che ha effettuato la *traditio* e che poi si trova a ripossedere il bene, tale conclusione, di per se stessa plausibile dati gli innegabili interventi postclassici di sintesi nell'*Ad formulam hypothecariam* di Marciano, non si presenta a nostro avviso come necessaria per superare la difficoltà interpretativa del tratto in questione.

quanto tale, legittimato a valersi della stessa tutela che spettava al terzo nei confronti del creditore); tuttavia, tale eccezione potrà a sua volta essere paralizzata da una *replicatio doli* del creditore pignoratizio finalizzata a far valere la scorrettezza di una tale difesa *cum pecunia soluta non sit* e articolata, come si precisa nel testo, in *praesentem* dal momento che il dolo non era certo consistito nel trasferimento del bene pignorato dal terzo al debitore. Proprio il richiamo esplicito a una *replicatio doli mali* prova che il debitore aveva opposto l'eccezione *si non voluntate creditoris pignus veniit*, e non certo l'*exceptio doli* in virtù della regola, forse già labeoniana, *adversus doli exceptionem non dari replicationem doli*¹⁹. Nel suo insieme la decisione di Marciano, apparsa «eccellente» perchè realizza una vera e propria *reductio ad aequitatem*²⁰, mostra come l'obiettivo doveva essere quello di evitare che il debitore riuscisse a conseguire un duplice ingiusto vantaggio da ravvisarsi nel mancato adempimento dell'*obligatio* (*cum pecunia soluta non sit*) e, contestualmente, nel voler impedire al creditore il conseguimento del possesso del bene pignorato per ricavare dalla sua vendita un'immediata soddisfazione²¹.

In connessione con tale caso, Marciano si pone il quesito circa il diritto da applicare qualora il debitore Tizio abbia venduto con il consenso del suo creditore il fondo ipotecato a Mevio (o a uno da cui Mevio l'abbia acquistato), che poi diventa erede di Tizio e contro il quale il creditore esercita quindi la *vindicatio pignoris* del fondo stesso (§ 8)²². In buona sostanza, il giurista si domanda se sia possibile estendere la soluzione appena affermata anche a tale, più specifica, ipotesi nella quale ora è il terzo acquirente a diventare erede del debitore. La risposta affermativa viene esclusa in quanto *iniquum est* spogliare colui che non ha conseguito il fondo ipotecato *iure successionis*, bensì in base a un titolo proprio e dunque tale da assicurargli piena tutela nei confronti del creditore. Anche a tal proposito segue un'immediata precisazione volta a ribaltare la soluzione appena proposta, la quale non vale, infatti, quando nella

¹⁹ Ulp. 76 *ad ed. D.* 44, 4, 4, 13.

²⁰ Così Tondo, *Convalida del pegno*, cit., p. 90, che supera convincentemente le critiche mosse alla genuinità del testo da Guarnieri Citati, «Reviviscenza», cit., p. 117. Sul punto vd., inoltre, Papa, *La replicatio*, cit., p. 204.

²¹ Sulla particolare caratterizzazione che assume in questo caso la ragione processuale della *replicatio doli* vd. le acute considerazioni di Papa, *La replicatio*, cit., p. 204. Circa il contrasto che per alcuni studiosi esisterebbe fra la decisione di Marciano e quella di Paolo in *D.* 20, 6, 10 *pr.*, vd. la ragionevole obiezione di Krampe, «Die Rückabwicklung», cit., pp. 20 ss., per il quale esso non sussiste data la diversità dei casi discussi dai due giuristi.

²² § 8, *D.* 20, 6, 8: *Illud videamus, si Titius debitor voluntate creditoris sui vendiderit Maevio vel ei, a quo Maevius emerit, et postea Maevius Titio heres exstiterit et creditor ab eo petat, quid iuris sit. sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui non successionis iure, sed alio modo rem nactus est. potest tamen dici, cum Titii dolus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat, iniquissimum esse ludificari eum.*

fattispecie ricorra il dolo di Tizio affinché il creditore non percepisca la somma dovutagli dal possessore, e ciò in quanto *iniquissimum ludificari eum*. Sulla base di questo rilancio di situazioni ritenute inique, la dinamica processuale prospettata nel testo può plausibilmente essere ricostruita nel senso che Mevio, indipendentemente dalla successione ereditaria nella posizione giuridica del debitore, possa avvalersi dell'eccezione *si non voluntate creditoris veniit* in quanto all'origine del suo acquisto da Tizio vi era pur sempre l'assenso del creditore pignoratizio alla vendita del pegno da parte di Mevio; tuttavia il creditore, nel caso di dolo del debitore Tizio, può far ricorso a una *replicatio doli* per far valere le sue ragioni contro Mevio quale successore di Tizio. L'*iniquum est auferri ei rem a creditore* usato quale argomento a favore del terzo acquirente cui si contrappone l'*iniquissimum est ludificari eum* usato invece a favore del creditore rappresentano giudizi che proiettano e sostengono, dunque, il gioco dell'eccezione *si non voluntate creditoris veniit* e della *replicatio doli*²³. Vale la pena di rilevare come si tratti del solo caso in cui risulta usata nella scrittura giurisprudenziale la forma verbale *ludificari* la quale, per essere composta da *ludus* e *facere*, esprime l'atteggiamento di colui che si prende gioco di qualcuno, che lo schernisce. Si tratta di un verbo che tecnicamente appartiene, dunque, al cd. 'lessico della beffa' per cui non è un caso che sia tipico della commedia plautina²⁴. Il suo utilizzo da parte di Marciano non deve sorprendere se si considera la sua indiscussa cultura letteraria e la sua inclinazione ad appropriarsi del patrimonio linguistico e concettuale di ambiti del sapere diversi da quello giuridico qui già richiamata a proposito dell'uso, altrettanto raro nella prosa giurisprudenziale, dell'avverbio *inverecunde*²⁵; proprio alla luce delle diverse tracce di una tale inclinazione, perde consistenza il rilievo avanzato in storiografia secondo il quale l'espressione *ludificari* sia «injuristisch und ausweichend»²⁶.

