

FULVIO MAROI

Prof. nella R. Università di Parma

LINEAMENTI STORICI DELLA COSTITUZIONE DI PEGNO SULLA STESSA COSA

A FAVORE DI CREDITORI DIVERSI

ESTRATTO

dalla RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE e del DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

Anno XXV - N. 8 e 9 - Parte I

MILANO

CASA EDITRICE DOTT. FRANCESCO VALLARDI

1927

Bibliothèque Maison de l'Orient



150649

SOMMARIO: § 1. Premessa. — § 2. Considerazioni generali: debito e responsabilità. Originaria identificazione fra *obligatio* e pignorazione. Posizione storica del problema della costituzione del pegno a favore di più creditori sulla stessa cosa (*in nota*: l'autopignoramento del debitore a favore di più creditori nei diritti orientali e nella pratica elleno orientale). — § 3. Disamina del problema nei più salienti sistemi giuridici dell'antichità: DIRITTO BABILONESE. Pegno manuale, pegno devolutivo, pegno fruttifero. Impossibilità di costituzione di un successivo pegno sulla stessa cosa. Documenti dell'epoca neo-babilonese. Il pegno senza possesso. Clausola di divieto di successive oppignorazioni. — § 4. DIRITTO INDIANO. *Dharmasastras* di Narada e di Brihaspati. Costituzione contemporanea di uno stesso pegno a favore di due creditori. Importanza decisiva del possesso in caso di pluralità di rapporti pignoratizi sulla stessa cosa. — § 5. DIRITTO GRECO. a) Il pegno larvato sotto la forma di alienazione fiduciaria (πράσις ἐπιλύσει). Esclusione della coesistenza di pegni successivi con la vendita a garanzia. Sua forma di pubblicità. L'ἕρος di Spata e l'orazione di Demostene contro Panteneto. b) L'ἐνέχυρον. Carattere esclusivo del possesso attribuito al creditore pignoratizio. c) L'ὑποθήκη. Suo carattere. L'esistenza di più ipoteche successive e l'ἐμβάτευσις. α) L'ipoteca costituita congiuntamente sullo stesso oggetto per garanzia di più creditori. β) Ipotecche costituite successivamente. L'hyperocha. Il concorso di vari creditori e la legge di Efeso. Concorso fra creditori ipotecari e creditori pignoratizi. — § 6. DIRITTO ROMANO. *Pignus datum* e *fiducia*: loro carattere di garanzie esclusive. L'*hypotheca* o la *conventio pignoris*: differenza con l'ipoteca greca. La libertà di successive oppignorazioni. Il consenso prestato dal creditore alla costituzione di un pegno ulteriore. Atteggiamenti vari della pluralità di diritti di pegno sulla stessa cosa. α) *Pignus plurium in solidum*; β) *Pignus pro partibus*; γ) Pegni sulla stessa cosa costituiti *eodem die* a favore di più creditori; δ) Successiva costituzione di pegni. L'applicazione della regola *prior in tempore potior in iure* e problemi che essa implica. Deviazioni al principio della precedenza del tempo nel caso di più creditori pignoratizi concorrenti: la pubblicità e il privilegio. Natura del diritto dei creditori pignoratizi posteriori. La *successio in locum* e il *ius offerendū*. Conclusioni. — § 7. DIRITTO DEI PAPIRI. L'ἄρθ ἐν πίστει; l'ἐνέχυρον; l'ipoteca greco-egizia. Le clausole di divieto di successive oppignorazioni. Efficacia di tale divieto. Pegno su frazioni di cosa. — § 8. DIRITTO BARBARICO. La *fiducia* e la pratica volgare. *Pignus ad dominandum*. Forme di pegno convenzionale: la *promissio pro debito*. — § 9. EPOCA DEL RISORGIMENTO. Vendita con patto di ricupero. Disfavore per le successive oppignorazioni. Il risorgimento del diritto romano e il carattere del pegno. Influenza del diritto canonico. Ipotecche tacite e generali. Moderna autonomia del pegno dall'ipoteca.

§ 1. *Premessa*. — Il problema della costituzione di un pegno a favore di più creditori sulla medesima cosa si presenta senza dubbio

attraente sia dal punto di vista storico, che dal punto di vista dogmatico. La stessa penuria di indagini particolari su tale argomento, accrescendo la difficoltà del tema, è motivo che stimola l'interesse di chi ne imprende lo studio (1). Tuttavia non può non rilevarsi a prima vista come la sua importanza sia molto più cospicua sotto l'aspetto storico di quanto sia oggi dal punto di vista della pratica. E si spiega. Come vedremo più diffusamente nel corso del nostro studio, il pegno, questo istituto che confonde le sue origini con le origini stesse del diritto, e fino ad un'epoca non remota, applicandosi così ai beni mobili che agli immobili, ha esercitato una funzione di prim'ordine nel mondo del diritto antico, è arrivato nei nostri codici moderni, attraverso l'evoluzione laboriosa del M. E., dimezzato e menomato nella sua primitiva importanza. Qualche scrittore è giunto perfino a domandarsi quale sia l'attuale funzione od esigenza che ancora lo mantiene in vita. Se a ciò si aggiunga che la disciplina del pegno si impernia ancor oggi su quella forma primordiale di pubblicità che è data dalla tradizione effettiva del possesso della cosa al creditore, si spiega come praticamente la questione circa la costituzione del pegno a favore di più creditori non offre oggi tutto l'interesse di un tempo. Ciò spiega altresì, come la dottrina, specialmente civilistica, abbia negletto la questione, che pur sempre rimane non priva di attrazione e di interesse dogmatico non meno che legislativo. Tanto più s'impone oggi questa indagine in quanto talune leggi recenti, sotto la spinta di esigenze nuove, tendono a ridare vita all'antica ipoteca mobiliare.

§ 2. *Obbligazione e pegno.* — Pur prescindendo per economia di trattazione, nello studio di questo particolare problema, da quello che è il risultato nella più recente indagine storica circa la genesi e la struttura dell'obbligazione primitiva (2), non può qui farsi a meno di rilevare che

(1) Il tema non ha formato fin qui argomento di una speciale e completa trattazione nella letteratura italiana. Quanto a quella straniera, sono degne di menzione alcune dissertazioni tedesche pel conseguimento del titolo dottorale: (BLANCK, *Die Rangordnung der Pfandrechte an einer beweglichen Sache nach röm. und heutigem Recht*, Breslau, 1905; EMMERICH, *Die Pfandrechte mehrerer an derselben beweglichen Sache*, Leipzig, 1909. Cfr. però di quest'ultimo A. l'ampio lavoro: *Pfandrechtskonkurrenzen nach bürg. Handels- und Prozessrecht*, Berlin, 1909 (nel quale è anche trasfuso il precedente studio). Però in quest'opera, in cui è pur così lodevole lo sforzo costruttivo e la ricchezza dall'indagine dogmatica, viene ommesso qualsiasi riferimento storico. Di recente in Italia veniva bandito fra magistrati un concorso per una monografia su tale argomento *Boll. uff. del Min. di Giustizia*, 1926, p. 473): il concorso ha dato occasione a vari lavori dei quali finora pubblicati sono quelli del giudice POGGI, *Il pegno costituito a favore di più creditori* in *Riv. dir. civ.*, 1927, che è riuscito vincitore del concorso, del CUCINOTTA in *Giur. it.*, 1927, IV, 41 sgg., 65 sgg. e del PELLEGRINI (Catanzaro, stab. tip. G. Abramo, 1927).

(2) Intento riferirmi alla ben nota distinzione fra debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*), che, contrastata vivamente per il diritto moderno, è stata confermata dalle ricerche eseguite nel campo dei diritti storici più vari, specialmente orientali e nordici. È ben nota anche la ricca letteratura. Uno dei più notevoli articoli recenti sull'argomento è quello del BINDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung* in *Jher. Jahrbücher*, LXXVI, 1926, p. 75 sgg. Cfr. altresì da ultimo PACCHIONI, *Tratt. delle obbl.*, Torino 1927.

il concetto di obbligazione si identifica in origine col concetto di responsabilità; *obligata* (nella etimologia stessa del termine c'è l'immagine del vincolo o legame), non è la persona del debitore, ma quella del garante o altrimenti la cosa data in pegno: ancora in Plauto il vocabolo *obligatio* indica la pignorazione. E questa riguarda indifferentemente persone libere o cose: le formule di pignoramento in uso nell'antica Babilonia, come di recente ha rilevato il KOSCHAKER, sono le stesse, sia per terreni e schiavi, sia per uomini liberi (1); non diversamente di quanto poi, come vedremo, si verifica con la *wadiatio* dell'antico diritto germanico, che richiede le stesse formalità, sia che si tratti di pegno di cose o di persone (2).

Ciò premesso il problema della costituzione di pegno a favore di più creditori sulla stessa cosa, si pone storicamente in questi termini: è possibile che la stessa cosa sia *obligata*, cioè vincolata a più creditori per debiti diversi? Esaminiamo le fonti nei più salienti sistemi storici.

(1) KOSCHAKER-UNGNAD, *Hammurabis Gesetz*, Leipzig, 1923, p. 20; cfr. anche FURLANI in *Riv. Studi orient.*, 1924, p. 342.

(2) Il principio diffuso negli antichi diritti dell'Oriente dell'alienabilità della libertà per atto privato di disposizione spiega la forma caratteristica dell'autopignoramento (*Verpfändung der Freiheit*; KOHLER) e dell'autovendita: il *καταχρηστικός* di cui si parla nella legge di Gortina è un uomo libero che ha pignorato se stesso ad un creditore in garanzia del pagamento dei propri debiti (cfr. da ultimo ALBERTONI, *Redemptus ab hostibus* in *Riv. dir. intern.*, 1925, p. 373 sgg. e p. 16 sgg. dell'estr.). Sul pignoramento di persona libera (sia di se stessi che dei propri figli) cfr. per il diritto neo-babilonese la tavoletta di Oufouk pubbl. dal CUQ (*Rev. d'Assyr.*, 1915, p. 85 sgg.) e per l'Egitto greco-romano LEWALD, *Zur Personalexecution im Rechte der Papyri*, p. 19 sgg.; DE FRANCISCI, *Pap. Jandanae 62 (pigneratio puellae ingenuae)* in *Aegyptus*, 1920, p. 71 sgg. Sul pignoramento dei propri figli cfr. da ultimo il P. Lond. 1915, ll. 27 sg. 35 sg. e su di esso BELL-CRUM, *Jews and Christians in Egypt*, London, 1924, p. 73 sgg. L'uso del pegno della persona libera, contro il quale inutilmente reagisce la legislazione imperiale, ritorna anche nei diritti germanici dell'alto Medioevo, e il riscontro con la pratica elleno-orientale è sintomatico. Prescinderemo nel corso del tema dal considerare l'ipotesi dell'autopignoramento a favore di più creditori successivi in quanto ci sembra che una siffatta ipotesi sia da escludersi in ogni caso. Invero, sia che si pensi che l'autopignorato, come il *καταχρηστικός* del diritto di Gortina (cfr. KOHLER, *Stadr. von Gort.*, p. 53 sgg.; ALBERTONI, *op. cit.*, p. 375 [p. 18 dell'estr.]), conservi durante il vincolo di pegno una personalità giuridica autonoma, ma non la piena capacità (cfr. col. VI, ll. 12-16 del secondo codice gortynio da cui appare che il *καταχρηστικός* non poteva stare in giudizio prima di aver pagato il suo debito), sia che si pensi che il debitore, autopignorandosi al proprio creditore, si riduca in condizione di schiavo, è evidente che egli non può costituire a favore di nuovi creditori un successivo vincolo sulla sua persona finché duri il precedente rapporto di soggezione.

Prescindiamo egualmente dal caso di pignoramento di persone o di beni alla divinità per colpa sacrilega o mancato adempimento di doveri sacri. In una recente iscrizione di Cirene (DE SANCRIS in *Riv. fil. class.*, 1927, p. 196) tali beni, finché sono ipotecati al dio, non debbono essere diminuiti, alienati, né altrimenti vincolati finché non sia soddisfatto l'obbligo verso la divinità.

§ 3. *Diritto babilonese.* — Secondo l'antico diritto babilonese la forma originaria di pegno è quella del pegno manuale: il creditore ha diritto di ritenere la cosa in suo potere fino a completo pagamento da parte del debitore: il pegno, in questa sua forma originaria, è un mezzo di pressione sul debitore che, privato della sua cosa, per rientrarne nel possesso non ha altra via che quella di soddisfare il creditore. Il KOSCHAKER, studiando i formulari giuridici usati nei contratti di costituzione di pegno all'epoca della prima dinastia, ha appunto posto in rilievo il carattere originario (rispetto al c. d. pegno fruttifero: *Nutzungspfand*) di questa forma di pegno (*Pfandbesitz*) per cui il creditore ottiene fin dal primo momento la materiale disponibilità della cosa oppignoratagli e se ne mantiene in potere (1). In tali condizioni è evidente che sulla stessa cosa non può essere costituito un successivo pegno: il possesso del creditore pignoratizio ha carattere esclusivo. Nè d'altra parte si comprenderebbe lo scopo pratico quando si consideri che un pegno siffatto non conferiva al creditore che un mero diritto di ritenzione.

Garanzia più energica ed esclusiva si ha nel caso di trasferimento di proprietà a scopo di pegno, il cosiddetto pegno devolutivo (nella dottrina tedesca: *Verfallpfand*) col quale si attua una vendita per cui la cosa passa in possesso e in proprietà del creditore, salvo l'obbligo della restituzione quando il debito alla scadenza sia stato soddisfatto; una specie di vendita, insomma, sottoposta a condizione risolutiva (2). In questo caso è ancora più inattendibile che la stessa cosa possa essere oggetto di pegno successivo, poichè il debitore, alienandola al creditore, ne perde sia la disponibilità materiale colla immediata tradizione che ne segue al creditore pignoratizio, sia quella giuridica, almeno temporaneamente.

Rimane a considerare quella forma di pegno che già appare nel Codice di Hammurabi (art. 49 e 50) ed ancora prima in taluni docu-

(1) KOSCHAKER-UNGNAD, *op. cit.*, p. 21 e specialmente il commento al numero 1467.

(2) SCHUPFER, *La legge di Hammurabi e il diritto babilonese nei secoli della prima dinastia in Memorie Acc. Lincei*, XVI, 1920, p. 486 sgg.; SCHORR, *Urk. des altbabyl. Zivil u. Prozessrechts*, Leipzig, 1913, n. 65; KOHLER-UNGNAD, *Hammurabis Gesetz*, n. 158. Di un « pegno di proprietà » parla il KOHLER (*ib.*, n. 129) a proposito del pegno di una schiava: fra le parti si conviene che essa si consideri comprata dal creditore se nel termine convenuto il debitore non soddisfi il suo debito. Lo SCHEIL in *Rev. d'assyriol.*, 1925, p. 143 pubblica un contratto di pegno dell'epoca di Hammurabi costituito su oggetti di vestiario a garanzia di un prestito di orzo e di datt.ri: se alla data convenuta il prestito non è restituito il pegno diviene proprietà del creditore. Ritieni il CUQ (*Études sur les contrats de l'époque de la dernière dynastie babylonienne in Nouv. Rev. hist.*, XXXIV, 1910, p. 456) che in questi casi « la vente est conclue lors du contrat de prêt, mais elle reste en suspens: elle n'est réalisée qu'à défaut de paiement à l'échéance ». È lo stesso sistema che più tardi si ritrova in Egitto, come ne fanno fede i papiri demotici: cfr. PIEGELBERG in *Rec. des travaux*, XXXI, 1909, p. 91.

menti della prima dinastia, ma che diviene prevalente solo durante l'epoca neo-babilonese (1). È il c. d. pegno di godimento o fruttifero.

« A l'époque néo-babylonienne, scrive il CUQ, cette conception du droit de gage a été généralisée: la constitution d'un gage assure au créancier le moyen d'obtenir le paiement de la dette, du capital et des intérêts ou tout au moins des intérêts. Le gage n'est pas seulement une sûreté réelle, c'est, en général, un mode de satisfactor. total ou partiel » (2). Vero è che anche in questo caso si rende necessaria la tradizione effettiva della cosa perchè il creditore possa raccoglierne i frutti o, trattandosi di schiavi, godere delle loro opere (3), per cui dovrebbe concludersi non potervi essere, a rigore, neppure in questo caso, costituzione di un successivo pegno sulla stessa cosa a favore di altri creditori; tuttavia le esigenze della pratica han dovuto avere ragione sul rigore dei principj, se nei documenti dell'epoca neo-babilonese si trova frequente menzione della seguente clausola che può considerarsi di stile: « Un altro creditore non potrà disporre dell'oggetto dato in pegno fino a che il presente creditore non sarà integralmente soddisfatto » (4). Dal che si deriva che

(1) Cod. Hammurabi §§ 49 e 50 in cui si disciplina un pegno su immobili, istituto molto affine alla moderna anticresi: su di esso KOSCHAKER e UNGNAD, *op. cit.*, pp. 21 e 32; per l'epoca precedente ad Hammurabi cfr. il contratto pubblicato da THUREAU-DANGIN in *Rev. d'assy.*, 1911, VIII, p. 70, nel quale ricorre la clausola che il mutuante « si terrà sul campo fino a quando non avrà ottenuto la restituzione della somma » e che altresi egli ha diritto di pagarsi sul raccolto. Giustamente nota il CUQ (*Rev. d'assy.*, 1915, p. 89) che tal documento « caractérise très exactement la situation de fait du gagiste en disant qu'il se tient sur le champ: se tenir sur le champ c'est le posséder »; cfr. altro documento in LANGDON, *Proceedings of the Soc. of bibl. Arch.*, XXXIII, p. 240. Per l'epoca neo-babilonese cfr. i numerosi contratti riportati dal CUQ, *op. cit.*, p. 93 sgg.

(2) *Rev. d'assy.*, cit. p. 90. Ed altrove lo stesso A. (*op. cit.*, p. 89): « Le développement de l'application du gage n'est pas purement fortuit: le gage est devenu un instrument de crédit perfectionné. On pouvait le conjecturer avant la découverte de la tablette de Ourouk; on a le droit de l'affirmer désormais: le gage procure au créancier le moyen d'être payé ».

(3) La tradizione della cosa si opera col metterla a disposizione del creditore (STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 408 Nabouchodonosor; KOHLER-PEISER, *op. cit.*, I, 24, III, 29): trattandosi di un credito si trasferisce il possesso del titolo (STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 486 Dario; KOHLER-PEISER, *op. cit.*, IV, 55). La tradizione della cosa può però convenzionalmente essere differita ad epoca successiva alla costituzione del pegno (STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 306 Cambise).

(4) DELAPORTE, *La Mésopotamie. Les civilisations babyl. et assyr.*, Paris, 1923, p. 144 sgg.; STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 129 Nabouchodonosor; nn. 294, 325, 369 Nabonide; in 103 Nab. = *Keilinschriftliche Bibl.*, IV, 218¹ il divieto della disposizione del pegno da parte del debitore garantisce anche il pagamento degli interessi. La menzionata clausola di stile importa che il diritto del creditore pignorativo sulla cosa è opponibile ai creditori che hanno trattato col debitore dopo la costituzione del pegno, nonché ai terzi acquirenti della cosa: ciò dimostra un documento dell'epoca del regno di Nabonide in cui si respinge la rivendica intentata dall'acquirente di uno schiavo che già in precedenza era stato dato in pegno (STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 738 Nab.; KOHLER-PEISER, *op. cit.*, I. 3).

non era impedito al debitore di far servire uno stesso pegno come garanzia di crediti diversi: solo il successivo creditore non poteva far valere la garanzia sulla cosa se non dopo che il precedente creditore pignoratizio fosse stato soddisfatto del capitale e degli interessi. Se ne ha sicura notizia in un documento del regno di Nabonide (1): uno schiavo già dato in pegno da un debitore e da sua moglie è oggetto di un successivo pegno che è costituito dallo stesso debitore in presenza di sua moglie. Però è esplicitamente detto che il secondo creditore non può avere in godimento la cosa fino a che il primo creditore non sia stato soddisfatto; il secondo creditore, nell'attesa, esigerà gli interessi del capitale prestato. In un altro documento della stessa epoca (2) si presenta un'identica situazione: marito e moglie prendono a mutuo una somma di denaro (27 sicli) costituendo in pegno per questo loro debito solidale uno schiavo delle cui opere il creditore però non profitta: di conseguenza si conviene che al mutuante saranno corrisposti gli interessi di uso sulla somma mutuata; il che dimostra che nella specie deve trattarsi di un pegno già in possesso di un precedente creditore: la riprova di ciò sta nel fatto che si conviene altresì che i debitori non possono rimborsare la somma al loro mutuante senza la presenza del creditore anteriore, il qual probabilmente è quello che ha in suo possesso lo schiavo. In questi casi di successiva costituzione di pegno sulla stessa cosa il creditore pignoratizio precedente doveva anche impegnarsi di possedere la cosa per il creditore successivo? Non ci risulta. Che ciò sia da escludere ci appare più probabile.

Diverso è il caso del pegno costituito contemporaneamente a favore di più creditori: così avviene in un contratto dell'epoca di Dario in cui vari fratelli hanno in pegno la stessa cosa per un credito comune (3).

Ma non sempre risulta necessaria la consegna della cosa al creditore. Si ha l'esempio di pegni aventi carattere convenzionale, i quali preannunziano l'*ὑποθήκη* del diritto greco. Pegni di tal natura non mancano già fin dall'epoca di Hammurabi (4); ma certo ne è più frequente l'uso al VI sec. av. C. in Caldea. Tuttavia anche in questi contratti, in cui la consegna della cosa al creditore vien differita ad una data determinata (5), o è subordinata alla circostanza che il debitore si renda alla

(1) STRASSMAIER, *Babyl. Texte*, n. 700.

(2) HOKLER-PEISER, *Aus dem babyl. Rechtsleben*, IV, 86; STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 584 Nab.

(3) STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 494 Dario; KOHLER e PEISER, *op. cit.*, n. 53.

(4) DELAPORTE, *op. cit.*, p. 145. Nota opportunamente lo SCHUPFER, *op. cit.*, p. 488, che l'ipoteca, che la scuola ama riferire al diritto greco e che presso i Romani deve essersi svolta sotto influenze greche, ha fatto la sua prima comparsa a Babilonia: invero già dall'epoca hammurabiana si hanno documenti da cui si rileva che il possesso della cosa (mobile o immobile) viene attribuito al creditore solo se nel caso in cui alla scadenza il debitore non paghi: cfr. WARTMANN, *Business documents of the Hammurabi period in American Journ. of Semit. Languages*, XXIX, p. 193; KOSCHAKER in *Krit. Vierteljahrschr.*, XIV, 1914, p. 422.

(5) STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 306 Cambise; CUQ, *Rev. d'assyriol.* cit. p. 105.

scadenza inadempiente, non manca la clausola con cui si pone divieto al debitore di concedere un successivo diritto di pegno ad altro creditore (1). E si spiega: la cosa, pur non consegnata al creditore, nè messa a sua disposizione, si considera però già a lui vincolata, *obligata*, cioè, in forza della semplice convenzione, a garanzia del suo credito.

§ 4. *Diritto indiano*. — Con la natura reale del pegno non è compatibile nell'antico diritto indiano una pluralità di pegni successivi costituiti sulla stessa cosa, senza che, anteriormente alla formazione del nuovo contratto o per effetto di essa, si operi l'estinzione del precedente (2). Ciò risulta da una serie di passi tratti dai *Dharmasastras*, specialmente da quelli di Narada e di Brihaspati. Rinviando alle risultanze del MAZZARELLA circa la teoria dei conflitti di validità sorti in ordine ad una pluralità di atti riflettenti la stessa cosa, secondo le fonti del diritto indiano (3), ci limitiamo a richiamare i seguenti passi:

1) In B. XI 34-35 è detto che quando un fondo è stato costituito in pegno contemporaneamente a due creditori in virtù di un unico contratto esso appartiene al creditore che per primo ne ha avuto il possesso: se entrambi lo hanno posseduto, apparterrà loro in comune. Tale norma i commentatori hanno esteso ad ogni caso di pegno fruttifero o beneficiale (4).

2) Da B. XI 31 si argomenta che il contratto di pegno, cui non sia seguita la tradizione della cosa, non ha giuridica esistenza. Quindi se con due distinti contratti la stessa cosa è stata costituita in pegno a vantaggio di due diversi creditori ed è stata consegnata ad uno solo di essi, valido contratto di pegno è solo quello intervenuto fra il debitore e il creditore, cui venne data la cosa in possesso. Il che è in relazione al principio stabilito in N. I, 97, in cui si afferma che in materia di pegni, data una pluralità di rapporti giuridici successivi costituiti sulla cosa pignorata, il primo atto ha importanza decisiva.

§ 5. *Diritto greco*. — Quanto al diritto greco non ci è qui consentito esporre, sia pure sommariamente, il suo sistema di sicurtà reali che fanno capo al pegno; dobbiamo presupporre anche note nel loro sviluppo storico e nel loro contenuto le tre caratteristiche forme di pegno del diritto greco: la *πράσις ἐπὶ λύσει*, *ἑνέχυρον*, *ὑποθήκη*; del resto l'argomento è stato studiato anche di recente, con particolare interesse, utilizzando compiutamente i numerosi documenti epigrafici e le fonti non giuridiche (5). Consideriamo pertanto il problema, che è oggetto della

(1) Così in un contratto del regno di Nabonide: STRASSMAIER, *op. cit.*, n. 314.

(2) MAZZARELLA, *Studi di etnologia giuridica* vol. VI: *Etnologia dell'antico diritto indiano*, Catania, 1926, p. 86.

(3) *Op. cit.*, p. 114 e 121; cfr. altresì *Studi cit.*, vol. V, Catania, 1916, p. 188 segg.

(4) Il JOLLY (*Sacred Books of the East*, XXXIII) nella nota a B. XI. 34 riferisce le osservazioni del commentatore VIRAMITRODAYA.

(5) Cfr. SZANTO, *Ueber Hypothek u. Scheinkauf im griech. Recht in Wien. Stud.*, 1887; HITZIG, *Das griech. Pfandr.*, München, 1895; BEAUCHET, *Hist. du droit privé de la républ. athen.*, Paris, 1897, III, p. 176 sgg; DARESTE, *Notes sur l'hy-*

nostra indagine, in relazione a ciascuna delle forme di pegno sopra accennate.

a) E incominciamo dalla più antica, che è senza dubbio la più rigorosa ed ispirata alla maggiore diffidenza verso il debitore: la *πράσις ἐπι λύσει*, cioè la vendita a garanzia, una forma particolare di costituzione di pegno larvata sotto le apparenze di una vendita vera e propria, per cui solo dopo il pagamento del debito la cosa costituita in pegno poteva ritornare in proprietà del costituente: una specie di vendita fiduciaria, insomma (1). Come poi questa vendita debba concepirsi, se cioè condizionata sospensivamente o risolutivamente (2), è grave disputa fra gli scrittori. Non possiamo qui riprendere la questione perchè ci porterebbe troppo oltre; contro l'opinione strenuamente difesa dal DE RUGGIERO (3), per cui più conforme alle attestazioni delle fonti sarebbe la figura di una vendita sottoposta a condizione sospensiva, ci par grave un'obiezione, che non abbiamo vista fin qui da qualcuno prospettata, che cioè è proprio della tecnica rigorosa dell'antico diritto escludere che la dichiarazione di volontà produca effetto che non sia immediato. A favore può addursi, però, l'esempio di altri istituti del diritto greco arcaico, così ad es., la donazione *mortis causa*, che ci si palesano alle origini come atti sospensivamente condizionati (4).

Ciò premesso ci domandiamo: Poteva sotto forma di *πράσις ἐπι λύσει* costituirsi la cosa in pegno a favore di più creditori? Non è dubbio che se la costituzione avveniva contemporaneamente, la cosa cadeva in proprietà dei vari creditori che fra loro avessero convenuto di riceverla in pegno: nè questa era un'ipotesi infrequente. Di un pegno di tal ge-

pothèque en droit grec in *Nouv. Rev. hist.*, 1908, p. 639 sgg.; PAPPULIAS, *Ἡ ἐμπράγματις ἀσφάλεια κατὰ τὸ ἐλληνικὸν καὶ τὸ Ῥωμαϊκὸν δίκαιον*, I, Leipzig, Berlin, 1909; WEISS, *Pfandrecht. Untersuchungen*, Weimar, 1909; PARTSCH, *Griech. Burgschaftsr.*, I, Leipzig, 1909; DE RUGGIERO, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano* in *Studi econ.-giuridici dell'Univ. di Cagliari*, Cagliari, 1910, p. 3 sgg.; BASTIL, *L'hypothèque grecque et sa signification histor.*, Tours, 1915 (e su di esso le osservazioni di GERNET in *Rev. des ét. grecq.*, 1920, p. 97 sgg.).

(1) Sulla *πράσις ἐπι λ.* cfr. la completa bibl. che ne dà BUCKLER-ROBINSON in *American Journ. of Arch.*, XVI, 1912, p. 61, n. 4; cfr. da ultimo il documento di *πρ. ἐπι λύσει* pubbl. dal COMPARETTI, *La laminetta argentea iscritta di Aidone* (Sicilia) in *Annali R. Scuola archeol. di Atene*, I, 1914, p. 113 sgg. e ora di nuovo pubbl. con detto commento da ARANGIO-RUIZ e OLIVIERI, *Inscript. Graecae Siciliae et infimae Italiae ad ius pertinentes*, Milano, 1925, p. 140 sgg. Anche questi scrittori convengono nella opinione tradizionale (combattuta però di recente da un insigne storico testè defunto, il VINOGRADOFF, *Outlines of historical jurispr.*, II, 1923, p. 252 sgg.) che l'ipoteca greca ha preso origine dalla vendita con facoltà di riscatto. Un nuovo esempio di vendita *ἐπι λύσει* è in un documento greco-siriaco pubbl. dal CUMONT, *Le plus ancien parchemin grec* in *Rev. de philol.*, 1924, p. 97 sgg.

(2) In questo senso da ultimo BASTIL, *L'ypoth. grecque*, 1915.

(3) *Op. cit.*, pp. 24-31.

(4) Cfr. ARANGIO-RUIZ in *Bull. ist. dir. rom.*, XXII, 1910, p. 261 e n. 1.

nere a favore di due creditori si ha notizia da un ὄρος di Spata. « Il y a lieu de supposer (scrive il BEAUCHET) (1) que les deux créanciers ont prêté conjointement, que leurs créances ont la même date, qu'elles sont inscrites dans le même contrat et que, par conséquent, elles ont le même rang, leurs titulaires venant en concours sur les immeubles engagés proportionnellement au chiffre mentionné dans l'inscription ». Se invece il pegno era già stato costituito a favore di un creditore, si rendeva impossibile su di esso una successiva costituzione perchè il debitore, avendo perduto la proprietà della cosa che era passata immediatamente al creditore, non poteva vendere ad altri la cosa che più non era nel suo patrimonio (2). Ciò ha rilevato anche il BEAUCHET: « L'aliénation fiduciaire présentait ce dernier inconvénient de ne permettre qu'un seul prêt sur un même fonds, même si la valeur du fonds était bien supérieure au montant du prêt, car une même chose ne pouvait être aliénée deux fois à deux personnes différentes » (3). Invero, se anche il valore della cosa alienata ἐπὶ λύσει fosse stato superiore al debito, il creditore non aveva alcun obbligo di restituire l'eccedenza (4): rimane con ciò esclusa, nonchè la possibilità, altresì l'utilità pratica di un pegno successivo sulla stessa cosa.

Tuttavia non è da escludersi che in pratica potesse avvenire che il costituente impegnasse ad altri una cosa già venduta fiduciarmente ad un precedente creditore. A parte l'ipotesi di una frode ordita ai danni dei terzi, il che era in special modo frequente quando la cosa immobile impegnata veniva lasciata in locazione al costituente, sta in fatto che l'iscrizione di Spata, di cui abbiamo già fatto cenno, lascia chiaramente supporre la possibilità che l'immobile, già dato in pegno a due creditori a mezzo di un'alienazione ἐπὶ λύσει, costituisca oggetto di successiva garanzia per un terzo creditore. Naturalmente la garanzia di quest'ultimo creditore, che ha per titolo un ἀποτίμημα non può farsi valere fino a che la πράσις ἐπὶ λύσει non sia stata annullata a seguito del riscatto che il debitore abbia esercitato. Ciò significa che il diritto di garanzia del secondo creditore non può coesistere col pegno precedente larvato sotto forma di alienazione fiduciaria: la seconda garanzia in tanto ha efficacia in quanto il pegno precedente si sia risolto. Tuttavia se l'ὄρος di Spata viene a dare contemporaneamente pubblicità alla πράσις e

(1) *Op. cit.*, III, p. 294 e in questo senso anche gli editori dell'iscrizione DARESTE-HAUSSOULLIER-REINACH, *Inscr. jur. grecq.*, I, p. 132.

(2) Cfr. MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *Att. Proz.*, p. 695; FUSTEL DE COULANGES, *Nouv. rech.*, p. 141. E che la cosa passasse in proprietà del creditore pignoratorio fin dal momento stesso della costituzione del pegno sta a dimostrarlo che, soddisfatto alla scadenza il suo debito, il costituente riacquistava la proprietà del pegno solo con un nuovo atto di vendita che doveva esser reso pubblico. Per Tenò ciò risulta chiaramente dal registro delle vendite immobiliari di quest'isola: cfr. DARESTE-HAUSSOULLIER-REINACH, *Inscr. jur. grecq.*, I, p. 86, § 46; per il diritto attico è ciò sostenuto da MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *Att. Proz.*, p. 103; BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 246.

(3) BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 181.

(4) HITZIG, *Das griech. Pfandv.*, p. 77.

all'ἀποτιμημα, quantunque l'una escluda l'altro e viceversa, si ha motivo a ritenere che sia stato ciò reso necessario per il fatto che il creditore, successivamente garantito, risolutasi la precedente garanzia, prendeva rango, rispetto agli altri creditori, a datare dall'epoca del contratto di cui è menzione nell'ἄρκος (1).

Anche dall'orazione di Demostene contro Panteneto si derivano utili ragguagli su entrambe le varie ipotesi che possono essere prospettate in relazione al nostro tema. Tal Panteneto avendo bisogno di denaro ricorre a Nicobulo ed Evergo: questi gli fanno un prestito di centocinquanta mine garantendosi col pegno della miniera di Maronea e dei trenta schiavi che vi lavoravano: il pegno si attua a mezzo di una πράσις ἐπὶ λύσει; si ha motivo di ritenere che il prestito sia stato fatto contemporaneamente da Nicobulo ed Evergo (nella rispettiva misura di 105 e di 45 mine). Certo è che con lo stesso atto con cui Panteneto costituisce il pegno sulla miniera e sugli schiavi, prende in locazione l'azienda stessa, stabilendosi come prezzo di affitto l'importo degli interessi della somma ricevuta a prestito. Trattasi, come è chiaro, di un pegno costituito contemporaneamente a favore di due creditori, i quali divengono così *ipso iure* comproprietari del pegno nella proporzione del prestito da essi fatto; sappiamo di più: dopo varie vicende i due creditori, per riavere il loro denaro, rivendono la miniera cogli schiavi a successivi prestatori (*C. Panten.*, §§ 4 5) Ma quel che vi ha di più interessante è che, persistendo il pegno precedente, Panteneto ricorre ad un nuovo prestito e lo garantisce sulla stessa cosa, ingannando così i suoi nuovi creditori (*ib.*, § 12). Come siasi ciò reso possibile noi non sappiamo: dobbiamo probabilmente pensare che questi ultimi siano stati poco prudenti, sia per non aver consultato i registri pubblici da cui doveva risultare la vendita fiduciaria interceduta fra Panteneto da una parte, Nicobulo ed Evergo dall'altra, sia per aver prestato fede all'apparenza del possesso che Panteneto conservava della miniera in qualità di locatario, senza pensare di assicurarsi che nessun ἄρκος fosse apposto all'ingresso di essa come mezzo di pubblicità della costituzione del pegno già avvenuta a mezzo della πράσις ἐπὶ λύσει (2).

b) Consideriamo ora il problema della costituzione di un pegno a favore di più creditori nel caso dell'ἐνέχυρον, che fra le forme del pegno greco è quella che s'identifica col pegno moderno (*Faustpfand* o pegno manuale) (3). La cosa data in pegno passa in possesso esclusivo del cre-

(1) Cfr. DARESTE-HAUSSOULLIER-REINACH, *op. cit.*, I, p. 114, nn. 50 e 132; HITZIG, *op. cit.*, p. 124; BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 297 ed ivi anche un accenno alla questione se il creditore a cui favore è stato costituito il pegno, successivamente alla πράσις ἐπὶ λύσει, del medesimo oggetto, abbia di fronte all'acquirente fiduciario il *ius offerendi*.

(2) CALLEMER, *Contrat de louage*, p. 28; HITZIG, *op. cit.*, p. 75; BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 241.

(3) Sull'ἐνέχυρον nel diritto greco cfr. LECRIVAIN in DAREMBERG-SAGLIO, *Dict. des ant.*, III, p. 616, s. v.; BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 176 sgg., p. 283 sgg.

ditore e vi rimane fino a completa soddisfazione del suo credito; generalmente cade su cose mobili, ma non è escluso anche per cose immobili; nel caso che abbia per oggetto cose fruttifere o suscettibili di godimento, il pegno si avvicina ad una tacita anticresi e i frutti si compensano con gli interessi del credito (1). Ad escludere che anche in questo caso possa essere utilmente costituito sulla stessa cosa un nuovo pegno a favore di altri creditori sta la considerazione che il possesso della cosa dal debitore passa al creditore e che il creditore, divenuto alla scadenza, in caso di mancato pagamento, proprietario del pegno non è tenuto a render conto dell'eccedenza del valore della cosa rispetto al debito (2). Che il trapasso del possesso della cosa nelle mani del creditore sia tale da escludere materialmente il possesso di ogni altro creditore si deriva dalle stesse rigorose definizioni che ci son tramandate dell'ἐνέχυρον (3), che non consentono alcuna attenuazione del concetto rigido del possesso, attenuazione che del resto i Greci non conobbero, dato l'embrionale sviluppo e la scarsa applicazione pratica dell'istituto possessorio nel loro diritto. Si comprende da sè che il creditore, perduto il possesso del pegno, anche involontariamente, perda ogni garanzia (4).

c) Solo più tardi (IV sec. av. C.) una forma di garanzia reale meno onerosa per il debitore si attua con l'ipoteca (ὑποθήκη) (5): il bene ipotecato (che può essere anche una cosa mobile) resta in proprietà ed in possesso del debitore: solo alla scadenza, se questi non paga, la cosa ipotecata passa al creditore in piena proprietà (è questo l'effetto che deve attribuirsi all'ἐμβάτευσις) senza che sia necessaria alcuna autorizzazione giudiziale (6); si tratta, in sostanza, di una preventiva dazione

(1) HITZIG, *op. cit.*, p. 95; cfr. Libro siro-rom., § 133 (Arm.).

(2) HITZIG, *op. cit.*, p. 94; BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 286; contra MEIER-SCHÖMANN-LIPSIVS, *op. cit.*, p. 695.

(3) GLOSSAE NOMICAE, cit. da SAUMAISE, *De modo usur.*, p. 489.

(4) Merita di essere menzionata a questo riguardo la frode di cui fu vittima Demostene per parte di Afobo suo tutore. Il padre di Demostene aveva prestato a Meriade quaranta mine ed aveva avuto in pegno manuale venti schiavi fabbricatori di letti. Afobo, nominato tutore dell'orfano, appropriatosi dell'officina « ad impedire che altri mettesse pegno sugli schiavi » egli stesso prestò cinquanta dramme a Miriade che impegnò di nuovo gli schiavi ad Afobo. « Ora — domanda l'oratore — qualcosa più iniqua di questa può accaderci? Noi non solo non ritraemmo frutto alcuno dei denari, ma perdemmo quei pegni mentre noi a prestare i denari eravamo stati i primi ».

(5) Cfr. CUQ, *Hypotheca* in DAREMBERG-SAGLIO, *Dict. cit.*, V, p. 355 sgg. e aut. cit. a n. 10.

(6) Sulle varie questioni se l'ἐμβάτ. trasferisca solo il possesso o anche la proprietà del pegno, se alla scadenza possa il creditore insoddisfatto senza alcuna formalità procedere all'ἐμβάτευσις; cfr. in vario senso BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 262 sgg.; GUIRAUD, *La propr. fondiaria in Grecia* (in *Bibl. econ.* del PARETO) II, 2, p. 199 sgg. e aut. ivi cit. Quanto poi alla differenza fra l'ipot. greca e la romana cfr. fin d'ora: HITZIG, *op. cit.*, p. 108; MITTEIS in *Zschr. Sav. St.*, XXII, n. 300 e soprattutto DE RUGGIERO, *op. cit.* in *Studi Univ. Cagliari*, 1910, p. 5 sgg., che recisamente combatte l'opposta tesi, del DARESTE, *Notes sur l'hypothèque en droit grec* in *Nouv. Rev. hist.*, XXXII, 1908, p. 639 sgg.

in pagamento, subordinata alla insolvibilità del debitore. Come scrive il COSTA (1), l'ipoteca greca conferisce al debitore la facoltà o di pagare o di lasciare che il creditore si approprii la cosa su cui grava; essa, quindi, attribuisce senz'altro al creditore insoddisfatto la proprietà della cosa ed importa corrispondentemente l'estinzione di ogni azione di credito. Di qui si palesa la differenza fondamentale, come meglio vedremo in seguito, fra l'ipoteca greca, che è un vero sostitutivo del credito, e l'ipoteca romana, che è una mera garanzia del credito.

È rispetto a questa forma di pegno, ben presto diffusa in tutte le parti del mondo ellenico, che si pone più specialmente la questione se possa la stessa cosa costituire valida garanzia per più creditori. Anzitutto deve tenersi presente nell'esame della questione il carattere dell'ipoteca greca da noi già posta in rilievo: che, cioè, l'ipoteca in Grecia fu un vero e proprio sostitutivo del credito. Detto carattere spiega, fra l'altro, come ha ben dimostrato il DE RUGGIERO (2), l'uso limitato della costituzione di una ulteriore ipoteca sui beni già soggetti ad un primo vincolo ipotecario: l'esistenza di più ipoteche successive sullo stesso immobile non molto agevolmente si pone d'accordo coll'esercizio dell'ἐμβάτευσις da parte del creditore. E se, come vedremo, la legislazione di Efeso contiene esplicite disposizioni per la seconda ipoteca, ciò è inteso come un indizio che la legislazione di Efeso o sin dalle origini o, più verosimilmente, nel suo ulteriore sviluppo, si conformò alquanto diversamente dalle altre legislazioni elleniche.

Ciò premesso, veniamo a considerare più particolarmente la questione che abbiamo sopra prospettata. Essa importa soluzioni varie secondo che la cosa mobile o immobile sia ipotecata a profitto di più creditori contemporaneamente o successivamente.

α) Il caso più semplice, che si presenta con più frequenza, è quello di un'ipoteca mobiliare costituita sullo stesso oggetto congiuntamente per garanzia di più creditori solidali. In caso di mancato pagamento essi possono mettersi in possesso del pegno e pagarsi sul prezzo di vendita: benchè l'ἐμβάτευσις sia fatta da un solo creditore, il debitore è liberato sempre quando il valore del pegno sia sufficiente a coprire l'importo del debito. Se ne ha un esempio nell'orazione di Demostene contro Lacrito. Androcle e Nausicrate avevano prestato ad Artemone e Apollodoro tremila dramme di argento per un viaggio nel Bosforo con garanzia sul carico della nave, consistente in tremila anfore di vino di Mende, sia per la restituzione del capitale, sia degli interessi pattuiti nella misura del 225 per mille. Si tratta in sostanza di un prestito a cambio marittimo. I condebitori « assicurano ai prestatori il pegno fino a che non sia stata pagata la somma secondo la scrittura », dichiarano « che sulle cose impegnate non hanno verun debito da pagare e si obbligano di non farne alcun altro », promettono, infine, che « ove non si

(1) *Dell'ipoteca greco-egizia* in *Mem. Acc. Bologna*, 1908, p. 200.

(2) *Op. cit.*, p. 7.

paghi nel tempo prefisso sia lecito ai prestatori di pignorare e di vendere tante mercanzie imbarcate che siano sufficienti al pagamento de credito » (*C. Lacrit.*, § 12) (1).

* β) L'ipotesi di ipoteche costituite successivamente sugli stessi ben va considerata nel diritto greco tenendo conto di due diversi periodi. In un primo tempo, e finchè l'ipoteca conserva il suo carattere primitivo di *datio in solutum*, cioè di « une satisfaction promise à forfait au créancier » (2), la possibilità di costituire sulla stessa cosa, mobile o immobile, una seconda ipoteca è subordinata al consenso del primo creditore che rinunci così all'eccedenza (*hyperocha*) in favore del secondo (3).

Ciò deriva da alcuni passi di Demostene tratti dall'orazione contro Nicostrato (§ 20) e da quella contro Afobo sulla tutela (§ 27) (4): una

(1) PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig, 1916, p. 4 sgg. Frequente è nelle orazioni di Demostene l'accento di pegni costituiti congiuntamente a favore di più creditori, specialmente nel commercio marittimo: *C. Apaturio*, § 6: *c. Policle*, § 13 e 28; *c. Dionisodoro*, § 4. Si comprende come fossero facili le frodi e costituisse labile garanzia il pegno della nave e del carico.

(2) CUQ, *op. cit.*, p. 358 ed altrove (*op. cit.*, p. 357): « La constitution d'une hypothèque était considérée comme une satisfaction promise et acceptée à forfait. C'est ce qui explique pourquoi l'on ne pouvait concéder une seconde hypothèque sans l'assentiment du créancier hypothécaire antérieur ». Il creditore, come scrive il DARESTE (*Une loi éphésienne du I siècle av. notre ère* in *Nouv. Rev. hist.*, 1877, p. 16 dell'estr.), più che un diritto di preferenza sul prezzo, acquistava la cosa ipotecata, nè rimborsava nulla al debitore anche realizzando un profitto. Cfr. altresì GUIRAUD, *op. cit.*, p. 205. Sempre secondo il DARESTE (*Plaid. civ.*, II, p. 201, n. 6) il diritto del creditore ipotecario di opporsi alla costituzione di una nuova ipoteca sulla stessa cosa deriva dal fatto che nel diritto attico l'ipoteca è rimasta sempre una specie di anticresi o di vendita con patto di riscatto, da cui probabilmente deriva, secondo l'opinione più accolta. Va qui richiamato anche il divieto fatto al debitore di alienare la cosa ipotecata senza il consenso del creditore ipotecario (BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 254 sgg.).

(3) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 43 e aut. ivi cit. Quanto meno, scrive questo A., la costituzione di una seconda ipoteca non era connaturale alla funzione dell'istituto, perchè la cosa data in ipoteca per un credito e a questo esclusivamente destinata non poteva esserlo efficacemente in favore di un credito successivo.