L'ipotesi discussa nel § 9 è che il fondo vincolato in pegno dal compratore Mevio a favore di qualcuno sia posseduto da costui, che non è stato ancora soddisfatto. Per Marciano sarà equo opporre nuovamente l'*exceptio: si non voluntate creditoris veniit*; infatti, sebbene nei confronti del primo creditore intervenga il dolo del debitore che non lo paga (pur avendo venduto con il suo consenso), tuttavia è poziore il secondo creditore che ricevette in pegno²⁷. Siamo giunti al frammento in cui, come anticipato, si esplicita la formulazione del-

²³ Su tale ricostruzione vd. Tondo, *La convalida del pegno*, cit., pp. 91 s., e Papa, *La replicatio*, cit., p. 200, nota 56.

²⁴ *Th. ling. Lat.*, 7.1766-1768.

²⁵ Vd. *supra*, nota 13.

²⁶ Così Ebrard, *Die Digestenfragmente*, cit., p. 110, nota 60.

²⁷ § 9, D. 20, 6, 8: *Quod si fundus a Maevio alicui obligatus possideatur cui nondum satisfactum erit, tunc rursus aequum erit excipi 'si non voluntate creditoris veniit': licet enim dolus malus debitoris interveniat qui non solvit, tamen secundus creditor qui pignori accepit potior est.*

l'*exceptio* di cui Marciano sta discutendo sin dal § 6 e forse non a caso, dunque, nel prospettare il suo esercizio come equo anche in questo frammento, ha utilizzato l'avverbio temporale *rursus*.

A chiusura di questa la lunga riflessione iniziata nel § 7 sulle possibili varianti del caso di vendita dolosa (con collusione del compratore), Marciano propone un consiglio che sembra scaturire proprio dalla causa principale della patologia sottesa alle ipotesi considerate, ossia il mancato pagamento del prezzo da parte del debitore. Il § 10 inizia, infatti, con un riferimento implicito alla sicurezza che il sistema di tutela descritto offre comunque al creditore; tuttavia, suggerisce il giurista, rispetto a tale sistema è ancora più sicuro, qualora il debitore chieda al creditore di permettergli di vendere il pegno per meglio poterlo soddisfare, ottenere dal compratore una *cautio* quale garanzia affinché il pagamento del prezzo della cosa venduta fino all'ammontare del prezzo sia pagato al creditore²⁸. Il passo allude in modo esplicito a una richiesta formulata dal debitore al creditore di poter vendere il bene pignorato e, sotto questo profilo, si presenta interessante per delineare, come si preciserà, la probabile costruzione dogmatica sottesa all'eccezione *si non voluntate creditoris veniit*. Altrettanto rilevante, nella medesima prospettiva, appare l'espressione *quo magis satisfaciat*, poichè mette a fuoco con chiarezza come il consenso del creditore alla vendita della *res* pignorata aveva quale sua *ratio* la prospettiva di una sua soddisfazione sul ricavato della vendita.

Dopo l'analisi di queste fattispecie tutte concatenate fra loro, Marciano passa a chiarire il significato del termine *venditio*. Al riguardo il giurista scrive che esso va interpretato *generaliter*, cosicchè anche se il creditore ha permesso di disporre un legato, deve valere quanto ha concesso; e ciò va inteso nel senso che, qualora il legato sia rifiutato, si ristabilisce il pegno (§ 11)²⁹. Quest'ultima notazione si spiega se si pone mente al fatto che il mancato acquisto del legato³⁰ non consente la realizzazione di una delle due condizioni necessarie per va-

²⁸ § 10, D. 20, 6, 8: *Tutius tamen est, si debitor a creditore petat, ut ei permittat pignus vendere, quo magis satisfaciat, ante cautionem accipere ab eo, qui rem empturus erit, ut pretium rei venditae usque ad summam debiti creditori solvatur*. Sul valore di tale frammento al fine di comprendere l'utilità per il creditore pignoratizio di acconsentire alla richiesta del debitore di poter vendere il bene pignorato vd. R. De Ruggiero, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano*, Cagliari 1910, Napoli 1980 (rist. anast.), p. 60 (che ha avanzato in modo del tutto generico un dubbio circa la sua genuinità, richiamato senza ulteriori precisazioni da Ebrard, *Die Digestenfragmente*, cit., p. 111, nota 60); A. Wacke, «Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders?», in *Iura* 24, 1973, p. 192, nota 30; M. Fuenteseca Degeneffe, *La seguridad del tráfico de bienes en Rome*, Madrid 2019, p. 112.