(4) La maggioranza degli scrittori trae argomento dai passi di DEM., *c. Nicostr.* § 10 (in cui è detto che un fondo non ha potuto essere di nuovo ipotecato perchè già vincolato ad un primo creditore, il quale si rifiuta di prestare il consenso per la seconda ipoteca) e *c. Aphob.* § 27 (ove si dichiara che Aphobos avrebbe dovuto come tutore opporsi ad una ulteriore oppignorazione) per derivarne che se v'ha necessità del consenso del creditore per la costituzione di successive ipoteche, è ciò segno che vi ha un divieto legale a tale costituzione. Ed inverò, nota il DE RUGGIERO (*op. cit.*, p. 45), la infrequenza di successive oppignorazioni sembra a tutta prima suffragare tale opinione. Senonchè, quanto al primo passo, è possibile che la necessità del consenso derivi dall'essere stata preventivamente stipulata la clausola del divieto fra debitore e creditore; quanto al secondo passo appare chiaro dal contesto che il consenso di Afobo non si era semplicemente limitato alla ulteriore oppignorazione degli schiavi, ma aveva permesso che gli schiavi già pignorati fossero tolti al pupillo e consegnati al secondo creditore. Con ciò veniva meno di fatto

ipoteca costituita sulla stessa cosa senza o contro il consenso del precedente creditore ipotecario è da ritenersi nulla (1). Il vantaggio del divieto della ulteriore oppignorazione era evidentemente rivolto allo scopo di evitare il concorso di più ipoteche (2). In un tempo in cui l'ordinamento ipotecario non aveva ancora ricevuto quell'assetto che i più recenti documenti assiri ci rivelano già perfezionato ad Assur, e i papiri nell'Egitto (3), nelle regioni in cui, come in Grecia, la pubblicità delle ipoteche era conseguita mediante gli *horoi* (4), esposti alla possibilità di distruzione o di occultamento, le eventuali difficoltà per far riconoscere la priorità delle ipoteche anteriormente concesse, per accertare la data di ciascuna e così via, non potevano essere meglio rimosse che con la inibizione imposta al debitore di concederne altre (5). Ma un tal rigore, evidentemente, lungi dall'impedire gli abusi e le frodi li facilitava; quantunque la pubblicità delle ipoteche fosse affidata ai mezzi più vari (*ῥοι*, bandi pubblici, registri, ecc.), riusciva sempre agevole a debitori poco scrupolosi far credere che la cosa fosse libera da ipoteche (6). A Efeso lo stellionato era frequentissimo: in un documento ufficiale di quella città si legge che spesso « il proprietario di un fondo ipotecato contraeva un nuovo prestito facendo credere che il fondo fosse libero ». Nè l'inesistenza di *ῥοι*, data la possibilità della loro rimozione, costituiva prova sicura della libertà del fondo; invero Demostene, nella sua orazione contro Fenippo (§ 5), ci fa conoscere che, avendo osservato non esservi nel podere di costui segno alcuno d'ipoteca, lo istigò, « se per avventura vi fosse, a indicarla, affinché di poi non apparisse nel campo qualche segno di debiti ».

la garanzia del pupillo, cui era sottratto il possesso del pegno, perchè, come abbiamo già avanti rilevato, rispetto al pegno che si consegna al creditore e pel quale la garanzia vogliasi far consistere appunto nel possesso, è effettivamente inammissibile la coesistenza di più garanzie. L'errore e la colpa del tutore Afobo consistevano pertanto in ciò che egli non avrebbe dovuto consentire che un secondo creditore prendesse in pegno quegli schiavi, provocando così l'estinzione della garanzia del pupillo.

(1) Il divieto di una seconda ipoteca è già nella legge di Gortina (X, 25-32: « Non facciasi compra di un uomo ipotecato, finchè chi lo diè in ipoteca non l'abbia prosciolto... , nè si riceva in ipoteca »); COMPARETTI in *Monum. Acc. Lincei*, III, p. 228; KOHLER-ZIEBARTH, *Das Stadtrecht von Gortyn*, 1912. Il DE RUGGIERO (*op. cit.*, p. 39 sgg.) però dubita che questa testimonianza possa avere valore di prova, per tutto il diritto greco, del divieto legale delle seconde ipoteche; egli, inoltre, fa notare come il divieto si rivolga ai terzi anzichè al debitore, ciò che del resto è naturale, perchè le conseguenze della nullità dell'atto colpiscono più direttamente chi acquista o riceve in pegno il servo già ipotecato.

(2) DARESTE in *Nouv. Rev. hist.*, XXXII, p. 640.

(3) Cfr. da ultimo BONFANTE-MAROI in WINDSCHEID, *Pand.*, Torino, 1925, I, 2, p. 1101 sgg.

(4) Sulla pubblicità del diritto di pegno in Grecia cfr. BERNHÖFT, *Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griech. Rechte* in *Zschr. f. vergl. Rechtswissensch.*, XXI, 1908, p. 142 sgg. (spec. § 13. *Die Publizität der Pfandrechte im älteren Rechte*).

(5) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 53.

(6) GUIRAUD, *op. cit.*, p. 203.

Considerazioni pratiche dovettero per ciò far recedere dal rigoroso sistema di vietare ogni ulteriore costituzione di ipoteca sulla stessa cosa e consigliare una maggiore mitezza nei riguardi del debitore, consentendogli la facoltà di destinare lo stesso pegno a garanzia di un secondo e anche di un terzo credito. Ma ciò fu possibile solo più tardi, quando si venne a limitare il diritto del creditore sulla cosa all'ammontare del suo credito: in tal modo fu consentito al debitore di costituire sulla stessa cosa, senza bisogno del consenso del creditore, successive ipoteche nei limiti dell'eccedenza della precedente ipoteca (*hyperocha*). Venne così naturalmente meno la necessità del consenso del creditore per la successiva oppignorazione. E tale pratica, dapprima forse consentita a mezzo di apposita clausola, divenuta in seguito di stile, si dovè rendere ben presto familiare nel diritto greco come appare dalla legge di Efeso del 1.^o sec. av. Cr., nella quale vien fatta menzione di creditori « che hanno prestato su terreni già ipotecati » (1); anche in altra iscrizione, in cui si accenna ad un terreno ipotecato da una tale Hippocleia per la sua dote, si legge: « il sovrappiù è ipotecato ai Cecropidi, ai Lycomodi, ai demoti di Phyla » (2). Sappiamo altresì che il termine che sta ad indicare siffatta pratica è quello di *ἐπιδανείσαι* (3). L'attenuazione del primitivo rigore al divieto dell'oppignoramento ulteriore non arrivò però a tanto da potersi dire che l'istituto della seconda ipoteca fosse da considerarsi normale e quotidiano e fosse divenuto connaturale all'ipoteca, come fu invece nel diritto romano. I casi in cui lo stesso oggetto veniva successivamente vincolato a garanzia di più creditori furono sempre ristretti come ci comprovano le fonti greche.

Accertato che non fu estranea al diritto greco la possibilità di un successivo oppignoramento (quantunque non possa dirsi ciò connaturale all'ipoteca greca), consideriamo le regole con cui si risolveva il concorso fra i vari creditori. Il criterio fondamentale è quello della priorità della costituzione: è il principio espresso dalla legge di Efeso: « Quelli che

(1) L'iscrizione contenente la legge di Efeso è stata pubblicata e commentata da DARESTE-HAUSSOULLIER-REINACH, *Inscr. jur. grecq.*, I, VIII, p. 132 cfr. altresì l'iscrizione di Knidos in *Bull. corr. hell.*, IV, p. 341 sgg.

(2) DARESTE-HAUSSOULLIER-REINACH, *Inscr. jur. grecq.*, VIII, § 10, p. 108 e su di essa HITZIG, *op. cit.*, p. 123 sg.; SZANTO in *Rhein. Museum*, XL, p. 516 sg.

(3) Questo termine ricorre nella iscrizione di Aigiale (*Inscr. Gr.*, XII, 17, 515) e su di essa il commento di ZIEBARTH, *Νόμος Αιγιάλης* in *Ἐφημερίς ἀρχαιολογική* 1907 p. 186 sgg.; DARESTE, *Inscr. d'Amorgos* in *Rev. de Phil.*, 1908, p. 149 sgg.; Id., *Notes sur l'hypoth. en droit grec* in *Nouv. Rev. hist.*, 1908, p. 639 sgg.; REINACH Th., *A propos de la loi d'Aegiale* in *Rev. des études grecq.*, XXII, 1909, p. 241) nella quale mentre nella l. 1, 107 (*ἔιν δὲ τις ὠνησῆται τὰς ἀγέλουσας ὑποθήκας ἢ ὑποθήται*) è preveduto e regolato il caso di una ulteriore ipoteca, nella l. 12 si prevede esplicitamente che i beni da ipotecare debbono essere liberi d'ogni precedente ipoteca (... *τοὺς δὲ δανειστέμους δίδονται ὑποθήκην χωρὶα πλείονος ἕξει δράχμων διαχρίτων ἀνεπιδανείσται*). Sul significato di *ἐπιδανείζω* « prestare in seconda ipoteca » cfr. BEKKER, *Lex.*, I, § 159.

hanno consentito un prestito su di un fondo già ipotecato potranno rivalersi sul resto del fondo. Si comincerà dai più antichi » (1).

Seguendo questo principio si ha che il secondo creditore non può vantare sulla cosa alcuna pretesa se il precedente creditore non sia stato soddisfatto e in questo senso ha ragione il BEAUCHET (2) di dire che « en définitive la plénitude du droit hypothécaire n'appartient qu'au premier créancier ». Inoltre, come si è visto, il creditore successivo più che un diritto di garanzia sulla cosa fonda il suo diritto di garanzia sulla differenza tra il valore della cosa e l'ammontare del primo credito τὰ ὑπερέχοντα, ὅσαρ πλείονος ἄξιον) (3); a questo scopo si procedeva, come ci indica la legge di Efeso, ad una stima del fondo ipotecato e quindi a divisione di esso fra i vari creditori (§ 10: ὅσοι δὲ ἐπὶ τοῖς ὑπερέχουσι δεδανείκασιν o si ricorreva alla vendita dei beni ipotecati, o, infine, previa stima di essi, si riconosceva al primo creditore il diritto di disinteressare i creditori successivi rilasciando loro la sola differenza fra il valore di stima dei beni e l'importo del suo credito. Da ciò si deriva altresì che il secondo creditore non aveva il diritto di procedere all'ἐμβάτευσις, salvo che egli non si fosse avvalso del *jus offerendi pecuniae*, la cui esistenza per Efeso ci è formalmente attestata dalla legge ipotecaria sopra ricordata (§ 10, l. 37-39) e per il diritto attico si può con molta probabilità fondare su di un passo dell'orazione di Demostene contro Pantheno (§ 12).

Rimane da considerare da ultimo il caso di concorso fra un creditore ipotecario ed un creditore pignoratizio, quando l'una e l'altra garanzia siano costituite sulla stessa cosa mobile. Se il pegno sia di data posteriore la preferenza è data al creditore ipotecario: la circostanza che al secondo creditore sia stato trasmesso il possesso della cosa non vale a rendere preferito il secondo credito poichè il debitore non può senza il consenso del creditore costituire nuovi pesi sulla cosa già ipotecata (4); ad evitare ciò nei contratti di mutuo ricorreva di frequente la clausola: « Le cose impegnate devono essere libere, nè ad altro pegno si possono sottoporre per altro denaro che sia preso a prestito ». Così si legge nell'orazione contro Lacrito (§ 12) colla quale Demostene ci rende edotti della « finissima malizia di costui e dei suoi soci ». « Che fecero costoro? — si domanda l'oratore —. Non curandosi dei patti scritti presero

(1) *Inscr. jur. cit.*, V, l. 32-34. Sembra che la stessa regola valesse anche per il diritto attico: cfr. l'iscr. pubbl. dal DARESTE in *Bull. de corr. hell.*, II, p. 585; GUIRAUD, *op. cit.*, p. 206; DARESTE-HAUSSOULLIER-REINACH, *op. cit.*, p. 134.

(2) *Op. cit.*, III, p. 302.

(3) Sull'argomento cfr. BEAUCHET, *op. cit.*, III, p. 305 sgg.; HITZIG, *op. cit.*, p. 126 sgg.; CUQ, *op. cit.*, p. 358.

(4) DEMOSTENE, c. *Lacrito*, § 52: « Poichè il nocchiero Faselite volendo prendere a prestito denari da un abitatore di Chio e questi dicendo che non li avrebbe dati se non con patto che fossero impegnate tutte le cose che portava il nocchiero, nella nave e col consenso degli altri creditori, permise che fossero impegnate tutte le cose nostre e che quel di Chio ne diventasse padrone ».

altro denaro a prestito da un giovanetto, ingannandolo, quasi non fossero debitori di altri. Essi fecero torto a noi impegnando le cose stesse che ci rendevano sicuri della moneta prestata e similmente ingannarono il giovinetto impegnando le mercanzie stesse come se fossero libere ». Dal che si deriva che il pegno successivamente costituito sulle merci già ipotecate ad Androcle doveva considerarsi nullo, altrimenti non si spiega l'inganno teso da Lacrito al successivo creditore (1).

§ 6. *Diritto romano.* — Sarebbe necessario prospettare, sia pure in rapidi cenni, le successive fasi attraverso le quali si svolge nel diritto romano l'istituto del pegno e considerare il problema della possibile costituzione di pegni successivi sullo stesso oggetto, in relazione alle varie figure che detto istituto storicamente venne assumendo. Ma dovremo prescindere per economia di esposizione, tanto più che si tratta di risultati ormai noti o di questioni che possono restar senza danno irrisolte: ad es., quella sulla precedenza storica della *fiducia* ad ogni altra figura di garanzia reale e quindi anche al *pignus* (2). Invero, quale che sia la soluzione di tale problema d'origine (3), è evidente che nelle figure ancora informi e primitive del *pignus datum* e della *fiducia*, come già

(1) Per la nullità del pegno successivo si pronuncia anche il BEAUCHET, *op cit.*, III, p. 304. Quanto al concorso fra una ipoteca semplice ed una privilegiata (o per clausola contrattuale o per natura del credito) cfr. GUIRAUD, *op cit.*, p. 206, che si richiama ad una iscrizione attica. Quanto, infine, al concorso fra una precedente ipoteca generale ed una speciale, costituita posteriormente su uno dei beni già gravati, ci mancano elementi per giudicare se, come è stato ritenuto, sia da considerarsi inefficace la seconda ipoteca, salvo che il secondo creditore si avvalga del *jus offerendi*.

(2) Ancor oggi può ripetersi col DERNBURG, *Pfandrecht*, I, p. 44: « Die Anfänge dieses Instituts sind in Dunkel gehüllet ». Che la prima forma di pegno sia stata la *fiducia* sostengono ASCOLI, *Le origini della ipoteca*, Livorno, 1887 p. 1 sgg.; JACQUELIN, *De la fiducie*, Paris, 1891, p. 205 sgg.; CUQ, *Inst. jur.*, 1917, p. 661; e in generale la maggioranza dei moderni trattatisti. Invece, traendo argomento dalla maggiore complessità del concetto su cui si fonda la *fiducia* rispetto al del *pignus*, sostiene la tesi opposta il COSTA, *Storia del diritto rom.*, Torino, 1925, p. 275 n. 4. Su di un atto di *mancipatio fiduciae causa* contenuto in una tavoletta cerata pompeiana cfr. SCIALOJA in *Bull. ist. dir. rom.*, I, p. 205 sgg.; cfr. altresì il formulario della *fiducia*, secondo la tavola di bronzo trovata in Andalusia nel 1867, in BRUNS, *Fontes*, p. 294.

(3) Degne di considerazione per una ponderata risoluzione della questione ci sembrano le risultanze del CHAMPEAUX (*Le principe de simplicité des anciens actes juridiques rom. et le gage* in *Mélanges GIRARD*, Paris, 1912, I, p. 155 sgg.) tratte soprattutto dalle tracce che il significato di *pignus* conserva nel linguaggio popolare romano antichissimo e la sua straordinaria fertilità di applicazione nell'epoca più arcaica del diritto romano. Detto A. ritiene anche che il pegno era rimesso a un terzo (*vas, praes, sponsor*), il che spiegherebbe la liberazione del debitore. Noi riteniamo che ammettere la possibilità originaria che il pegno fosse rimesso ad un terzo, avrebbe significato aprire già la via al debitore ad obbligare per un successivo debito lo stesso oggetto già dato in pegno. Il che male si concilia col rigore primitivo dei rapporti obbligatori.

per diritto babilonese e per diritto greco rispetto alle analoghe figure dell'ἐνέχυρον e della πράσις ἐπιλύσει (1), il debitore che si fosse privato della detenzione o del dominio delle cose proprie non poteva procacciarsi nuovo credito costituendo su di esse una nuova garanzia. Una volta ammesso che il contenuto di tali garanzie reali dell'antico diritto consisteva unicamente nella facoltà concessa al creditore, nella cui disponibilità fisica o nel cui dominio era passata la cosa, di trattenerla presso di sé fino a soddisfacimento del credito e quindi l'unica loro efficacia consisteva nella pressione esercitata sul debitore a sospingerlo al pagamento, come all'unico mezzo per riavere la disponibilità o il dominio della cosa sua (2), è da escludersi per intuitiva logica che l'oggetto del pegno o la cosa fiduciata potessero servire a garanzia di successivi creditori.

Anche quando, in prosieguo di tempo, venne concessa al creditore pignoratizio la facoltà di alienare la cosa rivalendosi del suo credito sopra il prezzo ricavato e al creditore fiduciario la facoltà di ritenersi la cosa come sua propria, liberandosi così dall'impegno di ritrasferirla (e ciò in forza di convenzioni apposite: *lex commissoria* e *pactum de vendendo*), tali figure conservarono sempre il carattere di garanzie esclusive (3). Quanto alla *fiducia* è questa anche l'opinione di uno dei recenti studiosi della materia, il MANIGK. Ecco come egli si esprime: « Trotzdem « der Verpfänder den Besitz durch die Fiduzierung einer Sache nicht zu « verlieren brauchte, war es doch niemals möglich, dieselbe Sache noch « mals hintereinander zur Fiducia zu geben. Sie konnte *uno actu* wohl « mehreren Fiduziaren zugleich übereignet werden, aber eine Rangor- « dnung war nicht denkbar, auch in der späteren Zeit; denn einmal « hatte der Fiduziant formell das Eigentum aufgegeben, konnte es also « einem *secundus creditor* nicht mehr fiduzieren, und dann erfasste auch « das Recht des Fiduziars die Sache von vornherein ganz, und ein con- « dominium plurium in solidum war unmöglich. Darin lag ein Mangel, « aber gerade später auch ein Vorzug der Fiducia; denn *pignus* und « *hypotheca* litten praktisch unter den mit der Mehrheit von Pfan-

(1) È sempre controverso il problema degli influssi della πράσις ἐπιλύσει sulla *fiducia*: cfr. ora la bella esposizione del MANIGK, *Fiducia* nel PAULY-WISSOWA, VI, p. 2311 sgg. Il BASTIL (*op. cit.*, p. 114) non trova che vi siano differenze fra l'una e l'altra: ma la sua opinione è contraddetta dal GERNET in *Rev. des études grecq.*, 1920, p. 99.

(2) COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*, Firenze, 1921, p. 132. Il *pignus* ha, insomma, in questo periodo una funzione negativa e presenta stretta analogia col *ius retentionis*, anzi in un senso lato lo abbraccia. Sulla nozione del pegno inteso in un senso largo per diritto rom. cfr. la recente ottima tesi della scuola di diritto di Batavia del KAHREL, *Verruimd Pandbegrip*, Tegal, 1926, p. 18-32.

(3) Di recente il RATTI, *Sul « ius vendendi » del creditore pignoratizio* in *Studi Urbinati*, 1927, I p. 3-37 ha di mostrato con bella e chiara esegesi che il creditore pignoratizio per l'epoca classica è privo del *ius vendendi* in mancanza di patto espresso: acquista tale facoltà di alienare nell'età post-classica dopo le tre denuncie; infine nel diritto giustiniano gli compete il *ius vendendi* anche mancando un patto relativo alla vendita e previa una sola denuncia.

« drechten für die nachstehenden Gläubiger verbundenen Gefahren
 « ausserordentlich. Der Gläubiger war bei der Fiducia hiergegen gesi-
 « chert. Auch hierdurch erklärt sich der spätere nicht seltene Gebrauch
 « der Fiducia zu Pfandzwecken. Es war hingegen möglich, dass an
 « derselben Sache ein F. und ein Pignus bestellt wurden. Hiervon geht
 « aus PAUL. *Sent.* II, 13, 8 eine Stelle die an diesem Ort auf die
 « bezogen werden könnte » (1).

Può quindi dirsi che, fino a quando il diritto romano rimase fermo alla fiducia ed al pegno manuale (2), il debitore necessariamente veniva con esse « ad esaurire di un tratto il suo credito », come molto incisivamente scrive il CUQ (3).

Uno dei vantaggi che venne ad offrire quella « sottospecie di pegno » che fu l'ipoteca (il pegno, cioè, costituito senza l'immediata consegna della cosa al creditore) fu la possibilità data al debitore di poter garantire con una stessa cosa, mobile o immobile, più crediti. Quando sia sorta l'ipoteca nel diritto romano, per quali influenze, con quali caratteri sono tutti problemi che debbono presupporre noti (4).

Accenniamo qui solo ad uno dei risultati più recenti, e possiamo aggiungere più probabili, della critica interpolazionistica per cui la menzione dell'*hypotheca* nei testi classici non sarebbe genuina (5). I giuristi

(1) MANIGK, *op. cit.*, p. 2305.

(2) Non è da escludersi che fin dall'epoca arcaica il *pignus* siasi riferito anche agli immobili: TERENT., *Phorm.*, IV, 3, 56; nè, a dimostrare quanto sia ingenua l'etimologia di *pignus a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur* (D. 50, 16, 238 § 2), occorre parola. Sulla identità etimologica di *pignus* e di *pactum* da *πίπτω, πίπτωμι, pango, stabilire*) cfr. CURTIUS, *Gr. etym.*, 338 e diffusamente DERNBURG, *Pfandr.*, I, p. 49. In senso contr. WALDE, *Lat. etym. Wort.*, 1910, s. v.

(3) CUQ, in *Dict. cit.* V, p. 376, s. v. *hypotheca*.

(4) Sulla trascuranza della giurisprudenza classica in confronto all'istituto dell'ipoteca e sulla sua scarsa diffusione pratica cfr. da ultimo ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, 2.^a ediz., Napoli, 1927, p. 243

(5) Sono fondamentali in questo senso i lavori del FEHR, *Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala, 1910 e dell'EBERARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekareception*, Leipzig, 1917: mentre, però, il FEHR è per l'origine giustiniana dell'ipoteca, l'EBERARD è, invece, per l'opinione più moderata secondo la quale, prima ancora della compilazione giustiniana, sarebbero avvenute alterazioni dei testi classici ad opera di giuristi postclassici, intese a sostituire la menzione dell'*hypotheca* a quella del *pignus conventum*. I risultati a tale revisione, se hanno ottenuto da una parte della dottrina romanistica il più largo consenso (SOHM, *Inst.*, 14.^a ediz., 1911, p. 461; BESELER in *Berl. Phil. Woch.*, 1912, 778; PRINGSHEIM, *Kauf mit fr. Geld*, p. 138-9; ALBERTARIO, *Pegno della superficie*, Pavia, 1911, p. 4 e in *Arch. giur.*, 1921, 2. p. 244 sgg.), non hanno mancato di sollevare vivaci dissensi (ERMAN, *Pignus hypothecae* in *Mélanges GIRARD*, 1915, I, p. 449 sgg.; MANIGK in PAULY-WISSOWA, *Real-Encycl.*, s. v. *hypotheca*; COSTA, *Storia del dir. rom.*, 2.^a ediz., Torino, 1925, p. 283 n. 1); caute opinioni esprimono il MITTEIS (revisione della 17.^a ediz. del SOHM, *Inst.*, 17.^a ediz., 1923, § 60, p. 341 sgg.) il BONFANTE (*Ist.*, 1925, p. 425 n. 1) e l'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 240, n. 1.

romani non avrebbe conosciuto altre forme di garanzia che la *fiducia*, e il *pignus*; anche quando accanto al pegno reale sorse il pegno convenzionale, per quanto la *datio pignoris* rispondesse all'*ἐνέχυρον* e la *conventio pignoris* all'*ὑποθήκη*, questo termine non entrò nell'uso dei giuristi romani, allo stesso modo che questi non importarono dai Greci l'*ἐνέχυρον*. Il risultato ultimo, insomma, di tale revisione critica sarebbe il seguente: a differenza dei Greci che conobbero due istituti distinti, l'*ἐνέχυρον* e l'*ὑποθήκη*, i Romani conobbero un solo istituto, il *pignus*, del quale non sono che atteggiamenti diversi le forme della *datio* e della *conventio pignoris* (1).