²⁹ § 11, D. 20, 6, 8: *Venditionis autem appellationem generaliter accipere debemus, ut et si legare permisit, valeat quod concessit: quod ita intellegemus, ut, si legatum repudiatum fuerit, convalescat pignus*.

³⁰ L'eventuale *repudium* del legato comporta la sua mancata acquisizione *in toto*: cfr. Pomp. 6 *ad Sab. D.* 30, 38, 1.

nificare la *vindicatio pignoris* del creditore pignoratizio, ossia il prodursi degli effetti dell'atto da lui autorizzato, non essendo sufficiente a ciò il solo consenso (come precisato nel § 6). Sotto altro profilo, il testo lascia intendere come non soltanto le alienazioni *inter vivos*, ma anche quelle *mortis causa* potevano essere oggetto dell'assenso del creditore pignoratizio³¹. La stringatezza insita nel ricorso all'avverbio *generaliter* sarà poi sciolta da Marciano in modo più esplicito nei paragrafi successivi. Il suo orientamento circa il senso lato con il quale intendere il termine *venditio* nella fattispecie trattata non fa che riflettere, comunque, quello proprio della giurisprudenza severiana³².

A questo punto, il discorso si sposta sull'individuazione del momento in cui la vendita deve considerarsi avvenuta. Infatti, nel § 12 Marciano tratta il caso della vendita non seguita dalla *traditio* e si domanda se il creditore pignoratizio che ha acconsentito ad essa non verrà respinto e dunque la sua pretesa sarà soddisfatta, come se il fondo stesse ancora *in bonis debitoris*, oppure se il pegno si estinguerà dal momento che il debitore è tenuto a consegnare la *res* con l'*actio ex empto*. Lo stesso dubbio investe anche l'ipotesi in cui il compratore non abbia adempiuto al suo obbligo di pagare il prezzo. In entrambi i casi il giurista propende per la seconda soluzione la quale implica, quindi, la possibilità di opporre all'*actio (quasi) Serviana* l'eccezione *si non voluntate creditoris veniit*, anche quando non vi sia stata la consegna materiale del bene³³. L'impressione è che Marciano in questo punto del suo commento stia interpretando il significato della forma verbale *veniit* propria della formulazione dell'eccezione, escludendo dunque che vada intesa come «vendere e trasferire», con la conseguenza di ritenere opponibile l'eccezione anche qualora la cosa sia in *bonis debitoris*³⁴. Nel decidere in tal senso, Marciano mostra di concepire il preludio del *veniit* come realizzatosi al momento della prestazione del *consensus* e, quindi, del sorgere dei suoi effetti obbligatori. Tuttavia, la scelta è adottata con una certa cautela secondo quanto lascia intendere l'espressione *quod magis est*, che svela infatti l'esistenza di un'opinione diversa³⁵.

³¹ Levy, *Verkauf*, cit., p. 14.

³² Cfr. Ulp. 73 *ad ed. D.* 20, 6, 4, 1: *Si in venditione consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari [...]*.

³³ § 12, *D.* 20, 6, 8: *Si debitor vendiderit rem nec tradiderit, an non repellatur creditor, quasi adhuc res in bonis sit debitoris, an vero, cum teneatur ex empto, pignus extinguatur? quod et magis est. sed quid si pretium venditor consecutus non sit, nec paratus sit emptor dare? tantundem potest dici.*

³⁴ Krampe, «Die Rückabwicklung», cit., p. 18.

³⁵ Per Frezza, *Le garanzie*, cit., pp. 292 s., la polemica potrebbe essere con Paolo il quale, in relazione al caso di risoluzione della vendita, afferma che il creditore non rimette il pegno in ogni caso ma solamente se il compratore non restituisca il bene al venditore e, perciò, il vincolo sulla *res* venduta non deve ritenersi estinto anche se il debitore/venditore sia stato condannato *ex empto* per non aver consegnato la cosa al compratore (*D.* 20, 6, 1, 1). Al