Ma qualunque sia l'opinione che si preferisca al riguardo e quale sia stata l'influenza dei diritti ellenistici sullo sviluppo dell'istituto del pegno, questo è certo che l'ipoteca ci appare come un notevole perfezionamento del *pignus datum* (2) e che si è mantenuta sempre una sostanziale differenza fra l'ipoteca greca e quella romana; la prima, come abbiamo visto, conserva il carattere di una *datio in solutum* subordinata al mancato pagamento, implicando la sostituzione della cosa gravata al credito garantito, la seconda, invece, è rimasta sempre col carattere di una mera garanzia del credito e non di un sostitutivo di esso. Il che è di fondamentale importanza per il problema che ci occupa: direi quasi è la chiave di volta. Invero, mentre appare indubbia la tendenza del diritto greco a restringere l'istituto delle seconde ipoteche (sicché questo non passò mai nell'uso quotidiano, anche ammesso che non vi fu mai un divieto legale, ma solo convenzionale) e a favorire attraverso il sistema delle iscrizioni fondiarie, la efficacia reale del divieto di alienazione e di successiva oppignorazione, il sistema del diritto romano fu ispirato, invece, alla maggiore libertà di oppignorazioni successive da parte del debitore d'una cosa già ad altri ipotecata. Nelle fonti non c'è, a questo scopo, traccia di alcun divieto convenzionale e non era praticato appunto perchè, scrive il DE RUGGIERO, mancava (nè la volontà delle parti aveva potere di produrlo) il suo effetto maggiore: la efficacia reale di annullamento dell'atto di oppignorazione successiva.

Tutto il sistema giuridico-romano, continua lo stesso A. (ed è pregio del lavoro ricordare le parole di così chiaro maestro), era per se stesso contrario ad ammettere, non pure la validità di un tal patto (il DE R. si riferisce così al divieto di alienazione che a quello di oppignorazione successiva), ma altresì la stessa possibilità di concepirlo: la tendenza generale a negare efficacia reale ai patti, lo sfavore con cui viene trattata ogni limitazione alla naturale libertà del domino di disporre della sua proprietà, l'assenza di ordinamenti perfetti di pubblicità della proprietà fondiaria e delle ipoteche, ma soprattutto la diversa natura della ipoteca e del pegno, che sono mera garanzia del credito e giammai sostitutivo

(1) Il termine *pignus* comprende senza dubbio presso i Romani anche la *fiducia* (ISID., *Orig.*, V, 25) cfr. ASCOLI, *Le origini della ipoteca*, p. 30 e n. 19.

(2) Cfr. DE FRANCISCI, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano* in *Arch. giur.*, 1925, I, p. 207 e aut. ivi cit.

di esso, spiegano perchè il problema circa la efficacia del divieto non si presentasse neppure alla mente dei giureconsulti (1).

Ciò posto come si spiegano i frequenti accenni, contenuti nelle fonti, al consenso prestato dal creditore alla costituzione di un pegno ulteriore? Potrebbe credersi a prima vista che la necessità del consenso del creditore sia un indizio a conferma dell'esistenza di un divieto a tale costituzione. Ma esaminando i vari passi in cui appare quel consenso (D. 20, 6, 9 § 1, 11, 12; D. 20, 4, 12 § 4) si deriva che il motivo è ben diverso di quel che verrebbe fatto ritenere. Il richiamo a quel consenso è da interpretarsi quale rinuncia del creditore al pegno, come appunto fece costantemente la giurisprudenza (2). Il motivo, in altri termini, pel quale il consenso del credito pignoratizio è richiesto per la successiva oppignorazione della cosa risiede sempre ed esclusivamente nel desiderio del debitore di voler liberato il pegno dal vincolo per poter più facilmente far servire la cosa per nuove garanzie reali (3).

Prima di procedere oltre nella indagine giova che rimanga intanto fermo il principio caratteristico del diritto romano: che al debitore non è fatto alcun divieto di procedere riguardo ad una stessa cosa ad ulteriori convenzioni di pegni, nè, a tale scopo, gli occorre il consenso del precedente creditore pignoratizio: ciò è di intuitiva logica in un sistema come quello romano che riconosce a favore del creditore pignoratizio una azione reale, che è sufficiente a garantirlo *erga omnes*.

Come abbiamo già detto, uno dei vantaggi della ipoteca (*pignus conventum*) rispetto al *pignus datum* è quella « de permettre au débiteur d'affecter une même chose à la sûreté de plusieurs dettes » (4):

(1) DE RUGGIERO, *Il divieto d'alienazione*, cit., p. 62. Come abbiamo riferito nel testo, l'A. abbina nel suo studio così il divieto di alienare che quello di costituire successive ipoteche su beni già soggetti ad un vincolo ipotecario e quindi pone a fondamento della sua indagine il noto passo di Marciano D. 20, 5, 7 § 2, l'unico in cui sia ricordato il patto di non alienare *hypothecam vel pignus*. Il De R. ritiene che Marciano non può avere che pronunciato la nullità del patto e conseguentemente la inefficacia reale del divieto. Chi avrebbe mutato la soluzione sarebbe stato Triboniano, sostituendo alla dichiarazione di nullità del patto quella della nullità della vendita (cfr. LUSIGNANI in *Bull. ist. dir. rom.*, XI p. 26 sgg.). Successivamente al De R. il passo è stato ritenuto di fattura compilatoria anche dal FEHR (*op. cit.*, p. 100-103) e dall'EBBARD (*op. cit.*, p. 92 sgg.).

(2) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 58. PAULUS, *libro tert. quaest.*, D. 20, 6, 12: « Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remisisse videri ». Si arrivò persino a negare che il consenso potesse interpretarsi come cessione del grado a favore del creditore posteriore: cfr. WINDSCHEID, *Pand.* I, 2, § 248 n. 5 e aut. ivi cit.

(3) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 60; GLÜCK, *Pand.*, XIX, p. 426.

(4) CUQ, *Inst. jur. rom.*, Paris, 1917, p. 673. Questo A. ricorda che la costituzione di una seconda ipoteca era già, probabilmente, ammessa alla fine del I sec.; Paolo ne parla *libro quarto decimo ad Plautium*, (D. 20, 4, 14. Sulla sempre dibattuta questione relativa all'epoca in cui per diritto romano risale la menzione di una seconda ipoteca cfr. HERZEN, *Le concours de plusieurs hypothèques* in *Mélanges*

si ha in tal modo la possibilità di una pluralità di diritti di pegno sulla stessa cosa che può atteggiarsi in vario modo (1). Possono configurarsi varie ipotesi:

α) Il medesimo oggetto è obbligato contemporaneamente a più creditori con la clausola della solidarietà (*pignus plurium in solidum*): in questo caso la cosa è ipotecata in tutto e *in solidum*: nei rapporti esterni ciascun creditore è legittimato ad agire contro il terzo possessore per il rilascio di tutta la cosa: nei rapporti interni « possidentis meliorem esse condicionem » e quindi il possessore non può essere costretto a rilasciare il pegno al concreditore prima di esser stato soddisfatto del suo credito (2).

GIRARDIN, 1907, p. 299 sgg. Questo A. ritiene che prima di Marcello la seconda ipoteca non era conosciuta a Roma e quindi *a fortiori* non era conosciuto il *ius offerendi et succedendi* del creditore inferiore di rango. Il passo di Marcello in cui sarebbe stata fatta, secondo l'HERZEN, per la prima volta tale menzione è il seguente: D. 44, 2, 19 « Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: egit posterior « cum priore pigneraticia et obtinuit; mox ille agere simili actione instituit: quae situm est, an exceptio rei iudicatae obstaret Si opposuerat exceptionem rei sibi ante « pigneratae et nihil aliud novum et validum adiecerit, sine dubio obstat: eandem « enim quaestionem revocat in iudicium ». « Ce fragment — osserva l'H. (p. 307) — « est le premier en date qui admet une seconde hypothèque digne de ce nom, « c'est à dire sanctionnée au besoin par l'action hypothécaire. Aucun texte antérieur « n'accorde cette action dans le cas de seconde hypothèque et ce cas lui-même « n'est mentionné pour la première fois que par Pomponius, qui lui aussi a vécu « après Aristone ». L'A. si intende riferire al passo di Pomponio in D. 20, 4, 4.

(1) DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, 1924, p. 301. Nel considerare questo rapporto fra più creditori pignorati si terrà presente solo l'ipotesi di diritti di pegno sulla stessa cosa derivanti dal medesimo autore o dai suoi successori. Si prescindere quindi dal caso in cui la costituzione in pegno della medesima cosa in favore di più persone derivi da autori diversi, tra i quali non esista alcun vincolo giuridico: ad es., dal proprietario e da un possessore publiciano; nel qual caso è preferito, senza riguardo a tempo, il creditore pignorato il cui autore ha il diritto poziore; in mancanza del poziore diritto decide il possesso del pegno: così Paolo (D. 20, 4, 14): « si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit ». Cfr. DERNBURG, *Pand.*, I, 2 § 286; PEROZZI *Ist.* § 115.

(2) D. 20, 1, 10: « Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset ». Cfr. GLÜCK *Pand.*, XX, § 1995, p. 375; BONFANTE in WINDSCHEID, *Pand.*, Tor., 1926, VI, p. 153. È chiaro che per costituire una obbligazione solidale della cosa oppignorata occorre una disposizione espressa delle parti: nel dubbio deve ammettersi una obbligazione della cosa per parti: SERAFINI, *Ist.*, § 96. Un caso di *pignus plurium in solidum* si ha anche nel caso in cui il creditore pignorato muoia lasciando più eredi: C. 8, 32, 1 (a. 258): « Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri ». Cfr. a questo riguardo la diffusa trattazione del DERNBURG, *Pfandr.*, II § 84, p. 39 sgg.; e p. 411.

5) L'oggetto del pegno è obbligato contemporaneamente a più creditori per una parte determinata (*pro partibus*): ogni diritto di pegno (così il WINDSCHEID) si riferisce ad una particolare frazione dell'oggetto del pegno (1). Quale sia, in questo caso, la disciplina del rapporto fra i vari creditori si evince dal seguente passo di Ulpiano: D. 20, 1, 10: « Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere, et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli ». Ma l'un creditore non può ottenere dall'altro creditore il rilascio della sua parte mediante l'interdetto Salviano: dovrà, invece, far ricorso all'azione ipotecaria (2).

7) Oltre il caso del *pignus plurium in solidum* e del *pignus* costituito *pro partibus* è qui da considerare più specialmente l'ipotesi del pegno sulla stessa cosa costituito nella stessa epoca (*eodem die*) a favore di più creditori. In questa ipotesi nessuno è da preferirsi: tutti esercitano i loro diritti *pro rata* (3).

Ora è in questo caso, appunto, di un pegno, cioè, indiviso, così materialmente che idealmente, che si pone fra i giureconsulti romani la disputa: l'estensione del diritto di ciascun creditore si commisura al numero dei creditori o all'ammontare del credito di ciascuno? Secondo Paolo (D. 13, 7, 20 § 1): « Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est » (4). Invece secondo Papiniano (D. 46, 3, 96 § 3) (5) e Marciano (D. 20, 1, 16 § 8) l'estensione del diritto di ciascun creditore va commisurato all'ammontare del credito al momento della costituzione del pegno. Ciascuno dei creditori perciò può, aggiunge Marciano, convenire il possessore del pegno per la sua parte, tranne che vi sia stata una contraria convenzione o si tratti di pegno costituito separatamente

(1) WINDSCHEID, *Pand.*, I, 2, § 248; DERNBURG, *Pfandr.*, 11 § 149, p. 407 sgg.

(2) Cfr. altresì D. 43, 33, 2. Sulla distinzione accennata nel testo così si esprime il CUIACIO, *Opera*, Prati, 1836, t. I, c. 207: « Igitur si duobus res sit obligata pro partibus, actione Serviana inter ipsos reddita, dimidia pars possessionis avocabitur, sed non (ut hanc persecutus speciem Ulpianus scripsit in d. l. ult.) interdicto Salviano, quoniam in interdicto Salviano de solida possessione agitur, non quae sita partium jure, cuius cum sit par causa, vincere possessor debet. In Serviana de jure quaeritur. Jus autem pignoris singulis pro parte competit. Hoc igitur jure probato, possessionis pars dimidia avocabitur. Sic fit, ut qui vincit in Salviano, non vincat in Serviana ». Cfr. altresì dello stesso A., *op. cit.*, t. III, 1261.

(3) Cfr. D. 13, 7, 20 § 1; 10, 3, 7 § 6. *Quid* se uno dei creditori eguali in diritto si avvale da solo del diritto di vendita? È da ritenersi valida la vendita e il terzo acquirente di buona fede non può essere molestato dagli altri creditori. Nè di fronte ad essi il venditore è responsabile pel prezzo ricevuto, a meno che tale obbligazione non risulti da rapporti di comunione o da altri rapporti esistenti fra le parti o nel caso che abbia agito con dolo (D. 50, 17, 129 pr. e testi cit. dal MAYNZ, *Cours de dr. rom.*, 4 ed. I, § 162).

(4) DERNBURG, *Pfandr.*, II, p. 408: « Er (sc. Paulus) unterstellt also eine Theilung nach Köpfen: denn *aequalis pars* bezeichnet absolut gleiche, nicht etwa verhältnissmäßige Theile ».

(5) Sul passo di Papiniano cfr. DERNBURG, *Pfandr.*, I p. 516 e II p. 212.

a ciascuno su tutta la cosa (1). Se però uno dei creditori si trovi ad avere il possesso esclusivo della cosa pignorata questi deve essere preferito: tale la decisione attribuita a Ulpiano (D. 20, 1, 10 pr.) « ... *possidentis meliorem esse condicionem* » (2).

δ) Diversi sono i criteri che disciplinano per diritto romano i rapporti fra più creditori pignoratizi quando i vari diritti di pegno siano stati costituiti in tempi successivi e l'importo dei crediti garantiti superi il valore della cosa. In questa collisione è criterio decisivo il carattere reale del diritto di pegno: invero, mentre in materia di diritti di credito, non vi ha mai preferenza di un creditore in confronto dell'altro (i c. d. *privilegia exigendi* sono fondati su determinate qualità dei crediti, e non sulla loro data), la caratteristica, invece, dei diritti reali è che ad essi il tempo dà la preferenza, di modo che il diritto di pegno, una volta costituito, precede i diritti di pegno successivi e non può quindi il debitore con una nuova costituzione recar pregiudizio al diritto di un precedente creditore pignoratizio (3). *Potior in pignore*, come insegna Gaio (D. 20, 4, 11 pr.), è chi ha prestato denaro al debitore facendosi costituire a garanzia il pegno; egli ha quindi privilegio di fronte al creditore che in precedenza abbia prestato denaro allo stesso debitore, ma si sia fatto costituire il pegno sulla cosa in epoca successiva al secondo creditore (D. 20, 4, 12): è, insomma, la priorità del pegno e non quella del credito ciò che conta. Ciò si esprime con la nota regola « *prior in tempore, potior in iure* » (4).

Alla scadenza il primo creditore, se ipotecario, può reclamare il possesso della cosa (*possessionem persequitur*) con l'azione ipotecaria o *pigneraticia in rem*, che è una *vindicatio pignoris*, sia contro il co-

(1) Già il FABRO (*De error.*, dec. 21, p. 282 sgg.; cfr. DE MEDIO in *Bull. ist. dir. rom.*, 1901, p. 229) ritenne tutto il frammento di Marciano un *emblemata Triboniani*: egli critica la decisione in esso contenuta, dichiarando più ragionevole quella di Paolo. Per contro il GLÜCK, *op. cit.*, XX p. 377 n. 86 ritiene che l'espressione di Paolo non significa, come vorrebbe il Fabro, « *rem unicuique pro virili parte obligatam esse* », bensì che nessuno dei creditori è preferito all'altro e quindi esclude ogni interpolazione. Ma la critica moderna ha confermato quanto con geniale intuito il Fabro aveva già scoperto: cfr. invero sul fr. di Marciano le decisive osservazioni del FEHR, *op. cit.*, p. 98 sg.: e dell'EBRARD, *op. cit.*, p. 89.

(2) Il MAYNZ, *Cours*, § 162 n. 9 giudica tale opinione irrazionale e lo dimostra. Egli considerando che la L. 10 è la riproduzione quasi letterale di un passo di Giuliano (D. 43, 33, 1 § 1), che dà questa soluzione a proposito dell'interdetto Salviano, in cui è perfettamente giustificata, afferma che ciò autorizza a supporre che la decisione di Ulpiano si riferiva originariamente all'interdetto Salviano e « *qu'elle ne doit la malencontreuse place où elle se trouve au Digeste, qu'à l'étourderie des compilateurs* ».

(3) DERNDURG, *Pand.*, §§ 42 b; 262; sulla questione della realtà del diritto di pegno cfr. anche WINDSCHEID, *Pand.*, § 244 nota 8 e aut. ivi cit.

(4) C. 8, 17 (18), 4: « *Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure* »; cfr. anche L. 2 *eod.*: « *Cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure qui praevenit tempore* ».

stituente stesso per assicurarsi il diritto di prelazione di fronte agli altri creditori ipotecari che lo seguono per grado, sia contro i terzi detentori a qualsiasi titolo (1). Una volta ottenuta la cosa ha diritto di mantenersene in possesso: ha, in altri termini, quel potere che nel pegno gli è conferito all'atto stesso della costituzione, per mezzo della consegna. Egli può, inoltre, paralizzare ogni eccezione di ipoteca di creditori posteriori con la replica di priorità di grado: « *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata* » (2); ha, insomma, tutto un meccanismo di eccezioni e di repliche per ottenere e conservare il possesso (3). Infine, ed è questa la più saliente manifestazione del diritto del creditore che precede gli altri in grado, può egli procedere alla *distractio pignoris* (4) nel momento in cui voglia e nelle circostanze che siano a lui più favorevoli, senza preoccuparsi del pregiudizio che l'esercizio di questo suo diritto sia per arrecare ai creditori successivi, e ciò sia allo scopo di soddisfarsi del capitale, sia di tutti i suoi accessori (5).

Ciò dimostra l'importanza che nel rapporto di più creditori pignoratizi ha la precedenza del tempo, la quale si stabilisce in diritto romano per mezzo di testimoni o per iscritto (Gaio D. 20, 1, 4): è però necessario fin d'ora ricordare come di fronte agli abusi di munire gli atti di costituzione di pegno di una antidata, creando un privilegio di priorità in danno di pegni già esistenti, fu necessario far ricorso, nel graduare il loro ordine di precedenza, al criterio della pubblicità, stabilito nell'a. 469 dall'imperatore Leone che, in una costituzione al prefetto di Oriente, Erythrius, decise che i diritti di pegno fondati su documenti che fossero compilati davanti l'autorità (*publice*) o davanti a tre testimoni (*quasi publice*) dovevano avere la precedenza su quelli derivanti da scrittura privata, quand'anche aventi data anteriore (6). Si comprende

(1) Per la redazione della formula cfr. LENEL, *Edictum*, II, p. 242 sgg.

(2) D. 20, 4, 12 pr.: sulle discordanze grammaticali di questa formula cfr. EHRRARD, *op. cit.*, p. 83.

(3) GIRARD, *Man.*, p. 792 (trad. it.).

(4) Sulla storia del *ius distraendi* e sulla genuinità dell'obbligo positivo delle tre denunce al debitore per invitarlo a pagare cfr. MESSINA-VITRANO, *Per la storia del jus distr.*, Palermo 1910; BONFANTE, *Ist.*, 1925, p. 438 n. 1 e da ultimo RATTI, in *Studi Urbinati*, 1927, p. 20 sgg. Il criterio della precedenza di costituzione del pegno come criterio di poiorità fra vari creditori pignoratizi è vero anche se il creditore antecedente non si attribuisce mediante apposita convenzione il *ius vendendi*, mentre a tale patto provvede il creditore successivo: cfr. RATTI, *op. cit.*, p. 19.

(5) D. 13, 7, 8 § 5: « *Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt* »; D. 20, 4, 18: « *Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub isdem pignoribus pecuniam dedit: quaero, an Titius non tantum sortis et earum usurarum nomine, quae accesserunt antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset. Respondit Lucium Titium in omne quod ei debetur potior esse* ».

(6) C. 8, 17, 11; sulle varie controversie cui ha dato occasione questa costituzione cfr. WINDSCHEID, *op. cit.*, I § 235 n. 3 sgg. Si domanda specialmente: può la

come, scalzato da queste forme, il *pignus privatum* dovette via via perdere terreno (1).

L'applicazione della regola « prior in tempore » importa tutto un complesso di problemi da cui non può prescindersi. A riguardo non basta però osservare che il rapporto di tempo, il quale determina il grado di più diritti di pegno, è, generalmente (2), quello della loro costituzione, occorre aggiungere che il credito deve esistere in modo non più dipendente dall'arbitrio del debitore (3).

In particolare:

a) Un diritto di pegno costituito sotto condizione prende data dal momento della sua costituzione. Egualmente è a dirsi pel diritto di pegno costituito a termine: esso precede i diritti di pegno costituiti posteriormente (cfr. D. 20, 4, 12 § 2): in entrambi i casi, dice il WINDSCHEID, l'oppignorante è vincolato, cioè egli non ha più la facoltà di non far nascere il diritto di pegno posto in aspettativa o di farlo nascere diversamente dal modo in cui egli l'ha posto in aspettativa (4).

b) Un diritto di pegno costituito per un credito condizionale data, agli effetti del grado, dal tempo della sua costituzione purchè l'adempimento della condizione non dipenda unicamente dalla volontà del debitore: altrimenti il pegno prende inizio dal momento in cui l'obbligazione prende vita. Se quindi (e l'esempio è tratto dalle fonti) Tizio ha oppignorato a Mevio una sua cosa, nel caso che da lui voglia prendere a mutuo, il pegno comincia dall'effettiva conclusione del mutuo, poichè dipende dal mero arbitrio di Tizio prendere o no denari a mutuo. E se Tizio prima di prendere a mutuo da Mevio abbia pignorato ad altri la stessa cosa per un'obbligazione attuale deve questi essere preferito, sempre che, effettivamente, abbia prestato il denaro e ricevuto il pegno (5). Se, invece, l'adempimento della condizione non dipende dalla volontà del debitore, l'inizio del pegno, agli effetti del grado, si computa dal momento della sua costituzione e, quindi, se prima dell'adempimento della condizione, il debitore abbia concesso un pegno ad altri sulla stessa

precedenza di grado del diritto di pegno pubblico essere sopraffatta anche con mezzi di prova diversi dai pubblici? Può, con mezzi di prova diversi dai documenti pubblici, costituirsi una precedenza di grado sul diritto di pegno provato solo mediante un documento privato?

(1) Così ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, p. 243.

(2) Non però necessariamente, poichè, come nota il WINDSCHEID (*op. cit.*, § 242, p. 405), vi hanno casi in cui un diritto di pegno può avere grado da una epoca in cui ancora non esisteva. Ciò però non è senza contrasto: contro l'opinione dominante si è rivolto per primo il REGELSBERGER, *Zur Lehre vom Altervorrang der Pfandrechte*, 1859.

(3) GLÜCK, *op. cit.*, XX, p. 377 sgg.

(4) WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 242 n. 4.