La valutazione della correttezza della vendita rispetto al contenuto dell'autorizzazione rappresenta il profilo su cui si sposta d'ora innanzi il discorso di Marciano. Nel § 13 si discute il caso in cui il debitore non abbia compiuto il negozio oggetto dell'autorizzazione, bensì uno di diversa tipologia, distinguendo tre situazioni³⁶. In prima battuta il giurista si chiede se il creditore sarà respinto con l'eccezione qualora abbia permesso di vendere e il debitore invece abbia donato o se non si tratti di una *quaestio facti* rispetto alla circostanza che egli ha voluto la vendita in modo che, ricevuto il prezzo, la cosa giovi anche a lui. La risposta è nel senso che l'autorizzazione prestata non nuocerà al creditore il quale, dunque, vedrà la sua pretesa soddisfatta. In secondo luogo, prospetta che il debitore, anziché vendere, abbia costituito una dote per affermare che in questo caso deve considerarsi corretta la vendita *propter onera matrimonii*. Infine, Marciano formula l'ipotesi inversa a quella da cui il paragrafo ha preso l'avvio, ossia che il creditore abbia concesso di donare e il debitore invece abbia venduto, e sostiene che in tal caso il creditore vedrà paralizzata la sua *vindicatio pignoris*, ma non se qualcuno affermi che egli abbia autorizzato la donazione perché il donatario era suo amico. Anche questo paragrafo restituisce l'eco di una controversia. Infatti, come suggerisce l'uso dell'espressione *recte videtur*, adoperata per sostenere che la dazione in dote dovrebbe essere equiparata a una vendita approvata dal creditore *propter onera matrimonii*, l'opinione di Marciano era controversa³⁷; nella medesima direzione porta inoltre l'utilizzo dell'espressione *nisi si quis dicat*, dato che in genere la si trova utilizzata in contesti nei quali si riferisce un'opinione altrui ovvero si prospetta un'opinione diversa da quella del giurista.

La difformità fra il prezzo di vendita previsto nell'autorizzazione a vendere e quello realizzato rappresenta l'oggetto del § 14 dove si formula dapprima l'ipotesi che il pegno sia stato venduto a un prezzo inferiore, precisamente 'a cinque' anziché 'a dieci', rispetto alla quale per Marciano il creditore non va respinto; poi, quella di una vendita realizzata invece un prezzo superiore a quello consentito dal creditore, ipotesi che secondo il giurista non solleva il problema

riguardo vd. tuttavia le convincenti obiezioni di Krampe, «Die Rückabwicklung», cit., pp. 23 ss., per il quale la controversia non sussiste in quanto la diversa soluzione adottata da Paolo è da relazionarsi al caso speciale che sta trattando.

³⁶ § 13, D. 20, 6, 8: *Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoveat? an facti sit magis quaestio, numquid ideo veniri voluit, ut pretio accepto ipsi quoque res expediat? quo casu non nocebit consensus. quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii. in contrarium, si concessit donare et vendiderit debitor, repellitur creditor, nisi si quis dicat ideo concessisse donari, quod amicus era creditori is cui donabatur.*

³⁷ A. Wacke, «Dos und donatio. Mitgiftbestellung ist keine Schenkung», in *Zeszyty Prawnicze* 15/2, 2015, pp. 88 ss., ritiene avventata questa scelta di Marciano sulla base della considerazione che la *causa dotis* non era una lucrativa *propter onera matrimonii*.

del *recte venditus*³⁸. Le due soluzioni si spiegano con la considerazione che il creditore realisticamente doveva autorizzare la vendita a un prezzo tale da assicurargli la soddisfazione del suo credito.

Marciano affronta poi l'aspetto della modalità di estrinsecazione della *voluntas creditoris*. Nel § 15, infatti, non ritiene che il creditore abbia acconsentito alla vendita se il debitore ha alienato la cosa ed egli lo sapeva, poiché ha tollerato che fosse venduta nella consapevolezza che il pegno sarebbe rimasto tale per lui ovunque; ma, se per caso ha sottoscritto le *tabulae emptionis*, si deve considerare come prestato il suo consenso alla vendita, con la riserva comunque che egli non sia stato ingannato in modo evidente e questa soluzione va seguita anche qualora abbia acconsentito senza scritture³⁹. Il creditore pignoratizio può tranquillamente lasciare che il bene pignorado sia venduto poiché non ha nessun motivo per temere che il suo diritto di pegno ne subisca un pregiudizio e il suo silenzio, quindi, non può certo nuocerli⁴⁰. Pertanto, il consenso alla vendita del bene pignorado va comunque espresso e certamente una forma inequivocabile della sua prestazione è data dalla *subscriptio* delle *tabulae emptionis*⁴¹; sotto questo profilo, il testo potrebbe rappresentare un'applicazione della raggiunta uguaglianza di efficacia fra *subscriptio* del documento e *iussus*⁴². Sembra interessante rilevare, peraltro, come una tale forma di *subscriptio* sia presentata quale eventualità non frequente (*forte*) e, in ogni caso, non obbligatoria. I successivi §§ 16 e 17 contemplano l'ipotesi della vendita da persona diversa dal debitore. Nel primo, in cui si prospetta che essa sia stata realizzata dall'erede del debitore⁴³, Marciano si domanda se ciò che volle il creditore può essere solamente una *quaestio facti*. La risposta è nel senso della correttezza della vendita poiché, si legge nel testo, tali sottigliezze non sono ammesse dai giudici. Ancora una volta la fattispecie è proposta come oggetto di discussione, secondo quanto lascia intendere l'espressione *dicendum est*, sebbene poi il tenore della motivazione

³⁸ § 14, D. 20, 6, 8: *Quod si concesserit decem vendere, ille quinque vendiderit, dicendum est non esse repellendum creditorem: in contrarium non erit quaerendum, quin recte vendit, si pluris vendiderit, quam concessit creditor.*

³⁹ § 15, D. 20, 6, 8: *Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus sibi durare. sed si subscripserit forte in tabulis emptionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat deceptum esse. quod observari oportet et si sine scriptis consenserit.*

⁴⁰ A. Wacke, «Res iudicata pro veritate accipitur? Le finalità della procedura civile fra principio dispositivo e principio inquisitorio», in C. Cascione - C. Masi (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, p. 418.

⁴¹ Wacke, «Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli», in *Zeit. Sav. Stift. f. Rechtsg.* 90, 1973, p. 265.

⁴² S. Riccobono, «Traditio ficta», in *Zeit. Sav. Stift. f. Rechtsg.* 33, 1912, p. 249.

⁴³ § 16, D. 20, 6, 8: *Si debitori concessum sit et heres eius vendiderit, potest facti quaestio esse, quid intellexit creditor. sed recte venisse dicendum est: hae enim subtilitates ab iudicibus non admittuntur.*

mostri la scelta del giurista come perentoria⁴⁴. Nel secondo, Marciano si chiede se, nell'ipotesi in cui il debitore abbia cessato di possedere e il nuovo possessore abbia venduto, il vincolo pignoratizio continui a sussistere come se l'autorizzazione del creditore sia stata data alla specifica persona del debitore. La risposta in senso positivo è prospettata quale preferibile (*quod et magis est*) e il giurista la motiva con il rilievo secondo il quale soltanto nel caso in cui il creditore pignoratizio conceda di vendere al nuovo possessore e non al debitore si deve riconoscere che l'eccezione gli nuocerà⁴⁵. Nel § 18, che chiude la lunga riflessione di Marciano, si ipotizza che la realizzazione dell'atto traslativo sia avvenuta in tempi diversi da quelli autorizzati dal creditore pignoratizio. Per il giurista, se la condizione prevista nel consenso stabilisce di vendere entro un anno o un biennio e il debitore vada oltre questo termine, ne consegue che il creditore non perde il pegno (*non aufert pignus creditor*) e, quindi, esperirà proficuamente l'*actio* (*quasi*) *Serviana*⁴⁶.

3. L'esame sin qui svolto mostra come il fulcro del discorso svolto da Marciano nei §§ 6-18 di *D. 20, 6, 8* sia rappresentato da un'analisi dell'operatività dell'eccezione *si non voluntate creditoris veniit*, che Lenel ritiene non essere stata un'eccezione edittale⁴⁷. La sua formulazione è significativamente tagliata sul duplice profilo della vicenda che con essa s'intende far valere, ossia l'elemento volontaristico e l'efficacia dell'*emptio-venditio*. Ed è intorno a questi due elementi che Marciano svolge la sua riflessione, partendo dal fondamento dell'eccezione

⁴⁴ P. Voci, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967², p. 247, rileva come Marciano avrebbe dovuto svolgere la *quaestio* che si era proposta e accennare quindi alla distinzione tra *conceptio in personam* e *in rem*, per cui ipotizza che in questo punto del passo via sia stato un intervento successivo mal riuscito.

⁴⁵ § 17, *D. 20, 6, 8*: *Si debitor forte concessa venditione desierit possidere et novus possessor vendiderit, an duret pignus, quasi personae permiserit creditor? quod et magis est: nam si novo possessori, non debitori a quo hypothecam accepit, concessit creditor vendere, dicendum est nocere ei exceptionem.*

⁴⁶ § 18, *D. 20, 6, 8*: *Sed si intra annum aut biennium consenserit creditor vendere, post hoc tempus vendendo non aufert pignus creditor.*

⁴⁷ Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927³, p. 495, nota 1, ha riconosciuto quale sua base testuale anche Ulp. 73 *ad ed. D. 20, 6, 4, 1*: *Si in venditione pignoris consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni vel ceteris: nam solent multi salva causa pignoris sui consentire. sed et si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat, dicendum erit exceptionem ei non nocere. sed et si non concesserat pignus venumdari, sed ratam habuit venditionem, idem erit probandum.* Dopo essersi chiesto «war diese exceptio im Edikt verheissen», l'insigne studioso ha ritenuto «anscheinend» a tal fine il § 8 del testo di Marciano, ma «dagegen entscheidend» il § 1 del frammento ulpiano appena richiamato. Sul punto vd. anche A. Wacke, «Prozessformel und Breweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit», in *Tijdschr. voor Rechtsg.* 37, 1969, pp. 379 s.