(5) Così decidono PAOLO (D. 20, 3, 4: che il testo sia interp. già vide il RICCOBONO in *Zschr. Sav. St.*, 34, p. 217 n. 1; cfr. FEHR *op. cit.*, p. 60 nn. 35, 71; EBRARD, *op. cit.*, p. 49) e GAIJ (D. 20, 4, 11 pr.: gravi indizi di interp. rileva FEHR, *op. cit.*, n. 78; cfr. EBRARD, *op. cit.*, p. 85).

cosa, questo dovrà essere postergato a quello precedentemente costituito a garanzia del credito condizionale, in quanto la condizione adempiuta si retrotrae al tempo del contratto (1).

c) Nel caso di un diritto di pegno costituito per un credito futuro il pegno data dal tempo dell'effettiva nascita del credito: però occorre ricercare se le parti abbiano inteso vincolarsi immediatamente (2).

d) Se per un debito incondizionato si costituisce un pegno senza immediata indicazione dell'oggetto, il pegno, che effettivamente sorge solo dopo tale indicazione, viene datato dall'epoca della sua costituzione, salvo riserva o diversa intenzione dell'oppignorante. Si fa la questione nelle fonti del conduttore che costituisce al locatore un pegno sugli *invecta et illata*, ma prima di introdurli sul fondo costituisce su di essi un nuovo pegno. Si risponde: « Potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est » (3).

e) Quanto all'ordine di più pegni costituiti in tempi diversi sopra una cosa da acquistarsi in futuro dall'oppignorante o non ancora esistente si conviene dai più che i vari diritti di pegno prendono grado fra loro dall'epoca in cui sono stati costituiti. Ed invero decisivo in

(1) GLÜCK, *op. cit.*, XX, p. 380; cfr. D. 20, 4, 9 § 1 e specialmente l. 11 § 1 *h. t.*: « Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius creditur pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio existit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Quod et melius est ». La chiusa del passo è sospetta cfr. RABEL, *Grundzüge*, p. 495. Per altri notevoli indizi sostanziali e formali di interp. cfr. EBBARD, *op. cit.*, p. 98. Il WINDSCHEID (*op. cit.*, § 442 n. 5) osserva che l'opinione dominante, che s'aiuta colla retrotrazione della condizione adempiuta, viene in aspro conflitto colla l. 9 § 2 *h. t.* (essa prevede il caso che per un legato condizionale l'erede costituisca un pegno e sulla sua stessa cosa egli costituisca successiva garanzia ad un proprio creditore *ob pecuniam creditam*: Africano ritiene che avverandosi la condizione « *tuendum eum, cui prius pignus datum esset* »), in quanto si ritiene che nei legati condizionali non si verifica retrotrazione come nei contratti. È da osservarsi però che qui il pegno non accede all'*obligatio legati*, bensì all'*obligatio conventionalis*.

(2) D. 20, 4, 11 pr.; l. 1 pr. *h. t.*: D. 12, 1, 30; cfr. spec. il caso di un pegno costituito a garanzia di un'apertura di credito: D. 20, 3, 4: « Eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est ». Da quale epoca debba darsi il diritto di pegno per crediti futuri è però sempre « questione controversa e spinosa » (WINDSCHEID). Cfr. l'acuto lavoro del BONELLI, *L'ipoteca per debiti futuri in dir. rom.* in *Arch. giur.*, LI, p. 395 sgg.; 520 sgg.; LII, p. 108 sgg. ed ivi larghi riferim. bibliogr.

(3) D. 20, 4, 11 § 2. Nei Basilici (HEIMBACH, III, 80) ciò che è qui detto degli *invecta et illata* nel fondo rustico è esteso anche agli *illata in aedes conductas*. Se generalmente la costituzione del pegno sugli *inducta et illata* si concepisce sotto condizione, è tuttavia da osservare che qui non si tratta di una condizione propria, ma di una c. d. *condicio iuris*: WINDSCHEID, *op. cit.*, § 242 n. 9.

questo senso ci sembra il rescritto degli imp. Diocleziano e Massimiano dell'a. 293 (1). A questo punto va richiamato anche il noto fr. di Africano (D. 20, 4, 9 § 3), che si riferisce al caso in cui il debitore ha ipotecato incondizionatamente una cosa altrui a più persone in tempi successivi e ne sia divenuto più tardi proprietario. Secondo l'opinione di Africano il pegno successivo non deve *convalescere* se il debitore pignoratizio al momento del soddisfacimento del primo creditore non sia più proprietario (2). Quanto poi al caso che il proprietario della cosa divenga erede del non proprietario che ha costituito il pegno, basta osservare che il creditore pignoratizio — almeno secondo l'opinione prevalente, che è quella convalescenza per cui si pronunzia in D. 20, 1, 22 Modestino (3) — può, in forza dell'*actio pigneraticia contraria*, costringere il proprietario erede del debitore alla convalidazione del vecchio pegno o alla concessione di uno nuovo, solo che, ratificando la costituzione del vecchio pegno, la retroattività non può essere a danno di quei creditori che abbiano già ottenuto prima della ratifica un valido diritto di pegno dal proprietario.

(1) C. 8, 18, 7: « Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur ». Invero, quantunque nella specie si stabilisca che di fronte a più creditori cui, fu costituita ipoteca generale, ha la preferenza il creditore il quale ha prestato denaro per l'acquisto del *praedium* sul quale si è fatto espressamente costituire un'ipoteca speciale, tuttavia facilmente si desume che tra vari pegni costituiti in anticipazione all'acquisto vale la regola della preferenza del tempo, decide l'ordine della costituzione. Già in questo senso il KAMM, *De concursu hypothecae generalis prioris et posterioris in rebus post utramque adquisitis*, Giessen, 1791; e successivamente il DERNBURG, *Pfandr.*, I, §§ 29 e 30; *Pand.*, § 267; REGELSBERGER, *Alttervortzug der Pfandr.*, p. 68; WINDSCHEID., II, § 242 n. 10: in senso contr. (e cioè nel senso che riguardo alle cose acquistate dopo la costituzione di diversi pegni, i vari creditori pignoratizi hanno eguali diritti) GLÜCK, XX, p. 322-331 con larga disamina di testi; VANGEROW, I, § 369 nota 1. Per la soluzione della grave controversia sono da tenersi in conto anche i seguenti passi: D. 20, 4, 3 § 1; 7 § 1; 21; 49, 14, 28. In particolare qui solo si osserva che il fr. 7 § 1 di Ulpiano sarebbe decisivo per la tesi contr. a quella da noi sostenuta se si trattasse di diritti di pegno costituiti successivamente: ma supporre ciò è arbitrario, di fronte specialmente al « concurrere *et* in pignore » del cit. fr., che fa pensare piuttosto alla contemporanea costituzione del pegno in favore dei due creditori.

(2) Questa decisione, che già parve enigmatica all'UNTERHOLZNER (*Diss. giur.*, Monaco, 1810, p. 74 sgg.), può spiegarsi (nota il DERNBURG, *Pand.*, § 267 n. 9) solo col fatto che Africano, concordemente alla giurisprudenza romana più antica, riguardava ancora la concessione di una ipoteca successiva come condizionata al soddisfacimento del precedente creditore. Ma nel diritto successivo il pegno successivo non si considera più come condizionato e quindi vien meno il fondamento della decisione di Africano.

(3) Contro la convalescenza si pronunzia invece Paolo D. 13, 7, 41: GLÜCK, *op. cit.*, § 1077; sui numerosi tentativi di conciliazione di questo passo con quello cit. di Modestino cfr. DERNBURG, *Pfandr.*, I, p. 269 n. 18.

f) Dal principio che il pegno più antico è preferito al più recente non si prescinde neppure nel caso di concorso fra un pegno concesso con semplice *pactum* e altro pegno concesso successivamente con immissione in possesso: è sempre il creditore pignoratizio più antico il preferito, anche di fronte allo stesso creditore che possiede il pegno (1). Solo nel caso di costituzione di pegni convenzionali di cui non appare la priorità è preferito chi si trovi in possesso della cosa (D. 20, 1, 10). Ma se nessuno dei creditori si trovi in possesso del pegno allora quello che non può dimostrare la data della sua costituzione è posposto a quello che è in grado di dimostrarla; che se poi nessuno possa provare la data del pegno, tutti concorrono proporzionatamente ai loro crediti (2).

g) La preferenza del tempo, infine, vale non solo contro ogni creditore pignoratizio, ma anche contro lo Stato o il fisco (3): vale, inoltre, non solo per i pegni convenzionali, ma altresì per quelli testamentari (4), per quelli legali e per quelli giudiziali (5), nè vi ha alcuna diffe-

(1) D. 20, 4, 12 § 10: « Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est priorem potioem esse: nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potioem esse priorem ».

(2) GLÜCK, *op. cit.*, XX, p. 385 e aut. cit. alla nota 18: cfr. ivi la soluzione di controversie particolari: così, ad es., quella relativa al caso di creditori a cui favore sia pignorata la stessa cosa nel medesimo giorno e in un solo atto di costituzione vi è indicata l'ora. Ma trattasi di questioni che non trovano riferimento nelle fonti e possono quindi qui trascurarsi, quantunque abbiano costituito un argomento particolarmente caro agli scrittori di diritto comune (BACHOVIO, MENOCHIO, TOMASIO ed altri).

(3) D. 20, 4, 8; C. 8, 18, 4.

(4) Secondo il WINDSCHEID, *op. cit.*, I, 2, § 243 n. 1 per i pegni testamentari la dichiarazione di volontà costitutiva del pegno giunge a perfezione colla morte del testatore: però il pegno nasce solo con l'adizione di eredità. Una tale distinzione praticamente è di nessun valore poichè il diritto di pegno testamentario in ogni caso, indipendentemente dalla sua data, precede i diritti di pegno dall'eredità concessi preventivamente sulla cosa in quanto l'eredità acquista la cosa come onerata dei pegni costituiti in vita dal *de cuius*. Non è mancato chi ha voluto negare la distinzione fra pegno convenzionale e testamentario, dato che il fondamento di quest'ultimo non sarebbe il testamento, ma il quasi contratto di adizione dell'eredità, però una tale opinione, che mal si concilia con le fonti, le quali considerano il *pignus testamentarium* una specie di legato, è combattuta dal GLÜCK, *op. cit.*, XX, p. 20 sgg.

(5) La data dei diritti di pegno taciti o legali viene invero determinata secondo il rapporto di tempo. Essi hanno inizio, non soltanto dall'epoca in cui il credito munito del diritto di pegno è divenuto effettivamente esistente, ma dall'epoca in cui se ne è posta la base in un modo che vincoli il debitore. Così il WINDSCHEID (*op. cit.*, § 244), al quale rinviamo per particolari applicazioni del principio in rapporto al diritto di pegno del legatario, a quello del fisco a causa dei suoi crediti per tributi, a quello dei figli sul patrimonio dei genitori a causa del lucro nuziale, a quello della moglie a causa della sua dote. Trovano qui opportuno richiamo le norme relative al concorso fra il pegno tacito speciale spettante al locatore di un fondo urbano per i crediti derivanti dal contratto di locazione sugli *invecta ed*

renza, sempre — s'intende — per quanto si attiene all'applicazione della regola per cui è preferito il pegno che primo fu costituito, fra il caso di pegno generale o di pegno speciale (1).

Dopo aver così sommariamente accennato al principio fondamentale della preferenza fra più creditori pignorati concorrenti, occorre parlare dei due speciali criteri che importano una deviazione notevole nell'ordine di graduazione che è stabilita dalla precedenza del tempo. Questi criteri sono: la pubblicità e il privilegio.

illata dell'inquilino e il pegno costituito a favore di altri creditori dopo la conclusione del contratto di locazione, ma prima dell'introduzione delle cose nel fondo: ad esse già abbiamo accennato a p. 421 e n. 3, rilevando che vale lo stesso principio che per gli *invecta ed illata* nel fondo rustico e che l'estensione di tale principio è nei Basilici. Qui aggiungiamo che se l'inquilino costituisce il pegno ad un terzo dopo introdotte le cose nel fondo, il locatore ha la preferenza anche se il terzo abbia ottenuto il pegno prima che scadesse la pigione o fosse avvenuto il deterioramento della cosa locata, perchè, sebbene il locatore non avesse ancora un diritto attuale da poter far valere, pure egli aveva già, per l'introduzione nel fondo, acquistato, un diritto potenziale (D. 20, 4, 9 pr.). Cfr. per più ampio sviluppo GLÜCK, *op. cit.*, XX, § 1087.

Quanto ai diritti di pegno giudiziale occorre distinguere fra il *pignus praetorium* e il diritto di pegno del sequestro, il *pignus in causa iudicati captum* (su cui cfr. COSTA (ANT.) in questa *Riv.*, 1921, I, p. 579 sgg. e WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozessr.*, München, 1925, pp. 230, 303); è solo rispetto a questa seconda categoria di diritti di pegno che vale la regola della preferenza del tempo, tenuto conto del tempo della avvenuta esecuzione e non della pubblicazione della sentenza (D. 42, 1, 61: « In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, cui prior reus condemnatus fuerit »); nel caso, invece, di pegno pretorio il tempo della avvenuta *missio* non dà alcuna preferenza ai vari creditori immessi (D. 36, 4, 5 § 2; 42, 5, 12 pr.) e tanto se siano stati immessi per lo stesso motivo, quanto per motivo diverso (D. 36, 4, 11 § 1); hanno perciò tutti una *par condicio*, tutti cioè hanno diritto ad un soddisfacimento proporzionale (D. 42, 8, 6 § 7; 10 § 16; 42, 7, 5). Quanto, invece, al rapporto fra i creditori garantiti con pegno pretorio e gli altri garantiti con pegno convenzionale, giudiziale o legale, esso si informa nella sua disciplina al principio « *praevalet iure qui praevenit tempore* »: ma trattasi di una materia in cui sono notevoli le deviazioni. Cfr., con largo riferimento di fonti, GLÜCK, *op. cit.*, XX, p. 73 sgg.

(1) Invero, come il pegno speciale più antico è preferito al pegno generale più recente (D. 20, 4, 8), così il pegno generale costituito in precedenza è preferito al pegno speciale successivo e può quindi il creditore soddisfarsi su di esso anche se fossero sufficienti le altre cose del patrimonio del debitore (D. 20, 4, 2; C. 8, 18, 6). *Quid juris* se il debitore concede un pegno generale a diversi creditori in tempi diversi. Può il primo creditore pretendere d'essere preferito anche rispetto ai beni che il debitore abbia acquistato successivamente alla costituzione del secondo pegno? O non invece rispetto a questi i due creditori pignorati sono in pari condizione? Se si considera — come è più giusto — che nel pegno generale il diritto di pegno sulle cose future ha inizio solo dal momento in cui il debitore acquista la proprietà, è da preferirsi la seconda opinione difesa già dal FABRO (*Coniecturae juris civ.*, I, II, cap. 10), dal BACHOVIO (*Tract. de pign.* I, IV, cap. 6) dal GESTERDING (*Pfandr.*, p. 58 sgg.), dal GLÜCK (*op. cit.*, XX, § 1078, p. 37 sgg.),

Abbiamo già accennato al primo criterio che è contenuto nella famosa costituzione di Leone dell'a. 469 (essa si riferisce ai soli creditori pignoratizi *ex conventione*) (1) da cui si deriva che, sempre quando si voglia far valere il diritto di pegno contro un terzo, il pegno costituito con scrittura pubblica (*apud gesta*) è preferito al pegno che risulta da scrittura privata, anche se di data precedente: sono parificate alle scritture pubbliche gli istrumenti privati sottoscritti da tre testimoni, purchè siano persone di ottima fama (*probatae atque integrae opinionis*). Qui è da aggiungere solo che l'imperatore Leone, come osserva con ragione il GLÜCK, non ha fatto che applicare i principî generali sulla forza probatoria delle scritture al caso del concorso di più creditori pignoratizi *ex conventione*: è, infatti, noto che le scritture private contenenti la ricognizione di un'obbligazione fanno prova solo contro chi le emise, non contro i terzi per far valere contro di essi il diritto del pegno: questi, quando siano a loro volta creditori garantiti con diritto di pegno per scrittura pubblica, sono preferiti di fronte a colui che è creditore pignoratizio in base a scrittura privata, non perchè godano di un privilegio fondato sulla qualità dell'istrumento, ma perchè essi possono fornire una prova piena del pegno costituito a loro favore, ciò che non può il creditore pignoratizio, quantunque primo in ordine di tempo. La sola speciale disposizione dell'imperatore Leone è di avere esteso l'efficacia dei documenti pubblici — in materia di pegno — agli istrumenti sottoscritti da tre testimoni, senza, peraltro, sanzionare un *tertium genus* di scrittura: i *documenta quasi publica* (2). È molto dubbio, invece, stabilire quale sia la disciplina dei rapporti fra pegni pubblici o assimilati ai pubblici e pegni legali o giudiziali, dato che la costit. dell'imp. Leone nulla ha disposto a questo riguardo. Il GLÜCK ritiene che si determini la poeriorità di un creditore sull'altro dal criterio della priorità, semprechè possa essere provata la priorità dei pegni legali o giudiziali di fronte a quelli convenzionali costituiti con scritture pubbliche; il VOET ritiene che siano gli uni e gli altri da parificarsi; altri autori, infine, sono di opinione che ai pegni pubblici siano da posporli quelli legali (3). L'opinione del GLÜCK

(1) Occorre rilevare che sempre controverso è così il concetto fondamentale della legge come la sua estensione. Il WINDSCHEID (*op. cit.*, § 245) e con lui vari autori (ivi cit. nota 4) negano che la lettera della legge costringa alla menzionata limitazione.

(2) GLÜCK, *op. cit.*, XX, § 1081, p. 74 sgg. È superfluo rilevare che l'imp. Leone non ha inteso abolire così l'antico principio che i pegni possano costituirsi anche senza scrittura (D. 20. I. 4), nè ha inteso postergare anche i pegni non risultanti da documento pubblico, ma che possono pienamente provarsi in altro modo (ad es. per testimoni), a quelli risultanti da documenti pubblici o ad essi assimilati. Contro l'opinione da noi accolta circa il concetto fondamentale della costituzione di Leone (che è stata difesa oltre che dal GLÜCK, anche dal VANGEROW, I, § 387) si è pronunciato il WINDSCHEID, *op. cit.*, § 245 n. 6.

(3) VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XX, t. 4, § 11; GLÜCK, *op. cit.*, § 82 e aut. ivi cit. a note 95-98.

ci sembra più ispirata ai principi a cui si informa la costituzione dell'imperatore Leone: detti principi autorizzano altresì a ritenere che di fronte a pegni privilegiati risultanti da un privato istrumento siano da preferirsi i pegni semplici purchè fondati su documento pubblico (1).

Rimane ora ad accennare ad un'altra importante eccezione alla regola *prior in tempore, potior in iure*: ed è che il diritto di pegno, a cui la legge conferisce, per utilità reali o presunte, uno speciale privilegio, precede i diritti di pegno anteriori, malgrado la sua data più recente (2). Diritti di pegno privilegiati sono:

1.° Il pegno del fisco pei crediti di imposte arretrate (3), nonchè per i crediti *ex contractu* relativamente ai beni acquistati dopo il contratto (4).

2.° Il pegno di chi ha erogato spese per procurare, conservare, restaurare o migliorare la cosa. Si tratta di un privilegio che ha per fondamento la *versio in rem*. Il motivo equitativo di una tale concessione è indicata da Ulpiano: « Huius (cioè del creditore pignoratizio posteriore) enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam » (5).

3.° Il pegno della moglie e suoi discendenti per la restituzione della dote e i suoi aumenti, purchè consistenti in fondi. Gli eredi di essa, che non sono discendenti, hanno un pegno legale, ma non privilegiato (6).

(1) GESTERDING, *op. cit.*, § 32, p. 253 sgg.; BOLLEY, *Teoria dei pegni pubblici*, § 119. Il WINDSCHEID (*op. cit.*, § 245) ritiene invece che il principio della preferenza del diritto di pegno pubblico non limita l'applicazione della massima che stabilisce la preferenza del pegno privilegiato sul non privilegiato: e quel principio torna a valere solo quando, di fronte a più diritti di pegno egualmente privilegiati deve ritornarsi al rapporto del tempo. Egli fonda la sua opinione partendo dal presupposto che la costituzione di Leone non abbia voluto disporre che solo sul grado che i diritti di pegno assumono in forza del loro rapporto di tempo, non sul grado che ad essi compete astraendo da un tal rapporto. Ma l'opinione del W. è combattuta dal PUCHTA (*Pand.* § 212 b) e dal DERNBURG (*Pfandr.*, II, p. 423 sg.).

(2) Su questo argomento vedasi l'ampia esposizione del VOET, *Comm. ad Pand.* XX, tit. IV; del GLÜCK, *op. cit.*, XX, p. 332-374 e del DERNBURG, *Pfandr.*, II, p. 427 sgg.

(3) C. 4. 46. 1: « Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia cessantis obligata sunt ». Questo privilegio del fisco è stato negato dal WAECHTER, *Arch. Civ. Prax.*, XIV, p. 365 che interpreta la Legge cit. come riferentesi ad un caso di priorità in ordine di tempo dell'ipoteca fiscale, ma tale opinione non ha trovato seguito: cfr. ASCOLI in GLÜCK, *op. cit.*, p. 332 nota d.

(4) D. 49, 14, 28 e su di questo passo spec. VANGEROW, *Pand.* I § 386 ed altri aut. cit. in WINDSCHEID, § 246 n. 2; ASCOLI in GLÜCK, *op. cit.*, XX, p. 344 n. e. Il MITTEIS, *Rom. Privatr.*, I, p. 373 e PAPPULIAS, in *Zschr. d. Sav. Stift.*, XXIX, 1908, p. 370 sgg. combattono la comune opinione che attribuisce al tempo dei Severi questo pegno privilegiato del fisco.

(5) D. 20. 4. 5; 6; 7 C. 8. 17. 7; D. 20. 4. 3 § 1; 7 § 1; Nov. 97 cap. 3. Quanto ai presupposti di questo privilegio cfr. DERNBURG, *Pand.*, § 287 e *Pfandr.* II, p. 427-436; WINDSCHEID, § 246 n. 6; MAYNZ, *Cours.* I § 163 e diffusamente PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fr. Geld*, p. 147 sgg.

(6) C. 8. 17. 12 § 1; *Inst.*, 4. 6. 29; Nov. 91 cap. 1; 97 cap. 3 4. GLÜCK, *op. cit.*, p. 3 46-357; DERNBURG, *Pfandr.*, II p. 443 sgg.

Il motivo che guidò Giustiniano in tale concessione è di riguardo alla *fragilitas* delle donne che, spesso costrette ad affidare il loro patrimonio in tutto o in parte al marito, « suas dotes deperditas esse lugebant » (1), È molto controverso se tal privilegio debba limitarsi al caso in cui la donna maritata concorra con creditori ipotecari (che siano nel tempo stesso creditori personali del marito) o se essa preceda perfino quei creditori i quali derivano i loro diritti di pegno da autori a titolo singolare del marito (2).

Verificandosi concorso fra questi pegni privilegiati in primo luogo decide la loro classe (3): concorrendo nella stessa classe più creditori pignorati occorre esaminare se debbasi attribuire la preferenza a causa della loro priorità di tempo o a causa della pubblicità del loro titolo: nel caso contrario essi concorrono *pro rata* (4). Occorre però rilevare che il pegno privilegiato non ha mai tanta efficacia da vincere il pegno che fu costituito dal proprietario precedente della cosa, tranne il caso di chi ha incontrato spese per il mantenimento della cosa stessa.

Posto così il principio che il creditore pignoratizio, primo in ordine di tempo quanto alla costituzione del pegno, ha, di regola, un diritto superiore rispetto ai creditori pignoratizi successivi conviene qui porsi per ultimo una duplice indagine: Qual'è la natura del diritto dei creditori pignoratizi posteriori? In che si compendia questo diritto dei creditori?

Quanto alla natura del diritto dei creditori pignoratizi posteriori, varie sono state le decisioni adottate nella giurisprudenza romana prima di arrivare a quella prevalsa alla fine dell'epoca classica.

La prima, e certo la più semplice, fu quella di restringere il diritto del secondo creditore pignoratizio sulla cosa alla *hyperocha*, all'ecedenza del valore della cosa sopra quello dell'obbligazione garantita.

(1) C. 8. 17. 12 pr. e § 1. Cfr. BONFANTE, *Dir. di famiglia*, Roma, 1925, vol. 1, p. 372.