stessa, ossia il comportamento *inverecunde* (*inique*) del creditore pignoratizio il quale pretende il bene pignorato dal terzo acquirente in presenza di entrambi (§ 6). Da tale base il giurista passa anzitutto in rassegna alcuni casi nei quali la difesa tramite una tale eccezione non sarebbe stata proficua in quanto l'esercizio della *vindicatio pignoris* non è da considerarsi come posto in essere senza *verecundia* per cui prevale in via di *replicatio doli* a causa del comportamento scorretto del debitore il quale, in una serie di acquisti derivativi scaturenti pur sempre dall'originario consenso, non paga alcuna somma di denaro o comunque fa in modo che il creditore non lo riceva (§§ 7-9). Dopo aver suggerito l'opportunità per il creditore di una preventiva *cautio* in grado di metterlo al riparo da tale rischio (§ 10), Marciano intraprende un discorso di carattere interpretativo dei termini dell'eccezione *si non voluntate creditoris veniit*. Anzitutto viene chiarito che il termine *venditio* deve interpretarsi *generaliter*, nel senso che *valeat quod concessit* purchè valido (§ 11). Per quel che riguarda il *consensus*, realisticamente sollecitato il più delle volte da una specifica richiesta del debitore (§ 10), il giurista afferma che esso non equivale a mera conoscenza della vendita stessa, nel qual caso l'*exceptio* non sarebbe opponibile, per cui deve essere comunque manifestato in modo oggettivo (anche se non necessariamente con scritture: § 15). Assegnato un senso lato al termine *venditio*, ne consegue che l'eccezione sarebbe stata opponibile in modo proficuo dal terzo avente causa anche nei casi di una costituzione di dote al posto di una vendita oppure di una vendita al posto di una donazione, ma naturalmente, data la accennata finalità di una tale operazione, non nel caso in cui si sia donato invece di vendere (§ 13). Peraltro, secondo il giurista, non è necessaria per l'operatività della nostra *exceptio* la *traditio* del bene pignorato (§ 12), né che a vendere sia stato il debitore (o suo avente causa, ovvero nuovo possessore ma solo se autorizzato specificamente; §§ 16-17). Occorre, tuttavia, il rispetto delle condizioni di vendita autorizzate dal creditore, nel senso che la *vindicatio pignoris* non sarebbe stata paralizzata dall'*exceptio* in questione nel caso di alienazione del bene pignorato avvenuta con modalità relative al prezzo e ai tempi differenti da quelle convenute, naturalmente soltanto se non si siano rilevate favorevoli per il creditore (§§ 16, 18). In sostanza, il meccanismo di tutela sembra ruotare intorno a due circostanze: che il pegno sia o meno da considerarsi ancora *in bonis* del debitore e, inoltre, che il creditore riceva o meno un'adeguata somma di denaro (rispetto all'ammontare del suo credito) proveniente da un atto traslativo valido e in un tempo ragionevole.

Su queste basi, è possibile accennare alla struttura dogmatica dell'eccezione *si non voluntate creditoris veniit* così come emerge dalla riflessione di Marciano. Sotto questo profilo, non si può fare a meno di notare che i §§ 6-18 non contengano alcun esplicito riferimento a un patto, il che avviene diffusamente

nei §§ 1-5 relativi alla remissione del pegno, ma richiamino la *voluntas creditoris* (§§ 6, 8, 9), il *permissus creditoris* (§§ 7, 10, 11, 13), il *consensus* (§ 13), il *concedere* (§§ 11, 14, 16, 17) o il *consentire* (§§ 15, 18). A tale riguardo, sembra interessante rilevare come nell'alludere alla medesima situazione, Gaio e Ulpiano utilizzino i verbi *consentire*, *concedere* e *permittere*, e Paolo similmente richiami la *voluntas creditoris*⁴⁸. In considerazione della fungibilità di tali espressioni, sembra plausibile ipotizzare che con esse si sia inteso far riferimento a una manifestazione di volontà del creditore quale assenso che seguiva a una richiesta del debitore, come del resto emerge con chiarezza dall'espressione *si debitor a creditore petat, ut ei permittat pignus vendere* del § 10. Doveva trattarsi, cioè, di un'adesione a un contenuto già deciso dal debitore, di fatto semplicemente recependolo⁴⁹. Del resto, se ci poniamo nella prospettiva del debitore che solleciti una tale autorizzazione, era certamente più comodo offrire sul mercato un bene libero dal gravame della garanzia reale (che, è appena il caso di ricordarlo, avrebbe seguito la *res* fino all'avvenuta soddisfazione se l'alienazione avveniva – appunto – senza il consenso del creditore⁵⁰) per invogliarne l'acquisto; se pensiamo, invece, all'interesse del creditore nell'assentire a una tale proposta, doveva risultare particolarmente allettante l'obiettivo di soddisfarsi in modo più veloce e sicuro sul prezzo ricavato dalla vendita, come esplicitato del resto dallo stesso Marciano (§ 10, 13)⁵¹. Sotto il profilo degli effetti della convenzione con la quale si dava al debitore il permesso di vendere la *res pignerata*, la lettura del brano mostra come essa realizzasse per Marciano un'implicita rinuncia al pegno, secondo un orientamento giurisprudenziale ricorrente recepito anche dalla cancelleria imperiale⁵². Ciò è tanto vero che, se il creditore avesse voluto evitare una tale conseguenza, avrebbe dovuto apporre, come precisa

⁴⁸ Ulp. 73 *ad ed. D.* 20, 6, 8, 4.1; Gai., *l. s. ad form. hypoth. D.* 20, 6, 7; Paul. 3 *quaest. D.* 20, 6, 10 *pr.*; Gai. 26 *ad ed. prov. D.* 50, 17, 158.