(2) DERNBURG, *Pand.*, § 287 ritiene che la prima opinione sia l'esatta.

(3) L'ordine dei pegni privilegiati è il seguente: a) il diritto di pegno del fisco per le imposte; b) il diritto di pegno in favore dell'*argentarius* che ha prestato una somma per l'acquisto della cosa avendo cura di farsi costituire un pegno per iscritto: quello in favore di chi, prestando una somma per l'acquisto di una carica venale (*militia*), si sia riservata espressamente la preferenza; c) il diritto di pegno della donna maritata per i suoi crediti dotali; d) i restanti casi di *in rem versio*; e) il diritto di pegno del fisco per contratti con privati sui beni acquistati posteriormente dal debitore. Così il MAYNZ, *Cours.*, § 164, p. 905; ma le opinioni sono divergenti: cfr. WINDSCHEID, *op. cit.* § 246 n. 8 e 9.

(4) Controverso. Accenni alle varie teorie in WINDSCHEID, *op. cit.*, § 246 n. 11 e 12: l'opinione accolta nel testo è condivisa dal BONFANTE, *Ist.*, 8.^a ed., § 150 e dal SERAFINI, *Ist.*, I § 96, che cita il passo di ULPIANO in D. 20, 4, 7 pr. Il PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fr. Geld.*, Lpz., 1916, p. 151 ritiene però intp. l'ultima parte del cit. fr. e cioè tutto il seg. periodo: « quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris et eius cuius nummis comparata est ».

Ma ben nota il CUQ (1) che non sfuggì allo spirito pratico dei grandi giureconsulti (Papiniano, Paolo, Trifonino), come si venisse con ciò a trasformare il diritto del secondo creditore, in quanto il pegno non gravava più sulla cosa, ma sull'azione diretta a reclamare il residuo del prezzo: si parificava, insomma, il secondo creditore pignoratizio ad un cessionario dei diritti del debitore contro il primo creditore (2).

Meno complicata e quindi più soddisfacente la soluzione di Gaio: quella, cioè, di considerare il diritto del secondo creditore pignoratizio come un diritto condizionale, subordinato, cioè, all'estinzione del pegno precedente, il che si avvera quando il primo creditore sia stato soddisfatto (3). Ma anche una tale soluzione presentava i suoi inconvenienti: quello, soprattutto, di mantenere in sospenso i diritti del secondo creditore fino a che il primo creditore non fosse stato pagato. Solo in un tempo successivo si arriva a riconoscere ai creditori pignoratizi successivi un diritto attuale sulla cosa (4), suscettibile di esercizio contro chiunque, fuorchè contro il primo creditore (5). Pertanto ad essi spetta:

1.° Il diritto di intentare le azioni di pegno così come lo può il creditore precedente, solo che non possono ritogliere la cosa al primo creditore quando questi ne sia in possesso (D. 20, 4, 12, pr.).

2.° Il diritto di procedere alla vendita di una cosa mobile, almeno secondo il diritto imperiale (C. 8, 17, 8; D. 20, 5, 1), quando essa non sia in possesso del primo creditore pignoratizio e questi non ne solleciti egli stesso la vendita. Se invece si tratti di immobili, il creditore posteriore può promuoverne l'alienazione forzata a condizione, però, che non rechi pregiudizio ai diritti di pegno già costituiti sulla cosa, il che

(1) CUQ in *Dict. des ant.*, di DAREMBERG e SAGLIO, V, p. 366 sgg. s. v. *Hypotheca*.

(2) D. 46. 3. 96, § 3: « Cum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniae cuiusque contractus creditor accepto facere debet nec in arbitrio eius electio erit, cum debitor pretium pignoris consortioni subiecerit: quod si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit, prius debitum pretio pignorum iure solvetur, secundum superfluum compensabitur ». Cfr. altresì D. 22. 2. 6; D. 20. 4. 20.

(3) La soluzione di Gaio risulta da D. 20. 1. 15 § 2: che il passo sia chiaramente interpolato hanno riconosciuto gli Edd. ital. del Digesto e successivamente FEHR, *op. cit.*, p. 77 ed EBRARD, *op. cit.*, p. 83-84 e n. 10; RABEL, *Grundz.*, p. 496 n. 4. Cfr. altresì D. 20. 4. 9. 3.

(4) Ciò si deriva già dal cit. fr. di Gaio: « qui res suas... alii secundo obligant creditori » e da altri giureconsulti del 2.° sec.; ad es. da Papiniano (D. 20. 4. 1. 1.: « alii res pignori data est »), da Pomponio (*h. t.* 4), da Africano (*h. t.*, 9 pr.). Tuttavia, nota il CUQ, *Inst.*, 1917, p. 675 n. 6, la pratica notarile ha sempre, durante tutto il 2.° sec. continuato a riprodurre le formule tradizionali con la clausola: « in id quod excedit ».

(5) D. 20. 4. 12. 7: « Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit ». Su detto passo e D. 20. 4. 11. 4 vedi EBRARD, *op. cit.*, p. 107-108.

in pratica si risolve quasi in un divieto alla vendita, poichè è ben difficile trovare un acquirente a tali condizioni (1).

3.º Il diritto di domandare al creditore precedente, che ha proceduto alla vendita, l'eccedenza del ricavato (*hyperocha*), fino alla concorrenza di ciò che gli è dovuto (D. 20, 4, 12, 5) (2).

Occorre però rilevare che un tal diritto del creditore successivo non è sanzionato che da un'azione personale. « A Rome les créanciers postérieurs — nota il CUQ — courent le risque de l'insolvabilité du premier créancier qui a touché le prix de vente: ils n'ont pas de recours contre l'acheteur qui n'a pas contracté avec eux » (3). Essi conservano, è vero, la loro azione ipotecaria, ma essi non possono esercitarla contro l'acquirente del pegno e i loro aventi causa (D. 20. 4. 12. 7).

4.º Il diritto di entrare al posto dei creditori anteriori, soddisfacendoli della somma da loro pagata, così trasferendo senz'altro in sé il loro diritto di pegno. È il c. d. *ius offerendi et succedendi*, che rientra nell'istituto più ampio della *successio in locum prioris creditoris*.

Con la *s. i. l.*, che consiste nel sostituire un nuovo creditore pignoratizio nel grado di un precedente creditore pignoratizio da lui soddisfatto (4), si verifica in sostanza, una mera cessione di rango (il CUQ la denomina « cession d'antériorité ») più che una cessione del diritto di pegno, dato che non si arriva a spiegare come il diritto di pegno possa sopravvivere all'estinzione del credito, a cui garanzia fu costituito, per congiungersi con un nuovo credito (5).

(1) La questione è gravemente controversa. Cfr. in vario senso DERNBURG, *Pfandr.*, II, p. 432; *Pand.*, § 288; WINDSCHEID, *op. cit.*, § 241; CUQ, *Inst.*, p. 675 e in *Dict. cit.*, p. 367. Il W. osserva che, sebbene le fonti accennino che il creditore pignoratizio successivo « nullo iure vendidit » (D. 20. 5. 1), tuttavia la prova positiva a favore del diritto di vendita sta nell'intera struttura del diritto di pegno posteriore inteso come un diritto in sé perfetto e che cede solo al diritto di pegno anteriore.

(2) Ma qual'è l'azione che viene concessa al creditore secondo in grado contro il precedente col quale non ha avuto rapporto? Il FERRINI (*Pand.* p. 516) e il GIRARD (*Man.*, p. 796 n. 3) non dubitano, ed a ragione, che essa sia la stessa *actio pigneraticia* del costituente contro il primo creditore esercitata come azione utile. Sull'*hyperocha* (« *superfluum* ») secondo la più comune terminologia romana o, secondo Trifonino, « *quod amplius est in pignus* ») cfr. da ultimo ampiamente MANIGK in *Real-Enc.* di PAULY-WISSOWA (1916) s. v.

(3) CUQ, *Inst.*, p. 676 n. 3.

(4) Ricca è la letteratura sull'argomento: cfr. DERNBURG, *Pfandr.*, II, §§ 161-166; *Pand.*, § 289; GLÜCK, *op. cit.*, XX, § 1097; TELLEGEN, *Successio hypoth.*, Groningen, 1880; WINDSCHEID, *op. cit.*, § 233 b e spec. nota 16. Sulla differenza fra la *successio in locum* e il beneficio di cessione delle azioni cfr. CUQ, *Inst.*, p. 674 n. 5.

(5) Il più autorevole sostenitore che nella *successio in locum* si ha un trapasso del diritto di pegno senza il suo credito è il WINDSCHEID; ma tale teoria non resiste ad una critica severa. Già è stato rilevato (GIRARD, *Man.*, p. 797) che secondo tutti i testi la successione si verifica a favore di una persona che ha già un diritto reale, che in tre casi su quattro è un diritto di pegno: l'esistenza di un precedente pegno sarebbe superflua se la *successio* gliene procurasse appunto uno. Egualmente il CUQ

Il primo caso di applicazione della *successio in locum* si ebbe a favore di chi anticipava denaro al debitore per soddisfare un creditore pignoratizio, facendosi costituire un nuovo pegno sulla cosa, il quale prendeva il rango di quello che spettava al creditore soddisfatto (1). Analogo al caso del mutuo era il caso della delegazione: il debitore che aveva dato mandato a soddisfare, era, in conseguenza del mandato, obbligato a rifare l'anticipante di quanto aveva egli speso. L'ingresso dell'anticipante nel diritto di pegno (nuovamente costituito), secondo il grado spettante al creditore pignoratizio soddisfatto, non recava pregiudizio al creditore posteriore, poichè un tale subingresso lasciava invariata la sua condizione, in quanto gli precludeva solo l'adito al primo posto, che, come ben nota il DERNBURG, sarebbe materialmente ingiustificato (2).

In seguito il beneficio della *successio in locum* si venne ad estendere al caso del credito novato. Si ammise che, estinto mediante novazione il credito garantito con pegno e sostituito da un nuovo credito, sia dello stesso debitore sia di altro, se per tale nuovo credito veniva costituito un diritto di pegno sulla cosa anteriormente pignorata pel debito antico, il creditore succedeva a se stesso nello stesso grado del primo pegno estinto. Nè per ciò la condizione dei creditori intermedi veniva modificata, in quanto il pegno garantiva un credito che non superava l'importo dell'antico (3).

Ma fra le applicazioni più cospicue della *successio in locum* è da annoverarsi il *ius offerendae pecuniae*: rapporto in apparenza più complicato, ma in sostanza identico alle altre ipotesi fin qui prospettate di (*Dict. cit.*) sostiene che la *successio in locum* non è una successione nella *hypotheca*: essa non è accordata ai creditori chirografari, ma solo a coloro che hanno un'*hypotheca* o un diritto reale sulla cosa, come l'acquirente di un immobile ipotecato che impiega il prezzo del suo acquisto al pagamento di uno o più creditori. Le fonti del resto non parlano di assenso del proprietario della cosa pignorata alla successione, come crede il W., ma di una nuova costituzione del diritto di pegno ad opera di lui. Cfr. DERNBURG, *Pand.*, § 289 n. 5 e le fonti ivi cit.; FERRINI, *Pand.*, § 402.

(1) Tale soluzione fu la prima volta proposta da Aristone a Nerazio Prisco come si deriva da un noto testo di Paolo che dall'epoca della Glossa ad oggi ha formato argomento delle più varie interpretazioni (D. 20. 3. 3) e su di esso da ultimo il lavoro dell'HERZEN, *Le concours de plusieurs hypothèques in Mélanges GIRARDIN*, p. 299 sgg. e RATTI, *op. cit.*, p. 13 sg. Cfr. altresì C. 8. 19. 1; D. 20. 4. 1-2 §§ 5 e 8; D. 13. 7. 2.

(2) Le fonti non decidono pel caso di soddisfacimento parziale del creditore: è da ritenersi che in tale ipotesi si formino due diritti di pegno, come, nel caso di più eredi: il creditore, soddisfatto in parte, conserva per la parte non pagatagli il pegno che aveva per l'intero credito. Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, § 233 b n. 9.

(3) D. 20. 4. 3 pr. e 12 § 5. In C. 8. 26 (27), 1 pr. si specifica la necessità di una nuova costituzione di pegno al momento della novazione. Il BRINZ (*Pand.*, II p. 865), fondandosi sul passo di Ulpiano in D. 13. 7. 11 § 1: « novata autem debitor obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur », ritiene che si abbia *successio in ius pignoris* solo quando vi ha riserva espressa.

successio in locum. La giustificazione di una tale facoltà, riconosciuta dalla giurisprudenza ai creditori pignoratizi posteriori, e consistente nel farsi surrogare nei diritti del creditore anteriore (e quindi nel diritto di mettersi nel possesso della cosa e nel diritto di venderla), offrendogli, anche contro la sua volontà, il pagamento dell'intero credito e degli accessori, si fonda sull'opportunità di sottrarre i creditori posteriori ad ogni pericolo di perdita del loro diritto in quanto, come sappiamo, il *creditor prior* non può essere costretto a vendere, per quanto favorevoli siano le condizioni, nè esser impedito di vendere, quantunque in momento intempestivo (1).

Ciò posto non si può confondere il *jus offerendi*, spettante al creditore pignoratizio posteriore, colla facoltà che appartiene ad ognuno, e quindi anche al creditore chirografario, di pagare in luogo del debitore, il che avviene, col consenso del creditore pignoratizio, mediante cessione del credito e del pegno che lo garantisce (2). L'innovazione — nota il CUQ — ha consistito nel riconoscere ai creditori pignoratizi un diritto indipendente dal concorso degli altri creditori o del debitore (3). Quindi non è affatto richiesto come presupposto che il creditore pignoratizio precedente voglia vendere effettivamente: nè è richiesta alcuna trasmissione o cessione da parte sua; il creditore pignoratizio posteriore ha il diritto di trasferire in sè, senz'altro (*ipso iure*), il diritto di pegno dell'anteriore (4); gli compete l'*actio pignoratitia* in quanto paga in forza della autorizzazione del contratto di pegno (5).

(1) Cfr. sull'arg. GLÜCK, *op. cit.*, XX, § 1097; WINDSCHEID, *op. cit.*, 1, 2, p. 367 sgg. e bibl. ivi cit.; CUQ, *Inst.*, p. 675; FERRINI, *Pand.*, § 402; PACCHIONI, *Corso*, II, p. 509; SOHM, *Inst.*, 17.^a ed. curata dal MITTEIS e WENGER, Lpz., 1924, p. 351 e nota 11; TAUBENSCHLAG, *Das röm. Recht zur Zeit Diokletian's in Bull. int. de l'Acad. Polonaise*, 1925, p. 177. Fondamentali sul *jus offerendi* sono i seguenti passi: D. 20. 4. 12 § 6 e 9; 16; 20; D. 20. 5. 3 pr. 5 pr.; C. 8. 13 (14). 22 (su di esso SCHULZ in *Zsch. Sav. St.*, XXVII. 104); C. 8. 17. 1; C. 8. 17. 5; C. 8. 18 (19). 2 (su di esso RABEL, *Grundz.*, 497); C. 8. 18 (19). 3.

(2) D. 46. 3. 23; D. 18. 4. 6; JOURDAN, *L'hypothèque*, p. 477.

(3) CUQ in *Dict. cit.*, p. 369. Al *jus offerendi* si arrivò attraverso l'interpretazione della formula dell'*actio hypothecaria*; tale interpretazione, già ammessa dal tempo di Gaio, permetteva al giudice di esaminare se non fosse dipeso dal creditore di ricevere il suo pagamento (D. 20. 4. 11 § 4): che se questi avesse ricusato il pagamento offertogli da un altro creditore si riteneva che non potesse più con successo intentare l'azione.

(4) GLÜCK, *op. cit.*, § 1097, p. 404 sg.; WINDSCHEID, *op. cit.*, § 233 nota 11. L'offerente mediante la soddisfazione del primo creditore può ottenere il possesso della cosa e così anche un diritto di ritenzione per crediti chirografari contro il debitore che chieda la restituzione del pegno: in questo senso si dice nelle fonti che il creditore pignoratizio posteriore, mediante il pagamento dell'anteriore, « *confirmat sibi pignus* » (C. 8. 13. 22; C. 8. 17. 1).

(5) Il DERNBURG, *Pand.*, § 289 e n. 7, osserva che la cosa oggetto del pegno è, fin dal principio, doppiamente vincolata al creditore pignoratizio e cioè immediatamente pel credito che egli accorda, eventualmente per la somma del soddisfacimento nel caso che rimuova il suo predecessore.

Che se il creditore pignoratizio anteriore rifiuti la somma offertagli in pagamento, il creditore posteriore può farne deposito giudiziale (che è parificato al pagamento effettivo), se vuole essere surrogato nel grado spettante al creditore che ha ricusato di ricevere il pagamento (ciò stabiliva un rescritto di Severo e Antonino dell'a. 197) (1). Anche in questo caso, che costituisce certo la più cospicua applicazione della *successio in locum*, la sostituzione non lede il diritto degli altri eventuali creditori che abbiamo sulla stessa cosa un diritto di pegno di grado inferiore, in quanto la loro condizione non viene alterata; del resto anche ad essi spetta lo stesso *jus offerendi* (2).

La *successio in locum creditoris* fu ammessa, infine, dalla dottrina romana a favore dell'acquirente di una cosa pignorata che adopera il prezzo per pagare il primo creditore pignoratizio, così collocandosi avanti ai creditori pignoratizi successivi, che per altro non sono pregiudicati da tale acquisto, ben potendo essi offrire all'acquirente la somma pagata al precedente creditore pignoratizio e porsi così al posto del medesimo (3). Al qual riguardo osserva il Cuj: « Si les juriconsultes classiques avaient été de purs logiciens, ils auraient ici exclu la *successio in locum*: l'acheteur, devenu propriétaire, ne peut avoir l'hypothèque sur sa chose. L'équité l'a emporté sur la rigueur des principes » (4).

La conclusione di questo rapido *excursus* circa l'evoluzione del pegno nel diritto romano, in rapporto alla indagine che è oggetto del nostro tema, può essere data in poche parole. Finchè rimase esclusiva forma di pegno il *pignus datum*, che richiedeva la tradizione della cosa al creditore, è da escludersi la possibilità di una costituzione di più pegni

(1) C. 8. 17. 1: « Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit ».

(2) È viva controversia se il *jus offerendi* sia stato riconosciuto nel periodo postclassico anche al creditore pignoratizio posteriore contro i creditori posteriori: chi afferma ciò si fonda sul passo di PAOLO, *Sent.* II, 13 § 8, che non può non avere importanza anche per l'interpretazione del diritto giustiniano e taluno anche sul passo di PAPINIANO in D. 20. 4. 1 § 3, in cui per altro si parla di un primo creditore, non di un creditore avente un diritto di pegno precedente. Nel senso affermativo è già la Glossa (ad LL. 1. 5 C., 8. 17): cfr. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 233 b e nota 14; DERNBURG, *Pand.*, § 289 n. 9 e la bibl. ivi cit. Certo la utilità *jus aff.* è qui meno evidente; ma non mancano casi in cui la si può scorgere: cfr. GIRARD, *Man.*, p. 798 n. 1.

(3) D. 20. 4. 17; D. 20. 5. 3 § 1; D. 20. 3. 3; C. 8. 18 (19). 3. DERNBURG, *Pfandr.*, II, p. 514 sgg.; WINDSCHEID, § 233 b n. 10 e § 248. In qual senso e in quali casi debba ammettersi nelle fonti un diritto di pegno sulla cosa propria è oggetto di viva e interessante indagine: non mancano scrittori (ad es. il PUCHTA *Pand.* § 292) che escludono tal rapporto di pegno; del resto, anche ammettendolo, non può ad esso attribuirsi che un significato negativo: un tale diritto di pegno attribuisce solo la facoltà di impedire che altri si appropri del valore patrimoniale della cosa oppignorata. Cfr. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 248 n. 28.

(4) Cuj, *Inst.*, p. 674 n. 3.

quali l'ipoteca non è mai giunta, come le garanzie reali moderne, a successivi sulla stessa cosa a favore di più creditori, l'uno indipendente dall'altro; il sistema aveva i suoi inconvenienti, ma senza dubbio conferiva sicurezza al credito. Ma quando, accanto alla tradizionale forma di pegno consistente nel *rem tradere*, si ammise la possibilità di pegno senza consegna del possesso, di un pegno cioè consistente nel *rem obligare* ed in conseguenza il relativo contratto di costituzione si rese puramente consensuale perfezionandosi *nuda conventione* (1), si ebbe senza dubbio una forma più perfezionata di garanzia, potendo costituirsi senza quella forma di « pubblicità grossolana » (così il GIRARD) implicita nel trasferimento del possesso, ciò che rese possibile nell'interesse del debitore la costituzione di un nuovo pegno su cose già pignorate. Occorre però pur rilevare che tal carattere non formale del pegno che mirava ad agevolare il credito ne fu il sovvertimento.

Sarà pregio del lavoro riportare il giudizio del più acuto studioso del pegno, il DERNBURG. « Ezzo (cioè l'istituto del pegno non formale) aprì — scrive questo A. — la via all'ipoteca generale, cioè alla pignorazione di tutti gli oggetti patrimoniali del debitore, anche di quelli da acquistarsi da lui in futuro, mediante una clausola generale. Per tal modo singoli creditori potevano a piacimento procurarsi un privilegio a vantaggio degli altri. Si cercò un contrappeso in numerose ipoteche legali, speciali e generali che profittavano particolarmente a crediti da favorirsi. Ma in fondo il male divenne con ciò più grave. Il credito personale perdette la sua base sana. Anche lo stato del diritto reale cadde nell'incertezza. Nessuno, all'acquisto di cose o di diritti reali su di esse, specialmente di ipoteche, poteva sapere con sicurezza se esse non fossero deprezzate da precedenti ipoteche. Ad inganni, che a ciò si potevano commettere, poteva rimediare solo in parte la minaccia della pubblica pena pel dolo: lo stellionato » (2).

Giudizio non meno severo esprime il GIRARD. Premesso che fra le caratteristiche della ipoteca romana sono la clandestinità e la generalità, osserva che bisogna astenersi dal considerarle come suoi caratteri di superiorità: esse al contrario ne costituiscono i tratti difettosi per i

(1) D. 13, 7, 1; D. 20, 1, 4. Quantunque la scrittura non fosse essenziale per la costituzione del pegno, essa però veniva usata per assicurarne la prova. Cfr. PACCHIONI, *Corso*, II, p. 498 e n. 937.

(2) DERNBURG, *Pand.*, § 264. Sul delitto di stellionato cfr. D. 47, 20, 3, § 1; COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 148 e 201 e spec. p. 175: « Fra i brogli che si colpiscono e reprimono come *stellionatus* è ricordata l'alienazione dolosa di cosa impegnata o ipotecata ad altri, la costituzione d'ipoteca sopra una cosa già gravatane, insciente il creditore a favore del quale è costituita ». Cfr. altresì HELDRICH, *Das Verschulden bei Vertragsabschluss*, Leipzig, 1924, p. 32 sgg. L'A. considera diffusamente per diritto romano il caso del debitore che costituisce dolosamente un nuovo pegno su cosa già pignorata: in questo caso secondo l'A. per diritto classico egli è tenuto con l'*actio de dolo* (cfr. BESELER in *Zeitsch. Sav. Stift.*, XLIII, p. 429 sgg.); per diritto bizantino, invece, con l'*actio pigneraticia contraria*; cfr. ivi altresì un largo riferimento di passi circa il delitto di *stellionatus* e di indizi d'interpolazione ad essi relativi.

prevalere in Roma sulle garanzie personali (1). A conferma di tali giudizi ci piace riportare l'opinione del BONFANTE, espressa di recente in una delle sue superbe note al WINDSCHEID, sul sistema della pubblicità dei trapassi immobiliari e sulle ragioni dell'assenza di un tal sistema nel diritto romano classico: « La garanzia del credito — egli osserva — secondo i costumi tradizionali della società romana, ha più carattere personale che reale. Straordinaria è la ricchezza, in massima parte smarrita nella legislazione giustiniana, delle forme di garanzia personale, tutte quante cresciute su basi romane; singolarmente complessa la legislazione su queste garanzie che rappresentano uno dei rami più lussureggianti dell'attività comiziale. All'opposto le garanzie reali serbano forme imperfette e primitive e debbono il loro svolgimento alle influenze provinciali » (2).