⁴⁹ Nella voce *consensus* del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, il § 13 del brano in esame è inserito fra i numerosi testi nei quali si propone la sua interpretazione nel senso di *adsensus*, *rathihabitio*; i §§ 15 e 18 (dove Marciano usa la forma verbale *consentire*) figurano invece nella lunga lista della voce *consentio* ove specificamente si tratterebbe di *ratum habere*, *pati*, *permittere*, *iubere*: per una loro puntuale raccolta commentata vd. C. Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, pp. 21 ss., part. note 100 e 109. Sulla possibilità che nelle fonti in cui siano richiamati contestualmente i termini *consensus* e *voluntas*, essi siano probabilmente da intendersi come «accostamenti endiadici per alludere all'idea unitaria della 'volontà singola adesiva'» vd. G. Romano, «*Conventio e consensu*. A proposito di Ulp. 4 *ad ed. D.* 2.14.1.3», in *Annali Palermo* 48, 2003, p. 280.

⁵⁰ Cfr., per esempio, Paul. 29 *ad ed. D.* 13, 7, 18, 2: *Si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat rell.*; sul passo vd. ora F. De Iuliis, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino 2017, pp. 222 ss.

⁵¹ Vd. *supra*, nota 28. Inoltre, Kaser, «*Studien*», cit., p. 267.

⁵² Tale effetto, su cui convergono le opinioni della storiografia, è da ricollegarsi «ad una ovvia interpretazione della volontà» dal momento che, come è indubitabile, il debitore non ne aveva bisogno per vendere il bene pignorato: così De Ruggiero, *Il divieto*, cit., pp. 57 ss.

Ulpiano, la consueta clausola *salva causa pignoris* la cui funzione sarebbe stata proprio quella di evitare gli effetti estintivi della garanzia reale che l'alienazione avrebbe naturalmente determinato⁵³. A differenza del patto *ne pignori hypotheca eve res sit*, questo caso non integrava però una rinuncia pura e semplice, ma una (implicita) «remissione condizionata»⁵⁴, nel senso che il compratore poteva opporla solamente se la vendita stessa fosse stata realizzata *recte* rispetto ai termini dell'autorizzazione prestata dal compratore; d'altro canto, la rinuncia valeva nei confronti del debitore sempre che poi avesse perso la disponibilità del bene⁵⁵. Si trattava, quindi, di una particolare e autonoma forma di remissione la cui fonte era costituita dall'assenso del creditore a seguito di una richiesta del debitore, assenso che fissava anche le condizioni della vendita. Non sembra fuor di luogo, quindi, considerare l'eccezione *si non voluntate creditoris veniit* una «Einrede der

⁵³ Cfr. Ulp. 73 *ad ed. D.* 20, 6, 4, 1.

⁵⁴ Grosso, «Remissione», cit., p. 358.

⁵⁵ Si discosta alquanto da questa ricostruzione solamente Tondo, *Convalida del pegno*, cit., p. 90, il quale ha ipotizzato una configurazione del consenso ad alienare quale atto unilaterale autolimitativo non significante *remissio*; si tratterebbe del risultato di una svolta avvenuta in età severiana rispetto a una più antica concezione di esso come atto bilaterale comportante *remissio* (della quale vi sarebbe traccia ancora in un passo di Gaio in *D.* 20, 6, 7, 3: *Si convenit de parte pro indiviso* [...]). Un segno di tale passaggio si scorge, a suo avviso, nel testo in cui Ulpiano (*D.* 20, 6, 4, 2) si chiede se l'invalidità della *res specialiter obligatae* debba nuocere o meno al creditore, per concludere affermando *dicendum est pignus valere*. Tuttavia, lo stesso studioso riconosce che un dubbio del genere poteva sorgere solamente in chi fosse propenso a configurare l'assenso ad alienare come *pactum* significante *remissio*. Sembra pertanto che, secondo Tondo, Ulpiano risentisse ancora della vecchia concezione, ma nel contempo iniziasse a introdurre quella nuova tendenza che si trova poi nettamente affermata nel § 11 del passo marciano, dove il giurista usa l'espressione *convalescere pignus* in merito a un caso di autorizzazione del creditore a *legare* il bene e di successivo *repudium* del legato stesso (vd. *supra*, § 2) e, inoltre, in un passo paulino dove si legge che se il debitore alieni il pegno *voluntate creditoris* e poi in accordo col compratore risolva la vendita, al creditore *pristinum ius restituitur* (*D.* 20, 6, 10, 1 *pr.*). Rispetto a tali conclusioni, oltre a ricordare una più costante terminologia in senso contrario rintracciabile nel passo in esame (*pignus extinguatur*: § 12; *non aufert pignus*: § 18) così come nel § 1 di quello ulpiano (*dicendum erit pignus liberari*), può essere significativo anche rilevare che nei tre testi su cui Tondo fonda la sua ipotesi si discuta, in effetti, rispettivamente di una vendita non valida, di un *legatum repudiatum* e di un patto fra debitore e terzo acquirente per risolvere la vendita, ossia di ipotesi nelle quali è venuta meno una delle condizioni necessarie per esercitare proficuamente l'eccezione contro il creditore pignoratizio: la realizzazione dell'atto autorizzato. Peraltro, lo stesso Paolo continua il suo discorso con la precisazione secondo la quale *neque omnimodo creditor pignus remittit*, lasciando così intendere che il consenso del creditore comporta appunto una remissione del pegno. Alla luce di tali considerazioni, non sembra che le fonti consentano di individuare quel radicale mutamento di prospettiva fra l'età antonina e l'età severiana prospettato da Tondo, mutamento del quale peraltro non si comprendono le ragioni.