Necessaria, pertanto, per chi voglia seguire l'ulteriore sviluppo dell'istituto del pegno nei sistemi legislativi odierni, è la conoscenza di quelle influenze, nelle quali, più che nei termini del paradigma romano, sono da rintracciarsi, non senza sorprendente identità, le linee più ammoderate dei nostri sistemi di garanzie reali, nonchè i mezzi con i quali in quegli antichi diritti provinciali si provvide a risolvere e disciplinare il problema che ci occupa.

§ 5 *Diritto dei papiri*. — La ricca messe di papiri contenenti atti di costituzione di garanzia reale ci permette per l'Egitto greco-romano di prospettare in sicuri termini la soluzione che questo diritto provinciale ha dato alla questione del pegno a favore di più creditori (3). A questo scopo è bene subito osservare che il diritto di pegno dei documenti papirologici si differenzia profondamente dal diritto romano, mantenendosi invece più aderente alla disciplina del pegno secondo il diritto greco: è stato rilevato altresì come del tutto non sia sparito il carattere nazionale del diritto egiziano (4).

(1) GIRARD, *Man.*, p. 785. Egli osserva (nota 5) che tale preferenza si scorge specialmente nella regola generale che le garanzie personali volute dall'editto pretorio non possono essere surrogate con garanzie reali (D. 46, 5, 7).

(2) BONFANTE in WINDSCHEID, *Pand.*, I, 2, p. 1111 (Torino, 1925).

(3) Per una completa bibl. del pegno nell'Egitto greco-romano cfr. FRESE, *Aus dem gräkoägypt. Rechtsleben*, Halle, 1909, p. 15 sgg.; MITTEIS, *Grundz. der Papyrushunde*, Lpz., 1912, II, p. 129 sgg.; MODICA, *Papir. giur.*, Milano, 1914, §§ 58 e 60; e da ultimo MEYER, *Jur. Papyri*, 1920, p. 221 sgg. Tralasciamo di proposito ogni indagine relativamente ad ogni altro diritto dell'antichità. Interessante specialmente sarebbe indugiarsi sullo studio dei diritti orientali: per taluni di essi si hanno studi particolari: così per il diritto taludico e post-taludico cfr. GOLDMANN, *Die Theorie des Faustpfandvertrages nach jüdischem Recht* in *Zischr. vergl. Rechtsw.*, XXI, 1908, p. 117 sgg. Quanto alla legislazione islamica, in questo punto ricca di analogie col diritto romano, cfr. ABDUR-RAHIM, *I principi della giur. musulmana*, (trad. CIMINO), Roma, 1922, p. 387 e aut. cit. a n. 4; CUCINOTTA, in *Giur. it.*, 1927, IV, p. 54-55.

(4) Sul pegno secondo il diritto egizio cfr. SPIEGELBERG, *Demotische Kaufpfandverträge* in *Recueil de trav. relatifs à la phil. et à l'arch.*, XXXI, 1909, p. 91 sgg.

Anche qui consideriamo il problema in rapporto alle particolari forme di costituzione di pegno in uso nell'Egitto greco-romano.

Quanto all'*ὄνη ἐν πίστει* che corrisponde alla *πράσις ἐπὶ λύσει* del diritto greco (1), è evidente che è da risolversi in senso negativo il problema relativo alla alienazione successiva a scopo di pegno, per incompatibilità giuridica da parte del debitore di alienare ad altri una cosa già alienata, sia pure a scopo di garanzia. Se dai due papiri di Londra (Pap. 1201 e 1202) si deriva che lo stesso debitore Harsiesis vende a scopo di garanzia in due tempi successivi il medesimo fondo a due suoi creditori, prima alla sua creditrice Etes (a. 162-1), poi ad altro suo creditore Panas (a. 160-159), è da ritenersi con lo SPIEGELBERG che per poter disporre dopo due anni dello stesso fondo a garanzia di un nuovo credito, il debitore ha dovuto regolarmente restituire alla scadenza la somma mutuata (2).

Non diversamente una successiva costituzione di pegno sulla stessa cosa a favore di creditori diversi va esclusa per incompatibilità di fatto nel caso di pegno manuale o possessorio (3). Si spiega pertanto perchè nei papiri non si abbiano esempi di costituzione di pegno con trasferimento di possesso nel creditore, accompagnate dalla clausola di divieto di successiva oppignorazione. Opportunamente osserva al riguardo il DE RUGGIERO che riposando il divieto esclusivamente (come di qui a poco vedremo) sulla convenzione delle parti, dato il minor pericolo cui il creditore era esposto quando la cosa era consegnata in sue mani, il patto di divieto veniva raramente stipulato e forse anzi costantemente tralasciato. Il creditore pignoratizio che aveva nelle mani il pegno non aveva a garantirsi con un espresso divieto contro alcun atto di alienazione o di successiva oppignorazione della cosa potendo far valere in ogni caso il suo diritto reale di garanzia nel modo più energico: la *retentio* (4).

Consideriamo, invece, in più particolar modo, l'ipoteca greco-egizia che, come abbiamo già rilevato, si differenzia dalla ipoteca romana, in quanto costituisce una preventiva e condizionata dazione in pagamento.

Essa, come scrive il COSTA, « conferisce al debitore la facoltà di pagare o di lasciare che il creditore si appropri la cosa su cui grava,

(1) Cfr. P. Heidelberg, 1278: a. 111 av. Cr. e su di esso GERHARD-GRADENWITZ in *Philol.*, LXIII, p. 577 ss.; P. Oxy. III, 472, 486; P. Grenf., II, 28: a. 103 av. Cr.; P. Lips. I: a. 104 av. Cr.; BRY, *La vente dans les papyrus*, 1909, p. 308 sgg.

(2) Cfr. SPIEGELBERG, *op. cit.*, p. 4 dell'estr.; il DE RUGGIERO, *Sul divieto di alienazione cit.*, p. 28 sgg. pensa che non si tratti di vendita con patto di riscatto, ma di vendita sottoposta a condizione sospensiva. Il RABEL (*Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri*, Lpz., 1909) pensa, invece, ad un'alienazione incondizionata, ma con termine sospensivo. Ma il dissenso non è influente per la questione che ci occupa.

(3) Ritorna nei papiri lo stesso termine greco per designare il pegno con trasferimento del possesso nel creditore (*ἐνεχρονον, ἐνεχρονάζειν*): tale termine è esclusivo del pegno mobiliare (CPR. 12; PFay. 109; PMagd. 13).

(4) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 51.

attribuisce senz'altro al creditore insoddisfatto la proprietà della cosa e importa corrispondentemente l'estinzione di ogni azione pel credito » (1).

Per tale suo carattere si spiegano: a) La clausola con la quale il debitore assume l'obbligo di restituire la somma mutuata anche se i beni vadano in tutto o in parte perduti, clausola che per un'ipoteca a tipo romano non avrebbe senso, essendo intuitivo che il creditore ben poteva esigere in ogni caso il suo credito, anzichè rivalersi sulla cosa ipotecata (2); b) La clausola che accorda al creditore insoddisfatto il diritto di impadronirsi e di disporre della cosa ipotecata, di ottenerne la devoluzione e iscrizione a proprio nome nei libri fondiari senza bisogno di ulteriori atti di traslazione della proprietà (3); c) La clausola quasi costante nelle costituzioni ipotecarie dei papiri egizi a tipo greco (a differenza delle costituzioni ipotecarie a tipo romano: cfr. B G U, I, 301: a. 157; III, 741: a. 143) con cui veniva fatto divieto al debitore di alienare e di sottoporre a nuovo vincolo la cosa fino a che non fosse stato estinto il debito (4). La formulazione di un tal divieto o è fatta in modo specifico e quindi con riguardo speciale ad un successivo vincolo ipotecario (P. Fior. 81: a. 103 a. Cr.; P. Oxy. II. 501: a. 143 d. Cr.; P. Lond. II, 311, p. 219) o è fatta in termini comprensivi escludendo, cioè,

(1) COSTA, *Dell'ipoteca greco-egizia* in *Mem. Acc. Bologna*, II, 1908, p. 220 e dello stesso A., *Sul pap. Fior. I.* in *Bull. ist. dir. rom.*, XIV, p. 47 sgg.; *Mutui ipotecari greco-egizi*, in *Bull. cit.*, XVII, p. 96 sgg. Non ci sembra da accogliersi pertanto l'opinione del LEWALD (*Beitrage zur Kenntniss des röm.-ägypt. Grundbuchs.*, Lpz., 1909, p. 29, 57, 59, n. 2) secondo il quale il diritto greco e romano su questo punto avrebbero avuto identità di vedute.

(2) Sulla clausola circa il *πίδνυος*: cfr. MODICA, *Papir.*, p. 286; DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 7 e *passim.*: COSTA in *Bull. cit.*, XIV, p. 47 sg.; MEYER, *Jur. Pap.*, p. 225 e lett. *ivi cit.*

(3) È per effetto della *lex commissoria* (*Verfallsklausel* secondo la dottrina tedesca), apposta di solito alla ipoteca greco-egizia che le si venne a conferire il contenuto di una vera e propria *datio in solutum* convenuta preventivamente; in forza di tal convenzione il creditore veniva autorizzato preventivamente alla vendita ed autorizzato altresì a trattenersi l'intero ricavato dalla vendita del pegno, anche se eccedente l'importo del suo credito. WESSELY, *Ueber die lex commissoria pignorum im alex. Volksrecht* in *Anz. Wien. Akad.*, 1901, XV, p. 106 sgg. È evidente come una tale clausola fosse di ostacolo ad ulteriori oppignorazioni della cosa. È viva disputa fra gli scrittori sull'origine dell'obbligo da parte del creditore di restituire l'*hyperocha* e l'obbligo da parte del debitore al supplemento (*ἰλλείπον*): una chiara ed esauriente esposizione, con riferimenti alle più recenti risultanze, si trova in MANIGK, *Hyperocha* in PAULY-WISSOWA-KROLL, *Realenc.*, IX, 1916, p. 306 sgg.; MEYER, *Jurist. Pap.*, 1920, p. 222 sgg.

(4) Per il diritto greco cfr. HETZIG, *Bedeutung des altgriech. Rechts*, p. 25; RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* in *Zsch. Sav. Stift.*, XXVIII, 364; per il diritto dei papiri cfr. MODICA, *op. cit.*, p. 285; DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 7 e *passim*; MITTEIS, *Grundz.*, II, p. 149; MEYER, *op. cit.*, p. 225 sg.; RABEL, *Verfügungsbeschränkungen*, 1909.

qualsiasi atto di alienazione o di disposizione (*Verfügungs- und Veräußerungsverbot*: cfr. P. Fior. 28: a. 179 d. Cr.; P. Lips. 10: a. 240 d. Cr.); talvolta è anche fatta menzione della comminatoria pel caso di violazione del divieto, che consiste nella nullità dell'atto compiuto in opposizione al divieto (P. Lond. III. 1168: a. 44 d. Cr.; P. Strassb. 52 a. 151 d. Cr.; P. Fior. I: a. 153 d. Cr.) (1): ma di ciò più oltre.

In qualche atto di costituzione di pegno su cose mobili si trova perfino inibito al debitore di rimuoverle dal luogo in cui sono custodite (P. Oxy. III, 507: d. Cr.) fino a che il debito non sia stato soddisfatto coi relativi interessi (2). Si osserva da ultimo che il divieto doveva portare implicitamente ad inibire altresì al debitore di fare iscrivere nei libri fondiari, siccome avente diritti sui fondi, qualsiasi altro successivo creditore (ma anche di tale speciale inibizione è talvolta fatto esplicito ricordo: così in Oxy. III, 506).

Ma dalla frequenza nel diritto greco-egizio della clausola di divieto di una ulteriore oppignorazione può dedursi che l'istituto delle seconde ipoteche debba ritenersi inammissibile e quindi nulla ogni ulteriore concessione ipotecaria? Non crediamo (3). Le risultanze papirologiche non ci consentono tali recise affermazioni, ma solo quella più cauta che siffatto istituto non fu mai, come, invece, nel diritto romano, di uso quotidiano e quasi connaturale all'ipoteca. Se finora in nessun documento papirologico ci è dato riscontrare il caso di ipoteche successive a favore di più creditori (4), che anzi nelle varie ἀπορρηκτικῆ, προσκαγγεῖλαι ed altre istanze per la παράθεσις nei libri fondiari i richiedenti (acquirenti della proprietà o di un diritto ipotecario) affermano spesso che non esistono ipoteche anteriori (BGU. I, 184; Lond. II, 300, p. 151; Lond. III, 903, p. 116), non deve dimenticarsi che nel diritto greco, in cui pur abbiamo

(1) Sui vari tipi di formularii in cui è espresso il divieto di alienazione e successiva oppignorazione nei papiri cfr. DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 57, n. 1, il quale afferma che è difficile stabilirsi se la diversità derivi da formulari diversi in uso presso i singoli notai o da ragioni di tempo o di luogo.

(2) È utile riportare l'intera clausola: « ὄνπερ χόρτον οὐκ ἔχεται μη βραστάζον ὄνδὲ πολεῖν οὐδὲ ὑποτίθεσθαι ἄλλοι οὐ ἀποδῶ σοι τὸ κεφάλαιον καὶ τοὺς τόκους διὰ τὸ πηνυρόν σοι εἶναι » (fr. anche *Greek pap. Br. Mus.* n. 311, p. 219-200; GRADENWITZ *Einf.*, p. 86). In Oxy. III, 507 l'oggetto del pegno è costituito da una certa quantità di fieno deposto in una stalla di un tal Similis sita in Ossirinco e tenuta in affitto dal debitore. Cfr. LEIST, *Ueber die Sicherung von Forderung durch Übereignung von Mobilien in Ztschr. Sav. Stift.*, XIII, p. 378 sgg.

(3) Seguiamo in ciò il DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 44, nota 1. Anche il RABEL, *Die Verfügungsbeschr.*, p. 85, n. 2 non esclude l'uso ristretto delle seconde ipoteche; di opinione contraria è l'EGER, *Zum aeg. Grundbuchwesen im röm. Zeit.*, Lpz., 1909, p. 45. Dubitativamente per la nullità della ulteriore concessione ipotecaria è il RABEL in *Zschr. Sav. Stift.*, XXVIII, p. 358 sgg.

(4) È frequente, invece, il caso di successive ipoteche costituite sullo stesso fondo a favore dello stesso creditore e dalla stessa persona debitrice (P. Fior., I, 81 e 86), il che elimina le discussioni circa la necessità o meno del consenso del precedente creditore ipotecario dato che qui si ha un creditore unico.

ricontrato lo stesso disfavore per l'istituto delle seconde ipoteche, si ritrovano, sia pure molto rari, come abbiamo visto, esempi di seconde ipoteche (legge di Efeso, iscrizione di Knidos, iscrizione di Aigiale). Nè va dimenticato che talvolta è dato riscontrare negli stessi papiri esempi della facoltà data al debitore di alienare l'oggetto del pegno e della ipoteca (1).

Ma non è risolto con ciò ancora ogni dubbio. Esiste nell'Egitto greco un divieto legale di successive oppignorazioni? Qual'è la sua efficacia? Ci rincresce che l'economia della trattazione non ci consenta un'adeguata indagine su punti di così fondamentale importanza e che ci sia dato solo di esprimere in modo sommario il nostro punto di vista, il che faremo avendo soprattutto a guida i lavori fondamentali che su questo argomento son dovuti al DE RUGGIERO e al RABEL.

Sulla prima questione non riteniamo di dover accedere alla comune opinione degli scrittori che si pronunciano in favore dell'esistenza di un divieto legale, traendo argomento dalla presenza in qualche papiro di una clausola che dichiara nulla la successiva oppignorazione compiuta contro il patto di divieto; l'argomento è tutt'altro che univoco, in quanto è sempre dubbio se tale clausola sia la ripetizione di un precetto della legge o rappresenti una deroga convenzionale a norme di diritto. Allo stato delle nostre cognizioni, se non si voglia riservare ogni giudizio (e così fa il LEWALD) (2), è da ritenere più probabile che non vi sia stato un vero divieto legale per successive oppignorazioni della cosa e che, quindi, dove esso appare, si debba considerarlo di origine convenzionale (3).

Con tale carattere si spiega più agevolmente lo scopo principale del divieto fatto al debitore nel diritto greco-egizio di alienare o di disporre comunque del pegno fino ad estinzione integrale del debito: detto scopo, è quello della tutela del creditore di fronte di terzi, specialmente in quelle varie forme di pegno che non si attuavano col porre il creditore in immediato possesso della cosa (così nell'ipoteca, nell'ipallagma (4), nonchè in quelle forme di garanzie in cui è da escludersi l'esistenza di un diritto reale, così ad es. nelle locazioni anticretiche: P. Lond. III, 1168, p. 136). L'obbiezione del DE RUGGIERO che la clausola trovasi in

(1) P. Oxy., III, 486 e su di esso le osservazioni del DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 49 che non ritiene necessario supporre una preventiva autorizzazione dei creditori ipotecari all'alienazione.

(2) LEWALD, *Beiträge*, p. 23, p. 59, n. 2.

(3) In questo senso diffusamente DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 32 sgg.; 49 sgg.; p. 67 sgg.; anche il RABEL, in sostanza, finisce col dichiararsi avverso all'esistenza di un vero e proprio divieto legale (*op. cit.*, p. 26 sgg.).

(4) È dubbia la distinzione fra l'ipoteca e l'ipallagma. Secondo alcuni l'ipallagma fermerebbe soltanto la cosa nelle mani del debitore e differirebbe dalla *ὑποθήκη* costituita convenzionalmente ed importante di per sé medesima la facoltà del creditore insoddisfatto di appropriarsi definitivamente la cosa senza bisogno di esecuzione. Su ciò: RABEL, *op. cit.*, p. 71 sgg.; MITTEIS, *Grundz.*, p. 141 sgg.;

uso anche là dove risulta che il possesso è dato al creditore non ha decisivo valore, potendosi in tali casi (del resto infrequenti) pensare ad una sopravvivenza di tale clausola divenuta col tempo di stile senza perciò alcuna utilità attuale.

Quanto, infine, all'efficacia reale di tal divieto pare concorde l'opinione degli studiosi nel riconoscerla: certo, si osserva, è difficile darne la prova dimostrando documentalmente che la disposizione o successiva oppignorazione della cosa pignorata compiuta contro il divieto sia colpita da nullità (1); ma se ne ha conferma indiretta da un lato per la larga diffusione della clausola (che non si giustificerebbe se l'effetto del divieto non fosse quello di rendere nullo ogni atto compiuto in contravvenzione al divieto) e per l'assenza d'ogni pena convenzionale, dall'altro per sistema stesso delle iscrizioni sui libri fondiari (2). Un tal consenso non esclude su punti particolari notevoli divergenze: così, ad es., si discute se il divieto per avere efficacia reale dovesse ricevere speciale iscrizione o se fosse sufficiente l'iscrizione dell'ipoteca accompagnata dalla clausola di divieto; si discute altresì se la semplice iscrizione dell'ipoteca non accompagnata da divieto importasse di per sè impedimento a oppignorazioni ulteriori (3). Del tutto oscuro poi rimane il problema sugli effetti della clausola di divieto rispetto al pegno dei beni mobili: è solo proba-

SCHWARZ, *Hypothek u. Hypallagma*, Lpz., 1911; MEYER, *Jur. Pap.*, 1920, p. 226; MANIGK, *Hypallagma* in PAULY-WISSOWA, *Real-Encycl.*, IX, 1916, p. 206 sgg.). Il MEYER definisce l'ipallagma come « vertragmässige, kein dingliches Recht begründende Festlegung eines Gegenstandes für die zukünftige Zwangsvollstreckung durch Veräußerungs- und Verfügungsverbot ohne Minderung der persönlichen Haftung des Verpfänders »: ma l'affermazione che l'ipallagma non crei un diritto reale non è senza contrasto.

(1) Come abbiamo già accennato, non risulta chiaro se una tale nullità dipenda esclusivamente dal patto medesimo e dall'effetto reale che vi si attribuisca anche nei rapporti coi terzi (DE RUGGIERO) o se essa dipenda invece da un precetto legale che interdice al costituente una siffatta alienazione e del quale il patto arrechi una conferma intesa a rimuovere ogni pericolo di contestazioni (RABEL). Cfr. COSTA, *Storia dir. rom.*, 1925, p. 285.

(2) Sulla intima connessione fra il sistema dei libri fondiari nell'Egitto greco-romano e la clausola di divieto hanno portato luce decisiva gli studi già citati dell'EGGER, del LEWALD, del RABEL, del DE RUGGIERO (di questo A. cfr. altresì: *Libri fondiari e ordinamento catastale nell'Egitto greco-romano* in *Bull. ist. dir. rom.*, XXI, p. 255 sgg.). Oltre questi lavori cfr. da ultimo sul sistema della pubblicità dei diritti immobiliari nell'Egitto romano (il più perfetto nella storia del mondo fino all'epoca moderna) il magistrale lavoro del PARTSCH, *Die griech. Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrecht* in *Festschrift für OTTO LENEL*, Leipzig, 1921, nonché SCHWARZ, *Die öffentl. und privat. Urkunden*, Leipzig, 1920, p. 148 sgg.; 252 sgg. e FLORE in *Aegyptus*, 1927, p. 43-88.

(3) L'EGGER (*op. cit.*, p. 46) ritiene che con l'iscrizione della ipoteca veniva resa impossibile ogni ulteriore ipoteca sul fondo stesso: i βεβιωρησιναι; si sarebbero opposti ad autorizzare la stipulazione del nuovo atto. Dello stesso parere è il RABEL (*op. cit.*, p. 63): l'iscrizione di un diritto di pegno impedisce l'intavolazione di qual-

bile che per i trapassi e la costituzione di diritti reali su di essi non fosse necessaria l'iscrizione nella *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων*.

Questo sistema ci spiega perchè, allorquando l'oggetto dato in garanzia aveva un valore superiore al credito, si ricorreva di preferenza ad un'altra combinazione: quella di dare in pegno una frazione della cosa; il debitore si riservava il diritto di oppignorare le altre frazioni: con ciò ogni creditore aveva sulla sua frazione un diritto di garanzia esclusivo (1).

§ 8. DIRITTO BARBARICO. Manca nella nostra letteratura un lavoro particolare sulle vicende del pegno in Italia nell'alto M. E.: ricerche sul genere di quelle del FRANCKEN (*Französ. Pfandr. im M. A.*, 1879), del KOHLER (*Pfandr. Forschungen*, 1882), dell'EGGER (*Vermögenshaftung u. Hypotek nach frank. R.* 1903), del PLANITZ (*Vermögensvollstreckung in deut. mittelalt. R.*, 1912), del SOHM (*Die Pfandung in langob. R. in Festg. für Sohm.*, 1914) (2). Ci vien meno quindi ogni sussidio (dato che una diretta ricerca documentaria non ci è per ora consentita) per poter continuare in modo particolareggiato la ricerca storica che ci interessa, relativamente al periodo delle invasioni barbariche. Quello che è certo è che il ritorno ad una economia rudimentale, come si ebbe nei secoli che seguirono la caduta dell'Impero, determinò il ritorno a forme di pegno che si erano credute sorpassate: intendo riferirmi in special modo alla *fiducia*. È da ritenersi anzi che non si ebbe nè un ritorno nè una riesumazione di un tale istituto; invero la *fiducia* si era sempre mantenuta in vita e perpetuata nella pratica volgare. Il diritto romano ufficiale aveva creduto di trascurarla e bandirla: il diritto romano volgare invece continuava a mantenerla in vita e, se ce ne tramanda fiochi accenni (nei titoli sepolcrali: CIL, VI, 3554; 8456; 9909; X, 2244; XIV, 3031; BRUNS, *Fontes*, p. 378; nei formulari del sec. VI: MARINI, *Pap. dipl.*, n. 115, p. 175; n. 121, p. 185 sgg.), sono questi però indizio di una vita profonda, di una resistenza tenace (3). Così si spiega che scalzata l'autorità di quel diritto ufficiale è il diritto vol-

siasi ulteriore atto di alienazione o oppignorazione. Più cauto ci sembra il DE RUGGIERO (*op. cit.*, p. 83) secondo il quale l'iscrizione ipotecaria è di ostacolo ad ogni ulteriore e valido atto di disposizione sempre quando si tratti di ipoteca accompagnata dalla clausola di divieto. Ciò è giusto: perchè altrimenti si verrebbe a togliere alla clausola la sua peculiare importanza e la specifica sua funzione di causa unica ed esclusiva della limitazione ai poteri di disposizione del debitore.