Remission»⁵⁶ che rappresentava «una delle tante applicazioni della multiforme *exceptio pacti*»⁵⁷. La sua stessa esistenza prova come la (indiretta e condizionata) rimessione del pegno a seguito del consenso del creditore pignoratizio alla vendita del bene pignorato (così come la remissione del pegno pura e semplice) nella riflessione di Marciano non era inclusa nell'*intentio* della formula della *vindicatio pignoris* quale *satisfactio*, nel qual caso l'estinzione avrebbe operato infatti *ipso iure* anziché *per exceptionem*; piuttosto, «il momento della rinuncia al pegno non era l'elemento saliente e caratteristico della *satisfactio*», per cui sia il consenso alla vendita del bene pignorato sia il patto di remissione del pegno erano considerati come modi autonomi di estinzione operativi *ope exceptionis*⁵⁸.

Se a questo punto ripensiamo, per concludere, all'ordito dell'intero brano posto dai compilatori giustiniane in *D. 20, 6, 8*, possiamo affermare con maggiore consapevolezza che la sua struttura palinogenetica di fondo sia quella di un discorso che si snoda nel commento a eccezioni diverse: *pacti* (*ne pignori hypotheca eve res sit*) nei §§ 1-5, *si non voluntate creditoris veniit* nei §§ 6-18, *doli* nel § 19. L'individuazione del punto dell'*Ad formulam hypothecariam* in cui Marciano deve aver affrontato questa tematica non è risultata del tutto chiara allo stesso Lenel (fr. 26), il quale ha collocato il brano nella sezione in cui il giurista avrebbe analizzato la clausola relativa al *solvere* e al *satisfacere*, esprimendo tuttavia la sua perplessità al riguardo⁵⁹. Si tratta di un aspetto il cui esame richiede, per la sua complessità e autonomia scientifica, uno specifico approfondimento che non rientra nel limitato obiettivo di questa nota. Riteniamo, tuttavia, di particolare interesse richiamare quando affermato al riguardo da Luigi Pellicchi a margine di uno studio dedicato alla valutazione del posizionamento leneliano di altri frammenti della monografia marcianea⁶⁰. A suo avviso, la cautela di Lenel si spiega con il fatto che le ipotesi trattate in *D. 20, 6, 8* inibivano certamente la rivendica del pegno, ma non erano comunque contemplate nella formula direttamente a livello di *intentio* (come quelle del *solvere* e del *satisfacere*), altrimenti avrebbero operato *ipso iure* e non *ope exceptionis*, come qui si è potuto verificare con particolare riguardo alla materia trattata nei §§ 6-18. Il contenuto del lungo brano marcianeo non è riconducibile, quindi, alla materia oggetto del frammento che lo precede nell'architettura leneliana (*D. 20, 8, 5* = fr. 25 L.), dove al contrario sono affrontate le due condizioni negative del programma di giudizio relative al *solvere* e al *satisfacere*, per cui secondo Pellicchi ben potrebbe essere stato questo stridore a suscitare la perples-

⁵⁶ Così J. J. Bachofen, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847, p. 575.

⁵⁷ L'espressione è di Frezza, *Le garanzie*, cit., p. 283. Per Grosso, «Remissione», cit., p. 358, si trattava di «una *exceptio* particolare».

⁵⁸ Grosso, «Remissione», cit., pp. 355 ss.; Krampe, «Die Rückabwicklung», cit., pp. 14 s.

⁵⁹ Vd. *supra*, nota 1.

⁶⁰ Così Pellicchi, «*Propter pecuniam debitam*», cit., pp. 809 ss.

sità di Lenel nel collocarlo quale suo seguito. Pertanto, lo studioso ritiene legittimo chiedersi se Lenel non sia stato «un po' troppo affrettato» nel concludere che i §§ 5 e 8 di *D. 20, 6* appartengano alla medesima sezione della monografia di Marciano, lasciando così intendere che il brano qui esaminato poteva verosimilmente far parte di un diverso punto di tale opera⁶¹.

ABSTRACT: This study concerns the analysis of a long fragment of *Marcianus* on the procedural protection for the case of sale of the pledge with the authorization of the creditor.

KEYWORDS: Pledge; Sale; Consent.

⁶¹ Così Pellecchi, «*Propter pecuniam debitam*», cit., p. 817, nota 20.