(1) Cfr. P. Oxy. 339: P. Lond., II, p. 217; P. Berlin. 970; Cuj., *Inst. jur. rom.*, 1917, p. 673, n. 5; PACCHIONI, *Corso di dir. rom.*, 1920, II, p. 508, n. 978.

(2) La letteratura sulla storia del pegno nel diritto germanico è imponente. Può consultarsi utilmente l'esposizione contenuta nell'ottimo manuale di SCHRÖDER-KÜNSSBERG, *Lehrb. der deut. Rechtsgesch.*, Berlin, 1922, p. 68, 300 sg., 315 sg. 980 sgg. 793 sgg. e le note ricche di bibliografie. Noi non possiamo indugiare su un argomento così ponderoso. Sintetiche idee esprime il CHIRONI, *Tratt. delle ipoteche*², Torino, 1918, I, p. 16, 25 sg., 41 sgg.

(3) È un esempio, fra i mille, della persistenza di un diritto popolare accanto in contrasto al diritto ufficiale: cfr. da ultimo MAROI, *Costumanze giur. popolari*, Roma, 1925 e in *Ann. di dir. comp.*, 1927, p. 344 sgg.

gare che riappare e riprende autorità; pertanto anche sotto le dominazioni germaniche le popolazioni, così dell'alta come della bassa Italia, continuarono ad usare di quell'antico istituto italico: e *fiducia* chiamarono il pegno e *infiduciare* la cessione di proprietà fatta dal debitore della cosa data al creditore in garanzia del suo credito. Nè questo istituto, di cui è molto frequente menzione nei documenti dell'epoca, trovò ostacolo nelle pratiche dei Germani in materia di pegno, che anzi presentava con esse notevoli affinità. Così, potremo ripetere col SALVIOLI, si formò un diritto di pegno che durò fino al sec. XII pel quale le cose vincolate passavano in proprietà del creditore (1). Ciò trova conferma nella pratica italiana: il debitore rilasciava al creditore un atto di vendita condizionata o anche incondizionata delle cose su cui si voleva costituire il pegno e il creditore rilasciava una riversale di pegno con cui obbligavasi di restituire la prima carta e con essa il pegno, soddisfatto il debito: se ciò non avveniva, allora egli agiva a titolo di proprietario (*pignus ad dominandum*) (2). È facile pensare che con una tale specie

(1) SALVIOLI, *Storia del dir. it.*, 8.^a ediz., 1921, p. 608. Il PERTILE (*Storia*, IV, p. 515) e dietro di lui il CALISSE (*Storia*, III, p. 284), il SOLMI (*Storia*, 1918, p. 465), il ROSSI (in *Dig. it.*, XVIII, I, p. 1253; voce *Pegno*), ritengono, invece, che per diritto longobardo non passava nel creditore la proprietà dell'oggetto infiduciato. Riteniamo più fondata l'opinione del SALVIOLI e crediamo di giustificarla considerando che nella pratica italiana il debitore costituiva la *fiducia* con le forme solenni della *traditio* come nelle alienazioni: il rito era infatti quella consegna della *wadia* che giustamente lo SCHUPFER (*Il debito e la responsabilità: studio critico sulla wadia longobarda* in *Riv. it. sc. giur.*, LVI, 1915, p. 244) riconduce al concetto fondamentale della *potestas* a cui il debitore rinunciava trasmettendola al creditore: ciò significa il rito della rottura o della consegna del *baculus*, della *virga* o del *lignum* di cui è già ricordo nei documenti del XI sec. in territorio italiano come simbolo della *wadia* GIERKE, *Schuld. u. Haftung*, 1910, p. 263): chi o consegnava o gettava o rompeva intendeva di dismettere il suo potere sulla cosa (diversamente il DE AMIRA, *Dev. Stab.*, 1909, p. 151-157; il KOHLER, *Festgabe f. Gierke*, II, p. 279 sg.; TAMASSIA, *Studi in onore di Chironi*, III, p. 311). Spesso è il rito che accompagna un atto giuridico quello che ce ne disvela il contenuto.

(2) Così il SALVIOLI, *op. cit.*, p. 609. Alle volte erano vendite con patto di recupero; a Napoli, ove è riprodotto l'antico istituto romano, la clausola era così formulata: « non pagandosi il debito la carta di pegno varrà come istrumento di vendita » e in questa stretta connessione fra pegno e patto commissorio (cfr. su questo punto NANI-RUFFINI, *Storia del dir. priv.*, p. 384) si scorge come la fiducia medievale avesse acquistato atteggiamenti diversi dalla romana. Cfr. per ulteriori notizie TRIFONE, *La fiducia nelle antiche carte dell'Italia meridionale* in *Riv. crit. di dir. e giur.*, VII, 1909. Questi negozi consistenti in veri atti di vendita muniti di clausola risolutiva vengono designati col nome di *venditiones iure warentare*, o *pignoris venditiones*. Non si esclude però che in qualche documento, pur dandosi al creditore il godimento della cosa pignorata, si dichiarasse che la proprietà gli spetterà soltanto al termine fissato per il pagamento ove il debitore si renda insolvente: cfr. *Cartulario della Berardenga* nella *Bibl. com. di Siena*, fol. 95 (a. 1119); in fol. 155 (a. 1127) si dice: « per hanc cartam pignoris venditionis »; GLORIA, *Cod. diplom. padovano*, Venezia, 1879, II, 341 (a. 1138: *vendidit iure warentare*; cfr. altresì II, 58 a. 1143); LEICHT, *Ricerche sul diritto privato nei documenti preirneriani*, Roma, 1914, p. 203.

di pegno (pegno di proprietà) si esclude nel debitore la possibilità di costituire successivamente sulla stessa cosa più diritti di pegno e l'impossibilità è materiale non meno che giuridica.

Ma il diritto longobardo conobbe un altro tipo di pegno, che è un tipo ibrido, partecipe della fiducia per il divieto fatto al debitore di alienare, dell'ipoteca perchè gli mantiene il possesso e il godimento della cosa obbligata. L'efficacia della sicurtà consisteva quindi nel sospendere il diritto di alienare del debitore, proprietario della cosa, fino al soddisfacimento del mutuo: se questo non si fosse verificato nel termine fissato il creditore aveva il diritto di far sua la cosa pignorata e, se fosse stata alineata, ben poteva rivenderla. I documenti italiani ci confermano la pratica relativa ad una tal forma di pegno convenzionale detta *promissio pro debito, antepositio, res obligata ante faciam*. Le cose infiduciate restavano sempre nel dominio del debitore che però non poteva alienarle, nè infiduciarle ad altri. Ad indicare che un determinato fondo era stato colpito da questa specie di pegno, e quindi non era suscettibile di alienazione nè di successiva oppignorazione, si adoperava l'apposizione all'ingresso del fondo di una pertica con tabella (*wifa, biffa, pittacium*): ciò bastava a rendere pubblico che era stato tolto al possessore l'uso e la disponibilità della cosa (1).

§ 8. EPOCA DEL RISORGIMENTO (1110-1748). In un primo tempo sono le forme del diritto barbarico che continuano: i documenti del tempo, scrive lo SCHUPFER (2), dicono spesso che il pegno trasferisce insieme col possesso anche la proprietà del fondo mediante investitura col legno o con la carta *sicut est ius usus pignoris*. La forma che generalmente si adoperava per trasmettere la proprietà del fondo al creditore era quella della vendita col patto di ricupero, oppure sotto condizione risolutiva: e se talvolta pur si mantiene in vita la forma di pegno immobiliare con trasferimento di semplice godimento (*pignoris ad frugiandum*) esso finisce in pratica a confondersi col pegno che conferiva la proprietà: nell'una forma e nell'altra il pegno era considerata una vendita condizionata (3).

Si spiega del resto l'insistenza nella pratica di una tal forma rigorosa di pegno: data la mancanza di credito, l'insicurezza generale, la difficoltà di procedura si fa ricorso di preferenza ad una forma di ga-

(1) SALVIOLI, *op. cit.*, p. 610; LEICHT, *op. cit.*, p. 204. Il diritto del creditore di rivendicare la cosa pignorata ove fosse stata venduta dal debitore (egualmente è a dirsi ove fosse stata ad altri infiduciata) si deriva dal documento dell'a. 768 riportato dal PORRO, *Codex diplomaticus Longobardiae nei Historiae Patriae Monumenta*, Torino, 1873, t. XIII, n. 69; cfr. inoltre *Expos. al Liber pap. Widonis*, c. 6, § 3.

(2) *Diritto delle obbl.* Torino, 1921, I, p. 194.

(3) SCHUPFER, *op. cit.*, p. 196: si deriva infatti dai documenti che il fondo rimaneva in *transactum* al creditore quasi gli fosse stato venduto: *per ipso scriptu sicut per cartulam venditionis* (Cod. cav. I, 73) o anche *tamquam si vobis eam per cartulam venumdatam abuissemus* (*Mem. di Lucca*, V, 424).

ranzia che eviti ogni sorpresa, che assicuri al creditore una pronta soddisfazione, che escluda il concorso di successivi creditori pignorati, sia pure limitatamente all'eccedenza. Le fonti, invero, non ci danno alcun argomento per ritenere che al debitore spettasse *ipso iure* un diritto simile all'*hyperocha* romana, tanto che nei casi in cui il pegno si estendeva all'intero patrimonio del debitore, si ricorreva a clausole speciali per garantirlo da inique spoliazioni (1). Dato questo disfavore per le successive pignorazioni si arrivò perfino a pattuire che il debitore non potesse riscattare il fondo se non con denaro proprio, sembrando cosa non leale che il debitore riscattasse il fondo impegnandolo successivamente ad altri (2).

Ma col risorgimento del diritto romano il pegno perde il carattere di soddisfacimento dell'obbligazione (3) e riacquista il carattere romano di un mezzo di assicurazione del credito: il diritto del creditore pignoratizio si delinea, insomma, come un diritto ad ottenere il pagamento sulla cosa pignorata con preferenza rispetto ad ogni altro creditore. Ciò avviene senza dubbio anche per influenza del diritto canonico che ingaggia in questa materia una fiera lotta contro ogni forma di usura mascherata, specialmente per quanto riguarda l'uso del pegno, la vendita della cosa e la restituzione dell'eccesso del prezzo; risentono di queste influenze quegli statuti i quali dispongono che gli strumenti di compera col patto di rivendita entro un certo tempo debbano per ciò solo considerarsi *pignoratitia* e non avere effetto *ac si tantum obligationem pignoris continerent* (4). La nuova tendenza è, insomma, di attenuare ogni odioso rigore in danno del debitore e consentirgli la possibilità di derivare dalle sue cose la garanzia di cui sono capaci, pur preoccupandosi d'altra parte il legislatore di assicurare il creditore dalle sorprese di oppignorazioni successive. A tale scopo sono dirette numerose provvidenze con cui già di buon'ora si impone, ad es., l'obbligo di costituire i pegni di cose mobili davanti a pubblici ufficiali con successiva annotazione del pegno nei loro registri (5), o si tende a perfezionare l'istituto ipotecario romano in quello che aveva di più lacunoso, cioè a dire la pubblicità. Però, mentre pel pegno mobiliare la forma più rigorosa e sicura, quantunque primitiva, di pubblicità rimase pur sempre quella della tradizione della

(1) LEICHT, *op. cit.*, p. 204 e i documenti ivi cit. per l'epoca longobarda.

(2) *Mon. neap.*, n. 570 e 571 (a. 1117); *Mon. hist. patriae: chartarum*, t. II Torino, 1836, 142. Cfr. già per il periodo long. *Cod. long.*, n. 85, a. 809: « de nostro pretio »; *Cod. cav.*, I, 70; SCHUPFER, *op. cit.*, p. 198.

(3) Si ricordi che nelle leggi longobarde (LIUTPRANDO, §§ 67, 777, 796), in cui si distingue fra pegno convenzionale generico e speciale sui beni del debitore, si stabiliva che se una cosa era stata pignorata nominativamente, il debitore non poteva venderla (*vindere nec alienare*) fino a che non avesse soddisfatto il debito: è da ritenersi che lo stesso divieto si estendesse anche ad una successiva oppignorazione.

(4) Così nello Statuto di Camerino (I, 108 II, 48) in quello di Cesena, (I, p. 41 r.); SCHUPFER, *op. cit.*, I, p. 216.

(5) SALVIOLI, *op. cit.*, p. 610.

cosa al creditore (escludendosi anche la costituzione del pegno mediante *constitutulum possessorum* (1), non ultima causa questa per cui nell'uso quotidiano tale forma di garanzia viene dal sec. XVI in poi in Italia sempre più a ridursi di importanza), l'ipoteca, invece, si avviò, attraverso forme di pubblicità sempre meno imperfette (2), a rappresentare la forma di garanzia reale più normale e più diffusa, consentendo da un lato al debitore di garantire più crediti con una stesso immobile, dall'altro assicurando i creditori, a cui successivamente fosse stata costituita garanzia sopra la stessa cosa, contro il pericolo di fraudolenti accordi.

Vero è che solo molto tardi questo sistema di pubblicità pervenne al suo perfetto sviluppo: per lungo tempo ancora esso viene ostacolato dalla pratica delle ipoteche tacite, che, tornate in onore ed accresciute di numero, specialmente sotto l'impero del diritto statutario, rendono di fatto vane le ipoteche convenzionali: condizione di cose questa che viene ancora più ad aggravarsi allorchè si introduce il costume di dare ai pubblici istrumenti tanto valore da attribuire un'ipoteca generale, senza bisogno di pattuirla, ad ogni credito risultante dagli istrumenti stessi, nonchè a quelli risultanti da scritture private riconosciute dai debitori o generalmente per ogni contratto importante un'obbligazione di dare.

Ma ormai quello che a noi interessa fermare è che dopo il sec. XIV si delinea chiaramente, in Italia, come altrove (3), l'autonomia del pegno

(1) GOLDSCHMIDT, *Storia univ. del comm.*, trad. POUCHAIN-SCIALOJA, Tor., 1913, p. 236 e n. 12. Il diritto marittimo medievale conobbe forme di pubblicità progredite mediante l'iscrizione del pegno nel libro della nave: conobbe altresì forme surrogate di pegno convenzionale che riusciva spesso incomodo; così il « diritto di garanzia mercantile » e cioè un diritto di ritenzione legale con effetto di pegno (sec. XVI: *Stat. Genuae*, 1588, IV, tit. 14; SCACCIA, § 2, gl. 5, nn. 437-438; CASAGERIS, *Disc.*, 138, n. 12 sgg.). Quanto al diritto di pegno legale sulle merci trasportate: *Stat. di Zara* (XIII sec.), IV rubr. 42; *Cons. del mare* c. 28, cfr. 225.

(2) Le vicende storiche del sistema di pubblicità delle ipoteche nel nostro M. E. non possono qui riassumersi: sono del resto ben note. Basti ricordare solo come Venezia istituì nel 1228 il *Notatorio delle notificazioni* per tutti i contratti sugli immobili, che doveva servire anche allo scopo di rendere pubbliche le ipoteche: l'iscrizione si doveva fare sotto pena della nullità dell'atto, invece la pratica si contentò solo di desumerne la priorità e le scemò efficacia. Cfr. ampiamente PERTILE, IV, p. 522 sgg.; SCHUPFER, *Obbl.*, I, p. 225; SALVIOLI, *op. cit.*, p. 611; BRUNO in *Dig. it.*, XXII, n. 2, p. 302 sgg. s. v. *Ipoteca*.

(3) Per la storia del pegno mobiliare in Francia durante il M. E. (sec. XIV) cfr. QUESNEL, *Le gage mobilier dans l'ancienne Bourgogne et chartes de l'abbaye de Saint-Etienne de Dijon*, Autun, 1910, e per la storia del pegno immobiliare PELTIER, *Du gage immobilier dans le très ancien droit français*, Paris, 1893; CAILLEMER, *Les formes de l'engagement immobilier dans la région lyonnaise* in *Fschr. Brunner*, 1910; cfr. altresì BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, 1925, ediz. GUYOT, II, § 1315: « Dans notre ancienne France l'hypothèque ne s'introduisit qu'au XIII siècle sous le nom d'*obligatio honorum* et ce fut au XVI siècle seulement que la dénomination d'hypothèque fut consacrée chez nous. Dans l'ancienne Gaule on ne parait avoir connu que la constitution de gage, le *pignus* des Romains avec quelques variétés et l'aliénation avec pacte de *fiducia* ». Per la Svizzera cfr. l'importante lavoro del

e dell'ipoteca; il pegno, cioè, perde il suo antico significato di vincolo reale comune alle cose mobili ed agli immobili: ciascuno dei due istituti ha così una sua storia particolare; più feconda di sviluppi senza dubbio quella dell'ipoteca, più aderente alle sue rigide tradizioni quella del pegno. Può pertanto, anche per il nostro diritto, riguardo a tale istituto convenirsi nel giudizio espresso dal CHAMPEAUX in relazione al pegno nel diritto francese: « Très usité aux XI, XII, XIII et au début du XIV siècle son importance décroît en suite. Les jureconsultes postérieurs ne s'en occupent presque plus. Si l'on n'avait d'autres renseignements que ceux que fournissent à son sujet les livres de droit des XVII, XVIII et XIX siècles ou les livres actuels, on pourrait croire que ce moyen a toujours été négligeable et passer, sans prendre garde, à côté de l'institution juridique peut être la plus pratiquée dans notre ancienne France (1) ».

MUTZNER, *Gesch. des Grundpfandrechts in Graubünden. Ein Beitrag zur Gesch. des schweiz. Privatrechts*, Coire, 1909. L' A. accenna alle varie forme di pegno immobiliare in uso nei Grigioni nel XIV e XV sec. e cioè: all'*ältere Satzung*, che è il *Mortgage* delle *coutumes* francesi, una forma cioè di *vente à réméré*; alla *neuere Satzung*, con la quale il fondo resta nelle mani del debitore che perde solamente il diritto di alienarlo e di costituirvi sopra successive garanzie; alla vendita di rendita (*vente de rente*). Da queste istituzioni che reciprocamente vennero influenzandosi si sarebbe sviluppata, secondo il M., l'ipoteca moderna. Più precisamente essa sarebbe sorta (e vediamo che già si pratica a Coire nel sec. XVI) non appena si riconosce ai creditori della *neuere Satzung* un *droit de suite* che essi avrebbero facilmente ottenuto simulando una vendita di rendita. Per l'Inghilterra cfr. i dotti lavori dell'HAZELTINE, *Gesch. des engl. Pfandrechts in Gierke's Untersuchungen*, n. 92, Breslau 1907; *Gage of land in Harvard Law Review*, XVII e XVIII riassunti dal LATTES, *Il pegno nel diritto inglese in Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 27 sgg. Interessanti sono le ricerche storiche del KAPRAS per il diritto boemo, sussidiate da una ricca documentazione, anche in ordine alla questione della costituzione del pegno a favore di più creditori: cfr. spec. di detto A. i due lavori: *Das Pfandrecht in altböhmischen Landrechte in Zschr. vergl. Rechtsw.*, XXVII, 1904 p. 422 sgg. e *Das Pfandrecht im böhmisch-mährischen Stadt und Bergrechte in Untersuch. Gierke's* Breslau, 1906, p. 70 sgg. Per la Germania cfr., oltre i lavori cit. avanti, MEIBON, *Das deutsche Pfandr.*, 1867; SOHM, *Natur. u. Gesch. der modernen Hypothek*, nella *Zeitschr.* del GRÜNHUT, V, 1878, p. 10 sgg. È con la ricezione del diritto romano che venne accolto in Germania l'istituto della ipoteca; ma solo, attraverso lente trasformazioni del diritto comune, si venne alla riforma del diritto di pegno sugli immobili che fu promossa ed ebbe il suo più completo sviluppo nella legislazione prussiana. Si trattarono come diritti di pegni pubblici sugli immobili solo quelli denunziati ed iscritti presso il magistrato del luogo della cosa, si rimosse il privilegio dei *pignora quasi publica*, si sottoposero alla iscrizione anche le ipoteche legali. Quanto alla dazione in pegno dei beni mobili venne congiunta alla reale trasmissione del possesso: il *constitutum possessorium* non fu ritenuto sufficiente (sull'impiego che prima se ne faceva a scopo di garanzia cfr. BIERMANN, *Traditio ficta*, p. 239, 393).

(1) CHAMPEAUX in *Mélanges Girard*, Paris, 1912, I, p. 158. È da rilevare che pur differenziatosi nella pratica il pegno dall'ipoteca, per lungo tempo la tradizionale aderenza dei due istituti è siffattamente sentita che i più reputati trattatisti della materia non dissociano l'uno dall'altro nella loro esposizione: così ad es. nelle celebrate opere *De pign. et hypothecis* del NEGUSANO, di DONELLO, di BALDUINO (vedi le

Ciò nonostante il pegno è riuscito a sopravvivere e in tutte le moderne codificazioni esso viene disciplinato particolarmente. E la ragione è palese: scrive il PLANIOL: « Pour les meubles corporels le créancier peut cacher aisément ou faire passer en mains tierces, l'hypothèque est en défaut et le créancier ne trouve de garantie sérieuse que dans le système du gage qui dessaisit matériellement le débiteur. Voilà pourquoi le gage est encore pratiqué à côté de l'hypothèque » (1). Il pegno, pertanto, quale è accolto nei moderni codici, incardinato cioè sul trasferimento effettivo della cosa al creditore, non ha più una sua specifica importanza. È tuttavia pur necessario avvertire che, per effetto di recenti riforme legislative, si è venuta a indebolire la rigorosa esigenza del trasporto della potestà di fatto sulla cosa data in pegno dal costituente al creditore; il che significa la rinascita dell'antica ipoteca mobiliare: di conseguenza si è risolledata e resa di pratica attualità la questione della coesistenza di più pegni sulla stessa cosa mobile (2). Ma ciò sarà materia di esame in uno studio successivo. Notiamo solo, qui, a mo' di conclusione, come il passato non di rado, di fronte alle più moderne esigenze della vita, ispira riforme che sembrano audaci, ma che, a ben riguardarne l'essenza, non costituiscono altro che dei monotoni ritorni.

raccolte in *Selecti tractatus juris varii*, Venetiis, 1620) e ciò non ostante che già in DONELLO si affermi « pignus rei tantum mobilis proprie dicitur » (II, 2). In dette opere viene diffusamente trattata la questione di una « *res eadem pignori data pluribus* », viene posto il problema « *qui potiores in pignore habeantur* »: ma invano si ricercerebbe in esse un riferimento al pegno mobiliare: dette trattazioni sono ricalcate sul paradigma romanistico.

(1) PLANIOL, *Traité*, II, 1923, § 2330.

(2) Il rilievo è frequente in special modo nella moderna dottrina tedesca: EMERICH, *Das Pfandrecht* cit., p. 17: « Nach dem bürgerl. Gesetzbuch können leichter als früher mehrere Pfandrechte an derselben Sache zur Entstehung kommen, da die Entstehung des Pfandrechts durch Abschwächung des Erfordernisses des Sachübergabe erleichtert worden ist »; cfr altresì ECK, *Vorträge über das Recht des BGB.*, p. 325, 331.